jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2001/4/27 1Ob40/01s

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 27.04.2001

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Elmar L*, vertreten durch Mag. Robert Peisser, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei und Gegner der gefährdeten Partei Peter L*, vertreten durch Dr. Bernhard Stanger, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Ausschließung aus einer Kommanditgesellschaft (Streitwert 500.000 S) infolge ordentlichen Revisionsrekurses der klagenden und gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 3. Jänner 2001, GZ 4 R 325/00a-25, womit infolge Rekurses der beklagten Partei und Gegners der gefährdeten Partei der Beschluss des Landesgerichts Innsbruck vom 14. November 2000, GZ 41 Cg 155/00p-19, abgeändert wurde,

I. durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter am 27. März 2001 denrömisch eins. durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter am 27. März 2001 den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Es liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs 1 Z 2 OGHG vor; zur Entscheidung über die Revision ist deshalb ein verstärkter Senat berufen.Es liegen die Voraussetzungen des Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 2, OGHG vor; zur Entscheidung über die Revision ist deshalb ein verstärkter Senat berufen.

I I. durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Maier, Dr. Angst, Dr. Petrag, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Ehmayr sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter den weiterenrömisch II. durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Maier, Dr. Angst, Dr. Petrag, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Ehmayr sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter den weiteren

Beschluss

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende und gefährdete Partei ist schuldig, der beklagten Partei und Gegner der gefährdeten Partei die mit 6.086,40 S (darin 1.014,40 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Text

Begründung:

Die klagende und gefährdete Partei (im Folgenden nur: Kläger) ist Kommanditist einer Kommanditgesellschaft (KG) mit insgesamt drei Gesellschaftern. Der Nachlass des am 4. 12. 1999 verstorbenen Vaters des Beklagten und Gegners der gefährdeten Partei (im Folgenden nur: Beklagter) sowie Großvaters des Klägers ist der zweite Kommanditist. Bislang wurden im Verlassenschaftsverfahren keine Erbserklärungen abgegeben. Der Nachlass wird als Gesellschafter jedoch durch den Kläger als Kurator vertreten. Der Beklagte, der Vater des Klägers, ist als Komplementär geschäftsführender Gesellschafter der KG, deren Unternehmensgegenstand der Großhandel mit Wein und Spirituosen ist. Der Kläger war Prokurist der KG.

Der Kläger begehrte den Ausspruch, dass der Beklagte aus der KG ausgeschlossen und der Kläger ermächtigt werde, dessen "Geschäftsanteile" zu übernehmen; hilfsweise begehrte er, dem Beklagten "die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht an der" KG zu entziehen. Damit verband er den Antrag, dass der Beklagte zur Sicherung dieser Begehren mittels einstweiliger Verfügung "von der Geschäftsführung und Vertretung" der Gesellschaft ausgeschlossen und der Kläger bis zur rechtskräftigen Beendigung dieses Rechtsstreits als einstweiliger Geschäftsführer bestellt werde. Unterhalb des Urteilsbegehrens der Klage findet sich folgender, vom Kläger unterfertigter Nachsatz:

"AV. 10. 08. 2000: Zustimmung zur Klage für die Gesellschaftsanteile des verstorbenen ... (Gesellschafters) ... durch den Nachlasskurator erteilt."

Der Kläger brachte vor, er habe das Unternehmen der Gesellschaft wegen einer schweren Alkoholkrankheit des Beklagten als Prokurist geleitet. Nach der grundlosen Entziehung der Prokura sei eine erhebliche Schädigung des Unternehmens zu befürchten, weil der Beklagte infolge seines Gesundheitszustands, aber auch wegen seiner Untätigkeit nicht mehr geeignet sei, das Unternehmen zu leiten. Die Beibehaltung der Geschäftsführung durch ihn würde das Unternehmen "zugrunde" richten. Die Sicherung des "Firmenerfolgs" erfordere die Bestellung des Klägers zum einstweiligen Geschäftsführer, sei er doch als vormaliger Prokurist mit den Unternehmensbelangen vertraut.

Der Beklagte bestritt (auch) im Sicherungsverfahren, einen Ausschließungsgrund verwirklicht zu haben. Als einziger Komplementär könne er überdies gar nicht ausgeschlossen werden. Die Ausschließungsklage erfordere "mindestens drei Personen" als Gesellschafter. Nach einer letztwilligen Verfügung des verstorbenen Kommanditisten solle dessen Gesellschaftsanteil auf den Kläger übergehen. Dann verblieben nur mehr zwei Gesellschafter. Das Eventualklage- und das Sicherungsbegehren hätten beide Kommanditisten geltend machen müssen. Der Nachlass sei jedoch am Verfahren nicht beteiligt. Er - der Beklagte - sei nicht alkoholkrank und im Gegensatz zum Kläger, der über keine kaufmännische Ausbildung verfüge, befähigt, das Unternehmen zu leiten. Dem Kläger mangle es auch an den gewerberechtlichen Voraussetzungen zur Betriebsführung. Er habe Alkoholprobleme, sei auch sonst "psychisch und physisch starken Problemen ausgesetzt", erbringe seit Jahren keine Arbeitsleistung mehr, bediene sich aber "gerne an Firmenkonten". Zur Beendigung dieses Zustands sei ihm die Prokura entzogen worden, weil er "für die Firma untragbar" sei. Der Kläger könne entgegen § 170 HGB auch nicht zum Vertreter der Gesellschaft bestellt werden. Ein Erfolg des Sicherungsbegehrens wäre mit dem "baldigen Untergang des Unternehmens" gleichzusetzen.Der Beklagte bestritt (auch) im Sicherungsverfahren, einen Ausschließungsgrund verwirklicht zu haben. Als einziger Komplementär könne er überdies gar nicht ausgeschlossen werden. Die Ausschließungsklage erfordere "mindestens drei Personen" als Gesellschafter. Nach einer letztwilligen Verfügung des verstorbenen Kommanditisten solle dessen Gesellschaftsanteil auf den Kläger übergehen. Dann verblieben nur mehr zwei Gesellschafter. Das Eventualklage- und das Sicherungsbegehren hätten beide Kommanditisten geltend machen müssen. Der Nachlass sei jedoch am Verfahren nicht beteiligt. Er - der Beklagte - sei nicht alkoholkrank und im Gegensatz zum Kläger, der über keine kaufmännische Ausbildung verfüge, befähigt, das Unternehmen zu leiten. Dem Kläger mangle es auch an den gewerberechtlichen Voraussetzungen zur Betriebsführung. Er habe Alkoholprobleme, sei auch sonst "psychisch und physisch starken Problemen ausgesetzt", erbringe seit Jahren keine Arbeitsleistung mehr, bediene sich aber "gerne an

Firmenkonten". Zur Beendigung dieses Zustands sei ihm die Prokura entzogen worden, weil er "für die Firma untragbar" sei. Der Kläger könne entgegen Paragraph 170, HGB auch nicht zum Vertreter der Gesellschaft bestellt werden. Ein Erfolg des Sicherungsbegehrens wäre mit dem "baldigen Untergang des Unternehmens" gleichzusetzen.

