

Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG)

RGBI 1906/58 idF BGBI I 2021/86

Literatur: Škerlj, Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung² (1909); Grünhut, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht² (1913); Kastner, Zur Reform der Gesellschaft mbH, JBl 1956, 113; Limbach, Theorie und Wirklichkeit der GmbH (1966); Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970); Ostheim, Probleme der personalistischen GmbH, GesRZ 1974, 70; Schönherr, Vorschläge für eine Entschlackung des GmbHG, in FS Reimer (1976) 55; Kastner/Stoll (Hrsg), Die GmbH & Co KG² (1977); Kastner, Zur Auslegung des GmbHG, JBl 1978, 404; Jud, Zur Erneuerung des Rechtes der GmbH, in FS 200 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät Graz (1979) 301; Kastner, Gesellschaft mbH Gesetz-Novelle 1980, JBl 1980, 617; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980); Kastner/Straube, Die GmbH & Co KG² (1981); Ulmer, Zur GmbH-Reform in Österreich und in Deutschland, GesRZ 1981, 143; Arnold, GmbH-Handbuch, ZGV-Steuerarchiv III³ (1982); G. Roth, Gläubigerschutz und Mindestkapital in der GmbH nach den österreichischen und deutschen Gesetzesnovellen vom 1. 1. 1981, GesRZ 1982, 137; G. Roth (Hrsg), Die Zukunft der GmbH (1983); Honsell, Die GmbH und der Gläubigerschutz, GesRZ 1987, 173; Wünsch, Kommentar zum GmbHG (1987); Krejci, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen? Verhandlungen des Zehnten Österreichischen Juristentages, I/1, Gutachten (1988); Reich-Rohrwig, Vor- und Nachteile der GmbH & Still im Vergleich zur GmbH & Co KG, wbl 1988, 14; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990); Reich-Rohrwig, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in FS Kastner (1992) 371; Arnold, Die GmbH im österreichischen Recht, GmbHR 1993, 344; Reich-Rohrwig, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in FS Frotz (1993) 381; Weilinger, Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1993); Straube/Dragaschnig/Pettliczek-Koller/H. Torggler, Der GmbH-Geschäftsführervertrag (1994); Krejci, Die GmbH auf Aktien – Ein rechtspolitischer Vorschlag zur Förderung der Eigenkapitalbildung, RdW 1995, 7; Buder-Steinhoff, Die GmbH im Rechtsvergleich Deutschland, Österreich, Ungarn, Frankreich (1996); Fritz, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der EU (1996); Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht² (1997); Eiselsberg (Hrsg), Gesellschaftsrecht in Europa (1997); Koppensteiner, Zur Neuregelung der Einmann-GmbH in Österreich, in FS Claussen (1997) 213; Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997); Hackl, Wenn sie das nur aushält, die GmbH! SWK 1998, T 11; Kraus, Kompetenzverteilung bei der GmbH, ecolex 1998, 631; Bertl/

Mandl/Mandl/Ruppe (Hrsg), GmbH oder GmbH & Co KG? (2000); *Fritz/Schauer*, Die GmbH & Co KG (2001); *Herberstein*, Die GmbH in Europa: 50 Länder im Vergleich² (2001); *Krejci*, Braucht Österreich die „kleine AG“? RdW 2001, 66; *Artmann*, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, RdA 2002, 370; *Frizberg/Frizberg*, Die GmbH – systematischer Überblick und ausgewählte Musterverträge² (2002); *Nowotny*, Zweck und Sinnhaftigkeit des Notariatsakts bei der GmbH-Gründung, AnwBl 2002, 255; *Fritz*, GmbH-Praxis I: Vertragsmuster und Eingaben (2003); *Haberer*, The Road Ahead: Die Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, GesRZ 2003, 211; *Kalss/Meissel*, Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa (2003); *Straube/Ratka*, Nach „Centros“ und „Überseering“ folgt nun „Inspire Art“: Das nationale Gesellschaftsrecht (fast) chancenlos? GES 2003, 148; *Arnold*, Die GmbH und die GmbH & Co. KG im österreichischen Recht, GmbHR 2004, 34; *Bervoets/Lembeck*, Die „GmbH Light“ – ein Trend in Europa, SWI 2004, 355; *Ratka*, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, GES 2004, 20; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH und GmbH & Co KG (2004); *G. Roth*, Gläubigerschutz bei der GmbH: Was ist unverzichtbar? in FS P. Doralt (2004) 479 ff; *Straube*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁸ (2004); *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005); *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005); *Rüffler*, Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – überholtes oder sinnvolles Konzept? GES 2005, 140; *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften (2006); *P. Doralt*, Die GmbH im 20. Jahrhundert – Grundkonzept und Nachjustierungen in der 2. Republik, GesRZ-Sonderheft 100 Jahre GmbH (2006) 5; *Kalss*, Die Zukunft der GmbH, GesRZ-Sonderheft 100 Jahre GmbH (2006) 41; *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, Gutachten zum 16. ÖJT (2006); *Nowotny*, Hundert Jahre GmbH-Gesetz – Eine Alte Dame in der Blüte ihrer Jahre, RdW 2006, 483; *Reich-Rohrwig*, 100 Jahre GmbH-Gesetz, ecolex 2006, 488; *Thiessen*, Transfer von GmbH-Recht im 20. Jahrhundert, in *Duss/Linder/et al* (Hrsg), Rechtstransfer in der Geschichte (2006) 449; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007); *Fritz*, Gesellschafts- und Unternehmensformen in Österreich³ (2007); *Fritz*, Die GmbH in der Praxis (2007); *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH-Gesetz³ (2007); *Feltl*, Der Director der englischen Limited – Eine vergleichende Darstellung zum GmbH-Geschäftsführer nach österreichischem Recht (2008); *Fritz*, Gesellschafts- und Unternehmensformen kompakt (2008); *Krejci*, Gegen Billig-Gesellschaften m. b. H. – Zur Reformdiskussion über Gründungserleichterungen, ÖZW 2008, 39; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁷ (2009); *U. Torggler*, Verbandsgründung (2009); *Wiesinger/Stoll*, GmbH „neu“ – europäischer Trend bei Eigenkapitalvorschriften in Österreich noch in der Warteschlange, SWK 2011, 146; *Winkler*, Die Reform des österreichischen GmbH-Rechts im europäischen Trend: langsam, aber doch, GES 2011, 164ff; *Winkler*, Vom Mythos eines Regulierungswettbewerbs im Europäischen Gesellschaftsrecht, wbl 2012, 421; *Fritz/Perktold*, Mustersammlung zum GmbH-Recht III: Kapitalmaßnahmen, Geschäftsanteile, Vertragsänderungen (2013); *Krejci*, Die verbilligte GmbH verführt zur Unterkapitalisierung, erhöht die Insolvenzgefahr und schadet den Gläubigern, GES 2013, 171; *Schuschnigg*, Groß angekündigte GmbH-Reform er-

weist sich als kleiner, aber wesentlicher Schritt, AR aktuell 2013/5, 17; *Herda, GmbH „light“* – Die Reform der Reform, wbl 2014, 351; *Krejci*, Einmal Hin, einmal her, das ist schwer: Zur GmbH-„Gegenreform“, GES 2014, 2; *Straube*, GmbH-Reform – und halb retour? Gedanken zu Eckpunkten der GmbH-Reform und ihrer teilweisen Rücknahme, in FS *Reich-Rohrwig* (2014) 223ff; *U. Torggler* (Hrsg), *Kurzkommentar zum GmbHG* (2014); *Fritz/Wildmoser/Koch*, *Mustersammlung zum GmbH-Recht I: Gründung, Gesellschaftsverträge*² (2016); *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), *GmbHG* (2017); *Fritz*, *Mustersammlung zum GmbH-Recht II: Gesellschaftsorgane*² (2017); *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Österreichisches Gesellschaftsrecht*² (2017); *Gruber/Harrer* (Hrsg), *GmbHG Kommentar*² (2018); *Rieder/Huemer*, *Gesellschaftsrecht*⁵ (2019); *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*⁵ (2021); *Reich-Rohrwig/Kinsky/S.-F. Kraus*, *Austrian Limited* (2021); *Umfahrer*, *GmbH-Handbuch für die Praxis*⁷ (2021); *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), *Wiener Kommentar zum GmbHG* (ab 2008 laufend aktualisiert).

