

# TE OGH 2009/2/26 1Ob192/08d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.02.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden und durch die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Parteien 1. Gudrun O\*\*\*\*\*, und 2. Beate T\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Roland Kometer und Dr. Esther Pechtl-Schatz, Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagten und Gegner der gefährdeten Parteien 1. Ferdinand P\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Gerd Pichler, Rechtsanwalt in Innsbruck, und 2. Ingrid H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Metzler, Rechtsanwalt in Linz, wegen Unterlassung (Streitwert 121.730 EUR) sA, über die außerordentlichen Revisionsrekurse a) der klagenden und gefährdeten Parteien sowie b) der erstbeklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 28. Juli 2008, GZ 4 R 153/08v-12, womit der Beschluss des Landesgerichts Innsbruck vom 9. Juni 2008, GZ 12 Cg 175/08b-2, teils bestätigt und teils abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

I. Der Revisionsrekurs der erstbeklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Parteien wird zurückgewiesen.

II. Dem Revisionsrekurs der klagenden und gefährdeten Parteien wird Folge gegeben.

In Ansehung der zweitbeklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Parteien wird die angefochtene Entscheidung dahin abgeändert, dass die Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagenden und gefährdeten Parteien haben die Kosten all ihrer Rechtsmittelschriften vorläufig selbst zu tragen.

Die erstbeklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Parteien sowie die zweitbeklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Parteien haben die Kosten all ihrer Rechtsmittelschriften endgültig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die klagenden und gefährdeten Parteien (fortan: Klägerinnen) sowie die Zweitbeklagte und Zweitgegnerin der gefährdeten Parteien (fortan: Zweitbeklagte) sind Kommanditistinnen (zu 33, 28 bzw 39 %) der Ferdinand P\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, deren einzige Komplementärin die Erstbeklagte und Erstgegnerin der gefährdeten Parteien (fortan: Erstbeklagte) ist. Die Klägerinnen, die Zweitbeklagte und deren Ehegatte sind mit Anteilen von jeweils 25 % Gesellschafter der Erstbeklagten, als deren Geschäftsführerin die Zweitbeklagte fungiert. Die Ferdinand P\*\*\*\*\* GmbH & Co KG betreibt ein Kino.

Die Klägerinnen begehren von den Beklagten, es zu unterlassen, den angekündigten Austausch der Bestuhlung in den

Sälen 2, 7 und 8 des Kinos durchzuführen bzw durchführen zu lassen. Zur Sicherung dieses Unterlassungsanspruchs beantragten die Klägerinnen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach den Beklagten ab sofort bis zur rechtskräftigen Erledigung des Hauptverfahrens geboten werde, „vorläufig“ den angekündigten Austausch der Kinobestuhlung in den Sälen 2, 7 und 8 (518 Stück) im Kino der Ferdinand P\*\*\*\*\* GmbH & Co KG zu unterlassen. Sie brachten vor, die Beklagten hätten angekündigt, noch während der Fußball-Europameisterschaft 2008, beginnend ab 9. Juni 2008, in den genannten Kino-Sälen die Bestuhlung auszutauschen. Das Finanzierungsvolumen belaufe sich hierfür auf insgesamt 121.730 EUR (518 Stühle zu je ca 235 EUR). Diese fremd zu finanzierende Maßnahme stelle - auch unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlich ungünstigen Situation der Kinobetreiberin sowie aufgrund des erforderlichen Finanzierungsvolumens - eine über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgehende Maßnahme dar, die nur aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses der Kommanditistinnen durchgeführt werden dürfe. Mangels eines derartigen Mehrheitsbeschlusses habe der von den Beklagten geplante Austausch der Kinostühle zu unterbleiben. Mit Schreiben vom 4. Juni 2008 hätte jedoch der Rechtsvertreter der Beklagten ebenso wie die Zweitbeklagte darauf hingewiesen, dass der Austausch notwendig sei und den Standpunkt vertreten, diese Maßnahme gehöre zum ordentlichen Geschäftsbetrieb und würde nicht der Zustimmung der Kommanditistinnen bedürfen. Die Zweitbeklagte habe keine Gesellschafterversammlung einberufen. Den Klägerinnen selbst sei es wegen der einzuhaltenden vierzehntägigen Ladungsfrist nicht mehr möglich gewesen, eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft einzuberufen. Die Abstimmung bei Gesellschafterversammlungen erfolge laut Gesellschaftsvertrag im Verhältnis der Kommanditanteile; die Beschlüsse würden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Gemäß Punkt VII des Gesellschaftsvertrags sei für gewisse Belange sogar eine qualifizierte Zweidrittelmehrheit erforderlich. Dies betreffe unter anderem Investitionen über 1 Mio ATS (wertgesichert 130.977,09 EUR), die Aufnahme von Krediten über 500.000 ATS (wertgesichert 65.488,55 EUR) und die Eingehung von Dauerschuldverhältnissen, die eine monatliche Belastung von mehr als 25.000 ATS (wertgesichert 3.274,43 EUR) mit sich bringen. Auch wenn der Kommanditgesellschaftsvertrag für gewisse Belange eine Zweidrittelmehrheit vorsehe, sei daraus nicht zu schließen, dass die Erstbeklagte über alle anderen Angelegenheiten selbst entscheiden könne. Aus dem im Gesellschaftsvertrag festgehaltenen Recht jedes Gesellschafters, außerordentliche Gesellschafterversammlungen zur Entscheidung über wichtige Angelegenheiten einzuberufen, falls die Geschäftsführung einen derartigen Antrag nicht stelle, ergebe sich, dass es neben den Zweidrittelmehrheitsregelungen auch noch sonstige wichtige Angelegenheiten gebe, die in der Gesellschaft durch Abstimmung zu regeln seien. Dazu zählten jedenfalls Beschlüsse über den Austausch von Kinostühlen mit einem Investitionsbedarf von 121.730 EUR. Da die Beklagten schriftlich angekündigt hätten, die Maßnahme auch ohne Mehrheitsbeschluss durchführen zu wollen, stehe den Klägerinnen als actio pro socio gegenüber den Beklagten ein Unterlassungsanspruch zu. Die Komplementär GmbH sei der Kommanditgesellschaft gegenüber zur sorgfältigen Geschäftsführung verpflichtet, weshalb die Kommanditgesellschaft einen Anspruch darauf habe, dass sie die Geschäftsführung jenen GmbH-Geschäftsführern entziehe, welche ihren Verpflichtungen nicht nachkämen. Auch die Untersagung einzelner Geschäftsführungsmaßnahmen als gelinderes Mittel sei zulässig. Dieser Anspruch sei durch den einzelnen Gesellschafter im Wege der actio pro socio gegen die Erstbeklagte durchsetzbar. Diese schulde nicht nur der GmbH & Co KG gegenüber, sondern auch jedem Mitgesellschafter gegenüber die Erfüllung der gesellschaftsvertraglichen Pflichten. Auch Kommanditisten seien dazu legitimiert, mit der actio pro socio Schadenersatzansprüche gegen die GmbH geltend zu machen, wenn diese durch schuldhaftes Verletzung ihrer Geschäftsführungspflichten der GmbH & Co KG einen Schaden zugefügt habe. Dies gelte auch für Unterlassungsansprüche. Die Zweitbeklagte sei als Geschäftsführerin der erstbeklagten GmbH passiv legitimiert. Die erstbeklagte GmbH sei nur „rein formal“ als Zwischenglied vorgeschoben, weshalb die Zweitbeklagte auch persönlich in Anspruch genommen werden könne. Deren Passivlegitimation ergebe sich weiters daraus, dass der zwischen der erstbeklagten GmbH und der Zweitbeklagten abgeschlossene Vertrag Schutzwirkungen zugunsten Dritter, also auch zugunsten der Kommanditistinnen, zeitige. Zudem berühme sich die Zweitbeklagte, der Gesellschaftsvertrag bringe „in einem über die Rechtslage hinausgehenden Ausmaß“ zum Ausdruck, dass sie aufgrund ihrer Kenntnisse und Erfahrung die operativen Geschicke allein leiten solle. Daraus ergebe sich, dass sie solcherart eine über alle gesetzlichen Kompetenzregelungen hinausgehende, alleinige Leitungsfunktion für sich in Anspruch nehme. Die Zweitbeklagte habe diesen Standpunkt bereits in einem zwischen denselben Parteien beim Landesgericht Innsbruck anhängigen Provisorialverfahren, in welchem es um die Untersagung von Umbaumaßnahmen in den Kinosälen 3 und 4 gegangen sei, vertreten (siehe 5 Ob 214/06s = ecolex 2007/80). Da die Zweitbeklagte bzw deren Rechtsvertreter