Das Erstgericht hielt im Wesentlichen nachstehenden Sachverhalt für bescheinigt:

Der Beklagte sei seit vielen Jahren Alkoholiker; er sei mehrmals - so etwa vom 8. bis 22. 11. 1994 - wegen schwerer Leberzirrhose und Ösophagusvarizenblutungen im Krankenhaus gewesen und dort "auch längere Zeit im Koma" gelegen. Er konsumiere aber weiterhin Alkohol. Das führe zu "Wahnvorstellungen". Der Genuss von Alkohol sei jedoch seit 1997 zurückgegangen. Seither wiesen auch die Laborbefunde "eine leichte Tendenz zur Besserung" aus. Der Beklagte sei aber "nicht in der Lage, die Firma ... ordnungsgemäß zu führen". So sei er etwa nicht bereit, "mit Kunden und Geschäftsleuten Kontakte zu knüpfen und zu erhalten". Er schulde der Gesellschaft - auch infolge Privatentnahmen über den Gewinnanteil hinaus - 5,609.040,66 S (Stand Ende des Geschäftsjahrs 1998 am 30. 9. 1998). Eine Tilgung dieser Forderung sei nicht feststellbar. Dementgegen schulde die Gesellschaft dem Kläger 1,773.929,63 S (Stand Ende des Geschäftsjahrs 1998 am 30. 9. 1998). In deren Unternehmen sei nach einem Verlust von 939.160,55 S im Geschäftsjahr 1997 ein Gewinn von 889.038,76 S im Geschäftsjahr 1998 erwirtschaftet worden. 1996, 1998 und 1999 sei der Kläger als Prokurist "auf sich allein gestellt" gewesen. Seit 1986 sei er - mit einer durch einige Studiensemester bedingten Unterbrechung - Angestellter der Gesellschaft und seit 1996 auch Prokurist gewesen. Mit Schreiben vom 25. 7. 2000 habe der Beklagte dessen Dienstverhältnis zum 31. 12. 2000 gekündigt. Nicht feststellbar sei, dass der Kläger übermäßig dem Alkohol zuspreche.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Zur Sicherung eines Ausschließungsanspruchs sei die vorläufige Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und die einstweilige Betrauung eines anderen Gesellschafters mit diesen Aufgaben zulässig. Die Ausschließung des einzigen Komplementärs einer KG sei gleichfalls möglich. Die Gesellschaft trete dadurch ins Abwicklungsstadium, könne aber bis zu deren Beendigung jederzeit "revitalisiert" werden. Das Ausschließungsbegehren hätten beide Kommanditisten erhoben. Eine Anspruchsgefährdung sei zu bejahen.

Das Gericht zweiter Instanz wies das Sicherungsbegehren ab. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 52.000 S, aber nicht 260.000 S übersteige, und ließ den ordentlichen Revisionsrekurs zu. Der Ausschließung eines Gesellschafters aus einer Personenhandelsgesellschaft, der Übernahme des Gesellschaftsanteils eines Komplementärs sowie der Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis liege ein Gestaltungsrecht der übrigen Gesellschafter zugrunde, das nur klageweise geltend gemacht werden könne. Nach dem Gesetzeswortlaut müssten sich am Verfahren aber alle übrigen Gesellschafter als Kläger einer notwendigen Streitgenossenschaft beteiligen. Im Anlassfall habe die KG drei Gesellschafter. Der Nachlass als Kommanditist sei jedoch nicht Prozesspartei. Die bloße Zustimmung des Klägers zur Klageführung als Nachlasskurator genüge - ungeachtet der Frage nach dem allfälligen Erfordernis einer Genehmigung durch das Verlassenschaftsgericht - nicht. Das habe der Oberste Gerichtshof in der - soweit überblickbar - einzigen einschlägigen Entscheidung 5 Ob 208/61 (= RZ 1962, 39) auch schon ausgesprochen. Der in Teilen des Schrifttums vertretenen gegenteiligen Ansicht trete das Rekursgericht nicht bei. Demnach seien die Klagebegehren auch nicht sicherungsfähig, seien doch am Rechtsgestaltungsprozess nicht alle übrigen Gesellschafter als Kläger beteiligt. Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil zur maßgebenden Frage nur eine fast vierzig Jahr alte höchstgerichtliche Entscheidung vorliege und es einer Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs zu den ihr widersprechenden Lehrmeinungen bedürfe.

Der Revisionsrekurs ist zulässig.

Rechtliche Beurteilung

I. Verstärkungsbeschluss.römisch eins. Verstärkungsbeschluss.

Nach Ansicht des Klägers reicht die von ihm als Kurator namens des Nachlasses als Kommanditist erteilte Zustimmung zur Klageführung und zum Sicherungsantrag aus, um seine Aktivlegitimation zu bejahen. Diese Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung wurde in der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht einheitlich beantwortet. Allerdings wurde in jüngeren Entscheidungen eine schon durch die Grundgedanken der älteren Judikatur geprägte Linie wiederaufgegriffen. Diese Rechtsprechung, von der der erkennende Senat abzugehen gedenkt, bedarf der Überprüfung. Es sind daher die Voraussetzungen für eine Senatsverstärkung nach § 8 Abs 1 Z 2 OGHG verwirklicht.Nach Ansicht des Klägers reicht die von ihm als Kurator namens des Nachlasses als Kommanditist erteilte

Zustimmung zur Klageführung und zum Sicherungsantrag aus, um seine Aktivlegitimation zu bejahen. Diese Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung wurde in der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht einheitlich beantwortet. Allerdings wurde in jüngeren Entscheidungen eine schon durch die Grundgedanken der älteren Judikatur geprägte Linie wiederaufgegriffen. Diese Rechtsprechung, von der der erkennende Senat abzugehen gedenkt, bedarf der Überprüfung. Es sind daher die Voraussetzungen für eine Senatsverstärkung nach Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 2, OGHG verwirklicht.

II. Erwägungen des verstärkten Senats.römisch II. Erwägungen des verstärkten Senats.

1. Ausschließung des Gesellschafters - Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht:

Gemäß § 140 Abs 1 HGB kann das Gericht die Ausschließung eines Gesellschafters aus einer Personenhandelsgesellschaft auf Antrag der "übrigen Gesellschafter" aussprechen, wenn in dessen Person ein Umstand eintrat, der für die übrigen Gesellschafter nach § 133 HGB das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Überdies kann einem Gesellschafter gemäß § 117 und § 127 HGB bei Vorliegen eines wichtigen Grunds - jeweils "auf Antrag der übrigen Gesellschafter" - die Befugnis zur Geschäftsführung und die Vertretungsmacht durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden.Gemäß Paragraph 140, Absatz eins, HGB kann das Gericht die Ausschließung eines Gesellschafters aus einer Personenhandelsgesellschaft auf Antrag der "übrigen Gesellschafter" aussprechen, wenn in dessen Person ein Umstand eintrat, der für die übrigen Gesellschafter nach Paragraph 133, HGB das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Überdies kann einem Gesellschafter gemäß Paragraph 117 und Paragraph 127, HGB bei Vorliegen eines wichtigen Grunds - jeweils "auf Antrag der übrigen Gesellschafter" - die Befugnis zur Geschäftsführung und die Vertretungsmacht durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden.

1.1. Rechtsprechung:

Allein auf den Gesetzeswortlaut gestützt, sprach der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung5 Ob 208/61 (= RZ 1962, 39) aus, dass die Ansprüche nach den §§ 117, 127 und 140 HGB von den übrigen Gesellschaftern als Kläger geltend zu machen seien und das bloße Einverständnis eines Gesellschafters mit der Klageführung durch andere nicht genüge.Allein auf den Gesetzeswortlaut gestützt, sprach der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung5 Ob 208/61 (= RZ 1962, 39) aus, dass die Ansprüche nach den Paragraphen 117,, 127 und 140 HGB von den übrigen Gesellschaftern als Kläger geltend zu machen seien und das bloße Einverständnis eines Gesellschafters mit der Klageführung durch andere nicht genüge.

