

1. Kapitel: Einleitung

I. Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes

Staaten mit funktionierender Rechtspflege zeichnen sich unter anderem dadurch aus, dass die Rechtsdurchsetzung grundsätzlich vor den Gerichten in einem ordentlichen Verfahren erfolgen soll. Im Idealfall werden Rechtsstreitigkeiten durch die Entscheidung in diesem Verfahren bereinigt. Es kann jedoch vorkommen, dass das Ergebnis des ordentlichen Verfahrens zu spät kommen würde.¹ Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn eine potentiell rechtswidrige Handlung sogleich gewisse Wirkungen entfaltet und eine später ergehende gerichtliche Entscheidung zwar die Rechtswidrigkeit feststellen, jedoch keinen (hinreichenden) Ausgleich für die bereits herbeigeführten Folgen dieser Handlung bieten kann. Durch das Warten auf eine rechtskräftige Entscheidung im ordentlichen Verfahren wäre das Ziel der Rechtspflege, jedem Bürger zu seinem Recht zu verhelfen, in diesen Fällen nicht erreichbar. Einstweilige Verfügungen können dabei Abhilfe schaffen und schon vor der Entscheidung im Hauptverfahren vorläufig² und effizienten Rechtsschutz gewähren. Sie sollen in einem besonderen Eilverfahren das Ergebnis des Hauptverfahrens sichern.³

Bereits die Materialien zur EO 1895 lassen auf die herausragende Stellung schließen, die der Gesetzgeber den einstweiligen Verfügungen zukommen lassen wollte. So wird darin unter anderem statuiert, dass eine Gesetzgebung, die sich erst ab der Vollstreckung um den Anspruch kümmern würde, seine Aufgabe nur halb erfüllt hätte.⁴ Die besondere Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes für den Zivilprozess wurde auch von *Franz Klein* hervorgehoben: „*Die einstweiligen Verfügungen sind die letzte, feinste Frucht des Zweckmäßigkeitsgedankens im Prozesse; [...]*“⁵

Während allerdings um das Jahr 1900 einstweilige Verfügungen „[...] *im Inventar der Rechtsschutzmittel noch keinen festen Posten*“⁶ bildeten, hat sich dieser Befund im Laufe der Zeit ganz grundlegend geändert. Einstweilige Verfügungen sind nunmehr kaum aus dem Rechtsleben wegzudenken. Es überrascht daher auch nicht,

-
- 1 *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren⁶ (2022) Rz 1.1.
 - 2 Vorläufig deshalb, weil der im Rahmen der einstweiligen Verfügung gewährte Rechtsschutz in einem ordentlichen Verfahren „gerechtfertigt“ werden muss. Siehe dazu etwa *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 1.2.
 - 3 *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht⁴ (2018) 287.
 - 4 EO RV 689 Blg AbgH XI. Session 237.
 - 5 *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses (1900) 26; ähnlich bereits *Puchta*, Ueber Provisorien, mit besonderer Rücksicht auf Verminderung der Prozeßübel, Zeitschrift für Civilrecht und Process, Band 5 (1832) 110, der mit seinem Beitrag den Nachweis bezweckte, dass „*die Lehre [der Provisorien] weit fruchtbarer für das Leben, besonders für Minderung der Proceßübel ist, als mancher glaubt, wenn davon von Parteien und Richter nur der gehörige Gebrauch gemacht werden will*“.
 - 6 *Klein*, Vorlesungen 25f.

dass heute nahezu jede Abhandlung zu dieser Rechtsmaterie mit der Feststellung beginnt, wie bedeutend einstweiliger Rechtsschutz für die Rechtspraxis sei.⁷ Trefend hat es König ausgedrückt: „*Einstweiliger Rechtsschutz hat stets Saison*“.⁸

II. Die Relevanz des Themas

A. Das Bedürfnis nach einstweiligem Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht

Historisch fehlte dem Gesetzgeber zunächst das Problembewusstsein für einstweiligen Rechtsschutz in gesellschaftsrechtlichen Fallgestaltungen. Durch die Schaffung des GmbHG 1906 und den darauf folgenden wissenschaftlichen Diskurs wurde letztlich aber das Bewusstsein für die Mediatisierung gestärkt, die mit Kapitalgesellschaften zwangsläufig einhergeht: Es stehen einander nicht immer zwei (natürliche) Personen unmittelbar gegenüber; vielfach tritt die Gesellschaft als zusätzliche (juristische) Person dazwischen.