I. Hauptstück

Organisatorische Bestimmungen

Erster Abschnitt

Errichtung der Gesellschaft

[Erlaubte Zwecke]

- § 1.¹⁾ (1) Gesellschaften mit beschränkter Haftung^{2,3)} können nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck⁴⁾ durch eine⁵⁾ oder mehrere Personen⁶⁾ errichtet werden.**
- (2) Von dem Betriebe von Versicherungsgeschäften sowie von der Tätigkeit als politische Vereine sind solche Gesellschaften jedoch ausgeschlossen.^{7,8)}**

IdF BGBl 1996/304.

Literatur: *Jahn*, GmbH oder AG? Eine Entscheidungshilfe für den Unternehmer, GesRZ 1978, 22; *G. H. Roth*, Gründungsprobleme bei der Einmann-GmbH, JBL 1995, 142; *Koppensteiner*, Zur Neuregelung der Einmann-GmbH in Österreich, in FS *Claussen* (1997) 213; *Kalss*, Die GmbH – eine Gestaltungsalternative der Privatstiftung? in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), *Privatstiftungen* (2000) 187; *Dellinger*, Die Genossenschaft als Gesellschafter – Genossenschaftliche Zulässigkeitsgrenzen der Beteiligung an anderen Rechtsträgern, in FS *Krejci* (2001) 523; *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragserichters, GES 2010, 155; *Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010/41; *Sich/Lumsden*, Die Ärzte-GmbH, ecolex 2010, 1120; *Karollus*, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, RdM 2011/143.

Anmerkungen:

- 1) **Aktienrecht:** vgl § 1 AktG; **deutsches GmbH-Recht:** vgl § 1 dGmbHG.
- 2) Anders als § 1 AktG enthält § 1 GmbHG **keine Definition** der zu regelnden Gesellschaftsform. Der historische Gesetzgeber hat hievon ganz bewusst Abstand genommen und diese Aufgabe der wissenschaftlichen Forschung überlassen. Hintergrund war ausweislich der Materialien die Rücksichtnahme auf zahlreiche Berührungspunkte der GmbH mit anderen Gesellschaftsformen, insbesondere mit der AG, und der Mangel eines in allen Fällen prägnant hervortretenden Unterscheidungsmerkmals (vgl ErläutRV 236 BlgHH XVII. Session 55f).
- 3) Die **Bezeichnung** „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ soll das charakteristische Merkmal der Gesellschaft – die auf das Gesellschaftskapital beschränkte Haftung der Gesellschaft gegenüber ihren Gläubigern – mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck bringen und gleichzeitig den Unterschied zu AG und Genossenschaft in leicht verständlicher Weise hervortreten lassen (vgl ErläutRV 236 BlgHH XVII. GP 55f).
- 4) Zwar ist die GmbH **Formunternehmerin** nach § 2 UGB, ihr Zweck ist jedoch keineswegs auf Gebiete des wirtschaftlichen Verkehrs beschränkt, was die Formulierung des Abs 1 unmissverständlich zum Ausdruck bringt: **Auch rein ideelle Zwecke** wie etwa jene der **Gemeinnützigkeit** oder der **Geselligkeit** (so ausdrücklich HHB 272 BlgHH XVII. Session 6) kommen in Betracht.
- 5) Seit Inkrafttreten des zur Umsetzung der Einpersonengesellschafts-RL (89/667/EWG) bestimmten EU-GesRÄG 1996 ist in Österreich auch die Gründung einer **Einpersonen-GmbH** zulässig. Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen sollten dadurch gefördert werden, dass eine Begrenzung ihres Haftungsrisikos durch Verwendung der Rechtsform der GmbH mit nur einem Gesellschafter ermöglicht wird (vgl ErläutRV 32 BlgNR XX. GP 56). Nach Ansicht des VfGH handelt es sich hier freilich um eine „systemwidrige Entwicklung“, gewissermaßen also um die „tolerierte Ausnahme“, nicht jedoch den anerkannten und von der Rechtsordnung geschützten Regelfall (vgl VfGH G 30/2017).
- 6) Mitunter schränken **berufsrechtliche Bestimmungen** den **Gesellschafterkreis** erheblich ein; vgl etwa § 21c RAO, §§ 56 und 63 WTBG 2017, § 27 ZTG 2019, § 52a ÄrzteG, § 26 ZÄG.
- 7) Der Betrieb von **Versicherungsgeschäften** wurde zum einen untersagt, weil die Rechtsform der GmbH „an sich ihrem Charakter wie ihrer inneren Eignung nach keine genügende Gewähr für den aufrechten Betrieb eines Versicherungsunternehmens bieten würde“, darüber hinaus aber auch – und dies vor allem – aus Rücksichtnahme auf öffentliche Interessen und staatliche Aufsicht (vgl ErläutRV 236 BlgHH XVII. Session 55; s dazu auch § 8 Abs 1 VAG 2016), wobei letztgenannte Beweggründe schließlich auch das **Verbot politischer Betätigung** (s dazu auch § 1 Abs 4 PartG) erklären. Von einem generellen Ausschluss von **Bankgeschäften** wurde trotz vorhandener Bedenken letztlich abgesehen (vgl ErläutRV 236 BlgHH XVII. Session 55); Einschränkungen ergeben sich allerdings mitunter durch sondergesetzliche Bestimmungen – so etwa iZm **Pensionskas-**

sen (§ 6 PKG), **Hypothekenbanken** (§ 2 HypBG) und **Bausparkassen** (§ 5 Abs 1 Z 1 BSpG).

8) Entgegen der früheren Rechtslage lassen sich heute auch die meisten **freiberuflichen Tätigkeiten** im juristischen Kleid der GmbH verrichten – dies gilt bspw für **Rechtsanwälte** (§ 1a RAO), **Wirtschaftstreuhänder** (§ 54 WTBG 2017), **Ärzte** (§ 52a ÄrzteG), **Zahnärzte** (§ 26 ZÄG), **Architekten** und **Ziviltechniker** (§ 23 ZTG 2019), **nicht jedoch** für **Apotheker** (§ 12 Apothekengesetz) und **Notare** (§ 22 NO).

Entscheidungen:

E 1. Unter dem **Begriff** der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit zu verstehen, deren Stammkapital in Geschäftsanteile mit Stammeinlagen zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nicht die Gesellschafter haften (VwGH 94/16/0026).

E 2. Es ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass es sich bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung um ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, um eine **juristische Person**, handelt, die durch ihre hiezu berufenen **Organe** handlungsfähig ist (6 Ob 575/77; s dazu auch 5 Ob 44/21p).

E 3. a) Juristische Personen handeln durch ihre Organe. Das **Handeln** von **Organmitgliedern** für eine juristische Person ist als Handeln der juristischen Person zu betrachten. Deren Verhalten gilt als **Eigenhandlung** der **juristischen Person**.

b) Organhandeln ist der juristischen Person gerade **nicht** nach § 1313a ABGB zuzurechnen; vielmehr **haftet** die juristische Person kraft der Organstellung der natürlichen Personen, deren Handeln als Eigenhandeln der juristischen Personen gilt (6 Ob 92/21d; s dazu auch 5 Ob 99/19y).

E 4. Grundsätzlich sagt das Gesetz nichts über die **persönlichen Eigenschaften der Gesellschafter** einer GmbH. Sie können natürliche oder juristische Personen sein (OLG Wien NZ 1984, 85).

E 5. Gesellschafter einer Gesellschaft mbH können **natürliche und juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechtes** sein. Die Fähigkeit einer juristischen Person, Gesellschafter einer Gesellschaft mbH zu sein, wird durch das GmbHG nicht begrenzt, Grenzen der Beteiligung einer juristischen Person können sich jedoch aus dem für die jeweilige juristische Person maßgebenden Recht ergeben (NZ 1980, 88).