Derselbe Senat gelangte später in der für das Rekursgericht nicht auffindbaren Entscheidung5 Ob 501/96 (= SZ 70/186), der eine Klage auf Feststellung der Nichtauflösung einer OHG nach dem Tod eines Gesellschafters und unter anderem auch ein Hilfsbegehren auf Ausschließung der Erben als Gesellschafter zugrundelag, ohne Erörterung der eingangs zitierten Vorentscheidung zum Ergebnis, die Ansprüche auf Entziehung der Geschäftsführungs- bzw Vertretungsbefugnis (§§ 117 und 127 HGB), auf Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf ihrer Vertragsdauer (§ 133 Abs 1 HGB) und auf Ausschließung eines Gesellschafters (§ 140 Abs 1 HGB) bezweckten als Rechtsgestaltungsansprüche die Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Das über einen solchen Anspruch erlassene Urteil wirke konstitutiv. Die Rechtsgestaltung sei mit Eintritt seiner materiellen Rechtskraft bewirkt. Diese Wirkung erstrecke sich nicht nur auf die Prozessparteien, sondern trete für und gegen alle Gesellschafter ein und schaffe - auch gegenüber Außenstehenden - Recht. Somit erfordere der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs die Einbeziehung aller Gesellschafter in den Gestaltungsprozess, weshalb der Gesetzgeber gemäß den §§ 117, 127 und 140 HGB die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter an der Klageführung vorgesehen habe. Die Kläger bildeten eine notwendige Streitgenossenschaft. Da das Urteil über einen der erwähnten Ansprüche, aber auch ein Urteil auf Auflösung der Gesellschaft deren Rechtsverhältnisse durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags gestalteten, fordere ein Teil der Lehre - bei sonstiger Klageabweisung - die unmittelbare Beteiligung aller Gesellschafter am Verfahren. Doch müsse sich derjenige Gesellschafter, der sich mit dem Klageziel bindend einverstanden erklärt habe bzw mit der Klage nachweislich einverstanden sei, - nach der im Schrifttum nunmehr überwiegenden Auffassung - nicht am Verfahren beteiligen. Verweigere ein Gesellschafter pflichtwidrig seine Mitwirkung an der Klageführung, könne er klageweise auf Zustimmung in Anspruch genommen werden.Derselbe Senat gelangte später in der für das Rekursgericht nicht auffindbaren Entscheidung 5 Ob 501/96 (= SZ 70/186), der eine Klage auf Feststellung der Nichtauflösung einer OHG nach dem Tod eines Gesellschafters und unter anderem auch ein Hilfsbegehren auf Ausschließung der Erben als

Gesellschafter zugrundelag, ohne Erörterung der eingangs zitierten Vorentscheidung zum Ergebnis, die Ansprüche auf Entziehung der Geschäftsführungs- bzw Vertretungsbefugnis (Paragraphen 117, und 127 HGB), auf Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf ihrer Vertragsdauer (Paragraph 133, Absatz eins, HGB) und auf Ausschließung eines Gesellschafters (Paragraph 140, Absatz eins, HGB) bezweckten als Rechtsgestaltungsansprüche die Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Das über einen solchen Anspruch erlassene Urteil wirke konstitutiv. Die Rechtsgestaltung sei mit Eintritt seiner materiellen Rechtskraft bewirkt. Diese Wirkung erstrecke sich nicht nur auf die Prozessparteien, sondern trete für und gegen alle Gesellschafter ein und schaffe - auch gegenüber Außenstehenden - Recht. Somit erfordere der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs die Einbeziehung aller Gesellschafter in den Gestaltungsprozess, weshalb der Gesetzgeber gemäß den Paragraphen 117,, 127 und 140 HGB die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter an der Klageführung vorgesehen habe. Die Kläger bildeten eine notwendige Streitgenossenschaft. Da das Urteil über einen der erwähnten Ansprüche, aber auch ein Urteil auf Auflösung der Gesellschaft deren Rechtsverhältnisse durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags gestalteten, fordere ein Teil der Lehre - bei sonstiger Klageabweisung - die unmittelbare Beteiligung aller Gesellschafter am Verfahren. Doch müsse sich derjenige Gesellschafter, der sich mit dem Klageziel bindend einverstanden erklärt habe bzw mit der Klage nachweislich einverstanden sei, - nach der im Schrifttum nunmehr überwiegenden Auffassung - nicht am Verfahren beteiligen. Verweigere ein Gesellschafter pflichtwidrig seine Mitwirkung an der Klageführung, könne er klageweise auf Zustimmung in Anspruch genommen werden.

In der Entscheidung 1 Ob 611/91 (= SZ 64/138 = GesRZ 1992, 203), deren Sachverhalt sich auf eine dreigliedrige Personenhandelsgesellschaft bezieht, sprach der erkennende Senat als einfacher Senat aus, die Rechtsgestaltungsklage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nach § 117 HGB und der Vertretungsmacht gemäß § 127 HGB sei von allen "übrigen" Gesellschaftern, also von jenen, deren Befugnisse nicht beschränkt werden sollen, zu erheben. Die Kläger bildeten eine notwendige Streitgenossenschaft. Als Ausfluss der gegenseitigen Treuebindung der Gesellschafter untereinander und im Verhältnis zur Gesellschaft und der daraus im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft resultierenden Verpflichtung, an einer Klage nach § 117 und § 127 HGB mitzuwirken, könne die Teilnahme im Klageweg erzwungen werden. Die Verbindung der Zustimmungsklage gegen einen Gesellschafter mit der Entziehungsklage gegen den anderen Gesellschafter sei schon aus prozessökonomischen Gründen zulässig. Da jedoch erst die Zustimmung zur Klageführung die Verfahrensteilnahme auf Klägerseite ersetze, müsse bei der Verbindung solcher Prozesse durch Teilurteil zunächst die Zustimmungspflicht rechtskräftig bejaht werden, ehe eine klagestattgebende Entscheidung im Entziehungsverfahren denkbar sei. Die Beklagten bildeten wegen der Verschiedenheit der Streitgegenstände keine einheitliche Streitpartei. Der Rechtsstreit jedes Streitgenossen sei vielmehr ein selbständiger Prozess. Das Gericht dürfe aber die Entziehungsklage vor der Entscheidung über die Zustimmungsklage nicht schon deshalb abweisen, weil am Verfahren nicht alle "übrigen" Gesellschafter als Kläger beteiligt seien. Könne das Verfahren gegen den auf Zustimmung in Anspruch genommenen Gesellschafter wegen eines faktischen Verfahrensstillstands nicht beendet werden, so sei jedoch das gegen den anderen Gesellschafter erhobene Entziehungsbegehren wegen mangelnder Aktivlegitimation abzuweisen. Diese Konsequenz sei im Anlassfall zu ziehen, weil der Kläger gegen die auf Zustimmung zur Entziehungsklage belangte Zweitbeklagte, die keine Klagebeantwortung erstattet habe, vorerst kein Versäumungsurteil beantragt habe und die Zweitbeklagte somit bei Schluss der Verhandlung über die Entziehungsklage nicht rechtskräftig zur Zustimmung verurteilt gewesen sei.In der Entscheidung 1 Ob 611/91 (= SZ 64/138 = GesRZ 1992, 203), deren Sachverhalt sich auf eine dreigliedrige Personenhandelsgesellschaft bezieht, sprach der erkennende Senat als einfacher Senat aus, die Rechtsgestaltungsklage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nach Paragraph 117, HGB und der Vertretungsmacht gemäß Paragraph 127, HGB sei von allen "übrigen" Gesellschaftern, also von jenen, deren Befugnisse nicht beschränkt werden sollen, zu erheben. Die Kläger bildeten eine notwendige Streitgenossenschaft. Als Ausfluss der gegenseitigen Treuebindung der Gesellschafter untereinander und im Verhältnis zur Gesellschaft und der daraus im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft resultierenden Verpflichtung, an einer Klage nach Paragraph 117 und Paragraph 127, HGB mitzuwirken, könne die Teilnahme im Klageweg erzwungen werden. Die Verbindung der Zustimmungsklage gegen einen Gesellschafter mit der Entziehungsklage gegen den anderen Gesellschafter sei schon aus prozessökonomischen Gründen zulässig. Da jedoch erst die Zustimmung zur Klageführung die Verfahrensteilnahme auf Klägerseite ersetze, müsse bei der Verbindung solcher Prozesse durch Teilurteil zunächst die Zustimmungspflicht rechtskräftig bejaht werden, ehe eine klagestattgebende Entscheidung im Entziehungsverfahren denkbar sei. Die Beklagten bildeten wegen der Verschiedenheit der Streitgegenstände keine einheitliche Streitpartei.

