

# Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

81. Jahrgang – Nr 8 – 14

Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

## → Keine Vordatierung der Vertretungsbefugnis des GmbH-Geschäftsführers im Firmenbuch

### § 2 GmbHG

Die Eintragung des Beginns der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer einer GmbH kann auch

#### Sachverhalt:

Mit Eingabe v 21. 12. 2011, beim ErstG eingelangt am 27. 12. 2011, meldete der einzige selbständig vertretungsbefugte Geschäftsführer die mit Gesellschaftsvertrag v 21. 12. 2011 gegründete GmbH zur Eintragung in das Firmenbuch an. Der Beginn seiner Vertretungsbefugnis sei mit 21. 12. 2011 einzutragen.

Das ErstG verfügte mit B v 25. 1. 2012 die Neueintragung der Gesellschaft, die am 26. 1. 2012 im Firmenbuch vollzogen wurde. Als Beginn der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers wurde der 26. 1. 2012 eingetragen.

Das RekG bestätigte diese Entscheidung.

Der OGH gab dem RevRek der GmbH nicht Folge.

#### Aus der Begründung:

##### [Die Vorgesellschaft]

Bei einer GmbH sind gem § 3 Z 8 FBG Name und Geburtsdatum ihrer vertretungsbefugten Personen sowie der Beginn und die Art ihrer Vertretungsbefugnis einzutragen.

Die GmbH selbst entsteht gem § 2 Abs 1 GmbHG erst mit ihrer Eintragung in das Firmenbuch (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 2 Rz 3; *U. Torggler in Straube*, Wiener Kommentar GmbHG § 3 Rz 7 ff). Die Vereinigung der Gesellschafter vor Entstehen der GmbH im Zeitraum zwischen dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags und der Eintragung in das Firmenbuch wird als Vorgesellschaft bezeichnet. Diese ist im Gesetz nur äußerst rudimentär geregelt; im Wesentlichen beschränkt sich das Gesetz auf die Regelung der Haftung für vor dem Entstehen der GmbH in deren Namen eingegangene Verpflichtungen (§ 2 GmbHG).

Nach hL und Rsp muss bereits die Vorgesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags einen oder mehrere Geschäftsführer haben. Dies ergibt sich aus § 3 Abs 1 Z 2 GmbHG, aber auch aus dem Inhalt der Anmeldung zum Firmenbuch (§ 9 GmbHG) und aus § 10 Abs 3 GmbHG. Die Geschäftsführer der Vorgesellschaft sind nach hA nicht etwa Ermächtigungstreuhänder der Gründer, sondern Organe der Vorgesellschaft. Die Geschäftsführungsbefugnis hängt im Gründungsstadium davon ab, ob eine Bar- oder eine Sachgründung vorliegt. Bei Bargründung ist die Geschäftsführung auf die gründungsnotwendigen Handlungen beschränkt (SZ 48/141 ua), sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes bestimmt. Liegt hingegen eine Sachgründung vor, insb die Einbringung ganzer Betriebe, erstreckt sich die Geschäftsführungsbefugnis

bei Sachgründungen nicht vor dem Datum des Vollzugs der Neueintragung im Firmenbuch erfolgen.

auch auf die ordnungsgemäße Verwaltung der eingebrachten Sachen und die Weiterführung der Betriebe (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 2 Rz 12 mwN).

##### [Eintragung des Beginns der Vertretungsbefugnis]

Nach einer zweitinstanzlichen Entscheidung (OLG Innsbruck 3 R 20/08 b NZ 2008, 305 = wbl 2009, 43) kann bei einer AG im Firmenbuch als Beginn der Vertretungsbefugnis auch ein vor Eintragung der Gesellschaft liegendes Datum eingetragen werden.