E 6. Eine GmbH ist **nicht in das Firmenbuch einzutragen** und das Eintragungsgesuch ist abzuweisen, wenn **gegen den einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer bereits ein Insolvenzantrag besteht** und weitere **zahlreiche Exekutionsverfahren anhängig** sind, da die Gefahr der Gläubigerschädigung besteht (OLG Wien ZIK 2013, 78).

E 7. Im **Gesellschaftsvertrag** können **hinsichtlich der Eigenschaft der Gesellschafter einschränkende Vereinbarungen** getroffen werden. So können zB nur Inländer, nur Angehörige eines bestimmten Berufsstandes oder nur Familienmitglieder der Gründer zugelassen werden; es kann bestimmt werden, dass nur

§ 1 GmbHG

an bestimmte Personen, zB nur an Gesellschafter oder an Branchengenossen, übertragen werden kann, somit eine bestimmte Qualifikation verlangt werden (OLG Wien NZ 1984, 85).

E 8. Zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages bedarf der **Erbe**, dem die Be- sorgung und Verwaltung der **Verlassenschaft** überlassen wird, gerichtlicher Ge- nehmigung (3 Ob 206/50).

E 9. Solange die aus der gewinnbringenden Tätigkeit erzielten Einnahmen den ideellen Zwecken des **Vereines** zugeführt werden, ist weder der Betrieb eines Unternehmens durch den Verein (zB der Kantine eines Sportvereines oder des Gasthauses eines Touristenvereines) noch die **Beteiligung als Gesellschafter** an einer Kapitalgesellschaft von der Vereinstätigkeit grundsätzlich ausgeschlos- sen (NZ 1980, 88; s dazu auch 6 Ob 188/01t).

E 10. Genossenschaften ist eine Beteiligung an Gesellschaften (hier: GmbH) insoweit gestattet, als diese der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft der Mitglieder der Genossenschaft zu dienen bestimmt ist (RIS-Justiz RS0059165).

E 11. Der **Gesellschaftszweck** ist jenes gemeinsame Ziel, das die Gesellschafter gemeinsam erreichen wollen, während der **Unternehmensgegenstand** Bereich und Art der Tätigkeit umschreibt, mit der die Gesellschaft ihren Zweck verfolgt. Der Gesellschaftszweck ist gegenüber dem Unternehmensgegenstand der weite- re Begriff (6 Ob 81/02h).

E 12. Eine GmbH kann **zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck**, also auch zur Verfolgung ideeller Zwecke im Sinne der Durchführung gesellschaftlicher, hu- manitärer und wohltätiger Aufgaben errichtet werden (RIS-Justiz RS0059382).

E 13. Die Rechtsform der GmbH setzt einen **Gewerbebetrieb** nicht voraus (OLG Graz 4 R 64/08a).

E 14. Zu einem **unerlaubten gesetzwidrigen Zweck** kann eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht gegründet werden. Zwar sind Zweck und Gegen- stand des Unternehmens nicht identisch; der Gesellschaftszweck ist aber aus dem Unternehmensgegenstand abzuleiten (NZ 1981, 8).

E 15. Kein erlaubter Zweck, wenn der Gesellschaftsvertrag darauf abzielt, ge- setzliche Bestimmungen zu **umgehen** (NZ 1973, 61).

E 16. Die Ansicht, dass eine GmbH nicht der einzige **persönlich haftende Ge- sellshafter einer KG** sein kann, ist offenbar gesetzwidrig (EvBl 1968/7).

E 17. Darauf, dass eine GmbH nur zu einem gesetzlich zulässigen Zweck errich- tet werden kann, ist auch bei Absicht der Gründung einer **GmbH & Co KG** Bedacht zu nehmen (NZ 1973, 61).

E 18. Unter einer **Holdinggesellschaft** (hier: GmbH) versteht man eine Gesell- schaft, deren Gegenstand die Beteiligung an einem anderen Unternehmen ist. Ihre Existenz erschöpft sich in der Beteiligung bei einer oder mehreren anderen Gesellschaften. In diesem Sinn stellt eine derartige Gesellschaft nichts anderes dar als bspw eine GmbH, die ihre alleinige Aufgabe darin hat, Komplementär einer KG zu sein (VwGH 86/15/0100).

[Bedeutung der Eintragung]

§ 2.^{1, 2, 3, 4)} (1) Vor der Eintragung in das Firmenbuch besteht die Gesellschaft als solche nicht. Wird vorher im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haften die Handelnden persönlich zur ungeteilten Hand (Gesamtschuldner).

(2) Übernimmt die Gesellschaft eine vor ihrer Eintragung in ihrem Namen eingegangene Verpflichtung durch Vertrag mit dem Schuldner in der Weise, daß sie an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, so bedarf es zur Wirksamkeit der Schuldübernahme der Zustimmung des Gläubigers nicht, wenn die Schuldübernahme binnen drei Monaten nach der Eintragung der Gesellschaft vereinbart und dem Gläubiger von der Gesellschaft oder dem Schuldner mitgeteilt wird.

(3) Verpflichtungen aus Vereinbarungen über Sacheinlagen können nicht übernommen werden.

IdF BGBI 1991/10.

Literatur: *Kastner*, Die Vorgesellschaft, ÖJZ 1953, 1; *Kastner*, Zum Vorgründungsvertrag und zur Vorgesellschaft, NZ 1955, 154; *Ostheim*, Probleme der Vorgesellschaft bei der GmbH, JBl 1978, 337; *Ostheim*, Die Vorgesellschaft im österreichischen Recht, in *G. H. Roth* (Hrsg), Die Zukunft der GmbH (1983) 183; *Wünsch*, Die Haftung der Gründer einer GmbH, GesRZ 1984, 1; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990); *Geist*, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft (1991); *Koppensteiner*, Acht Thesen zur Haftungsverfassung der Vor-GmbH, JBl 1991, 352; *Weilinger*, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“ – vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG, GesRZ 1996, 146 (I), 229 (II); *Pucher*, Gedanken zur Sachübernahme, GesRZ 2009, 321; *U. Torggler*, Die Verbandsgründung – de lege lata betrachtet (2009); *U. Torggler*, Plädoyer für eine Gründergesellschaft österreichischen Zuschnitts, in *FS Straube* (2009) 153.

Anmerkungen:

- 1) Aktienrecht:** vgl § 34 AktG; **deutsches GmbH-Recht:** vgl § 11 dGmbHG.
- 2)** Im Rahmen der GmbH-Novelle 1980 (BGBI 1980/320) wurde § 2 an die **bewährten aktienrechtlichen Vorschriften** des § 34 AktG angepasst (vgl AB 421 BlgNR XV. GP 1). Durch BGBI 1991/10 erfolgten demgegenüber bloß terminologische Änderungen.
- 3)** Ob der Vorgesellschaft **Unternehmereigenschaft** zukommt, richtet sich nach § 1 UGB – sie ist keine Formunternehmerin nach § 2 UGB.
- 4)** Eine **Liquidation** der Vorgesellschaft hat nach den §§ 89ff GmbHG zu erfolgen.

Entscheidungen:

Übersicht

- I. Einleitung (E 1)
- II. Vorgründungsgesellschaft (E 2–5)
- III. Vorgesellschaft (E 6–41)
 - A. Rechtsnatur (E 6–15)
 - B. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter (E 16–22)
 - C. Organisation (E 23–29)
 - D. Haftungsfragen (E 30–41)
 - 1. Haftung der Vorgesellschaft (E 30)
 - 2. Haftung der Gründer (E 31)
 - 3. Handelndenhaftung (E 32–41)

I. Einleitung

E 1. Vor der Eintragung einer GmbH in das Firmenbuch sind **zwei streng voneinander zu trennende Phasen** mit unterschiedlichen Rechtsfolgen zu unterscheiden: Bei der **Vorgründungsgesellschaft** verpflichten sich zwei oder mehrere Personen, eine Gesellschaft zu gründen. Diese Phase dauert bis zum Abschluss des Gesellschaftsvertrags und wird durch die **Vorgesellschaft** abgelöst, die mit der Eintragung ins Firmenbuch endet (1 Ob 70/99x).