Das Bedürfnis nach einstweiligem Rechtsschutz besteht insb dann, wenn die Wirkungen einer (Rechts-)Handlung durch die Entscheidung im ordentlichen Verfahren gar nicht oder nur unzureichend beseitigt werden können. Insb bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten sind die Folgen eines bereits vollzogenen Unrechts aufgrund der wirtschaftlichen Abläufe oft irreparabel. Eine später zugesprochene Genugtuung bietet dabei zumeist keinen adäquaten Ausgleich.⁹ Besondere Probleme bereitet dabei häufig der Nachweis, ob und in welcher Höhe überhaupt ein Schaden eingetreten ist. Ein Vergleich der Ist-Situation nach Vollzug der strittigen Maßnahme mit dem hypothetischen Verlauf im Fall der Soll-Entscheidung wird nämlich zumeist nicht möglich sein, weil das Ergebnis des hypothetischen Verlaufs nur in Ausnahmefällen nachweisbar sein wird.¹⁰ Zudem wird aufgrund der Mediatisierung im Kapitalgesellschaftsrecht regelmäßig überhaupt kein ziffernmäßig bestimmter Schaden vorliegen. Rein faktisch ergeben sich damit in gesellschaftsrechtlichen Konstellationen Fallgestaltungen, in denen die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadenersatz weder für adäquaten Ausgleich, noch für ausreichenden Rechtsschutz sorgen kann.

Dabei erscheint bei Gefährdung des Anspruchs und einem allenfalls daraus resultierenden drohenden unwiederbringlichen Nachteil der Verweis auf etwaige Schadenersatzansprüche ganz generell unbefriedigend. Dadurch würden die materiellen Rechte auf ihren Vermögenswert reduziert.¹¹ *Rintelen*¹² führt dazu aus, dass vor

7 König/Weber, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 1.10.

8 König, Einstweilige Verfügungen Im Zivilverfahren⁵ (2017) Vorwort III.

9 Vgl dazu auch Schmidt-Diemitz, Einstweiliger Rechtsschutz gegen rechtswidrige Gesellschafterbeschlüsse (1993) 4; Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz (1967) 5.

10 Schmidt-Diemitz, Einstweiliger Rechtsschutz 21.

11 So auch Schmidt-Diemitz, Einstweiliger Rechtsschutz 20f; Grunewald, Rechtsschutz gegen fehlerhafte Maßnahmen der Geschäftsführung, DB 1981, 407 (408f).

12 Die Einstweilige Verfügung (1905) 2.

allein die Individualleistung gesichert werden müsse, damit das Recht nicht zu einem Anspruch auf Schadenersatz wird; denn die Schadenersatzforderung sei regelmäßig erst das Ergebnis der wirtschaftlichen Zerstörung des Rechts, die nach Möglichkeit aber verhindert werden sollte.

Auch die Dauer der ordentlichen Verfahren zieht sich nicht selten über einen längeren Zeitraum; dies insb, wenn sich der Rechtsstreit über mehrere Instanzen erstreckt.¹³ Auch wenn die österreichischen Gerichte im Hinblick auf die Verfahrensdauer eine Vorreiterrolle einnehmen, erscheint die Dauer der ordentlichen Verfahren angesichts der Dynamik und Schnelllebigkeit des wirtschaftlichen Lebens freilich vielfach unbefriedigend.¹⁴ Durch eine rasche (einstweilige) Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses können dabei sowohl Rechtspositionen gewahrt als auch ein allenfalls drohender Schaden abgewendet werden.¹⁵

Dies gebieten nicht zuletzt auch Art 6 EMRK¹⁶ und dessen unionsrechtliches Pendant in Art 47 GRC¹⁷: Die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes dient dabei der Sicherstellung eines fairen Verfahrens, wobei der einstweilige Rechtsschutz als Teilaspekt des Gebots eines fairen Verfahrens eine wichtige (Komplementär-)Funktion

