

# Eintragung des Beginns der Vertretungsbefugnis von Geschäftsführern der Vorgesellschaft

1. Als Zeitpunkt des Beginns der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers kann frühestens der Tag der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch eingetragen werden.
2. Die Eintragung des tatsächlich früheren Beginns der Vertretungsbefugnis von Geschäftsführern der Vorgesellschaft ist nicht zulässig.

OGH 22.06.2012, 6 Ob 97/12a

§ 3 Abs 1 Z 8 FBG, § 2 GmbHG

Aus den Entscheidungsgründen:<sup>1</sup>

## Sachverhalt

Mit Eingabe vom 21.12.2011, beim Erstgericht eingelangt am 27.12.2011, meldete Mag. M\*\* Z\*\* als einziger selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer die mit Gesellschaftsvertrag vom 21.12.2011 gegründete W\*\* GmbH zur Eintragung in das Firmenbuch an. Der Beginn seiner Vertretungsbefugnis sei mit 21.12.2011 einzutragen.

Das Erstgericht erteilte mit Zwischenurteil vom 30.12.2011 einen Verbesserungsauftrag zur Nachreichung von Urkunden und wies außerdem darauf hin, dass im Firmenbuch als Beginn der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers das Datum der Neueintragung der Gesellschaft eingetragen werde.

Der Antragsteller replizierte darauf mit Eingabe vom 2.1.2012, die beabsichtigte Eintragung des Beginns seiner Vertretungsbefugnis erfolge gegen seinen Antrag und ohne Rechtsgrundlage. Er sei mit sofortiger Wirkung zum Geschäftsführer bestellt worden, dies sei nach Lehre und Judikatur zulässig. Im konkreten Fall sei es zur Annahme der Sacheinlage sogar geboten gewesen, anders hätte die Sacheinlage vor der Firmenbuchanmeldung nicht geleistet werden und er die Erklärung nach § 10 GmbHG nicht abgeben können. Der Antrag werde daher aufrecht erhalten.

Nachdem der Antragsteller in den weiteren Punkten dem Verbesserungsauftrag entsprochen hatte, verfügte das **Erstgericht** mit Beschluss vom 25.1.2012 die Neueintragung der Gesellschaft, die am 26.1.2012 im Firmenbuch vollzogen wurde. Als Beginn der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers Mag. M\*\* Z\*\* wurde der 26.1.2012 eingetragen. [...]

## Eintragungspflichtige Tatsachen

2. Bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind gemäß § 3 Z 8 FBG Name und Geburtsdatum ihrer vertretungsbefugten Personen sowie der Beginn und die Art ihrer Vertretungsbefugnis einzutragen.

## Vorgesellschaft

3.1. Die GmbH selbst entsteht gemäß § 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).

## Geschäftsführer der Vorgesellschaft

3.2. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung 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 herrschender Ansicht 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

1 Die Zwischenüberschriften sind redaktionell eingefügt (nichtamtlich).

ua), sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes bestimmt. Liegt hingegen eine Sachgründung vor, insbesondere die Einbringung ganzer Betriebe, erstreckt sich die Geschäftsführungsbefugnis auch auf die ordnungsgemäße Verwaltung der eingebrachten Sachen und die Weiterführung der Betriebe (*Koppensteiner/Rüffler* aaO § 2 Rz 12 mwN).

### Rspr des OLG Innsbruck

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

### Meinungsstand in der Lehre

4.2. *Umlauft* (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 Bestellungsakt bereits dieser Zeitpunkt als Beginn des Vertretungsrechts vorgesehen sei.

4.3. 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 vertretungsberechtigter Zusammensetzung zumindest durch sogenannte gründungsnotwendige Geschäfte unmittelbare Wirkungen zu Gunsten und zu Lasten des entstandenen Verbandes erzeugen könnten. Denselben Standpunkt vertritt *Zib* (in *Zib/Dellinger*, GroßKomm UGB § 3 FBG Rz 29).