II. Vorgründungsgesellschaft

E 2. a) Nach einem Teil der Lehre soll bereits im Stadium **vor dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags** eine Vorgründungsgesellschaft bestehen, die entweder durch förmlichen Vorvertrag, nach anderer Ansicht auch schon durch den formlosen Zusammenschluss der künftigen Gesellschafter zur Vorbereitung der Gründung, zustandekommt.

b) Abgesehen davon, dass die Annahme einer Vorgründungsgesellschaft wohl zumindest eine Personenmehrheit an Gründern voraussetzt, besteht in Lehre und Rechtsprechung dahin Einigkeit, dass auf eine Vorgründungsgesellschaft **das GmbHG noch nicht anzuwenden ist**.

c) Im Vorgründungsstadium besteht keine rechtliche Möglichkeit, für die spätere GmbH zu handeln und unmittelbar für sie wirksam werdende **Rechte und Pflichten** zu begründen. Solche Rechte und Pflichten können daher nach Entstehung der Gesellschaft auch nicht automatisch auf sie **übergehen**, vielmehr bedarf es dazu einer ausdrücklichen vertraglichen Übernahme der Pflichten durch die Gesellschaft (8 Ob 100/12g; abweichend noch 8 ObS 162/98a [iZm dem Anspruch auf Zuerkennung von Insolvenz-Ausfallgeld nach dem IESG]).

E 3. a) Zu einem **automatischen Vermögensübergang** (Übergang von Rechten und Pflichten) von der Vorgründungsgesellschaft auf die Vorgesellschaft bzw. die später eingetragene GmbH kommt es **nicht**.

b) Wird von Mitgliedern einer Vorgründungsgesellschaft für die später zu gründende Gesellschaft mbH ein gegenseitiger Vertrag geschlossen, soll die GmbH – wie hier – damit auch Pflichten zu übernehmen, so bedarf es dazu einer **ausdrücklichen vertraglichen Übernahme** der Pflichten durch die Gesellschaft mbH (1 Ob 70/99x).

E 4. Die **Handelndenhaftung** des § 2 Abs 1 GmbHG kommt im Stadium der Vorgründungsgesellschaft, für die noch kein GmbH-Recht gilt, **nicht** in Betracht (RIS-Justiz RS0109826).

- E 5.** a) Die Vorgründungsgesellschaft ist als **GesBR** zu beurteilen.
b) Nimmt diese GesBR als Außengesellschaft am Rechtsverkehr teil, indem sie mit Dritten Rechtsgeschäfte im Namen der zu gründenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung abschließt, **haften** ihre Gesellschafter für die eingegangenen Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner nach § 1199 ABGB (2 Ob 2254/96a).

III. Vorgesellschaft

A. Rechtsnatur

E 6. a) Die Vorgesellschaft ist die werdende Gesellschaft mbH im Zeitraum **zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrags und Eintragung im Firmenbuch**.

b) Sie ist – als Gründergemeinschaft – eine **Gesellschaft sui generis** (1 Ob 188/98y; idS auch 8 Ob 100/12g).

E 7. a) 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.

b) Der Gesetzgeber sieht eine **Eintragung der Vorgesellschaft im Firmenbuch nicht vor** (6 Ob 97/12a).

E 8. a) Nach § 2 GmbHG entsteht die GmbH „als solche“ erst mit ihrer Eintragung in das Firmenbuch. Die Vorgesellschaft, die mit dem Zeitpunkt ihrer Errichtung durch notarielle Feststellung der Satzung im Gesellschaftsvertrag beginnt und mit der Eintragung in das Firmenbuch als dem Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft als juristische Person in diese übergeht, ist eine notwendige Vorstufe der GmbH, der **Gesetzgeber** hat jedoch – von rudimentären Regelungen abgesehen – **zentrale Fragen offengelassen**.

b) In der jüngeren Lehre sowohl in Österreich als auch in Deutschland hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass die Vorgesellschaft eine **Gesellschaft eigener Art** ist, die sich nicht dem Recht eines der gesetzlich geregelten Gesellschaftstypen zuordnen lässt, sondern als Organisation zu qualifizieren ist, die einem **Sonderrecht** untersteht, das aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH besteht, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt (6 Ob 570/94).

E 9. Nach herrschender Auffassung entsteht mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags in der gesetzlichen Form eines **Notariatsakts** eine **teilrechtsfähige** (so auch 1 Ob 188/98y; 1 Ob 70/99x; OLG Wien GES 2005, 114; abweichend lediglich 8 Obs 49/00i [iZm dem Anspruch auf Zuerkennung von Insolvenz-Ausfallgeld nach dem IESG]) Vorgesellschaft, auf die insbesondere die Regelungen des § 2 GmbHG über Handelndenhaftung und Schuldübernahme anzuwenden sind (8 Ob 100/12g).

E 10. Auf die Vorgesellschaft ist grundsätzlich **GmbH-Recht anzuwenden**, so weit es nicht die Eintragung der Gesellschaft voraussetzt oder nicht spezielle Gründungsvorschriften eingreifen (OLG Wien NZ 2002, 283).

E 11. Die Befolgung der Offenlegungspflichten setzt eine Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch voraus, sodass zwangsläufig eine Vorgesellschaft **nicht offenlegungspflichtig** ist (OLG Innsbruck GES 2011, 445).

E 12. Nach der jüngeren Rechtsprechung des OGH handelt es sich bei der Vorgesellschaft um eine Gesellschaft eigener Art, auf die im Wesentlichen die Vorschriften über die einzutragende Kapitalgesellschaft anzuwenden sind. Dieser Vorgesellschaft kann daher auch **Dienstgebereigenschaft iSd § 35 ASVG** zukommen (VwGH 2003/08/0016).

E 13. Die Vorgesellschaft verfügt bereits über eine eigene Firma oder doch jedenfalls über einen **eigenen Namen**, ist **konto- und grundbuchfähig**, nach der im Schriftum herrschenden Auffassung auch **wechsel- und scheckfähig** (BGH ZIP 1992, 689).

E 14. Eine Vor-GmbH kann persönlich haftende **Gesellschafterin** einer Kommanditgesellschaft sein (BGH ZIP 1981, 394).

E 15. **Unterbleibt die Anmeldung** einer Kapitalgesellschaft zur Eintragung in das Firmenbuch entweder überhaupt oder wird nur ein mangelhaftes Eintragsansuchen bei Gericht gestellt, steht somit fest, dass es endgültig zu keiner Firmenbucheintragung der GmbH kommt, wird die Vorgesellschaft, die ihren Betrieb fortführt, zur sogenannten „**unechten Vorgesellschaft**“, welche als **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** anzusehen ist (9 Ob 198/99 d).

B. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter

E 16. a) Im Innenverhältnis entstehen durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages zwischen den Gründern besondere **Schutz- und Treuepflichten**, deren Verletzung zum Schadenersatz verpflichtet.

b) Die **wesentlichste Gründerpflicht** ist die Mitwirkung bei den zur Entstehung der GmbH erforderlichen Handlungen. Die Gründer sind daher vor allem zur Erbringung der vor der Anmeldung der Gesellschaft zu leistenden **Einlagen** an die Vorgesellschaft zu Handen ihrer Geschäftsführer verpflichtet und müssen an der Vollendung der juristischen Person durch **Beseitigung etwaiger Eintragshindernisse** mitwirken.

c) Dieser **Anspruch auf Mitwirkung** beruht auf dem **Gesellschaftsvertrag** und steht den Gründern **untereinander** zu (6 Ob 570/94).