- 13 Die durchschnittliche Dauer (berechnet als Median) der im Jahr 2021 „streitig“ erledigten Zivilverfahren betrug bei den Bezirksgerichten 9,4 Monate und bei den Landesgerichten 17,3 Monate. Rund die Hälfte der rund 36.387 streitigen Zivilverfahren bei den Bezirksgerichten dauerte kürzer als sieben Monate. Lediglich 2,2 Prozent der Zivilverfahren dauern länger als drei Jahre (<https://www.justiz.gv.at/home/justiz/daten-und-fakten/verfahrensdauer~1e7.de.html>). Die durchschnittliche Verfahrensdauer vor dem OGH beträgt 3,7 Monate. (<https://www.ogh.gv.at/service/fragen-antworten/>).
- 14 Schmidt-Diemitz, Einstweiliger Rechtsschutz 7 aE.
- 15 Schmidt-Diemitz, Einstweiliger Rechtsschutz 4f, der zur Verdeutlichung der Notwendigkeit einer raschen Regelung als Beispiel etwa die Abberufung eines Geschäftsführers aus wichtigem Grund oder die Ausgliederung eines Betriebs auf eine andere Gesellschaft nennt. In beiden Fällen komme zum Ausdruck, dass eine vielleicht erst Jahre später ergehende Entscheidung faktisch nichts mehr an den bereits vollzogenen Handlungen ändern könne.
- 16 Art 6 Abs 1 EMRK lautet: „Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. Das Urteil muß öffentlich verkündet werden, jedoch kann die Presse und die Öffentlichkeit während der gesamten Verhandlung oder eines Teiles derselben im Interesse der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einem demokratischen Staat ausgeschlossen werden, oder wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozeßparteien es verlangen, oder, und zwar unter besonderen Umständen, wenn die öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde, in diesem Fall jedoch nur in dem nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang.“
- 17 Art 47 GRC lautet: „Jede Person, deren durch das Unionsrecht garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen [...].“

erfüllt.¹⁸ Dabei kann aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werden, dass die Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein Mindestmaß an faktischer Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen.¹⁹ So geht etwa auch der EuGH für das Unionsrecht davon aus, dass aus Art 47 GRG die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes abzuleiten ist. Ein nationales Gericht müsse demnach in der Lage sein, vorläufige Maßnahmen zu erlassen, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen.²⁰ Auch der EGMR sieht die Vollstreckung einer Gerichtsentscheidung als integralen Bestandteil des Verfahrens an:

„[...] *It would be inconceivable that Article 6 should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions.*“²¹

Dabei ist wirksamer Rechtsschutz häufig nur durch entsprechend schnellen Rechtsschutz gewährleistet.²² Denn die zwangsweise Durchsetzung schutzbedürftiger Rechte setzt einerseits ihre Fälligkeit und Unbedingtheit, andererseits regelmäßig ihre Feststellung durch rechtskräftige Entscheidung im Prozess voraus.²³ Soll verhindert werden, dass das Recht nicht durch die Verspätung des Schutzes vernichtet wird, kommt der Rechtsordnung neben der Rechtsdurchsetzung noch eine zweite, nicht minder wichtige Aufgabe zu: die *Rechtssicherung*. Die Rechtssicherung soll eine provisorische Regelung eines Zustands herbeiführen, um Gefahren vorzubeugen, die mit der Dauer des Prozesses verbunden sein können.²⁴ Diese Aufgabe übernehmen im österreichischen Recht die einstweiligen Verfügungen, in gesellschaftsrechtlichen Konstellationen insb § 381 EO:

„§ 381.

Zur Sicherung anderer Ansprüche können einstweilige Verfügungen getroffen werden:

1. wenn zu besorgen ist, dass sonst die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des fraglichen Anspruches, insbesondere durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes, vereitelt oder erheblich erschwert werden würde; als solche Erschwerung ist es anzusehen, wenn die Entscheidung in Staaten vollstreckt werden müsste, in

18 Vgl nur *Konecny*, Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung (1992) 71; *Konecny*, Neue Entwicklungen im einstweiligen Rechtsschutz, in FS Matscher (1993) 265 ff; *Kodek* in *Deixler-Hübner*, EO § 390 Rz 8; *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG § 24 Rz 2; BVerfG 2 BvR 2689/94 ZIP 1995, 411. Zur Anwendbarkeit von Art 6 EMRK im Provisorialverfahren s nur *Mann-Kommenda*, Rechtliches Gehör in Sicherungs- und Exekutionsverfahren (2017).

19 VfGH G 119/86 VfSlg 11.196; vgl auch *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG § 24 Rz 2.

20 EuGH 15.1.2013, C-416/10, *Križan ua*, ECLI:EU:C:2013:8, Rn 107 mwN; vgl dazu auch *Kröll* in *Holoubek/Lienbacher*, GRG-Kommentar² Art 47 Rz 46.

21 EGMR 19.3.1997 – *Hornsby/Griechenland* – Rep 1997-II 107/1995/613/701 = ÖJZ 1998, 236.

22 *Leipold*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (1971) 11.

23 *Rintelen*, Einstweilige Verfügung 4.