*Umlauf* (NZ 2008, 307 f) hat dieser Entscheidung zugestimmt. Weil der Vorstand bereits im Stadium der umfassend rechtsfähigen Vorgesellschaft für diese uneingeschränkt Rechte und Pflichten begründen könne und zwischen der Vorgesellschaft und der eingetragenen Gesellschaft in der Weise Identität herrsche, dass sämtliche Rechte und Pflichten, welche für die Vorgesellschaft begründet wurden, im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft eo ipso zu solchen der eingetragenen Gesellschaft würden, sei bereits dieser vor Registrierung des Rechtsträgers im Firmenbuch gelegene Zeitpunkt des Beginns des Vertretungsrechts im Firmenbuch einzutragen, sofern im körperschaftsrechtlichen Beststellungsakt bereits dieser Zeitpunkt als Beginn des Vertretungsrechts vorgesehen sei.

Auch nach *Torggler* (wbl 2009, 44 f) besteht auch ohne Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Vorgesellschaft ein berechtigtes Verkehrsinteresse, das Datum der Bestellung der ersten Vorstandsmitglieder zu erfahren, weil bestellte Vorstandsmitglieder in vertretungsrechtlicher Zusammensetzung zumindest durch sog gründungsnotwendige Geschäfte unmittelbare Wirkungen zu Gunsten und zu Lasten des entstandenen Verbands erzeugen könnten. Denselben Standpunkt vertritt *Zib* (in *Zib/Dellinger*, GroßKomm UGB § 3 FBG Rz 29).

##### [Ablehnung früherer Eintragung]

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Dagegen spricht schon der Umstand, dass der Gesetzgeber eine Eintragung der Vorgesellschaft im Firmenbuch nicht vorsieht. Nach hRsp (6 Ob 33/92; 6 Ob 349/60 NZ 1961, 91 = ÖBA 1964, 314; RIS-Justiz RS0061788) und Lehre (*G. Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 1 Rz 6 mwN; *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 1 Rz 4; *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 1 FBG Rz 3) regelt das Gesetz die eintragungsfähigen Tatsachen abschließend; gesetzlich nicht

EvBI 2013/8

§ 2 GmbHG

OGH 22. 6. 2012,  
6 Ob 97/12 a  
(OLG Wien  
28 R 33/12 x;  
HG Wien  
73 Fr 26613/11 t)

Der OGH nimmt hier erstmals und unter Ablehnung der bisher in der Literatur begrüßten Entscheidung des OLG Innsbruck 3 R 20/08 b zur Frage Stellung, mit welchem Datum der Beginn der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers der GmbH in das Firmenbuch einzutragen ist.

vorgesehene Eintragungen haben grundsätzlich zu unterbleiben, zumal andernfalls die Gefahr besteht, dass das Firmenbuch unübersichtlich wird.

Die Zulässigkeit der begehrten Eintragung kann auch nicht auf die Generalklausel des § 3 Z 16 FBG gestützt werden. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut bezieht sich diese Bestimmung nämlich nur auf „sonstige Eintragungen, die gesetzlich vorgesehen sind“, also etwa Eintragungen nach §§ 2 ff EWIVG (*G. Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 3 Rz 47). Für die Zulässigkeit nicht gesetzlich vorgesehener Eintragungen ist aus dieser Bestimmung nichts abzuleiten.

**[Geschäftsführer der Vorgesellschaft]**

Die Eintragung von Geschäftsführern der Vorgesellschaft für einen vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch liegenden Zeitraum kann auch nicht durch den Grundsatz der lückenlosen Dokumentation (vgl dazu *G. Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 1 Rz 4; 6 Ob 235/03g) gerechtfertigt werden. Nach diesem Grundsatz kommt es nicht darauf an, ob der anmeldungspflichtigen Änderung im Zeitpunkt der Anmeldung bzw der Entscheidung über den Eintragungsantrag noch Aktualität zukommt. Vielmehr ergibt sich aus einer Reihe von Bestimmungen, dass vom Gesetzgeber eine lückenlose Dokumentation der anmeldungspflichtigen Daten angestrebt wird (*G. Nowotny*, aaO). Diese Überlegung gilt jedoch nur für bereits eingetragene Rechtsträger bzw für anmeldungspflichtige Daten und lässt sich nicht auf die Vorgesellschaft übertragen, für die der Gesetzgeber eine Eintragung im Firmenbuch gerade nicht vorsieht.