bereits angekündigt hätten, die Maßnahmen gegen den Willen der Klägerinnen durchzuführen, bestehe die Gefahr eines unmittelbar bevorstehenden rechtswidrigen Verhaltens der Beklagten, welches die Klägerinnen in ihren Gesellschaftsrechten, aber auch die Gesellschaft in ihren Rechten, nämlich auf Unterlassung „finanzieller Wagnisse“ verletze.

Das Erstgericht erließ ohne Anhörung der Beklagten die von den Klägerinnen beantragte einstweilige Verfügung. Es nahm über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus Folgendes als bescheinigt an:

Mit Schreiben vom 29. Mai 2008 teilte der Klagevertreter dem Beklagtenvertreter mit, dass die Klägerinnen dem geplanten Umbau ohne entsprechende Informationen und ohne entsprechende Kalkulation nicht zustimmen. In seinem Schreiben vom 4. Juni 2008 antwortete der Beklagtenvertreter, die Kinostühle in den Sälen 2, 7 und 8 sollten im Interesse der Gesellschaft sinnvollerweise noch während der Fußball-Europameisterschaft ausgetauscht werden. Dieser Vorgang gehöre zum normalen Geschäftsbetrieb und würden die „Zustimmungsgrenzen für einen Gesellschafterbeschluss“ bei Weitem nicht erreicht. Die Einberufung einer Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft unterblieb auch in weiterer Folge, sodass in Ansehung des Austausches der Kinobestuhlung in den Sälen 2, 7 und 8 kein Gesellschafterbeschluss vorliegt. Anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Kinos wurde in einem Folder angekündigt, dass noch im Juni 2008 in den letzten drei Sälen die aus dem Jahr 1997 stammenden Kinostühle gegen neue komfortable Sitze mit Becherhaltern ausgetauscht würden. In einem Verkaufsangebot wurde mitgeteilt, dass die gebrauchten Stühle um 10 EUR verkauft werden, die Verständigung über die Zuteilung werde bis spätestens Ende Mai erfolgen, und die Stühle müssten in der Zeit vom 9. bis spätestens 11. Juni 2008 im Kino abgeholt werden. Über Nachfrage wurde den Klägerinnen mitgeteilt, dass ab 9. Juni 2008 mit dem Austausch der Stühle in den Kinosälen 2, 7 und 8 begonnen werde. Für die Bestuhlung der Säle 3 und 4 waren 235 EUR pro Stuhl veranschlagt worden. In den Sälen 2, 7 und 8 befinden sich insgesamt 518 Stühle.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass zur Vornahme von Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgehen, ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter erforderlich sei. Die für die Beschlussfassung erforderlichen Mehrheitsverhältnisse seien in Punkt VII des Gesellschaftsvertrags abweichend von § 116 Abs 2 UGB dahingehend geregelt, dass Beschlüsse im Allgemeinen mit einfacher Mehrheit, ab einer Wertgrenze von 1 Mio ATS mit einer Mehrheit von zwei Dritteln gefasst werden. Angesichts des festgestellten Investitionsumfangs sei davon auszugehen, dass die geplanten Maßnahmen über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Kommanditgesellschaft hinausgingen und daher der alleinigen Geschäftsführungsbefugnis der Beklagten entzogen seien. Die geplante Maßnahme habe mangels Mehrheitsbeschlusses zu unterbleiben. Da die Beklagten diese Maßnahme trotzdem durchzuführen beabsichtigten, stehe den Klägerinnen als *actio pro socio* gegenüber den beiden Beklagten ein Unterlassungsanspruch zu. Die Bescheinigung der objektiven Gefährdung ihres Anspruchs sei den Klägerinnen gelungen, weil die ins Auge gefasste Maßnahme ohne Verlust der Gesamtinvestition wirtschaftlich nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte. Ohne Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung wäre die Verfolgung des den Klägerinnen zustehenden Unterlassungsanspruchs zumindest erheblich erschwert, wenn nicht gänzlich vereitelt. Zur Bejahung der Passivlegitimation der Zweitbeklagten genüge es, auf die im Parallelverfahren zwischen den Streitteilen ergangene Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 5 Ob 214/06s zu verweisen.