24 *Rintelen*, Einstweilige Verfügung 4f.

denen die Vollstreckung des Anspruchs weder durch völkerrechtliche Verträge noch durch Unionsrecht gesichert ist;

*2. wenn derartige Verfügungen zur Verhütung drohender Gewalt oder zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens nötig erscheinen.*²⁵

Die Umsetzung im Gesetz erfolgte bewusst offen und ohne die Umschreibung konkreter Tatbestände. Ziel war vielmehr, so viele Lebenssachverhalte wie möglich zu erfassen. Einstweilige Verfügungen sollten überall dort möglich sein, wo die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder erschwert werden könnte oder unwiederbringliche Nachteile zu befürchten wären.²⁶ Dies war eine insoweit bedeutende Entwicklung, als gerade der einstweilige Rechtsschutz zu jenen Rechtsgebieten gehört, die unter einer „Schablonisierung“²⁷ am meisten leiden. Durch die offene Ausgestaltung der Regelungen steht vielmehr die besondere Beschaffenheit des Einzelfalls im Vordergrund. Das ist auch zweckmäßig, denn eine Nichtberücksichtigung dieses Moments könnte zu einer erheblichen Gefährdung des Sicherungsinteresses führen.²⁸ Auch Rintelen²⁹ sieht dabei stets den besonderen Mehrwert dieses Rechtsinstituts in dessen Fähigkeit, sich der besonderen Struktur des Rechts und der besonderen Beschaffenheit der konkreten Verhältnisse durch richterliches Ermessen anzupassen:

„Nur von diesem Gesichtspunkte aus ist es möglich, den Bedürfnissen des praktischen Lebens, die sich hier geltend machen, entgegenzukommen und der unendlichen Mannigfaltigkeit der Gefahren Rechnung zu tragen, denen das zu schützende Recht während seines Bestehens und insbesondere bei seiner Realisierung ausgesetzt ist.“³⁰

Entsprechend fasst das Gesetz den Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügungen zur Sicherung „anderer Ansprüche“ so weit, dass einer Anwendung der Bestimmungen auf Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern grundsätzlich keine Bedenken entgegenstehen. Auch wenn es zumeist an spezifischen Regelungen im Gesellschaftsrecht selbst fehlt,³¹ bietet die Regelung in § 381 EO umfassenden einstweiligen Rechtsschutz grundsätzlich auch im Gesellschaftsrecht, von dem die Praxis immer häufiger „lebhaften Gebrauch“³² macht. Vor allem die im Gesetz angespro-

25 RGBl 1896/79 zuletzt geändert durch BGBl I 2021/86.

26 EO RV 689 Blg AbGH XI. Session 238: *„Die Chicane ist im Ersinnen immer neuer Mittel und ihren Veranstaltungen zur Herbeiführung ihrer rechtswidrigen Ziele unerschöpflich. Hier können nur Ziele, welche die Gesetzgebung missbilligt und zu deren Verhütung sie dem Richter besondere Vollmachten erteilt, bezeichnet werden. [...] Deshalb begnügt sich der Entwurf auszusprechen, daß einstweilige Verfügungen des Richters überall statthaft seien, wo sonst die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder erschwert werden könnte, oder [...] das Eintreten unwiederbringlicher Nachteile zu befürchten wären.“* Vgl dazu auch Czoernig, Vorlesungen über die Executionsordnung (1898) 303.

27 So Rintelen, Einstweilige Verfügung 23.

28 Rintelen, Einstweilige Verfügung 23.

29 Einstweilige Verfügung 7.

30 Rintelen, Einstweilige Verfügung 7.

31 Eine vereinzelt gebliebene Regelung stellt dabei § 42 Abs 4 GmbHG dar, der unter gewissen Umständen ausdrücklich die Aufschiebung der Ausführung eines Gesellschafterbeschlusses mittels einstweiliger Verfügung vorsieht.

32 Vgl auch Baur, Studien 4.

chenen (wirtschaftlichen) unwiederbringlichen Nachteile können gerade auch in gesellschaftsrechtlichen Konstellationen zu Tage treten. Es besteht damit auch bei Gesellschaftskonflikten typischerweise ein dringendes Interesse an einer zügigen Sicherung und Durchsetzung der Rechte.³³ Das wird dadurch verdeutlicht, dass der Ablauf des gesellschaftlichen Lebens bestimmten Regeln folgt. Bei Streitigkeiten über Bestand oder Inhalt dieser Regeln kann das gesellschaftliche Leben blockiert oder zumindest in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt sein, mit der Folge, dass möglicherweise im Interesse der Gesellschaft dringend erforderliche Handlungen unterbleiben.³⁴ Durch eine einstweilige gerichtliche Maßnahme könne in diesen Fällen ein *modus vivendi* geschaffen³⁵ und damit die Gesellschaft funktionsfähig gehalten werden.³⁶