Der Rechtsstreit jedes Streitgenossen sei vielmehr ein selbständiger Prozess. Das Gericht dürfe aber die Entziehungsklage vor der Entscheidung über die Zustimmungsklage nicht schon deshalb abweisen, weil am Verfahren nicht alle "übrigen" Gesellschafter als Kläger beteiligt seien. Könne das Verfahren gegen den auf Zustimmung in Anspruch genommenen Gesellschafter wegen eines faktischen Verfahrensstillstands nicht beendet werden, so sei jedoch das gegen den anderen Gesellschafter erhobene Entziehungsbegehren wegen mangelnder Aktivlegitimation abzuweisen. Diese Konsequenz sei im Anlassfall zu ziehen, weil der Kläger gegen die auf Zustimmung zur Entziehungsklage belangte Zweitbeklagte, die keine Klagebeantwortung erstattet habe, vorerst kein Versäumungsurteil beantragt habe und die Zweitbeklagte somit bei Schluss der Verhandlung über die Entziehungsklage nicht rechtskräftig zur Zustimmung verurteilt gewesen sei.

Zur Belegung der Mitwirkungspflicht der übrigen Gesellschafter an der Klageführung berief sich der erkennende Senat auf die Entscheidung 6 Ob 695/87 (= SZ 60/285), die die Zustimmung zur Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH zum Gegenstand hat. Dort begegnete der Oberste Gerichtshof dem Einwand des Beklagten, es seien nicht alle die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers anstrebenden anderen Gesellschafter als Kläger aufgetreten, mit dem der deutschen Praxis entlehnten Argument, dass "am Rechtsstreit über die Mitwirkungsklage - im Gegensatz zum Verfahren über die auf Gestaltung gesellschaftlicher Rechtsverhältnisse abzielende Entziehungs- bzw Abberufungsklage (Anm: nach der angeführten Belegstelle offenkundig auch gemäß §§ 117, 127 HGB) - nicht alle Gesellschafter (mit Ausnahme des Abzuberufenden als Kläger oder Beklagte) beteiligt sein" müssten, weil der Mitwirkungsanspruch nicht allen Gesellschaftern gemeinsam zustehe, sondern ein aus dem Gesellschaftsvertrag herzuleitender Individualanspruch sei, der von jedem GmbH-Gesellschafter als Partner des Gesellschaftsvertrags geltend gemacht werden könne.Zur Belegung der Mitwirkungspflicht der übrigen Gesellschafter an der Klageführung berief sich der erkennende Senat auf die Entscheidung 6 Ob 695/87 (= SZ 60/285), die die Zustimmung zur Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH zum Gegenstand hat. Dort begegnete der Oberste Gerichtshof dem Einwand des Beklagten, es seien nicht alle die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers anstrebenden anderen Gesellschafter als Kläger aufgetreten, mit dem der deutschen Praxis entlehnten Argument, dass "am Rechtsstreit über die Mitwirkungsklage - im Gegensatz zum Verfahren über die auf Gestaltung gesellschaftlicher Rechtsverhältnisse abzielende Entziehungs- bzw Abberufungsklage Anmerkung, nach der angeführten Belegstelle offenkundig auch gemäß Paragraphen 117,, 127 HGB) - nicht alle Gesellschafter (mit Ausnahme des Abzuberufenden als Kläger oder Beklagte) beteiligt sein" müssten, weil der Mitwirkungsanspruch nicht allen Gesellschaftern gemeinsam zustehe, sondern ein aus dem Gesellschaftsvertrag herzuleitender Individualanspruch sei, der von jedem GmbH-Gesellschafter als Partner des Gesellschaftsvertrags geltend gemacht werden könne.

Der Gedanke, dass einzelne der übrigen Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft, die sich an einer Ausschließungsklage gemäß § 140 Abs 1 HGB in Missachtung der zuvor erörterten Mitwirkungspflicht nicht beteiligen wollen, klageweise auf Zustimmung in Anspruch genommen werden könnten, kam übrigens - ohne spezifische Begründung - schon in älteren Entscheidungen zum Ausdruck (SZ 27/81 [1954]; HS 1382 [1952]).Der Gedanke, dass einzelne der übrigen Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft, die sich an einer Ausschließungsklage gemäß Paragraph 140, Absatz eins, HGB in Missachtung der zuvor erörterten Mitwirkungspflicht nicht beteiligen wollen, klageweise auf Zustimmung in Anspruch genommen werden könnten, kam übrigens - ohne spezifische Begründung - schon in älteren Entscheidungen zum Ausdruck (SZ 27/81 [1954]; HS 1382 [1952]).

Sollte ein rechtskräftiges Urteil, mit dem der beklagte Gesellschafter zur Zustimmung verurteilt wurde, die Prozessbeteiligung als Mitkläger ersetzen, so müsste auch die außergerichtliche Zustimmungserklärung die Beteiligung als Prozesspartei substituieren, weil die exekutive Fiktion einer Willenserklärung nichts bewirken kann, was nicht auch eine tatsächliche Willenserklärung bewirken könnte (K. Schmidt in Schlegelberger, HGB5 § 140 Rz 45). Dieses Ergebnis gilt es zu überprüfen.Sollte ein rechtskräftiges Urteil, mit dem der beklagte Gesellschafter zur Zustimmung verurteilt wurde, die Prozessbeteiligung als Mitkläger ersetzen, so müsste auch die außergerichtliche Zustimmungserklärung die Beteiligung als Prozesspartei substituieren, weil die exekutive Fiktion einer Willenserklärung nichts bewirken kann, was nicht auch eine tatsächliche Willenserklärung bewirken könnte (K. Schmidt in Schlegelberger, HGB5 Paragraph 140, Rz 45). Dieses Ergebnis gilt es zu überprüfen.