### Ablehnung der hA

#### Eintragung nicht vorgesehen

5.1. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Dagegen spricht schon der Umstand, dass der Gesetzgeber eine Eintragung der Vorgesellschaft im Firmenbuch nicht vorsieht. Nach herrschender Rechtsprechung (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; *Eislerberg/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 vorgesehene Eintragungen haben grundsätzlich zu unterbleiben, zumal andernfalls die Gefahr besteht, dass das Firmenbuch unübersichtlich wird.

#### Generalklausel nicht anwendbar

5.2. 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.

#### Grundsatz lückenloser Dokumentation nicht anwendbar

5.3. 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.

#### Rechtssicherheitsüberlegungen

5.4. 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 Rekursgericht 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.

### Kein nachträglicher Verkehrsschutz

5.5. Zutreffend hat das Rekursgericht 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.

5.6. Ebenfalls zutreffend hat das Rekursgericht 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. [...]

## Anmerkung

Von Lukas Fantur

Im vorliegenden Fall wurde dem Geschäftsführer die Vertretungsbefugnis ausdrücklich bereits mit dem Tag des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages erteilt. Beginn der Vertretungsbefugnis war demnach – tatsächlich und unbestritten – der 21.12.2011. Laut OGH muss im Firmenbuch aber trotzdem „vertritt seit 26.01.2012“ eingetragen werden.

Demnach ist also vom Firmenbuchgericht bewusst eine objektiv unrichtige Firmenbucheintragung vorzunehmen. Sich damit anzufreunden, fällt schwer.

Der OGH bringt mehrere Argumente ins Treffen, denen ich nachfolgend jeweils meine eigene Auffassung gegenüberstelle.

### 1. Keine Eintragung der Vorgesellschaft in das Firmenbuch

Das Argument, der Gesetzgeber hätte eine Eintragung der Vorgesellschaft in das Firmenbuch nicht vorgesehen, ist mE nicht richtig: Die Vorgesellschaft besteht zwischen Errichtung des Gesellschaftsvertrages und Registrierung der GmbH im Firmenbuch. Diese beiden Ereignisse stellen Beginn und Ende der Vorgesellschaft dar. Als Rechtstatsachen werden

beide Ereignisse im Firmenbuch eingetragen. Insofern wird auch die Periode der Vorgesellschaft sehr wohl im Firmenbuch eingetragen. Dass diese Eintragung im Nachhinein erfolgt, spielt keine Rolle. Das ist bei allen sonstigen gesetzlich vorgesehenen Firmenbucheintragungen nicht anders.

### 2. Generalklausel

Das zweite Argument lautet, die Zulässigkeit der Eintragung des richtigen Vertretungsbeginns könne auch nicht auf die Generalklausel des § 3 Z 16 FBG gestützt werden.

Eines Rückgriffs auf diese Generalklausel bedarf es jedoch mE nicht. Der Gesetzgeber sieht in § 3 Abs 1 Z 8 FBG ausdrücklich vor, dass bei Rechtsträgern **Beginn und Art** der Vertretungsbefugnis ihrer vertretungsbefugten Personen einzutragen ist. Diese Bestimmung ist also unmittelbar anwendbar.

### 3. Grundsatz lückenloser Dokumentation

Das weitere Argument, der Grundsatz der lückenlosen Dokumentation lasse sich nicht auf die Vorgesellschaft übertragen, trifft mE eben-

falls nicht zu: Das Stadium der Vorgesellschaft wird durchaus lückenlos im Firmenbuch dokumentiert. Man denke etwa an einen Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag. Dies kommt in der Praxis sogar sehr häufig vor, wenn das Firmenbuchgericht im Prüfungsverfahren Beanstandungen am Gesellschaftsvertrag vornimmt und die Abänderung durch einen Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag verlangt. Im Nachhinein führt dies zur Eintragung sowohl der ursprünglichen Gesellschaftsvertragserrichtung als auch des späteren Nachtrags, beides mit dem entsprechenden richtigen Datum, nicht mit dem Datum der Ersteintragung der GmbH ins Firmenbuch. Aber auch beispielsweise Einbringungsverträge, die nach Errichtung des Gesellschaftsvertrages, aber vor Eintragung der Gesellschaft geschlossen werden, werden im Firmenbuch lückenlos dokumentiert – mit dem richtigen Datum des Vertragsschlusses.