Das Rekursgericht bestätigte die gegen die Erstbeklagte erlassene einstweilige Verfügung; hingegen wies es den Provisorialantrag in Bezug auf die Zweitbeklagte ab. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Der vorgesehene Investitionsumfang in Höhe von 121.730 EUR komme dem in Punkt VII des Gesellschaftsvertrags genannten (aufgewerteten) Betrag von 130.977,09 EUR, bei dessen Überschreiten Beschlüsse mit 2/3-Mehrheit zu fassen seien, nahe. Dies sei ein wesentliches Indiz dafür, dass die vorzunehmende Maßnahme nicht mehr als gewöhnliches Betriebsgeschäft zu qualifizieren sei. Im Zusammenhalt damit, dass sich aus einem Schreiben des Vertreters der Zweitbeklagten ergebe, dass das Jahr 2007 für die gesamte Kinobranche und auch für das hier maßgebliche Kino äußerst schlecht („katastrophal“) ausgefallen sei, sei von einem außergewöhnlichen Betriebsgeschäft auszugehen. Es wäre die Einholung der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter einschließlich der Kommanditisten erforderlich gewesen. Eine solche Zustimmung liege aber nicht vor, weshalb den Klägerinnen ein Unterlassungsanspruch zustehe. Eine allfällige Schadensgutmachung durch die Erstbeklagte würde sich zumindest mittelbar nachteilig auch auf die Klägerinnen als deren Gesellschafterinnen auswirken. Nur unter ganz bestimmten Umständen könnte die Zweitbeklagte als Geschäftsführerin der Erstbeklagten „eine entsprechende Haftung“ treffen. Es seien die

Voraussetzungen nach § 381 Z 1 wie auch nach Z 2 EO für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gegenüber der Erstbeklagten gegeben. Eine Sicherheitsleistung sei nicht aufzuerlegen, da nicht anzunehmen sei, dass mit dem Zuwarten des Austausches der Bestuhlung in den drei Kinosälen der Wirtschaftsbetrieb so beeinträchtigt würde, dass der Erstbeklagten als Komplementär GmbH oder der Kommanditgesellschaft relevante Nachteile entstehen könnten. Hingegen komme dem Rekurs der Zweitbeklagten Berechtigung zu. Das Vorbringen der Klägerinnen sei so zu verstehen, dass sie sich nicht durch den Austausch der Bestuhlung an sich, sondern durch „den Verlust der Gesamtinvestition“ und die damit verbundene wirtschaftliche Belastung für die Kommanditgesellschaft beschwert erachteten. Es gehe nicht darum, gerade jene Stühle, die sich vor Durchführung der Arbeiten in den Kinosälen befanden, weiterhin zu belassen, sondern es gehe um den für neue Stühle durch Fremdfinanzierung zu erbringenden Finanzaufwand, der nicht mehr rückgängig zu machen sei. Nicht die Veränderung des bestehenden Zustands durch den Austausch der Stühle begründe das Sicherungsinteresse im Sinne des § 381 Z 1 EO, da durch die Einbringung von neuen Stühlen im Wesentlichen ein gleichartiger Zustand wie zuvor geschaffen werden könne. Im Ergebnis laufe die behauptete Gefährdung darauf hinaus, dass die mit dem Austausch der Bestuhlung verbundene Finanzierung eine wirtschaftliche Belastung der Kommanditgesellschaft mit sich bringe, die nach Meinung der Klägerinnen derzeit nicht tragbar sei. Dass damit ein drohender unwiederbringlicher Schaden verbunden sei, sei nicht ausreichend konkret behauptet worden und auch nicht offenkundig; die wirtschaftliche Belastung sei jedenfalls in Geld ausgleichbar. Dass die Zweitbeklagte aufgrund ihrer Einkommens- und Vermögenssituation dazu nicht in der Lage wäre, sei nicht vorgebracht worden. Mangels ausreichender Behauptung und Bescheinigung der für die Erlassung der einstweiligen Verfügung notwendigen Gefährdung im Sinne des § 381 Z 1 und 2 EO sei der gegen die Zweitbeklagte gerichtete Sicherungsantrag abzuweisen.