Dennoch darf auch hier nicht außer Acht gelassen werden, dass die Lösung derartiger Konflikte im Eilverfahren ganz grundsätzlich in Widerspruch zu den häufig komplexen Problemstellungen im Gesellschaftsrecht steht. Teilweise wird sogar davon gesprochen, dass einstweiliger Rechtsschutz und Gesellschaftsrecht in ihren Eigenarten in einem Widerspruch zueinander stünden.³⁷

Tatsächlich sind Richter nicht selten mit unübersichtlichen Gesellschaftsstrukturen und über eine längere Zeitspanne gewachsenen Problemkreisen konfrontiert.³⁸ So könnte auch das angesprochene Argument zugunsten des einstweiligen Rechtsschutzes, wonach der Verweis auf Schadenersatzansprüche in gesellschaftsrechtlichen Fallgestaltungen zumeist nicht zielführend sei,³⁹ ebenso gegen eine potentielle einstweilige Verfügung sprechen. Denn Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, die aufgrund eines summarischen Verfahrens mit herabgesetztem Beweismaß⁴⁰ ergehen, bringen die Gefahr mit sich, dass sie sich im Hauptverfahren als unbegründet erweisen und damit zu einem Schaden beim Gegner der gefährdeten Partei führen. Auch wenn nun § 394 EO einen entsprechenden Schadenersatzanspruch für derartige Konstellationen vorsieht, ist man hier ebenso mit dem Problem konfrontiert, dass oftmals auch ein aus der einstweiligen Verfügung resultierender Schaden des Gegners der gefährdeten Partei nicht oder nur schwer beziffert und ganz generell über den Weg des Schadenersatzrechts kein (adäquater) Ausgleich geschaffen werden kann, dieser also insoweit ebenso „unwiederbringlich“ sein kann.⁴¹ Naturgemäß steht daher dem Interesse der gefährdeten Partei regel-

33 *Liebscher/Alles*, Einstweiliger Rechtsschutz im GmbH-Recht, ZIP 2015, 1 (10).

34 *Schmidt-Diemitz*, Einstweiliger Rechtsschutz 5, der als Beispiele etwa Streitigkeiten über den Umfang des Stimmrechts einzelner Gesellschafter, die Kompetenz über die Bestellung oder Abberufung eines Geschäftsführers oder etwa die Frage, ob und mit welcher Mehrheit die Zustimmung zu einer Geschäftsführungsmaßnahme zu erteilen ist, anführt.

35 *Baur*, Studien 5.

36 *Schmidt-Diemitz*, Einstweiliger Rechtsschutz 6.

37 Vgl. *Gühring*, Einstweiliger Rechtsschutz im GmbH-Recht (2021) 15; *Damm*, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, ZHR 154 (1990), 413 (414); *Liebscher/Alles*, ZIP 2015, 1 (10).

38 Siehe auch bei *Liebscher/Alles*, ZIP 2015, 1 (10).

39 Siehe dazu etwa *Schmidt-Diemitz*, Einstweiliger Rechtsschutz 21.

40 Vgl. dazu *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.46 ff.

41 Zu dieser Problematik vgl. auch *Schmidt-Diemitz*, Einstweiliger Rechtsschutz 22 f.

mäßig das Interesse ihres Gegners gegenüber, nicht zu Unrecht in Anspruch genommen zu werden.⁴²

Diese Erkenntnis vermag freilich nichts an der großen (vor allem auch praktischen) Relevanz des einstweiligen Rechtsschutzes in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten zu ändern; denn die Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes sind auch sonst ganz grundsätzlich als Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenabwägung zu verstehen.⁴³ Es zeigt sich dadurch aber gleichzeitig auch, dass sich im Gesellschaftsrecht aufgrund der Komplexität der zu sichernden und zu regelnden Rechtsverhältnisse und der Mediatisierung im Kapitalgesellschaftsrecht womöglich zusätzliche Hürden für die Erlassung einstweiliger Maßnahmen ergeben können. Wann, in welchem Ausmaß und vor allem unter welchen Voraussetzungen einstweiliger Rechtsschutz in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten gewährt werden kann, soll im Rahmen dieser Arbeit geklärt werden. Damit soll zugleich der Versuch unternommen werden, dem Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung im Gesellschaftsrecht schärfere Konturen zu verleihen.