E 17. Bei der **Verletzung dieser Verpflichtung** greift bereits die **Beweislastumkehr** des § 1298 ABGB (5 Ob 74/05a).

E 18. Auch auf die Vorgesellschaft sind die im Vertrag festgelegten Grundsätze, besonders über die **Gewinnanteile**, anzuwenden (1 Ob 547/52; s auch 2 Ob 321/56).

E 19. Die **Willensbildung der Gesellschaft** richtet sich schon im Gründungsstadium nach den §§ 34ff GmbHG (OLG Wien NZ 2002, 283).

E 20. a) Für die Rechtsbeziehungen zwischen den Gründern und die Änderung des Gesellschaftsvertrages gilt bis zur Eintragung jedenfalls das **Einstimmigkeitsprinzip**.

b) **Ausscheiden** und **Neuaufnahme von Gesellschaftern** einschließlich eines **Gesellschafterwechsels** stellt eine Vertragsänderung dar und erfordert daher eine Änderung des Gesellschaftsvertrages in der gesetzlich vorgesehenen Form (6 Ob 570/94; idS auch 5 Ob 337/68. Für das Erfordernis eines Notariatsaktes bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages im Gründungsstadium: 2 Ob 493/57).

E 21. Die **Abtretung künftig entstehender Geschäftsanteile** einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist schon im Gründungsstadium mit Wirkung frühestens ab Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch möglich. Die Abtretung muss aber in der Satzung erlaubt sein und bedarf der Form eines Notariatsaktes. Eine sofort und vor der Eintragung der Gesellschaft wirksame Abtretung setzt eine einstimmige Satzungsänderung voraus. Ob das eine oder das andere von den Parteien des Abtretungsvertrages beabsichtigt war, ist nach den Regeln über die Vertragsauslegung zu erforschen (RIS-Justiz RS0109197).

E 22. Eine Vor-Gesellschaft (hier: Vor-AG) kann durch **Kündigung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund** aufgelöst werden (BGH BGHZ 169, 270).

C. Organisation

E 23. Die Vorgesellschaft kann **nur durch die zur Vertretung berufenen Organe vertreten und verpflichtet werden** (6 Ob 189/01i).

E 24. Schon für die Vorgesellschaft wird in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass sie **durch die Geschäftsführer vertreten wird** (2 Ob 65/08k).

E 25. a) Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung **muss bereits die Vorgesellschaft** nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags **einen oder mehrere Geschäftsführer haben** (vgl auch 2 Ob 65/08k). 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.

b) Die Geschäftsführer der Vorgesellschaft sind nach herrschender Ansicht **nicht etwa Ermächtigungstreuhänder** der Gründer, sondern **Organe** der Vorgesellschaft.

c) 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, insbesondere die Einbringung ganzer Betriebe, erstreckt sich die Geschäftsführungsbefugnis auch auf die ordnungsgemäße Verwaltung der eingebrachten Sachen und die Weiterführung der Betriebe (6 Ob 97/12a; anders noch die ältere Rechtsprechung, wonach die Geschäftsführer generell nur zur Vornahme solcher Geschäfte befugt sein sollten, die zur Entstehung der Gesellschaft notwendig sind; vgl etwa 1 Ob 312/75 und 3 Ob 7/58; EvBl 1961/25).

E 26. Zur Abgabe verbindlicher rechtsgeschäftlicher Erklärungen für die GmbH waren die beiden Geschäftsführer bereits berechtigt, seit ihre **Bestellung durch Beschluss der Gesellschafter** erfolgt war. Damit war ihnen die körperschaftsrechtliche Funktion als vertretungsbefugte Organe der Gesellschaft verliehen. Der Beginn ihrer Vertretungsbefugnis war von der Eintragung in das Firmenbuch unabhängig (HS 11.394).

E 27. Nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages und vor Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch können **weitere Geschäftsführer** durch Gesellschafterbeschluss bestellt werden (OLG Wien NZ 2002, 283).

E 28. Die **Eintragung** des Beginns der Vertretungsbefugnis von Geschäftsführern der Vorgesellschaft für einen vor der Eintragung der Gesellschaft in das **Firmenbuch** liegenden Zeitraum ist **nicht zulässig** (6 Ob 97/12a).

E 29. a) Es trifft zwar zu, dass das Gesetz keine Pflicht enthält, den **Aufsichtsrat** schon vor der Eintragung zu bestellen; diese Pflicht kann sich jedoch aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben.

b) Die im Gesellschaftsvertrag niedergelegte **Aufsichtsratspflicht** einer GmbH („die Gesellschaft hat einen Aufsichtsrat, . . .“) macht das Vorhandensein eines Aufsichtsrats zur Gründungsvoraussetzung. Ist zum Zeitpunkt der Anmeldung kein Aufsichtsrat vorhanden, kann die Gesellschaft nicht eingetragen werden (OLG Linz NZ 1989, 18).

D. Haftungsfragen

1. Haftung der Vorgesellschaft

E 30. Die Vorgesellschaft kann selbst am Rechtsverkehr teilnehmen, also eigene Willenserklärungen abgeben. Die **Vorgesellschaft haftet** demnach als Vertragspartnerin für Erklärungen, die vertretungsbefugte „Geschäftsführer“ in ihrem Namen abgeben, und überdies nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen, wenn selbst unbefugtes Erklärungsverhalten der Geschäftsführung von den Gesellschaftern geduldet wird (1 Ob 188/98y).

2. Haftung der Gründer

E 31. Die **Gründerhaftung** ist dogmatisch streng von der Handelndenhaftung zu trennen, da sie auf anderen Rechtsgrundlagen beruht (6 Ob 659/85).

3. Handelndenhaftung

E 32. Bei der Bestimmung des die Handelndenhaftung regelnden § 2 Abs 1 Satz 2 GmbHG handelt es sich vor allem um eine **Schutzbestimmung** zugunsten des Dritten, der im Vertrauen auf die Existenz der Gesellschaft abgeschlossen hat und dem durch diese Vorschrift ein Vertragspartner geschaffen werden soll, aber auch um einen Schutz für die zu gründende Gesellschaft selbst (RIS-Justiz RS0059609).

E 33. Nach neuerer Auffassung ist es **unerheblich, ob im Namen der Vorgesellschaft oder der künftigen Gesellschaft gehandelt wird**; in beiden Fällen liegt Handeln „im Namen der Gesellschaft“ iSd § 2 GmbHG vor (4 Ob 289/

98y und nunmehr auch 3 Ob 247/16v [iZm Privatstiftung und Vorstiftung]; ausschließlich auf Handeln im Namen der noch nicht eingetragenen Gesellschaft abstellend: 9 ObA 219/94; auf Handeln im Namen der Vorgesellschaft: 6 Ob 185/97t; ecolex 1991, 251).

E 34. Voraussetzung ist immer, dass der Handelnde **nicht im eigenen Namen auftritt**. Handelt er im eigenen Namen, so ist § 2 GmbHG nicht anwendbar (4 Ob 289/98y; idS auch SZ 64/4; ecolex 1998, 138).

E 35. Als **Handelnde** kommen **nur Organe der Vorgesellschaft** oder diejenigen Personen in Betracht, die im Geschäftsverkehr nach außen wie Geschäftsführer namens der Vorgesellschaft tätig werden (6 Ob 185/97t; so auch 1 Ob 625/90; weitergehend demgegenüber die ältere Rechtsprechung, vgl. etwa 3 Ob 7/58 und 1 Ob 312/75).

E 36. Nach der neuen Rechtslage kommt es **nicht** mehr darauf an, **ob der Dritte wußte oder wissen musste**, dass die Gesellschaft noch nicht eingetragen war (RIS-Justiz RS0059435).

E 37. a) Die Haftung der Handelnden findet in § 2 Abs 1 GmbHG ihre abschließende Regelung. Diese Bestimmung bietet keine Grundlage für die Annahme einer Haftungsbeschränkung. Die Handelnden haften nach dieser Norm **vielmehr unbeschränkt** für die Verpflichtungen, die aus einem Handeln namens der Gesellschaft vor ihrer Registrierung entstehen.

b) Der Handelnde haftet nach neuer Rechtslage so, wie die Vorgesellschaft und später auch die eingetragene Gesellschaft mbH haften würde, nämlich primär auf **Erfüllung** (6 Ob 659/85).