### **Rechtliche Beurteilung**

I. Der gegen diese Entscheidung gerichtete Revisionsrekurs der Erstbeklagten ist unzulässig.

Zur Sicherung von anderen Ansprüchen als Geldforderungen können einstweilige Verfügungen gemäß § 381 EO getroffen werden, wenn zu besorgen ist, dass sonst die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des fraglichen Anspruchs, insbesondere durch eine Veränderung des bestehenden Zustands vereitelt oder erheblich erschwert werden würde (Z 1) oder wenn derartige Verfügungen zur Verhütung drohender Gewalt oder zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens nötig erscheinen (Z 2).

1. Zum Sicherungsanspruch nach § 381 Z 1 EO:

Der einzelne Gesellschafter - welcher Gesellschaftsform auch immer - hat gegenüber der Gesellschaft sowohl Individualverpflichtungen (aus der Sicht der Gesellschaft sogenannte „Sozialansprüche“) als auch Individualansprüche. Sozialansprüche der Gesellschaft können auch Unterlassungsansprüche sein (U. Torggler/H. Torggler in Straube<sup>3</sup>, HGB § 109 Rz 13). Diese Ansprüche kann auch jeder einzelne Gesellschafter im eigenen Namen geltend machen. Sie bestehen gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter, sodass - von im vorliegenden Fall nicht maßgeblichen Ausnahmen abgesehen - Leistung an die Gesellschaft verlangt werden muss (U. Torggler/H. Torggler aaO Rz 15; 4 Ob 603/89 = ecolex 1990, 226). Die Geltendmachung derartiger Sozialansprüche steht also zunächst der Gesellschaft selbst zu, wobei diese von den geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschaftern (bzw Geschäftsführern) vertreten wird, die zur Geltendmachung verpflichtet sind (H. Torggler/U. Torggler aaO Rz 14). Nach Lehre und ständiger Rechtsprechung kann eben aber auch ein einzelner Gesellschafter unabhängig davon, ob er geschäftsführungs- oder vertretungsbefugt ist, Sozialansprüche der Gesellschaft gegen einen anderen Gesellschafter im eigenen Namen als actio pro socio geltend machen und Leistung an die Gesellschaft begehren (U. Torggler/H. Torggler aaO Rz 15; Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 22; SZ 51/16; SZ 53/77; RIS-JustizRS0062137 und RS0061635).

Die Klägerinnen behaupten in ihrer Eigenschaft als Kommanditistinnen, die Erstbeklagte sowie die Zweitbeklagte als deren Geschäftsführerin wollten in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft eingreifen, indem sie ohne den erforderlichen Gesellschafterbeschluss den Austausch der Kinostühle vorzunehmen beabsichtigten. Nach herrschender Ansicht ist ein mittels actio pro socio durchsetzbarer Unterlassungsanspruch eines Gesellschafters gegeben, sofern der Unterlassungsanspruch nicht nur auf die Verhinderung sorgfaltswidriger, sondern - wie hier - infolge Verletzung innergesellschaftlicher Zuständigkeiten kompetenzwidriger Geschäftsführungsmaßnahmen gerichtet ist (Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österr. Gesellschaftsrecht Rz 4/338;

U. Torggler/H. Torggler aaO Rz 15 und aaO § 116 Rz 7 mwN; Paschinger, Die Gesellschaften und Genossenschaften im Zivilprozess, 164; vgl Rowedder/Schmidt-Leithoff/ Koppensteiner, dGmbHG § 43 Rz 55). Beruft die Geschäftsführung bei geplanten Kompetenzüberschreitungen die Gesellschafterversammlung gleich gar nicht ein und besteht für die übergangenen Gesellschafter - etwa infolge einzuhaltender Ladungsfristen - auch nicht die Möglichkeit der rechtzeitigen Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung, wäre ein einzelner Gesellschafter ohne mittels actio pro socio durchsetzbarem Unterlassungsanspruch rechtlos gestellt bzw auf Schadenersatzansprüche beschränkt. Zudem kann ein auf die Durchsetzung der Kompetenzordnung gerichteter Unterlassungsanspruch als mögliches milderes Mittel gegenüber der Auflösungs- oder Ausschlussklage gesehen werden (Zackl, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht Rz 227); ebenso ist eine Sicherung dieses Anspruchs zulässig. Diese Ausführungen treffen auch auf die GmbH & Co KG zu. Gemäß § 164 UGB sind zwar die Kommanditisten von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen, sie können aber einer Handlung der unbeschränkt haftenden Komplementärgesellschaft bzw deren Geschäftsführer(in) widersprechen, wenn diese Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Kommanditgesellschaft hinausgeht. Nur Maßnahmen, die der gewöhnliche Betrieb des Unternehmens der Kommanditgesellschaft mit sich bringt, fallen in die Geschäftsführungsbefugnisse der Komplementärgesellschaft bzw deren Geschäftsführerin (§ 116 Abs 1 iVm § 161 Abs 2 UGB). Den Kommanditistinnen der Kommanditgesellschaft steht demnach gegen kompetenzwidrige Geschäftsführungsmaßnahmen die actio pro socio zu, mit der sie Ansprüche der Kommanditgesellschaft gegen die GmbH als Komplementärin der Kommanditgesellschaft erfolgreich geltend machen können (vgl Grunewald in MünchKomm, HGB § 161 Rn 66). Sofern der Ankauf der Kinostühle eine kompetenzwidrige Geschäftsführungsmaßnahme darstellt, steht den Klägerinnen gegenüber der Erstbeklagten demnach die auf Unterlassung dieser Maßnahme gerichtete actio pro socio zu.