1. 2. Schrifttum:

1. 2. 1. Herrschende Meinung:

Die soeben referierte Ansicht, die freiwillige außergerichtliche oder gerichtlich erzwungene Zustimmung einzelner der "übrigen Gesellschafter" zur Klageführung bzw die gerichtlich durchgesetzte Mitwirkung an einer solchen ersetze deren Prozessbeteiligung nach den §§ 117, 127 und 140 HGB auf Seiten der Kläger, wird auch von der diese Rechtsprechung billigenden überwiegenden neueren Lehre in Österreich (Enzinger, Ausschluss aus Personengesellschaften und das Wohl des Unternehmens, in FS Frotz 217, 238 f; Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht II4 234 f; Holzhammer/Roth, Gesellschaftsrecht2 78; Doralt in Kastner/Stoll, Die GmbH & Co KG 303; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts5 121; Koppensteiner in Straube, HGB I2 § 127 Rz 5, § 140 Rz 12; Paschinger, Die Gesellschaften und Genossenschaften im Zivilprozess 126, 132, 135; Torggler/Kucsko in Straube aaO § 117 Rz 16 f; Nowotny, Der "lästige" Gesellschafter in der GmbH & Co KG, NZ 1982, 81, 91) und dem auf die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofs (siehe NJW 1998, 146; BGHZ 68, 81) gestützten überwiegenden Schrifttum in Deutschland vertreten (Baumbach/Duden/Hopt, HGB30 § 117 Rz 7, § 127 Rz 8, § 140 Rz 17, 20; Emmerich in Heymann, HGB2 § 117 Rz 13 [dort unter Berufung auf die Entscheidung1 Ob 611/91 = GesRZ 1992, 203], § 140 Rz 25 [bereits zweifelnd - siehe dort FN 81]; von Gerkan in Röhricht/Graf von Westphalen, HGB § 117 Rz 11, § 140 Rz 15; Martens in Schlegelberger, HGB5 § 117 Rz 24).Die soeben referierte Ansicht, die freiwillige außergerichtliche oder gerichtlich erzwungene Zustimmung einzelner der "übrigen Gesellschafter" zur Klageführung bzw die gerichtlich durchgesetzte Mitwirkung an einer solchen ersetze deren Prozessbeteiligung nach den Paragraphen 117,, 127 und 140 HGB auf Seiten der Kläger, wird auch von der diese Rechtsprechung billigenden überwiegenden neueren Lehre in Österreich (Enzinger, Ausschluss aus Personengesellschaften und das Wohl des Unternehmens, in FS Frotz 217, 238 f; Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht II4 234 f; Holzhammer/Roth, Gesellschaftsrecht2 78; Doralt in Kastner/Stoll, Die GmbH & Co KG 303; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts5 121; Koppensteiner in Straube, HGB I2 Paragraph 127, Rz 5, Paragraph 140, Rz 12; Paschinger, Die Gesellschaften und Genossenschaften im Zivilprozess 126, 132, 135; Torggler/Kucsko in Straube aaO Paragraph 117, Rz 16 f; Nowotny, Der "lästige" Gesellschafter in der GmbH & Co KG, NZ 1982, 81, 91) und dem auf die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofs (siehe NJW 1998, 146; BGHZ 68, 81) gestützten überwiegenden Schrifttum in Deutschland vertreten (Baumbach/Duden/Hopt, HGB30 Paragraph 117, Rz 7, Paragraph 127, Rz 8, Paragraph 140, Rz 17, 20; Emmerich in Heymann, HGB2 Paragraph 117, Rz 13 [dort unter Berufung auf die Entscheidung 1 Ob 611/91 = GesRZ 1992, 203], Paragraph 140, Rz 25 [bereits zweifelnd - siehe dort FN 81]; von Gerkan in Röhricht/Graf von Westphalen, HGB Paragraph 117, Rz 11, Paragraph 140, Rz 15; Martens in Schlegelberger, HGB5 Paragraph 117, Rz 24).

Wie schon aus den eingangs referierten Entscheidungen folgt (siehe ferner HS 1382; vgl im Übrigen auch7 Ob 606/90 [Klage auf Feststellung der Beteiligungsverhältnisse an einer Personengesellschaft]), sind die übrigen Gesellschafter als Kläger im Gestaltungsprozess notwendige Streitgenossen. Das wird im Schrifttum von niemandem in Zweifel gezogen (Baumbach/Duden/Hopt aaO § 117 Rz 7, § 140 Rz 17; Emmerich aaO § 117 Rz 11, § 140 Rz 23a; Fasching, Lehrbuch2 Rz 364, 374; von Gerkan aaO § 117 Rz 11, § 140 Rz 15; Holzhammer/Roth aaO 78; Jabornegg in Jabornegg, Kommentar zum HGB § 117 Rz 24, § 140 Rz 37; Koppensteiner aaO § 127 Rz 5, § 140 Rz 12; Martens aaO § 117 Rz 24; Paschinger aaO 126, 136; Torggler/Kucsko aaO § 117 Rz 18).Wie schon aus den eingangs referierten Entscheidungen folgt (siehe ferner HS 1382; vergleiche im Übrigen auch 7 Ob 606/90 [Klage auf Feststellung der Beteiligungsverhältnisse an einer Personengesellschaft]), sind die übrigen Gesellschafter als Kläger im Gestaltungsprozess notwendige Streitgenossen. Das wird im Schrifttum von niemandem in Zweifel gezogen (Baumbach/Duden/Hopt aaO Paragraph 117, Rz 7, Paragraph 140, Rz 17; Emmerich aaO Paragraph 117, Rz 11, Paragraph 140, Rz 23a; Fasching, Lehrbuch2 Rz 364, 374; von Gerkan aaO Paragraph 117, Rz 11, Paragraph 140, Rz 15; Holzhammer/Roth aaO 78; Jabornegg in Jabornegg, Kommentar zum HGB Paragraph 117, Rz 24, Paragraph 140, Rz 37; Koppensteiner aaO Paragraph 127, Rz 5, Paragraph 140, Rz 12; Martens aaO Paragraph 117, Rz 24; Paschinger aaO 126, 136; Torggler/Kucsko aaO Paragraph 117, Rz 18).

1. 2. 2. Kritische Stimmen:

Gegen die Ansicht, dass eine außergerichtliche Zustimmung zur Klageführung durch einzelne der übrigen Gesellschafter genüge bzw ein Zustimmungsurteil die Teilnahme des Verurteilten am Gestaltungsprozess als Mitkläger ersetze, wenden sich vor allem K. Schmidt (Die sogenannte Zustimmungsklage bei Ausschließungs- und Entziehungsprozessen [§§ 140, 117, 127 HGB]: eine Fehlkonstruktion, JBl 1993, 165; in Schlegelberger aaO § 140 Rz 43 ff) und Ulmer (in Großkommentar HGB § 140 Anm 31, 32, 34, 35).Jabornegg (aaO § 117 Rz 23 ff und § 140 Rz 38 f) hält

dagegen nur die außergerichtliche Zustimmung zur Klageführung aus dem Kreis der übrigen Gesellschafter für nicht ausreichend.Gegen die Ansicht, dass eine außergerichtliche Zustimmung zur Klageführung durch einzelne der übrigen Gesellschafter genüge bzw ein Zustimmungsurteil die Teilnahme des Verurteilten am Gestaltungsprozess als Mitkläger ersetze, wenden sich vor allem K. Schmidt (Die sogenannte Zustimmungsklage bei Ausschließungs- und Entziehungsprozessen [§§ 140, 117, 127 HGB]: eine Fehlkonstruktion, JBl 1993, 165; in Schlegelberger aaO Paragraph 140, Rz 43 ff) und Ulmer (in Großkommentar HGB Paragraph 140, Anmerkung 31, 32, 34, 35). Jabornegg (aaO Paragraph 117, Rz 23 ff und Paragraph 140, Rz 38 f) hält dagegen nur die außergerichtliche Zustimmung zur Klageführung aus dem Kreis der übrigen Gesellschafter für nicht ausreichend.