E 38. Für den Handelnden gilt dieselbe **Verjährungsfrist** wie für die Gesellschaft (BGH BGHZ 69, 95).

E 39. Bei einer **Schuldübernahme** gem § 2 Abs 2 GmbH tritt eine **Haftungsbefreiung** des vor der Eintragung für die Gesellschaft Handelnden ein (RIS-Justiz RS0059604).

E 40. Gemäß § 2 Abs 2 GmbHG bedarf es, wenn die Gesellschaft eine vor ihrer Eintragung in ihrem Namen eingegangene Verpflichtung durch Vertrag mit dem Schuldner in der Weise übernimmt, dass sie an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, zur Wirksamkeit der Schuldübernahme der Zustimmung des Gläubigers nicht, wenn die Schuldübernahme binnen drei Monaten nach der Eintragung der Gesellschaft vereinbart und dem Gläubiger von der Gesellschaft oder dem Schuldner mitgeteilt wird (2 Ob 575/87).

E 41. Sowohl die „**Schuldübernahme**“ als auch die Verständigung des anderen Vertragsteiles kann **konkludent** erfolgen (vgl. auch RdW 1986, 305; WBl 1989, 28). **Bloße Untätigkeit** der Gesellschaft reicht allerdings **nicht** aus, sondern nur die ausdrückliche oder schlüssige, in jedem Fall aber vom Geschäftspartner nachzuweisende Genehmigung iSd § 1016 ABGB der in das Firmenbuch eingetragenen Gesellschaft (1 Ob 616/94).

§ 3 GmbHG

[Eintragungsvoraussetzungen]

§ 3.^{1,8)} (1) Die Eintragung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in das Firmenbuch hat zur Voraussetzung:

1. den Abschluß des Gesellschaftsvertrages;²⁾
2. die Bestellung der Geschäftsführer (des Vorstandes).^{3,4)}

(2) Wird die Gesellschaft nur durch eine Person errichtet, so wird der Gesellschaftsvertrag durch die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft ersetzt. Auf diese Erklärung sind die Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag sinngemäß anzuwenden.^{5,6,7)}

IdF BGBI 1996/304.

Literatur: *Hahn*, Der Vorvertrag zur Errichtung einer Gesellschaft mbH, NZ 1955, 116; *Graschopf*, Die Gesellschaft mbH in Urkunden und Schriftsätze (1956); *Kasper*, Bedeutung der Gewerbeberechtigung bei der Firmenprotokollierung, JBL 1966, 18; *Ostheim*, Zur Auslegung des Gesellschaftsvertrages bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in FS Demelius (1973) 381; *Ostheim*, Probleme der personalistischen GmbH, GesRZ 1974, 70; *Schummer*, Gedanken zur Bestellung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag, GesRZ 1994, 124; *Grunewald*, Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, ZGR 1995, 68; *G. H. Roth*, Gründungsprobleme bei der Einmann-GmbH, JBL 1995, 142; *Umfahrer*, Formfragen bei der Abänderung des GmbH-Vertrages, ecolex 1996, 99; *Karollus/Geist*, Aufgriffs- oder Andienungsrecht? Zur Auslegung einer mehrdeutigen Regelung in einem GmbH-Vertrag, NZ 1997, 1; *Koppensteiner*, Zur Neuregelung der Einmann-GmbH in Österreich, in FS Claussen (1997) 213; *H. Torggler/Sedlacek*, Die Rechtsanwalts-GmbH, AnwBl 1999, 500; *Achatz-Kandut*, Ablauf der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, RFG 2003/22, 87; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009); *Koppensteiner*, Über Grenzen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis von GmbH und O(H)G, GesRZ 2009, 197; *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragserrichters, GES 2010, 158; *Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010, 249; *Karollus*, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, RdM 2011, 194; *Schmidberger*, Gestaltung von GmbH-Verträgen (2011); *U. Torggler*, Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen, in FS Aicher (2012) 781; *Auer*, Sind Personen- und Kapitalgesellschaften „erlaubte Körper“ iSv §§ 1472, 1485 ABGB? JBL 2015, 477.

Anmerkungen:

- 1) **Deutsches GmbH-Recht:** vgl § 2 dGmbHG.
- 2) Zur Formpflicht s bei § 4 GmbHG.
- 3) Siehe dazu auch § 15.
- 4) Mitunter bezeichnet das GmbHG die Geschäftsführer als **Vorstand**, so etwa auch in der Überschrift des ersten Titels seines zweiten Abschnitts. Diese Be-

zeichnung ist jedoch – insbesondere rücksichtlich der in mancherlei Hinsicht unterschiedlichen Rechtsstellung des AG-Vorstandes – irreführend und sollte daher in praxi vermieden werden (s dazu auch Anm 3 zu § 15).

- 5)** Der in Umsetzung der Einpersonen-Gesellschafts-RL (89/667/EWG) durch das EU-GesRÄG (BGBl 1996/304) eingeführte Abs 2 trägt der Besonderheit der **Errichtung einer GmbH durch eine einzige Person** Rechnung. Zwar könnte der Begriff Gesellschaftsvertrag auch so interpretiert werden, dass er auch das einseitige Gründungsgeschäft, den einseitigen Willensakt umfaßt, doch erschien es sinnvoll, eine ausdrückliche Regelung zur Klarstellung zu schaffen (vgl ErläutRV 32 BlgNR XX. GP 106).
- 6)** Mitunter stehen der grundsätzlichen Möglichkeit einer Einpersonengründung **berufsrechtliche Vorschriften** entgegen; vgl etwa § 52a Abs 1 ÄrzteG und § 26 Abs 1 ZÄG.
- 7)** Wenngleich Abs 2 ausweislich der Materialien klarstellen soll, dass alle Vorschriften, die sich auf den Gesellschaftsvertrag beziehen, auch für die Erklärung über die Errichtung einer Gesellschaft gelten (vgl ErläutRV 32 BlgNR XX. GP 106), ist doch zu beachten, dass die **Errichtungserklärung** einer Einpersonen-Gesellschaft **bei Anwendung des vereinfachten Gründungsverfahrens** des § 9a GmbHG – abweichend von § 4 Abs 3 GmbHG – **nicht der Form eines Notariatsaktes** bedarf; vgl § 9a Abs 4 GmbHG.
- 8)** Eine **ausführliche Darstellung des Gründungsablaufs** einer GmbH findet sich bei *Feltl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg)*, GmbHG § 3 Rz 13.

Entscheidungen:

Übersicht

- I. Der Gesellschaftsvertrag (E 1–28)
 - A. Rechtsnatur (E 1–3)
 - B. Treuepflicht (E 4–15)
 - C. Auslegung (E 16–21)
 - D. Mängel (E 22–28)
- II. Bestellung der Geschäftsführer (E 29)

I. Der Gesellschaftsvertrag

A. Rechtsnatur

- E 1.** a) Gesellschaftsverträge sind **entgeltfremde Dauerschuldverhältnisse organisatorischen Natur** (6 Ob 18/17s).
- b) Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags ist dann **unternehmensbezogen**, wenn er von einem Unternehmer im Rahmen seines Unternehmensbetriebs oder von einem Formunternehmer vorgenommen wird. Der Gesellschaftsvertrag ist demnach dann ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft, wenn er für zumindest einen Gesellschafter zum Betrieb seines Unternehmens gehört (6 Ob 219/20d).
- E 2.** Gesellschaftsverträge sind entgeltfremde Geschäfte. Eine Zerlegung des Gesellschaftsvertrages in **entgeltliche** und **unentgeltliche Bestandteile** kommt als mit seinem Wesen unvereinbar **nicht** in Betracht (RIS-Justiz RS0018060).