2. Ob sich eine Handlung auf den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes bezieht oder ob ein außergewöhnliches Betriebsgeschäft vorliegt, ist nach den Gegebenheiten des Betriebs im Einzelfall zu beurteilen (RIS-Justiz RS0061646). In der Ansicht der Vorinstanzen, der Austausch der Kinostühle stelle ein ungewöhnliches Betriebsgeschäft dar, ist keine Fehlbeurteilung zu erkennen:

Zu den ungewöhnlichen Geschäften gehören nach der Rechtsprechung alle Maßnahmen, die nach ihrem Inhalt, ihrem Zweck oder ihrer Tragweite (insbesondere deren Umfang) über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs des Unternehmens der Gesellschaft hinausgehen (vgl Torggler/Kucsko in Straube, HGB I<sup>3</sup> § 116 Rz 6). Nach § 116 Abs 2 UGB ist für derartige Maßnahmen ein (einstimmiger) Beschluss aller Gesellschafter erforderlich. Sowohl § 116 Abs 1 als auch Abs 2 UGB sind dispositiv (Torggler/Kucsko aaO Rz 13). Die Parteien des Gesellschaftsvertrags haben in dessen Punkt VII in diesem Zusammenhang den Begriff „wichtige Angelegenheiten“ verwendet. Aus der Möglichkeit der Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung zur Entscheidung über „wichtige Angelegenheiten“ ist zu ersehen, dass es den Vertragsparteien offenbar darum zu tun war, diese Angelegenheiten von der (alleinigen) Geschäftsführungskompetenz der Erstbeklagten auszunehmen und der Beschlussfassung durch die Gesellschafter vorzubehalten. Abweichend von dem in § 116 Abs 2 UGB enthaltenen Einstimmigkeitsprinzip sollte aber nach dem Parteiwillen für Beschlüsse der Gesellschafter einfache Stimmenmehrheit im Verhältnis der Kommanditanteile genügen. Nur für die Beschlussfassung über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung (etwa für Investitionen über [wertgesichert] 130.977,09 EUR) ist im Gesellschaftsvertrag das Erfordernis einer 2/3-Mehrheit vorgesehen.

Die Erstbeklagte vertritt nun den Standpunkt, der Austausch der Kinostühle sei deshalb eine Handlung, die der gewöhnliche Betrieb des Unternehmens mit sich bringe, weil Kinostühle bekanntermaßen durch Gebrauch fortlaufend abgenützt werden, sodass ihre Erneuerung von Zeit zu Zeit angebracht sei. Dies kann aber nicht unesehen verallgemeinert werden, sondern ist jeweils im Einzelfall unter Bedachtnahme auf die gegebenen Umstände zu entscheiden (SZ 51/21). Dabei hat man sich am Gesellschaftsvertrag zu orientieren und die Art, den Umfang und die Bedeutung des Geschäfts für das Unternehmen in Betracht zu ziehen (Torggler/Kucsko aaO § 116 Rz 4). Berücksichtigt man, dass die Anschaffung von 518 Stühlen für drei von insgesamt acht Kinosälen im Hinblick auf die Größe des Betriebs eine erhebliche Investition darstellt, die dazu erforderlichen 121.730 EUR nahezu jene Grenze erreichen, ab der laut Gesellschaftsvertrag eine Beschlussfassung der Gesellschafter mit Zweidrittelmehrheit nötig ist, und darüber hinaus dieser Betrag fremdfinanziert werden muss, stellt die Ansicht des Rekursgerichts, die geplante Anschaffung sei ein über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens hinausgehendes „wichtiges Geschäft“, jedenfalls kein in Verkennung der Rechtslage erzieltes unvertretbares Auslegungsergebnis dar, das vom Obersten Gerichtshof

aufgegriffen werden müsste (RIS-Justiz RS0042936; RS0042776). Liegt ein solches wichtiges Geschäft vor, ist es von der Geschäftsführungskompetenz der Erstbeklagten nicht umfasst, sondern bedarf einer Abstimmung aller Gesellschafter - somit auch der Kommanditisten - in der Gesellschafterversammlung (§ 116 Abs 2 UGB). Ein Beschluss, mit dem die Gesellschafter der Anschaffung zustimmen, liegt aber nicht vor. Da die Beklagten die Maßnahme trotzdem durchführen wollen, steht den Klägerinnen als übergangenen Gesellschafterinnen unter den allgemeinen Voraussetzungen ein Unterlassungsanspruch als *actio pro socio* zu (Torggler/Kucsko aaO § 116 UGB Rz 7).

3. Die beantragte einstweilige Verfügung greift dem Hauptverfahren nicht vor. Durch das befristete Gebot, den angekündigten Austausch der Kinostühle bis zur rechtskräftigen Erledigung der auf Unterlassung der geplanten Maßnahme gerichteten Klage zu unterlassen, wird lediglich die vorläufige Hemmung der geplanten Maßnahme im Sinne einer vorläufigen, zeitlich beschränkten Unterlassung des Austausches der Kinostühle bewirkt. Die einstweilige Verfügung hindert die Erstbeklagte bzw deren Geschäftsführerin nicht daran, nach einem etwaigen Obsiegen im Hauptprozess den Austausch der Kinostühle so vorzunehmen, wie sie es von Anfang an vorhatte. Bei Stattgebung des Sicherungsantrags wird somit nicht die Unterlassung einer später nicht mehr nachholbaren Handlung geboten, die die Entscheidung im Rechtfertigungsprozess endgültig und unumkehrbar vorwegnahme. Die einstweilige Verfügung kann daher nicht nur bei Vorliegen eines der Tatbestände des § 381 Z 2 EO, sondern auch nach § 381 Z 1 EO erlassen werden (1 Ob 502/88 = SZ 61/9). Nur wenn sich das Provisorialbegehren mit dem Ziel des Hauptverfahrens deckte, könnte ihm in der Regel nur unter den Voraussetzungen des § 381 Z 2 EO stattgegeben werden (3 Ob 596/79 = GesRZ 1981/106; 5 Ob 214/06s = ecolex 2007/80).