K. Schmidt (JBl 1993, 165) beruft sich zunächst auf den klaren Wortlaut der §§ 117, 127 und 140 HGB. Die dort behandelten Gestaltungsklagen und -urteile über Gesellschaftsverhältnisse erforderten die Beteiligung aller Gesellschafter an den Gestaltungsprozessen als notwendige Streitgenossen einer einheitlichen Streitpartei. Verweigere einer der übrigen Mitgesellschafter die Beteiligung an einer Ausschließungs- oder Entziehungsklage, so sei in der klagbaren Mitwirkungs- oder Zustimmungspflicht eines solchen Mitgesellschafters an sich ein pragmatischer Kompromiss zwischen einander widerstreitenden Zielvorstellungen zu erblicken. Einerseits solle der Ausschließungs- oder Entziehungsanspruch nicht an der Passivität eines der übrigen Gesellschafter scheitern, anderseits sollten die Kläger aber - über das Ziel hinausschießend - auch nicht gezwungen werden, ein Ausschließungsbegehren auch gegen einen solchen Gesellschafter zu erheben. Das zu billigende Ergebnis der herrschenden Meinung kranke jedoch an "dogmatischen Provisorien". Daher bedürfe es eines widerspruchsfreien dogmatischen Konzepts, das zwar nicht am erörterten Ergebnis rüttle, sich aber gleichzeitig durch Sachnähe und (prozessuale) Einfachheit auszeichne. Das Nebeneinander von Ausschließungs- bzw Entziehungsklage als Gestaltungsklagen und Zustimmungsklage als Leistungsklage sei in sich widersprüchlich. Die vom Bundesgerichtshof konstruierte Mitwirkungs- bzw Zustimmungsklage (siehe BGHZ 68, 81) ersetze in Wahrheit nicht eine außerprozessuale Willenserklärung, sondern sei nur die Methode, mit deren Hilfe ein Mitgesellschafter in den Gestaltungsprozess hineingezogen werde. Nach dem § 894 dZPO (§ 367 EO) gelte eine eingeklagte Willenserklärung erst nach Rechtskraft des Leistungsurteils als abgegeben. Nach der Praxis des Bundesgerichtshofs könne jedoch die Ausschließungs- mit der Zustimmungsklage verbunden und über beide Klagen auch gemeinsam entschieden werden. Beiden Klagen sei aber nur stattzugeben, wenn ein wichtiger Grund für die Ausschließung vorliege und "zusätzlich eine - unter besonderen Vorausetzungen zu bejahende - Verpflichtung des mitverklagten Gesellschafters zur Zustimmung" bestehe (BGHZ 68, 81, 84). Gleichwohl müsse die Rechtskraft eines solchen Urteils über den Zustimmungsanspruch nach der in der Lehre überwiegend gebilligten Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht abgewartet werden. Das sei inkonsequent. Tatsächlich werde in einem Prozess entschieden und die Klage sei gegenüber beiden Beklagten "gleichzeitig spruchreif". Der vom Bundesgerichtshof angestrebte Ergebnisgleichlauf beider Prozesse werde mit einem prozessualen Provisorium erkauft. Der Gerichtshof verweise selbst auf die Möglichkeit der getrennten Anfechtung des Auschließungs- und des Zustimmungsurteils. Werde nur dieses bekämpft, könnte jenes in Rechtskraft erwachsen, obgleich die Zustimmungsklage noch abgewiesen werden könnte. Die gerichtliche Empfehlung an den zur Zustimmung Verurteilten, dem auf Ausschließung in Anspruch genommenen Gesellschafter "unter Einlegung eines Rechtsmittels als Streithelfer" beizutreten, bedeute im Ergebnis, dass ein gegen beide Beklagte gleichzeitig spruchreifer, dogmatisch jedoch in zwei Verfahren mit verschiedenen Streitgegenständen aufgeteilter Prozess über den Beitritt als Streithelfer wiederum zur Einheit verbunden werden müsse.K. Schmidt (JBl 1993, 165) beruft sich zunächst auf den klaren Wortlaut der Paragraphen 117,, 127 und 140 HGB. Die dort behandelten Gestaltungsklagen und -urteile über Gesellschaftsverhältnisse erforderten die Beteiligung aller Gesellschafter an den Gestaltungsprozessen als notwendige Streitgenossen einer einheitlichen Streitpartei. Verweigere einer der übrigen Mitgesellschafter die Beteiligung an einer Ausschließungs- oder Entziehungsklage, so sei in der klagbaren Mitwirkungs- oder Zustimmungspflicht eines solchen Mitgesellschafters an sich ein pragmatischer Kompromiss zwischen einander widerstreitenden Zielvorstellungen zu erblicken. Einerseits solle der Ausschließungs- oder Entziehungsanspruch nicht an der Passivität eines der übrigen Gesellschafter scheitern, anderseits sollten die Kläger aber - über das Ziel hinausschießend - auch nicht gezwungen werden, ein Ausschließungsbegehren auch gegen einen solchen Gesellschafter zu erheben. Das zu billigende Ergebnis der herrschenden Meinung kranke jedoch an "dogmatischen Provisorien". Daher bedürfe es eines widerspruchsfreien dogmatischen Konzepts, das zwar nicht am erörterten Ergebnis rüttle, sich aber gleichzeitig durch Sachnähe und (prozessuale) Einfachheit auszeichne. Das Nebeneinander von Ausschließungs- bzw Entziehungsklage als Gestaltungsklagen und Zustimmungsklage als Leistungsklage sei in sich widersprüchlich. Die vom Bundesgerichtshof

konstruierte Mitwirkungs- bzw Zustimmungsklage (siehe BGHZ 68, 81) ersetze in Wahrheit nicht eine außerprozessuale Willenserklärung, sondern sei nur die Methode, mit deren Hilfe ein Mitgesellschafter in den Gestaltungsprozess hineingezogen werde. Nach dem Paragraph 894, dZPO (Paragraph 367, EO) gelte eine eingeklagte Willenserklärung erst nach Rechtskraft des Leistungsurteils als abgegeben. Nach der Praxis des Bundesgerichtshofs könne jedoch die Ausschließungs- mit der Zustimmungsklage verbunden und über beide Klagen auch gemeinsam entschieden werden. Beiden Klagen sei aber nur stattzugeben, wenn ein wichtiger Grund für die Ausschließung vorliege und "zusätzlich eine - unter besonderen Vorausetzungen zu bejahende - Verpflichtung des mitverklagten Gesellschafters zur Zustimmung" bestehe (BGHZ 68, 81, 84). Gleichwohl müsse die Rechtskraft eines solchen Urteils über den Zustimmungsanspruch nach der in der Lehre überwiegend gebilligten Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht abgewartet werden. Das sei inkonsequent. Tatsächlich werde in einem Prozess entschieden und die Klage sei gegenüber beiden Beklagten "gleichzeitig spruchreif". Der vom Bundesgerichtshof angestrebte Ergebnisgleichlauf beider Prozesse werde mit einem prozessualen Provisorium erkauft. Der Gerichtshof verweise selbst auf die Möglichkeit der getrennten Anfechtung des Auschließungs- und des Zustimmungsurteils. Werde nur dieses bekämpft, könnte jenes in Rechtskraft erwachsen, obgleich die Zustimmungsklage noch abgewiesen werden könnte. Die gerichtliche Empfehlung an den zur Zustimmung Verurteilten, dem auf Ausschließung in Anspruch genommenen Gesellschafter "unter Einlegung eines Rechtsmittels als Streithelfer" beizutreten, bedeute im Ergebnis, dass ein gegen beide Beklagte gleichzeitig spruchreifer, dogmatisch jedoch in zwei Verfahren mit verschiedenen Streitgegenständen aufgeteilter Prozess über den Beitritt als Streithelfer wiederum zur Einheit verbunden werden müsse.