Die Eintragung einzelner Geschäftsführer einer Vorgesellschaft könnte bei den beteiligten Verkehrskreisen zudem den unzutreffenden Eindruck erwecken, dass das Firmenbuch hier ebenso wie bei allen Vorgängen hinsichtlich eingetragener Gesellschaften vollständig sei. Insoweit sprechen auch Rechtssicherheitsüberlegungen gegen die begehrte Eintragung. Schon das

RekG hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Gründung der Gesellschaft nicht notwendig unmittelbar die Eintragung im Firmenbuch nach sich ziehen muss. Vielmehr kann es bei längerem Fortbestand der Vorgesellschaft durchaus zu einem Wechsel der Organwalter und/oder der Art und des Umfangs ihrer Vertretungsbefugnis kommen. Weil die Vorgesellschaft als solche im Firmenbuch nicht einzutragen ist, wäre in einem solchen Fall die Eintragung der für die Vorgesellschaft vertretungsbefugten Personen lückenhaft, was dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zuwiderlaufen würde.

**[Publizitätswirkungen des § 15 UGB]**

Zutreffend hat das RekG auch erkannt, dass die Eintragung des Beginns der Vertretungsbefugnis vor der Entstehung des Rechtsträgers auch aus Publizitätsgründen nicht erforderlich ist. Die Publizitätswirkungen des § 15 UGB umfassen jeweils nur den Firmenbuchstand im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, sodass der Verkehrsschutz nachträglich nicht begründet werden kann. Diejenigen Organwalter, die bereits für die Vorgesellschaft vertretungsberechtigt waren, werden einem Dritten in Bezug auf die gründungsnotwendigen Geschäfte ihre fehlende Bevollmächtigung nicht mit Erfolg entgegenhalten können. Sofern die Geschäftsführungsbefugnis im Stadium der Vorgesellschaft über die gründungsnotwendigen Geschäfte hinausging, wäre für diese die Eintragung des Beginns der Vertretungsberechtigung der Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder schon vor Entstehung der Gesellschaft ebenso wenig aussagekräftig wie für den Fall, dass zwischen der Gründung der Gesellschaft und deren Eintragung im Firmenbuch ein Wechsel in den vertretungsberechtigten Personen und/oder der Art ihrer Vertretungsbefugnis stattgefunden hat.

Ebenfalls zutreffend hat das RekG erkannt, dass aus der Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung nach § 10 Abs 3 GmbHG nicht auf die Notwendigkeit der Eintragung der Vertretungsbefugnis im Firmenbuch geschlossen werden kann.

**Hinweis:**

Das FBG regelt die eintragungsfähigen Tatsachen grundsätzlich abschließend. Von gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen hat das Firmenbuch frei zu bleiben, weil sonst die Gefahr besteht, dass es unübersichtlich wird (6 Ob 307/05 y; 6 Ob 314/04 a; 6 Ob 313/99 v). Dies schließt jedoch in engen Grenzen eine analoge Anwendung dann nicht aus, wenn es um die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragungen geht. Es wurde daher die Eintragung der Bestellung eines einstweiligen Sachwalters für den Alleingesellschafter und alleinigen Geschäftsführer einer GmbH für zulässig erachtet (6 Ob 131/09 x). Auch die Eintragung von Substitutionen in das Firmenbuch wurde nicht nur gem § 4 Z 3 FBG bei Einzelunternehmern und Personengesellschaften, sondern auch gem § 5 iVm § 4 FBG bei Aktiengesellschaften und GmbHs als zulässig erachtet (6 Ob 196/09 f).