E 3. Ein Gesellschaftsvertrag kann auch dann nicht als unentgeltlicher Vertrag bezeichnet werden, wenn einzelne seiner Vertragsklauseln einem einzelnen Gesellschafter zugutekommen (2 Ob 547/49).

B. Treuepflicht

E 4. Der Gesellschaftsvertrag führt zu einer **engen persönlichen Verbundenheit der Beteiligten**. Die durch die Gesellschaft begründete Rechtsgemeinschaft beruht auf einem wechselseitigen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter. Sie wird von einer Treuepflicht beherrscht, die auf den **Grundsätzen des redlichen Verkehrs** und auf **Treu und Glauben** beruht (RIS-Justiz RS0061585).

E 5. Die **Satzung** ist **nicht alleinige Quelle** von Treuepflichtsinhalten, sondern bloßer Geltungsgrund der Treuepflicht, was sich schon darin deutlich zeigt, dass die Treuepflicht maßgeblich von der **Realstruktur** der **Gesellschaft** abhängig ist und auch auf Interessen von Mitgesellschaftern Rücksicht zu nehmen ist, die sich nicht unmittelbar aus der Satzung ergeben (6 Ob 140/20m).

E 6. Aus der Treuepflicht ergibt sich positiv die Pflicht, die **Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen**, und negativ die Pflicht, **alles zu unterlassen, was dieses Interesse schädigt** (RIS-Justiz RS0061582).

E 7. Pflicht, an der **Erreichung des Gesellschaftszweckes** mitzuwirken (6 Ob 770/83).

E 8. Der allgemeine Treugedanke beherrscht nicht nur die Beziehungen des Gesellschafters zur Gesellschaft, sondern **auch die Beziehungen der Gesellschafter untereinander**; er fordert, dass jeder Gesellschafter auf die Interessen der anderen möglichst Rücksicht nimmt (HS XIV/XV/2).

E 9. a) Ob die gesellschaftliche Treuepflicht eine **bestimmte Handlungsweise** gebietet, kann im Einzelfall nur aufgrund einer **Interessensabwägung** ermittelt werden (6 Ob 26/97k).

b) Hier: GmbH in **Liquidation**.

c) Aus der – im **Liquidationsstadium** der Gesellschaft **abgeschwächten** – allgemeinen Treuepflicht unter Gesellschaftern ist nicht abzuleiten, diese müssten im Interesse der übrigen Gesellschafter besondere Sorgfalt und Rücksichtnahme bei der Verfolgung ihres Anteils am Liquidationserlös walten lassen (6 Ob 190/08 x).

E 10. Ob ein bestimmtes Verhalten eines Gesellschafters gegen seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft oder Mitgesellschaftern verstößt, hängt von den **besonderen Umständen des Einzelfalls** ab (2 Ob 209/10i).

E 11. Die Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern können mittels eines unilateralen **Syndikatsvertrags konkretisiert** werden (6 Ob 140/20m).

E 12. Es **verstößt** zwar gegen die gesellschaftliche Treuepflicht, wenn ein Gesellschafter – selbst erweislich wahre – **kreditschädigende Äußerungen über die Gesellschaft oder Mitgesellschafter** gegenüber Dritten macht. Wenn diese Äußerungen aber notwendiger Bestandteil einer Schadenersatzklage des Gesellschafters unter anderem gegen die Gesellschaft sind, dann ist dem Gesellschafter

keine Verletzung der Treuepflicht anzulasten, weil andernfalls der Schadeneratzanspruch nicht durchsetzbar wäre (6 Ob 215/16k).

E 13. Die auf den Grundsätzen des redlichen Verkehrs und auf Treu und Glauben beruhende gesellschaftliche Treuepflicht **gebietet es nicht, die Interessen der Gesellschaft stets über jene des Gesellschafters zu stellen**. So können sogenannte „eigennützige“ Rechte des Gesellschafters, die primär seinen Interessen dienen, im Einzelfall auch gegen die Interessen der Gesellschaft ausgeübt werden. Zu diesen Rechten gehört auch das Recht auf Kündigung bzw Auflösung und Liquidation zum Zwecke der Befreiung von der Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten und Erhalt des vollen Anteils am Liquidationserlös (RIS-Justiz RS0107912).

E 14. Die Treuepflicht gebietet es einem Gesellschafter einer GmbH grundsätzlich nicht (sofern nicht gesellschaftsvertragliche Bestimmungen entgegenstehen), immer schon dann **gegen die Ausschüttung des Bilanzgewinnes zu stimmen**, wenn die Thesaurierung für die Gesellschaft günstiger als die Ausschüttung ist. Für die Ausschüttung des Bilanzgewinnes zu stimmen kann jedoch im jeweils zu prüfenden Einzelfall dann treuwidrig sein, wenn die Interessen der Gesellschaft an der Thesaurierung die Interessen des Gesellschafters an der Ausschüttung massiv überwiegen oder wenn der Gesellschafter vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 82 Abs 5 GmbHG weiß (6 Ob 100/12t).

E 15. Bei „eigennützigen“ **Mitgliedschaftsrechten** können Einschränkungen durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden (6 Ob 169/16w).

C. Auslegung

E 16. a) Die Frage, ob GmbH-Gesellschaftsverträge objektiv auszulegen sind oder die wahre Parteiabsicht der Gründungsgesellschafter zu ermitteln ist, hat der OGH in seiner Entscheidung SZ 70/242 unter Darstellung der bislang zum Teil widersprüchlichen Rechtsprechung und des deutschen und österreichischen Schrifttums dahingehend beantwortet, dass **die als Satzung im materiellen Sinn zu qualifizierenden kooperativen Regelungen nach deren Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang objektiv zu interpretieren sind**.

b) Unter **kooperativen Regelungen** sind jedenfalls solche zu verstehen, die nicht nur für derzeitige, sondern auch für künftige Gesellschafter und Dritte von Bedeutung sind, also der Komplex der Gesellschaftsorganisation als Verbandsverfassung. Dieser Leitentscheidung ist der OGH inzwischen in zahlreichen weiteren Entscheidungen gefolgt (RIS-Justiz RS0108891).

c) Die hiemit zum Teil **im Widerspruch stehenden Entscheidungen und Lehrmeinungen**, auf die sich die Revisionswerberinnen berufen, sind durch die aktuelle Rechtsprechung des OGH **überholt** (6 Ob 231/05 x).

E 17. a) Nach ständiger Rechtsprechung sind korporative Satzungsbestandteile objektiv nach ihrem Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang auszulegen.

§ 3 GmbHG

- b) Eine solche **objektive Auslegung** hat **auch dann** zu erfolgen, wenn an dem Rechtsstreit nur die **Gründungsgesellschafter** oder die Gesellschafter, die die Satzung änderten, beteiligt sind, und zwar **unabhängig** davon, ob die Gesellschaft **personalistisch oder kapitalistisch strukturiert** ist.
- c) Unklare und eine mehrfache Deutung zulassende Bestimmungen sind stets in **vernünftiger und billiger Weise** so auszulegen, dass ihre Anwendung im **Einzelfall brauchbare und vernünftige Ergebnisse** zeitigt (6 Ob 233/12a RIS-Justiz RS0108891). Es kommt nicht auf den subjektiven Willen an, sondern ist nur der einer objektiven Auslegung zugängliche Wortlaut entscheidend (RIS-Justiz RS0108891); die Auslegung erfolgt daher anhand §§ 6 und 7 ABGB (RIS-Justiz RS0108891).
- d) Allerdings kann eine objektive Auslegung **durchaus auch berücksichtigen, welches Interesse** mit einer Regelung verfolgt wird (vgl RIS-Justiz RS0008813 zu Vereinsstatuten; RIS-Justiz RS0008828 zu Kollektivverträgen).
- e) Der objektiven Auslegung korporativer Regelungen eines Gesellschaftsvertrags kommt nach ständiger Rechtsprechung **keine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung** zu (6 Ob 57/19d; vgl auch RIS-Justiz RS0108891).