Die herrschende Meinung in Österreich lehne sich eng an die Praxis des Bundesgerichtshofs an: Die außerprozessuale Zustimmung eines der übrigen Gesellschafter zur Klageführung ersetze dessen Mitwirkung als Kläger am Gestaltungsprozess. Es bestehe jedoch ein signifikanter Unterschied. Anders als die Lösung des Bundesgerichtshofs sei das vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 1 Ob 611/91 erzielte Ergebnis "in sich konsistent", weil ihm eine konsequente Anwendung des § 367 EO zugrunde liege und das Urteil im Ausschließungs- bzw Entziehungsprozess demnach nicht vor Rechtskraft der Entscheidung im Zustimmungsprozess gefällt werden dürfe. Der Preis für diese Folgerichtigkeit sei ein unpraktischer Prozessverlauf, der den Verfahrensaufwand für alle Voraussetzungen des Gestaltungsurteils in den Zustimmungsprozess verlagere und zudem, wie der Sachverhalt der Entscheidung 1 Ob 611/91 bezeuge, zu sachfernen Lösungen führen könne.Die herrschende Meinung in Österreich lehne sich eng an die Praxis des Bundesgerichtshofs an: Die außerprozessuale Zustimmung eines der übrigen Gesellschafter zur Klageführung ersetze dessen Mitwirkung als Kläger am Gestaltungsprozess. Es bestehe jedoch ein signifikanter Unterschied. Anders als die Lösung des Bundesgerichtshofs sei das vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 1 Ob 611/91 erzielte Ergebnis "in sich konsistent", weil ihm eine konsequente Anwendung des Paragraph 367, EO zugrunde liege und das Urteil im Ausschließungs- bzw Entziehungsprozess demnach nicht vor Rechtskraft der Entscheidung im Zustimmungsprozess gefällt werden dürfe. Der Preis für diese Folgerichtigkeit sei ein unpraktischer Prozessverlauf, der den Verfahrensaufwand für alle Voraussetzungen des Gestaltungsurteils in den Zustimmungsprozess verlagere und zudem, wie der Sachverhalt der Entscheidung 1 Ob 611/91 bezeuge, zu sachfernen Lösungen führen könne.

Der Schlüssel zur Lösung der Probleme aus der deutschen und österreichischen Rechtsprechung sei in einer anderen Sicht des Streitgegenstands beider Prozesse zu finden. Die Rechtsgestaltung nach den §§ 117, 127 und 140 HGB werde durch Gerichtsurteil und nicht durch die Parteien und auch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkt. Die nicht auf Seite der Kläger einschreitenden übrigen Gesellschafter seien deshalb mitzuklagen, weil "das angestrebte Gestaltungsurteil in die Rechte aller Gesellschafter" eingreife. Die vermeintliche Kombination der Gestaltungsklage mit der Mitwirkungs- als Leistungsklage bei angeblich unterschiedlichen Streitgegenständen sei in Wahrheit ein mehrseitiger Gestaltungsprozess. Werde gegen den einen Gesellschafter ein Ausschließungs- und gegen den anderen ein Zustimmungsbegehren erhoben, so hätten beide den gleichen Streitgegenstand. Gegen beide Gesellschafter werde auf Ausschließung eines von ihnen geklagt. Es handle sich also nicht um die Verbindung einer Gestaltungs- mit einer Leistungsklage, sondern um einen einheitlichen Rechtsgestaltungsanspruch, der - in unterschiedlicher Weise - in die Rechtsverhältnisse beider Beklagten eingreife. Demnach sei die Frage nach der Mitwirkungspflicht nicht isoliert im Rahmen eines gesonderten Leistungsprozesses, sondern anlässlich der Prüfung des im Gestaltungsprozess behaupteten wichtigen Grundes zu beurteilen. Es könne in der mehrgliedrigen Gesellschaft nicht das Gleiche sein, ob ein Mitgesellschafter nur für den Kläger als Gesellschafter oder, was entscheidend sei, für die Gesellschaft untragbar geworden sei. Somit sei vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 1 Ob 611/91 unzutreffend unterstellt worden,

dass die beiden dort Beklagten "im Hinblick auf die Verschiedenheit der Streitgegenstände keine einheitliche Streitpartei" bildeten. Richtigerweise verhalte es sich vielmehr genau umgekehrt: Gegenüber beiden Beklagten als einheitliche Streitpartei sei "einzig und allein darüber zu entscheiden" gewesen, "ob dem Erstbeklagten die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werden solle", weshalb die Prozesshandlungen des Erstbeklagten trotz der Säumnis der Zweitbeklagten auch für und gegen sie gewirkt hätten. Ein Versäumungsurteil gegen die Zweitbeklagte hätte daher, wäre es beantragt worden, wegen der Einheitlichkeit des Streitgegenstands gar nicht erlassen werden dürfen. Behandle man die Beklagten als einheitliche Streitpartei, so sei gleichzeitig zu entscheiden. Dann werde der Prozess auch nicht durch das Rechtsmittel nur eines der Beklagten zerrissen, bleibe doch der Streitgegenstand in allen Instanzen identisch, gleichviel ob nur der Erstbeklagte oder nur der Zweitbeklagte ein Rechtsmittel eingelegt habe. An anderer Stelle räumt der Autor (in Schlegelberger aaO § 140 Rz 44) unter Berufung auf Rechtsprechung und Lehre ein, ein Mitgesellschafter habe nur dann an einer Ausschließungsklage mitzuwirken, wenn die angestrebte Veränderung im Gesellschaftsverhältnis aus der Sicht der Gesellschaft erforderlich und aus der Sicht der Mitgesellschafter zumutbar sei. An einer solchen Zumutbarkeit könne es in "krassen Ausnahmefällen", etwa bei engen verwandtschaftlichen Bindungen oder auch im Falle einer erheblichen wirtschaftlichen Belastung der Gesellschafter durch die Ausschließung eines von ihnen mangeln.Der Schlüssel zur Lösung der Probleme aus der deutschen und österreichischen Rechtsprechung sei in einer anderen Sicht des Streitgegenstands beider Prozesse zu finden. Die Rechtsgestaltung nach den Paragraphen 117,, 127 und 140 HGB werde durch Gerichtsurteil und nicht durch die Parteien und auch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkt. Die nicht auf Seite der Kläger einschreitenden übrigen Gesellschafter seien deshalb mitzuklagen, weil "das angestrebte Gestaltungsurteil in die Rechte aller Gesellschafter" eingreife. Die vermeintliche Kombination der Gestaltungsklage mit der Mitwirkungs- als Leistungsklage bei angeblich unterschiedlichen Streitgegenständen sei in Wahrheit ein mehrseitiger Gestaltungsprozess. Werde gegen den einen Gesellschafter ein Ausschließungs- und gegen den anderen ein Zustimmungsbegehren erhoben, so hätten beide den gleichen Streitgegenstand. Gegen beide Gesellschafter werde auf Ausschließung eines von ihnen geklagt. Es handle sich also nicht um die Verbindung einer Gestaltungs- mit einer Leistungsklage, sondern um einen einheitlichen Rechtsgestaltungsanspruch, der - in unterschiedlicher Weise - in die Rechtsverhältnisse beider Beklagten eingreife. Demnach sei die Frage nach der Mitwirkungspflicht nicht isoliert im Rahmen eines gesonderten Leistungsprozesses, sondern anlässlich der Prüfung des im Gestaltungsprozess behaupteten wichtigen Grundes zu beurteilen. Es könne in der mehrgliedrigen Gesellschaft nicht das Gleiche sein, ob ein Mitgesellschafter nur für den Kläger als Gesellschafter oder, was entscheidend sei, für die Gesellschaft untragbar geworden sei. Somit sei vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 1 Ob 611/91 unzutreffend unterstellt worden, dass die beiden dort Beklagten "im Hinblick auf die Verschiedenheit der Streitgegenstände keine einheitliche Streitpartei" bildeten. Richtigerweise verhalte es sich vielmehr genau umgekehrt: Gegenüber beiden Beklagten als einheitliche Streitpartei sei "einzig und allein darüber zu entscheiden" gewesen, "ob dem Erstbeklagten die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werden solle", weshalb die Prozesshandlungen des Erstbeklagten trotz der Säumnis der Zweitbeklagten auch für und gegen sie gewirkt hätten. Ein Versäumungsurteil gegen die Zweitbeklagte hätte daher, wäre es beantragt worden, wegen der Einheitlichkeit des Streitgegenstands gar nicht erlassen werden dürfen. Behandle man die Beklagten als einheitliche Streitpartei, so sei gleichzeitig zu entscheiden. Dann werde der Prozess auch nicht durch das Rechtsmittel nur eines der Beklagten zerrissen, bleibe doch der Streitgegenstand in allen Instanzen identisch, gleichviel ob nur der Erstbeklagte oder nur der Zweitbeklagte ein Rechtsmittel eingelegt habe. An anderer Stelle räumt der Autor (in Schlegelberger aaO Paragraph 140, Rz 44) unter Berufung auf Rechtsprechung und Lehre ein, ein Mitgesellschafter habe nur dann an einer Ausschließungsklage mitzuwirken, wenn die angestrebte Veränderung im Gesellschaftsverhältnis aus der Sicht der Gesellschaft erforderlich und aus der Sicht der Mitgesellschafter zumutbar sei. An einer solchen Zumutbarkeit könne es in "krassen Ausnahmefällen", etwa bei engen verwandtschaftlichen Bindungen oder auch im Falle einer erheblichen wirtschaftlichen Belastung der Gesellschafter durch die Ausschließung eines von ihnen mangeln.