#### 4. Rechtssicherheitsüberlegungen

Ein weiteres Argument des OGH lautet: Bei längerem Fortbestand der Vorgesellschaft könne es durchaus zu einem Wechsel der Organwalter und/oder der Art des Umfangs ihrer Vertretungsbefugnis kommen (die in der Folge im Firmenbuch nicht registriert werden). Rechtssicherheitsüberlegungen sprächen daher gegen solche Eintragungen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass auch bei der im Firmenbuch eingetragenen GmbH die Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern oder die Änderung ihrer Vertretungsbefugnis sofort mit Fassung des Gesellschafterbeschlusses eintritt und nicht erst mit der nachfolgenden Registrierung im Firmenbuch. Es kann also auch bei einer eingetragenen GmbH ohne weiteres vorkommen, dass ein neuer oder weiterer Geschäftsführer wirksam bestellt und wieder abberufen wird, ohne dass seine Bestellung jemals zum Firmenbuch angemeldet wird. Die vom OGH angesprochenen möglichen Lücken des Firmenbuchs sind also keine Besonderheit des Stadiums der Vorgesellschaft.

#### 5. Kein nachträglicher Verkehrsschutz

Ein weiteres Argument lautet: Die Publizitätswirkungen des § 15 UGB umfassen nur den

Firmenbuchstand im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, sodass der Verkehrsschutz nachträglich nicht begründet werden kann.

Gegen dieses Argument lässt sich ins Treffen führen, dass das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts vorübergehend durchaus in Schwebelage sein kann, auch über einen längeren Zeitraum. Angebot und Annahme können eben zeitlich auseinanderfallen. Der Geschäftsführer könnte also schon für die Vor-GmbH eine wirksame, verbindliche Vertragsofferte abgeben, die aber erst nach Eintragung der Gesellschaft angenommen werden kann oder soll. Insofern ist der „Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts“, also die Annahme des Angebots, ein Zeitpunkt, zu dem die GmbH bereits im Firmenbuch eingetragen ist. Blickt derjenige, dem das Angebot eingeräumt wurde, nun ins Firmenbuch um zu prüfen, ob der Geschäftsführer zum Zeitpunkt der Offerte die (Vor-) GmbH wirksam vertreten konnte, geht es nicht um die nachträgliche Begründung von Verkehrsschutz. Sondern es geht darum, dass der Annehmende **jetzt** aufgrund des Firmenbuchs darauf vertrauen kann, das Angebot wirksam anzunehmen. Das zeigt, dass es durchaus nicht um die nachträgliche Begründung von Verkehrsschutz gehen muss. Wäre der wahre, wirkliche Beginn der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers, der noch vor der Gründung der GmbH lag, dem Firmenbuch zu entnehmen, und würde nun – nach Eintragung der Gesellschaft – der Vertragspartner auf diesen Firmenbuchstand vertrauen können, so würde es sich gerade nicht um die nachträgliche Begründung von Verkehrsschutz handeln.

#### 6. Erklärung nach § 10 Abs 3 GmbHG

Richtig ist, dass aus der Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung nach § 10 Abs 3 GmbHG nicht auf die Notwendigkeit der Eintragung der Vertretungsbefugnis geschlossen werden kann. Der umgekehrte Schluss ergibt sich allerdings aus § 10 Abs 3 GmbHG ebenfalls nicht.

#### Ergebnis:

Aus meiner Sicht ist es daher – entgegen der vorliegenden OGH-E – zulässig und auch ge-

setzung ausdrücklich vorgesehen, den tatsächlich richtigen Zeitpunkt des Beginns der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers in das Firmenbuch einzutragen, auch und gerade

dann, wenn dieser Zeitpunkt vor der Eintragung der Gesellschaft als solche in das Firmenbuch liegt. Die unmittelbare Rechtsgrundlage dafür ist § 3 Abs 1 Z 8 FBG.