4. Nach ständiger Rechtsprechung rechtfertigt die bloße Bestreitung des von den Klägerinnen behaupteten Anspruchs noch nicht die Annahme, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung deren Anspruchs gefährdet werden könnte. Zur Bestreitung müssen noch weitere Umstände hinzukommen, die eine solche Besorgnis begründet erscheinen lassen (RIS-Justiz RS0005369). Im vorliegenden Fall ist die konkrete Gefährdung durch das Schreiben der Zweitbeklagten bescheinigt, aus dem sich unzweifelhaft ergibt, dass der Austausch der Kinostühle gegen den Willen der Klägerinnen und ohne Abstimmung der Gesellschafter vorgenommen werden soll und dieser Austausch unmittelbar bevorsteht. Aus diesem Schreiben wird klar, dass ohne Erlassung der von den Klägerinnen begehrten einstweiligen Verfügung mit hoher Wahrscheinlichkeit die gerichtliche Verwirklichung (exekutive Durchsetzung) des eingeklagten Unterlassungsanspruchs vereitelt wäre. Da mit dem Austausch der Kinostühle die zu unterlassende Handlung bereits endgültig vorgenommen werden würde, wäre ohne Sicherungsmaßnahme die Unterlassungsexekution gegen die Beklagten gänzlich unmöglich (Konecny, Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung, 252).

5. Die Frage, ob auch der Gefährdungstatbestand des § 381 Z 2 EO erfüllt ist, also die beantragte einstweilige Verfügung auch zur Abwendung eines drohenden, unwiederbringlichen Schadens zu erlassen wäre, muss nicht mehr beantwortet werden. Dies übersieht die Revisionsrekurswerberin, wenn sie das Fehlen von Feststellungen zur finanziellen Situation der das Kino betreibenden Gesellschaft als rechtlichen Feststellungsmangel und als Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens unter Hinweis darauf rügt, das Rekursgericht habe die Gefährdung der Klägerinnen damit begründet, die wirtschaftliche Belastung der Gesellschaft durch den Ankauf der Kinostühle sei derzeit nicht tragbar.

6. Wenn die Revisionsrekurswerberin verneint, die Klägerinnen hätten nur vorgebracht, dass sie durch den Austausch der Bestuhlung „an sich“, nicht aber durch den Verlust der Gesamtinvestition und die damit verbundene wirtschaftliche Belastung für die Kommanditgesellschaft beschwert seien, so lässt sie außer Acht, dass das Rekursgericht dieses Verständnis des Vorbringens lediglich als Begründung für die Abweisung des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gegen die Zweitbeklagte herangezogen hat. Eine Aktenwidrigkeit in Bezug auf das gegen die Erstbeklagte geführte Verfahren ist zu verneinen.

7. Ein Verstoß gegen die von Art 6 EMRK geforderte Waffengleichheit liegt schon deshalb nicht vor, da nach ständiger Rechtsprechung das Provisorialverfahren nicht unter Art 6 Abs 1 EMRK fällt, weil Verfahren, mit denen Ansprüche bzw Pflichten bloß zeitweise betroffen sind, nicht der Konvention entsprechen müssen (G. Kodek in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 390 Rz 7 mwN).

8. Dem Vorbringen, der Austausch der Kinostühle sei zum Fortbetrieb des Kinos „absolut notwendig“, weshalb die Ablehnung durch die Klägerinnen ein den Interessen der Gesellschaft widersprechendes treuwidriges

Abstimmungsverhalten darstelle, ist zu entgegnen, dass mit der einstweiligen Verfügung ein Unterlassungsanspruch zur Einhaltung der im Gesellschaftsvertrag festgelegten Kompetenzordnung gesichert werden soll. Die wirtschaftliche Bedeutung des Weiterbetriebs der Kinosäle bei Unterbleiben des Austausches der Kinostühle für die Dauer des anhängigen Rechtsstreits ist im Provisorialverfahren nicht klärbar.

Dies trifft auch auf das weitere Revisionsrekursvorbringen zu, das angeblich treuwidrige Verhalten der Klägerinnen könne nur als Schikane angesehen werden. Mit der alleinigen Behauptung, es sei offensichtlich, dass die Schädigungsabsicht der Klägerinnen im Vordergrund stehe und alle anderen Motive in den Hintergrund träten, wurden außerdem keine ausreichend konkreten, für eine Sittenwidrigkeit sprechenden Umstände geltend gemacht.

9. Der Vollzug einer einstweiligen Verfügung ist nach § 390 Abs 2 EO von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, wenn wegen der Größe des Eingriffs in die Interessen des Antragsgegners Bedenken gegen die Erlassung der Verfügung bestehen. Durch die Sicherheitsleistung wird die nötige Interessenabwägung zwischen der Gefährdung des Antragstellers und dem Eingriff in die Rechtssphäre des Antragsgegners vorgenommen und ein entsprechender Ausgleich bewirkt (RIS-Justiz RS0005711). Die Frage, ob eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen ist, hängt stets von den Umständen des Einzelfalls ab, sodass dabei regelmäßig keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung aufgeworfen wird (RIS-Justiz RS0113134; 1 Ob 207/01z). Dies trifft auch im vorliegenden Fall zu. Der Ansicht des Rekursgerichts, es sei nicht anzunehmen, dass mit dem Zuwarten des Austausches der Bestuhlung in drei Kinosälen der Wirtschaftsbetrieb so beeinträchtigt würde, dass der Erstbeklagten als Komplementär GmbH oder auch der Kommanditgesellschaft relevante Nachteile entstehen könnten, setzt die Revisionsrekurswerberin lediglich entgegen, es drohten erhebliche Schäden. Der Hinweis auf die Unterbrechung der bereits begonnenen Austauscharbeiten und die notwendige Lagerung der bereits bestellten Kinostühle ist durch den als bescheinigt angenommenen Sachverhalt nicht gedeckt, weshalb etwaige dadurch verursachte Kosten jedenfalls außer Betracht zu bleiben haben.