Ronald Rohrer

**Anmerkung:**

Der OGH hat in vorliegender Entscheidung entgegen der Auffassung des OLG Innsbruck (3 R 20/08 b) und namhafter Vertreter der Lehre (*Umfahrer*, NZ 2008, 307 f; *U. Torggler*, wbl 2009, 43 ff; *Schenk/Völkl* in WK-UGB [2009] § 3 FBG Rz 8; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB [2009] § 3 FBG Rz 29) klargestellt, dass der Beginn der Vertretungsbefugnis eines GmbH-Geschäftsführers nicht vor dem Datum der Neueintragung der Gesellschaft liegen kann. Zwar ist zwangsläufig (§ 3 Abs 1 Z 2, § 10 Abs 3 GmbHG) vor Eintragung zumindest ein Geschäftsführer zu bestellen, dessen Vertretungsmacht bereits zu diesem Zeitpunkt begründet wird. Dennoch gibt der OGH zu bedenken, dass dieser lediglich Vertreter der nach hM (zB 1 Ob 70/99 x EvBl 1999/210; 1 Ob 188/98 y ecolex 1999/250; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> [2007] § 2 Rz 5, 19 ff mwN; aA *U. Torggler*, *Verbandsgründung de lege lata* [2009] 172 ff, 306 f) rechtsfähigen Vorgesellschaft ist und diese



zweifelloso nicht eingetragen werden kann. Ebenso wenig gebe es daher eine gesetzliche Grundlage, die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers für die Vorgesellschaft zu registrieren (vgl. bereits *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> [2010] § 3 FBG Rz 34; zust. auch *Weber*, *ecolex* 2012/327, 794). Eine Eintragung sei folglich mit dem abschließenden Charakter der Eintragungstatbestände (RIS-Justiz RS0061788) unvereinbar.

Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings, dass von einem stärker ergebnisorientierten Standpunkt aus vertreten werden könnte, dass der Geschäftsführer auch im Vorgesellschaftsstadium durch seine Vertretungshandlungen Rechtswirkungen für die GmbH erzeugt (so *Umfahrer*, NZ 2008, 308; *U. Torggler*, wbl 2009, 43 f). Denn diese übernimmt die Rechtsverhältnisse der Vorgesellschaft, sei es im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (zB BGH II ZR 176/88 NJW 1989, 710), sei es sogar wegen Identität beider Rechtsträger (*Fantur*, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft [1997] 177 ff; *Geist*, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft [1991] 162 f uam). Sieht man dementsprechend den Beginn der Vertretungsbefugnis – für die GmbH – trotz fehlender Eintragung der Gesellschaft bereits im Zeitpunkt der Bestellung des Geschäftsführers, könnte als gesetzliche Grundlage § 3 Abs 1 Z 8 FBG herangezogen werden. Diese Ansicht hätte konsequenterweise zur Folge, dass zwingend der Bestellungszeitpunkt einzutragen wäre, was jedoch der wohl gängigen Praxis der Firmenbuchgerichte widerspricht und entweder zu einem erheblichen Änderungsaufwand oder Diskrepanzen zwischen älteren und neueren Eintragungen führte.

Dieser Befund allein ist freilich keine ausreichende Begründung für die Ansicht des OGH. Ausschlaggebend sind vielmehr Bedenken, dass die „rückwirkende Eintragung“ wegen der Maxime der lückenlosen Dokumentation (zB *Appl* in WK-UGB § 31 FBG Rz 2 f mwN) des Firmenbuchs den Eindruck erwecken könnte, es