B. (Erneute) monografische Auseinandersetzung

Die große praktische Relevanz von einstweiligem Rechtsschutz zeigt sich nicht zuletzt an der Vielzahl rezenter höchstgerichtlicher Entscheidungen zum Thema⁴⁴ und der Etablierung des „streitigen Gesellschaftsrechts“ als neuer Disziplin. Aber auch abseits der Praxis stellen sich ganz grundlegende Fragen der einstweiligen Verfügungen – wie etwa jene der Anspruchsgebundenheit oder Rückführbarkeit der angeordneten Maßnahme – insb auch bei der Anwendung einstweiligen Rechtsschutzes im Gesellschaftsrecht. Es verwundert, dass dies nicht auch in einer vermehrten literarischen Befassung mit einstweiligen Verfügungen in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten Niederschlag gefunden hat. Nur vereinzelt finden sich entsprechende Auseinandersetzungen, die insb in der jüngeren Vergangenheit wieder zugenommen haben. Monografisch hat sich in Österreich zuletzt *Zackl*⁴⁵ dem einstweiligen Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht gewidmet. *Koppensteiner*⁴⁶ untersuchte in einem Aufsatz den einstweiligen Rechtsschutz im Beschlussrecht von GmbH und OG und *Richter*⁴⁷ (vormals *Zackl*) widmete dem einstweiligem Rechtsschutz erst kürzlich im Handbuch *Gesellschafterstreit* ein Kapitel. In Deutschland sind in diesem Zusammenhang noch die thematisch einschlägigen Monografien von *Littbarski*⁴⁸, *Schmidt-Diemitz*⁴⁹ und jüngst von *Gühring*⁵⁰ zu nennen.

42 Dazu S 38 ff.

43 Vgl dabei zu wettbewerbsrechtlichen einstweiligen Verfügungen *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG § 24 Rz 2.

44 Siehe nur 6 Ob 149/19h; 6 Ob 119/19x; 6 Ob 90/19g; 6 Ob 38/18h.

45 *Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht* (2006).

46 *Über einstweiligen Rechtsschutz im Beschlussrecht von GmbHG und OG*, wbl 2009, 369 ff.

47 *Einstweilige Verfügungen in der Willensbildung der GmbH*, in *Adensamer/Mitterecker*, *Gesellschafterstreit* (2021) Kapitel 18.

48 *Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht* (1996).

49 *Einstweiliger Rechtsschutz gegen rechtswidrige Gesellschafterbeschlüsse* (1993).

50 *Einstweiliger Rechtsschutz im GmbH-Recht* (2021).

Neben der damit eher geringen Dichte an Literatur zum Thema bieten sowohl die Zeitspanne, die seit der letzten monografischen Auseinandersetzung in Österreich vergangen ist, als auch die Entwicklungen in der Judikatur und die damit einhergehende Rechtsfortbildung im Bereich der einstweiligen Verfügungen in den vergangenen Jahren Anlass für eine neuerliche, umfassende wissenschaftliche Untersuchung.

III. Anknüpfungspunkt: Beschlussfassung in der GmbH

Die vorliegende Untersuchung knüpft vorrangig an die Willensbildung in der GmbH und damit an die Beschlussfassung der Gesellschafter an. Die GmbH als Gesellschaftsform bietet sich insb deshalb für die vorliegende Untersuchung an, weil sich im GmbHG ausdrückliche Regelungen über einstweiligen Rechtsschutz finden (§ 16 Abs 2, § 42 Abs 4 GmbHG). Darüber hinaus ist die GmbH im Vergleich zu den anderen Gesellschaftsformen in Österreich zahlenmäßig am häufigsten vertreten.⁵¹ Die Beschlussfassung wiederum eignet sich deshalb als Anknüpfungspunkt, weil dort die Gefahr, die Folgen einer einmal begangenen Rechtsverletzung durch Rechtsschutz (nur) in einem ordentlichen Verfahren nicht mehr gänzlich beseitigen zu können, besonders zutage tritt. Gleichwohl ist die Beschlussfassung als Ausgangspunkt aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive heikel, sind doch Eingriffe in die Willensbildung naturgemäß besonders intensiv.

Probleme bereitet dabei nicht zuletzt auch die dem österreichischen GmbHG zugrundeliegende „Anfechtungslösung“: Bereits die Beschlussfassung an sich zieht in der Regel Rechtswirkungen nach sich. Diese Wirkungen treten zunächst unabhängig davon ein, ob der Beschluss in gesetz- oder satzungswidriger Weise zustande gekommen ist.⁵² Damit wäre bspw auch ein Beschluss, mit dem ein Geschäftsführer aus wichtigem Grund⁵³ abberufen wird, sofort wirksam, wenn der Geschäftsführer bei der Beschlussfassung anwesend war und ihm die Erklärung damit direkt zugegangen ist;⁵⁴ der Eintragung im Firmenbuch kommt dabei bloß deklarative Wirkung zu.⁵⁵ Ist der Beschluss nicht rechtmäßig zustande gekommen, etwa weil der wichtige Grund gar nicht vorlag, sieht das Gesetz unter gewissen Umständen die Möglichkeit einer Beschlussanfechtungsklage vor (§§ 41 f GmbHG). Erst wenn der Klage stattgegeben wird, verliert der angefochtene Beschluss *ex tunc* seine Gültigkeit.⁵⁶ Im genannten Beispiel führt dies dazu, dass der Geschäftsführer rückwirkend als nicht abberufen gilt, er also *de iure* weiterhin Geschäftsführer der Gesellschaft ist.