Im Hinblick auf diese Erwägungen ist der außerordentliche Revisionsrekurs der Erstbeklagten mangels Vorliegens einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung gemäß § 402 Abs 4 EO, § 78 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückzuweisen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO).

II. Der Revisionsrekurs der Klägerinnen ist zulässig und berechtigt.

1. Das Rekursgericht ging davon aus, die Voraussetzungen des § 381 Z 1 EO seien in Bezug auf die Zweitbeklagte deshalb nicht erfüllt, weil das Vorbringen der Klägerinnen so zu verstehen sei, diese seien nicht durch den Austausch der Stühle „an sich“, sondern nur durch den dafür durch Fremdfinanzierung zu erbringenden Finanzaufwand beschwert, weshalb keine Veränderung des bestehenden Zustands im Sinne des § 381 Z 1 EO vorliege. Dabei ließ das Rekursgericht außer Acht, dass die zu unterlassende Handlung (Austausch der Kinostühle) bereits endgültig vorgenommen werden würde, sodass ohne Sicherungsmaßnahme die Unterlassungsexekution gegen die Beklagten gänzlich unmöglich wäre (Konecny aaO). Die vom Rekursgericht gewählte Begründung erweist sich demnach für die Abweisung des gegen die Zweitbeklagte gerichteten Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als nicht tragfähig.

2. Bei der GmbH & Co KG kann die Komplementär GmbH die Funktion der Geschäftsführerin der Kommanditgesellschaft nicht selbst ausüben, sondern nur durch einen Geschäftsführer (hier die Zweitbeklagte). Der Geschäftsführer steht jedoch nach bisher herrschender Ansicht nicht in einer direkten Rechtsbeziehung zu den Kommanditisten (Paschinger aaO); er ist in der Regel nur der Komplementär GmbH für die Führung ihrer Geschäfte unmittelbar verantwortlich.

3. Nach dem Vorbringen der Klägerinnen kam bisher ein Beschluss, mit dem die Zweitbeklagte als Geschäftsführerin der Komplementär GmbH wegen schwerwiegender Pflichtverletzungen abberufen worden wäre, aufgrund der in der Komplementär GmbH gegebenen Stimmrechtsverhältnisse („Patt-Situation“) nicht zustande.

4. Dennoch setzen sich die Klägerinnen gegen eine bestimmte, von der Zweitbeklagten beabsichtigte Geschäftsführungsmaßnahme mittels der vorliegenden, direkt gegen die Zweitbeklagte auf Unterlassung gerichteten Klage zur Wehr und beantragen die Sicherung ihres Unterlassungsanspruchs nach § 381 Z 1 EO. Ihr Vorbringen, die beantragte einstweilige Verfügung sei auch zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens nötig, halten sie im Revisionsrekurs nicht mehr aufrecht, sodass die Voraussetzungen des § 381 Z 2 EO nicht mehr zu prüfen sind. Stellt - im Sinne der bisherigen Ausführungen - die Anschaffung der Kinostühle ein über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehendes Geschäft dar, das aufgrund der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen

Regelungen von der Geschäftsführungskompetenz der Erstbeklagten ausgenommen ist und der Abstimmung aller Gesellschafter - somit auch der Klägerinnen - in der Gesellschafterversammlung bedarf, steht den Klägerinnen bei Fehlen eines Gesellschafterbeschlusses ein vertraglicher Anspruch auf Unterlassung zu. Die Sicherung dieses Unterlassungsanspruchs setzt dessen Klagbarkeit voraus. Zur klageweisen Geltendmachung bedienen sich die Klägerinnen der „actio pro socio“. Charakteristikum dieser Klage ist, dass ein Gesellschafter gegen einen anderen Gesellschafter im eigenen Namen Ansprüche der Gesellschaft - gerichtet auf Leistung oder Unterlassung - einfordert. Die Klägerinnen nehmen die Zweitbeklagte aber nicht in deren Eigenschaft als Mitgesellschafterin (Kommanditistin) der KG, sondern als Geschäftsführerin der erstbeklagten Komplementär GmbH in Anspruch, obwohl sie nach bisher herrschender Ansicht - wie oben ausgeführt - als Kommanditistinnen nicht in einer direkten Rechtsbeziehung zur Geschäftsführerin der Komplementär GmbH stehen. Zu prüfen ist demnach die Passivlegitimation der Zweitbeklagten:

Im Zusammenhang mit Schadenersatzansprüchen wurde von der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs eine direkte, haftungsbegründende Rechtsbeziehung zwischen der KG und den Geschäftsführern der Komplementär GmbH bejaht und ausgesprochen, dass der KG gegen den sorgfaltswidrig handelnden Geschäftsführer ihrer Komplementär GmbH bei Hinzutreten besonderer Umstände ein eigener Schadenersatzanspruch zukomme (8 Ob 624/88 = SZ 63/124; zustimmend Karollus in *ecolex* 1990, 669 und Dellinger in *WBI* 1990, 351 f; kritisch Koppensteiner in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, dGmbHG § 43 Rn 63 ff; ablehnend Harrer in *WBI* 1991, 149 ff; 6 Ob 757/83 = *GesRZ* 1986, 32; vgl auch SZ 52/158). Als „besondere Umstände“ wurden die Personenidentität von Kommanditisten, GmbH-Gesellschaftern und Geschäftsführern sowie die Tätigkeit der GmbH ausschließlich zur Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben für die KG angesehen. So wurde ausgesprochen, die Personenidentität der Geschäftsführer und Gesellschafter der Komplementär GmbH und der Kommanditisten der KG bewirke als Konsequenz der engen gesellschaftsrechtlichen Verflechtung der aus diesen verschiedenen Rechtspositionen eigener Art erwachsenden Rechte und Pflichten allseitige gesellschaftsrechtliche Treue-, Schutz- und Sorgfaltspflichten; diese reichten über die typischerweise für die organschaftlichen Vertreter von Kapitalgesellschaften gezogenen Grenzen der Verantwortlichkeit hinaus. Diese Verflechtung führe dazu, für die personengleiche GmbH & Co KG im engeren Sinn die unmittelbare Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer der Komplementär GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft anzunehmen und zumindest in dieser Beziehung die KG im Innenverhältnis wie eine einheitliche Kapitalgesellschaft zu behandeln. Aus der Verletzung dieser Pflicht ergebe sich die Haftung der Geschäftsführer der Komplementär GmbH gegenüber der KG (SZ 63/124).

Auch im vorliegenden Fall ist infolge der Personenidentität zwischen den Gesellschaftern der KG und jenen der erstbeklagten Komplementär GmbH (mit Ausnahme der 25%igen Beteiligung des Ehegatten der Zweitbeklagten an der Komplementär GmbH) eine enge gesellschaftsrechtliche Verflechtung gegeben, aus der Treue-, Sorgfalts- und Schutzpflichten resultieren, die über die sonst für einen Geschäftsführer einer GmbH gegebenen Pflichten hinausreichen. Zudem besteht nach der gesellschaftsvertraglichen Verknüpfung die Geschäftsführung der Komplementärgesellschaft (allein) in der Führung der Geschäfte der KG. Nimmt sie darüber hinaus keine anderen Aufgaben wahr, ist sie rein formal als Zwischenglied „vorgeschoben“. Bei dieser Konstellation ist - bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen - die Haftung der Zweitbeklagten als Geschäftsführerin der Komplementär GmbH direkt gegenüber der KG im Sinne der oben wiedergegebenen Judikatur zu bejahen. Nach dem Klagevorbringen ist nun davon auszugehen, dass durch die wiederholten Versuche der Zweitbeklagten, die im Gesellschaftsvertrag begründeten Kompetenzbefugnisse der Klägerinnen zu beeinträchtigen, der Gesellschaft ein Rechtsverlust (bzw auch ein Schaden) droht, dem die Klägerinnen mit ihrem Unterlassungsbegehren zuvorkommen wollen. Ist aber eine Rechtsverletzung der Zweitbeklagten als Geschäftsführerin der Erstbeklagten gegenüber der KG infolge kompetenzwidriger Geschäftsführungsmaßnahmen zu bejahen, ist insoweit auch eine Unterlassungspflicht gegeben. Dazu kommt noch, dass sich die Zweitbeklagte dessen berührt, ihr käme gesellschaftsvertraglich eine alleinige Leitungsfunktion zu, was schon für sich allein die Annahme rechtfertigt, sie sei passiv klagslegitimiert (siehe auch die zwischen denselben Parteien ergangene Entscheidung 5 Ob 214/06s = *ecolex* 2007/80). Diesen Unterlassungsanspruch kann ein einzelner Gesellschafter mittels *actio pro socio* geltend machen (U. Torggler/H. Torggler aaO § 117 Rz 21).

5. Nach ständiger Rechtsprechung darf ein Gesellschafter mittels *actio pro socio* jedoch nur Leistung an die Gesellschaft, nicht aber an sich selbst verlangen (U. Torggler/H. Torggler aaO § 109 Rz 15; 4 Ob 603/89 = *ecolex* 1990, 226). Wenngleich im Klagebegehren bzw dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht unmittelbar zum Ausdruck gelangt, ob die Unterlassungspflicht nur gegenüber der Gesellschaft oder auch gegenüber den Klägerinnen



bestehe, ergibt sich die Bezogenheit auf die Gesellschaft eindeutig aus dem Inhalt der Klagserzählung bzw dem Vorbringen zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung. Aus diesem Vorbringen ist unmissverständlich abzuleiten, dass die Klägerinnen die Verletzung der ihnen aus dem Gesellschaftsvertrag zustehenden Rechte im Wege eines auf Unterlassung gerichteten Verbandsanspruchs - somit für die Gesellschaft - geltend machen.

Aus diesen Erwägungen erweist sich der Revisionsrekurs der Klägerinnen berechtigt. In Ansehung der Zweitbeklagten ist die erstinstanzliche Entscheidung demnach wiederherzustellen.

III. Zur Kostenentscheidung:

Obwohl die Klägerinnen im Provisorialverfahren gegenüber den Beklagten obsiegten, haben sie die Kosten des Revisionsrekurses und ihrer Rekursbeantwortungen vorläufig selbst zu tragen (G. Kodek aaO § 393 Rz 5). Die im Provisorialverfahren unterlegene Zweitbeklagte hat hingegen die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung und ihres Rekurses endgültig selbst zu tragen (G. Kodek aaO Rz 17). Der Revisionsrekurs der Erstbeklagten blieb erfolglos. Unter dieser Voraussetzung kommt ihr im Provisorialverfahren kein Kostenersatzanspruch zu, sondern hat auch sie ihre Kosten endgültig selbst zu tragen.

**Textnummer**

E90232

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0010OB00192.08D.0226.000

**Im RIS seit**

28.03.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

12.10.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)