Ulmer (aaO § 140 Anm 31) lehrt, als Kläger einer Ausschließungsklage müssten alle übrigen Gesellschafter als notwendige Streitgenossen "aus materiellen Gründen" auftreten, weil ihnen der Ausschließungsanspruch nur gemeinschaftlich zustehe. Die außergerichtliche Erklärung eines der übrigen Gesellschafter, das Klageziel bindend zu billigen, mache dessen Beteiligung als Kläger nicht entbehrlich, weil der Ausschließungsanspruch ein "Gemeinschaftsrecht" sei. Insofern scheitere auch eine gewillkürte Prozessstandschaft am höchstpersönlichen Charakter der Mitgliedschaftsrechte (aaO § 140 Anm 32). Die Pflicht zur Mitwirkung an der Ausschließungsklage der

übrigen Gesellschafter sei dann zu bejahen, wenn das Interesse an der Erhaltung der gemeinsam geschaffenen Werte die Klage dringend nahelege und die Mitwirkung daran den widerstrebenden Gesellschaftern zumutbar sei. Sehe der Gesellschaftsvertrag einen Mehrheitsbeschluss für die Erhebung einer Ausschließungsklage vor, so sei es denkbar, hierin eine Ermächtigung an die Mehrheit zu sehen, die Klage "im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft zugleich für die überstimmten Gesellschafter zu erheben" (aaO § 140 Anm 34). Die Verbindung der Mitwirkungs- mit der Ausschließungsklage begegne Bedenken. Durch die gleichzeitige Verurteilung der Beklagten werde weder die durch das Gesetz gebotene "persönliche Beteiligung des widerstrebenden Gesellschafters" an der Ausschließungsklage noch die Fiktion der Mitwirkung im Zeitpunkt der Erhebung dieser Klage erreicht. Es liege daher nahe, die Ausschließungsklage bei Unzumutbarkeit unveränderter Fortführung der Gesellschaft gleich auch gegen die ihre Mitwirkungspflicht verletzenden Mitgesellschafter zu erheben oder sie unter Auflösung der Gesellschaft nach § 133 HGB auf Ersatz des durch die Pflichtverletzung verursachten Schadens in Anspruch zu nehmen. Solche Maßnahmen würden durch die Anerkennung einer gerichtlich durchsetzbaren Mitwirkungspflicht nicht ausgeschlossen.Ulmer (aaO Paragraph 140, Anmerkung 31) lehrt, als Kläger einer Ausschließungsklage müssten alle übrigen Gesellschafter als notwendige Streitgenossen "aus materiellen Gründen" auftreten, weil ihnen der Ausschließungsanspruch nur gemeinschaftlich zustehe. Die außergerichtliche Erklärung eines der übrigen Gesellschafter, das Klageziel bindend zu billigen, mache dessen Beteiligung als Kläger nicht entbehrlich, weil der Ausschließungsanspruch ein "Gemeinschaftsrecht" sei. Insofern scheitere auch eine gewillkürte Prozessstandschaft am höchstpersönlichen Charakter der Mitgliedschaftsrechte (aaO Paragraph 140, Anmerkung 32). Die Pflicht zur Mitwirkung an der Ausschließungsklage der übrigen Gesellschafter sei dann zu bejahen, wenn das Interesse an der Erhaltung der gemeinsam geschaffenen Werte die Klage dringend nahelege und die Mitwirkung daran den widerstrebenden Gesellschaftern zumutbar sei. Sehe der Gesellschaftsvertrag einen Mehrheitsbeschluss für die Erhebung einer Ausschließungsklage vor, so sei es denkbar, hierin eine Ermächtigung an die Mehrheit zu sehen, die Klage "im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft zugleich für die überstimmten Gesellschafter zu erheben" (aaO Paragraph 140, Anmerkung 34). Die Verbindung der Mitwirkungs- mit der Ausschließungsklage begegne Bedenken. Durch die gleichzeitige Verurteilung der Beklagten werde weder die durch das Gesetz gebotene "persönliche Beteiligung des widerstrebenden Gesellschafters" an der Ausschließungsklage noch die Fiktion der Mitwirkung im Zeitpunkt der Erhebung dieser Klage erreicht. Es liege daher nahe, die Ausschließungsklage bei Unzumutbarkeit unveränderter Fortführung der Gesellschaft gleich auch gegen die ihre Mitwirkungspflicht verletzenden Mitgesellschafter zu erheben oder sie unter Auflösung der Gesellschaft nach Paragraph 133, HGB auf Ersatz des durch die Pflichtverletzung verursachten Schadens in Anspruch zu nehmen. Solche Maßnahmen würden durch die Anerkennung einer gerichtlich durchsetzbaren Mitwirkungspflicht nicht ausgeschlossen.

Jabornegg (aaO § 117 Rz 23 ff, § 140 Rz 38 f) tritt der Ansicht, das außergerichtlich erklärte Einverständnis der am Entziehungs- bzw Ausschließungsverfahren nicht als Mitkläger beteiligten übrigen Gesellschafter mit dem Klageziel reiche aus, als mit dem Gesetz unvereinbar entgegen. Deshalb habe die Entscheidung 5 Ob 208/61 zutreffend ausgesprochen, das bloße Einverständnis eines der übrigen Gesellschafter mit der Klageführung genüge zur Begründung der Aktivlegitimation der klagewilligen Gesellschafter nicht. Die herrschende Meinung mache ohne zwingenden Grund "aus einem kollektiv auszuübenden Gestaltungsrecht ein - allenfalls zustimmungsbedürftiges - individuelles Gestaltungsrecht" und übersehe das Erfordernis gemeinsamer Klageführung "als materielles Korrektiv zugunsten Klagsunwilliger und zur Vermeidung übereilter" Entziehungs- bzw Ausschließungsprozesse. Dagegen sei die Ansicht, die Zustimmung zur Klage sei aufgrund eines insoweit zu bejahenden Individualanspruchs gerichtlich erzwingbar und der Entziehungs- bzw Ausschließungsprozess könne mit dem Zustimmungsverfahren verbunden werden, ohne dass die Beklagten wegen der Unterschiedlichkeit der Streitgegen

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at