51 Zum Stichtag 31.12.2021 gab es in Österreich 179.978 Gesellschaften mit beschränkter Haftung; das sind ca 60% aller im Firmenbuch eingetragenen Unternehmen (*Haybäck, Firmenbuch-Gesellschaften-H@y-Statistik 2022*, PSR 2022, 57).

52 Siehe dazu nur *Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht*² (2020) Rz 1031.

53 Sofern seine Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt wurde; vgl § 16 Abs 2 und 3 GmbHG.

54 *Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG* § 16 Rz 24 mwN.

55 Vgl etwa *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht*¹ (1983) 154f; s auch § 16 Abs 3 GmbHG.

56 Siehe dazu *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht*¹ 155.

Zwar liegt bereits der Normzweck der §§ 41f GmbHG darin, eine rasche Klärung im Fall eines mangelhaft gefassten Gesellschafterbeschlusses herbeizuführen, weil Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit von Beschlüssen der Gesellschafter für die Gesellschaft selbst und die Geschäftsführer nicht tragbar ist.⁵⁷ Diese gesetzgeberische Intention entspricht jedoch oft nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Denn praktisch verwirklicht der – wenn auch rechtswidrige – Abberufungsbeschluss das angestrebte Ziel zumeist dennoch: Der Geschäftsführer wird in der Regel den Ausgang des Verfahrens, dessen Ergebnis und Dauer oft nicht absehbar sind, nicht abwarten (können) und in den meisten Fällen bereits einer anderen Tätigkeit nachgehen. Der Entscheidung im (ordentlichen) Beschlussanfechtungsverfahren kommt damit faktisch bloß dahingehend Bedeutung zu, als sie die Gesetz- bzw Satzungs-widrigkeit des Beschlusses ausspricht und allenfalls eine Grundlage für nachfolgende Schadenersatzansprüche des zu Unrecht abberufenen Geschäftsführers darstellen kann. Die negativen (faktischen) Folgen, die ein derartiger Beschluss nach sich gezogen hat, vermag ein der Beschlussanfechtung stattgebendes Urteil damit aber häufig nicht zu beseitigen.⁵⁸

Es trifft zwar zu, dass mit erfolgreicher Anfechtungsklage der angefochtene Beschluss rückwirkend beseitigt wird und man dadurch fingiert, der Beschluss sei von Anfang an nicht wirksam zustande gekommen.⁵⁹ Damit werden grundsätzlich auch alle vollziehenden Maßnahmen, die auf Grundlage des angefochtenen Beschlusses getätigt wurden, rückwirkend für unwirksam erklärt.⁶⁰ Ist dies problemlos möglich, besteht naturgemäß auch kein Bedarf für einstweiligen Rechtsschutz. Das Ergebnis des Beschlussanfechtungsverfahrens würde den *status quo ante* wiederherstellen.

Probleme bereiten aber jene Fälle, in denen der Beschlussinhalt auf eine Weise umgesetzt wurde, dass die dadurch faktisch geschaffene Situation nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.⁶¹ Dies ist bspw bei der Abberufung des Geschäftsführers regelmäßig der Fall. Damit wäre das Anfechtungsrecht des betroffenen Gesellschafters zwar nicht formal, aber jedenfalls seiner Wirkung und seinem Zweck nach vereitelt.⁶² Daher kann es geboten sein, Maßnahmen zu verfügen, die sicherstellen, dass die Realisierung des Anfechtungsrechts des Gesellschafters möglich bleibt.⁶³ Es gilt daher, nach Möglichkeit bereits schon vor dem Ergebnis des ordentlichen Verfahrens den notwendigen Rechtsschutz zu gewähren, um die Folgen dieser „Anfechtungslösung“ abzufedern.

57 Vgl *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 41 Rz 6.

58 Siehe auch *Schmidt-Diemitz*, Einstweiliger Rechtsschutz 4 f.

59 Vgl *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 41 Rz 77.

60 *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 41 Rz 77 ff.