wären vor dem ersten eingetragenen Geschäftsführer keine anderen organschaftlichen Vertreter der Vorgesellschaft vorhanden gewesen. Dies ist jedoch gerade bei längerer Vorgesellschaftstätigkeit keineswegs zwingend der Fall. Da § 3 Abs 1 Z 8 FBG nicht als Grundlage für die Eintragung sämtlicher „Vorgesellschaftsgeschäftsführer“ dienen kann, könnte es daher zur Irreführung beitragen, als Beginn der Vertretungsbefugnis des ersten „echten“ GmbH-Geschäftsführers die Bestellung zum Vorgesellschaftsgeschäftsführer heranzuziehen (vgl. *Rauter*, JAP 2012/2013, 25). Hinzuweisen ist ferner darauf, dass die „Identität“ zwischen Vorgesellschaft und GmbH gerade hinsichtlich der organschaftlichen Vertretungsbefugnis insofern nicht als gesichert anzusehen ist, als Teile der Lehre im Vorgesellschaftsstadium eine unbeschränkte/unbeschränkbare Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers gem § 20 Abs 2 GmbHG verneinen (zum str. Meinungsstand *Koppensteiner/Rüffler*<sup>3</sup> § 2 Rz 22 mwN).

Auch sollten die Vorteile des Verkehrs aus der Eintragung des Bestellungszeitpunkts nicht überschätzt werden. Der OGH stellt nämlich zutreffend klar, dass Dritten aus § 15 UGB nachträglich keine Rechte aus der Eintragung für vorher getätigte Rechtshandlungen erwachsen können. Denn § 15 UGB setzt zumindest eine denkmögliche Vertrauensdisposition auf den Firmenbuchbestand voraus (*Zib* in *Zib/Dellinger* § 15 Rz 15 mwN). Eine „rückwirkende Eintragung“ schafft daher „nur“ für den Nachweis einer strittigen Vertretungsbefugnis erhebliche Abhilfe. Diesbezüglich ist mE aber ohnehin ein Anscheinsbeweis anzunehmen, dass der erste eingetragene Geschäftsführer auch im Vorgesellschaftsstadium vertretungsbefugt war.

Zusammengefasst sprechen mE gute Gründe für die Auffassung des OGH, die auch mit der bisherigen ganz überwiegenden Firmenbuchpraxis übereinstimmen dürfte.

Martin Trenker,  
Universität Innsbruck



## → Für Neumasseforderungen gilt nur das Fälligkeitsprinzip\*)

### § 124 a KO (IO)

Reicht die Masse nicht mehr aus, um die Masseforderungen zu erfüllen, so hat der MV (IV) dies unverzüglich dem Insolvenzgericht anzuzeigen und mit der Befriedigung der Massegläubiger innezuhalten. Er darf jedoch die zur Verwaltung und Verwertung gebotenen Rechtshandlungen vornehmen; daraus herrührende Neu-Masseforderungen sind unverzüglich zu befriedigen und unterliegen keiner Ex-

### Sachverhalt:

Das ErstG eröffnete mit B v 5. 2. 2008 über das Vermögen der GmbH den Konk und bestellte den Kl zum MV. Die vom Kl dem KonkG angezeigte **Masseunzulänglichkeit** wurde am 2. 4. 2008 in der Insolvenzdatei öffentlich bekannt gemacht.

Am 4. 6. 2008 brachte der Kl gegen die Bekl beim ErstG eine **Anfechtungsklage** ein, die mit unangefoch-

Sperre. Für die Altmasseforderungen löst die Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit hingegen eine ExSperre aus.

Reicht die Masse auch für die Erfüllung aller Neu-Massegläubiger nicht aus, so gilt das Fälligkeitsprinzip (Prioritätsprinzip). Derjenige, dessen Forderung zuerst fällig wird, hat daher unbedingten Anspruch auf Befriedigung durch den MV (IV).

ten in Rechtskraft erwachsenem Urteil des ErstG v 5. 1. 2011 abgewiesen wurde; der Bekl wurde ein **Kostenersatz** v € 16.093,73 zuerkannt; die Bestätigung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit erfolgte am 10. 2. 2011. Am 18. 2. 2011 forderte die Bekl den Kl zur Überweisung eines Kostenbetrags v € 13.411,44

\*) Siehe hierzu auch Kostenseitig in diesem Heft S 96.

EvBI 2013/9

§ 124 a KO (IO)

OGH 11. 7. 2012,  
3 Ob 92/12 v  
(OLG Wien  
2 R 266/11 v;  
HG Wien  
43 Cg 35/11 m)