61 Vgl auch *Schmidt-Diemitz*, Einstweiliger Rechtsschutz 128.

62 So auch *Schmidt-Diemitz*, Einstweiliger Rechtsschutz 128, wonach der Sinn des Anfechtungsrechts nicht darin liege, ein gerichtliches Dokument zu erhalten, mit dem bescheinigt werde, dass ein gefasster Beschluss nicht rechtens war. Dieses Recht werde gewährt, um rechtswidrig gefasste Beschlüsse und *die damit verbundenen Wirkungen zu verhindern* und gegebenenfalls wieder zu beseitigen.

63 *Schmidt-Diemitz*, Einstweiliger Rechtsschutz 128.

Die zentrale Frage im Zusammenhang mit einstweiligen Verfügungen im Gesellschaftsrecht ist somit zunächst jene nach entsprechenden Anordnungen im Zusammenhang mit der Beschlussfassung: Die Beschlussfassung der Gesellschafter ist das Mittel der gesellschaftsinternen Willensbildung in der GmbH; sie löst daher erst jene (Rechts-)Wirkungen aus, die mit den Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes abgedeckt werden sollen. Ob und unter welchen Voraussetzungen einstweilige Verfügungen vor, nach oder im Zusammenhang mit der Beschlussfassung überhaupt erlassen werden können, ist dabei als ganz grundsätzliches Problem der Frage vorgelagert, wie derartige Verfügungen in speziellen Konstellationen ausgestaltet sein können.

Spezifische Regelungen zu einstweiligen Verfügungen im Zusammenhang mit der Beschlussfassung finden sich dazu nur punktuell; so etwa in § 42 Abs 4 GmbHG zur Möglichkeit der einstweiligen Aufschiebung der Ausführung eines bereits gefassten Beschlusses.⁶⁴ Daneben sieht § 16 Abs 2 letzter Satz GmbHG vor, dass zur Sicherung des Anspruchs auf Abberufung aus wichtigem Grund dem Geschäftsführer die weitere Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft durch einstweilige Verfügung untersagt werden kann, wenn ein der Gesellschaft drohender unwiederbringlicher Nachteil glaubhaft gemacht wird.⁶⁵ Damit ist die Basis für einstweilige Verfügungen, die spezifisch im materiellen Gesellschaftsrecht vorgesehen sind, überschaubar: Es finden sich im GmbHG keine über die Aufschiebung der Ausführung eines bereits gefassten Beschlusses hinausgehende (einstweilige) Schutzmechanismen; in anderen Gesellschaftsformen fehlen entsprechende Regelungen über mögliche einstweilige Verfügungen gar gänzlich.

Das wirft freilich diverse Fragen auf; insb, ob mit den vorhandenen Bestimmungen zu einstweiligen Verfügungen im GmbHG das Auslangen gefunden werden muss, diese also eine abschließende Regelung der Möglichkeit, einstweiligen Rechtsschutz in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten zu erlangen, darstellen. Vorrangig muss zur Beantwortung dieser Frage damit der Anwendungsbereich des in § 42 Abs 4 GmbHG gesetzlich geregelten und der Beschlussfassung nachgelagerten einstweiligen Rechtsschutzes abgesteckt werden. Dabei spielt nicht zuletzt auch eine Rolle, wie sich diese Bestimmung in das System der einstweiligen Verfügungen nach den §§ 378 ff EO einfügt.

Umstritten und nicht abschließend geklärt ist in diesem Zusammenhang, ob es daneben auch Raum für Mechanismen gibt, die an anderer Stelle als § 42 Abs 4 GmbHG, also etwa bevor ein Beschluss überhaupt gefasst wird, in die gesellschaftsrechtliche Willensbildung einstweilig eingreifen können.⁶⁶ Dies betrifft insb die

64 § 42 Abs 4 GmbHG lautet: „Das Gericht kann die Ausführung des angefochtenen Beschlusses durch einstweilige Verfügung (§ 384 u. f. der Exekutionsordnung) aufschieben, wenn ein der Gesellschaft drohender unwiederbringlicher Nachteil glaubhaft gemacht wird.“

65 § 16 Abs 2 GmbHG lautet: „Ein Geschäftsführer kann aus einem wichtigen Grund durch gerichtliche Entscheidung abberufen werden. [...] Das Gericht kann zur Sicherung des Anspruchs auf Abberufung aus wichtigem Grund dem Geschäftsführer die weitere Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft durch einstweilige Verfügung untersagen, wenn ein der Gesellschaft drohender unwiederbringlicher Nachteil glaubhaft gemacht wird.“

66 Siehe dazu etwa *Zackl*, Einstweiliger Rechtsschutz Rz 337 ff.