E 18. Wird ein **Kernbereich der gewillkürten korporativen Gesamtverfassung** der Gesellschaft, der einen sachlich abgrenzbaren Bereich des Gesellschaftsvertrages vollständig regelt, **durch eine spätere lex generalis** umfassend und daher auch abschließend **neu geordnet**, ist eine dieser Änderung inhaltlich widersprechende lex specialis im Zweifel nicht mehr weiter anwendbar (hier bezogen auf die Mehrheitserfordernisse für Beschlüsse der Generalversammlung; RIS-Justiz RS0108891).

E 19. Im Zweifel ist jener Auslegung der Vorzug zu geben, die eine **wirksame und sinnvolle Anwendung der strittigen Bestimmung** ermöglicht (RIS-Justiz RS0017787); undeutliche Vertragsbestimmungen sind nach Möglichkeit so auszulegen, dass sie **keinen Widerspruch** enthalten und **wirksam** sind (6 Ob 231/05 x; s dazu auch RIS-Justiz RS0017767).

E 20. Wird der Gesellschaftsvertrag **in mehreren Sprachen** ausgefertigt, so ist jede Ausfertigung gleich authentisch (NZ 1917, 243).

E 21. a) Der Gesellschaftsvertrag unterliegt der **freien Auslegung durch das Revisionsgericht**, soweit er körperschaftsrechtliche Fragen regelt (BGH BGHZ 14, 25);

b) jedoch **nicht**, soweit er **Bestimmungen individualrechtlichen Inhalts** (hier: Pensionszusage für Witwen der Geschäftsführer) enthält (BGH LM ZPO § 549/25).

D. Mängel

E 22. Ist der Gesellschaftsvertrag zur Gründung einer GmbH **inhaltlich unverständlich**, dann ist dem Eintragungserfordernis des § 3 Abs 1 Z 1 nicht entsprochen (JBl 1970, 317).

E 23. Das Gericht hat bei der Anmeldung einer Firma nicht zu prüfen, ob der angemeldete Gewerbebetrieb und die in dessen Rahmen getätigten Geschäfte den Bestimmungen der **GewO** entsprechen (RIS-Justiz RS0061524).

E 24. a) Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist **bereits durch ihre Eintragung im Firmenbuch existent** geworden, auch wenn später mit Urteil ausgesprochen wird, dass der Gesellschaftsvertrag mit Rechtskraft des Urteiles (ex nunc) nichtig sei.

b) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann daher **nicht sofort im Firmenbuch gelöscht werden**, sondern ist aufzulösen und zu liquidieren (NZ 1959,107; s auch 6 Ob 38/98a).

E 25. Die **mangelnde Geschäftsfähigkeit** oder die **fehlende Vollmacht** eines Vertreters kann auch noch nach Eintragung in das Firmenbuch geltend gemacht werden (1 Ob 166/04z [zur Privatstiftung]).

E 26. **Nachträgliche Genehmigung** saniert das ursprüngliche Fehlen der Gestattung durch den Vertretenen (OLG Wien NZ 1994, 217).

E 27. **Mängel des Gesellschaftsvertrages** können regelmäßig nur für die Zukunft, somit mit **Wirkung ex nunc**, geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0018376).

E 28. Die Gesellschafter einer GmbH, die den Abschluss des Gesellschaftsvertrages wegen **List** oder **Irreführung** anfechten wollen, haben auf diesen Anspruch auf Auflösung des Gesellschaftsvertrages ex tunc dadurch verzichtet, dass sie einer einvernehmlichen Auflösung ohne ausdrücklichen Vorbehalt ex nunc zugestimmt haben. Unabhängig davon können sie aber eine angemessene Vergütung gemäß § 872 ABGB verlangen (HS 2262/136).

II. Bestellung der Geschäftsführer

E 29. Die Bestellung eines **Geschäftsführers** für eine GmbH ist gem §§ 3 Abs 1 und 15 Abs 1 GmbHG **verpflichtend** (LVwG Salzburg 405 – 7/78/1/30-2016).

[Inhalt und Form des Gesellschaftsvertrages]

§ 4.¹⁾ (1) Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen:

1. die **Firma und den Sitz der Gesellschaft**,²⁾
2. den **Gegenstand des Unternehmens**,
3. die **Höhe des Stammkapitals**,³⁾
4. den **Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage)**^{3),4)}

(2) **Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen**,⁵⁾ dürfen im Gesellschaftsvertrage nicht getroffen werden und haben keine rechtliche Wirkung.⁶⁾

(3) Der **Gesellschaftsvertrag** bedarf der Form eines **Notariatsakts**,⁷⁾ wobei dieser auch elektronisch unter Nutzung einer elektronischen Kom-

munikationsmöglichkeit (§ 69b NO) errichtet werden kann. Die Unterzeichnung durch Bevollmächtigte setzt eine besondere, auf dieses einzelne Geschäft ausgestellte beglaubigte Vollmacht voraus, die dem Vertrage anzuschließen ist.

IdF BGBI I 2018/71.

Literatur: *Kostner*, Der notwendige Inhalt eines Gesellschaftsvertrages über eine Gesellschaft m.b.H., NZ 1949, 44; *Wildmoser*, Notwendige Bestimmungen des Vertrages über eine Gesellschaft m.b.H., NZ 1949, 93; *Wünsch*, Zur Aufrechnung von Forderungen zwischen der GmbH und ihrem Gesellschafter, in *FS Kastner* (1972) 525; *Schauer*, Die Distanzgründung der GmbH, NZ 1984, 53; *Arnold*, Satzungsmäßiger Unternehmensgegenstand und Gewerbeberechtigung, *GesRZ* 1991, 18; *M. Auer*, Existenz, Gründung und Verwendung von Mantelgesellschaften, *wbl* 2001, 245; *Gruber*, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001); *C. Nowotny*, Zweck und Sinnhaftigkeit des Notariatsakts bei der GmbH-Gründung, *AnwBl* 2002, 255; *Harrer*, Gestaltungsspielräume im Gesellschaftsrecht, in *FS Sonnenberger* (2004) 235; *G. H. Roth/Fitz*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, *JBL* 2004, 205; *Straube*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, *Musterverträge*⁸ (2004); *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005); *Rüffler*, GmbH-Satzung und schuldrechtliche Nebenvereinbarungen, in *FS Koppensteiner* (2006) 97; *Fantur*, Die GmbH – Gestaltungsfragen aus der anwaltlichen Praxis, *GES* 2006, 335; *Schirmer/Uitz*, Syndikatsvertrag, *ecolex* 2007, 609; *Reiner*, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, *GesRZ* 2007, 151; *Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, *wbl* 2008, 353; *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, Schiedsvereinbarungen mit einem als Arbeitnehmer oder Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Geschäftsführer, *ecolex* 2008, 740; *Öhlberger*, Sind Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch möglich? *ecolex* 2008, 51; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009); *Koppensteiner*, Grenzen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis von GmbH und O(H)G, *GesRZ* 2009, 197; *Wenger*, Zu den Inhaltsanforderungen an die Spezialvollmacht für die Gründung einer GmbH, *RWZ* 2010, 109; *U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, *GesRZ* 2010, 185; *U. Torggler*, Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen, in *FS Aicher* (2012) 781; *Nueber*, Der Gesellschafter als Verbraucher im Schiedsverfahren, *AR* aktuell 2012, 20; *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Verbandsverfassung (2013); *Pitkowitz*, Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten – Alles klar? in *FS H. Torggler* (2013) 959; *Reich-Rohrwig*, Tücken gesellschaftsvertraglicher Schiedsklauseln, in *FS H. Torggler* (2013) 985; *Krejci*, Einmal hin, einmal her, rundherum, das ist sehr schwer: Zur GmbH-„Gegenreform“ 2014, *GES* 2014, 1; *Kerschbaumer-Gugu*, Rechtliche Analyse der vereinfachten Gründung nach § 9a GmbHG, NZ 2017, 281; *Rauter*, Die „vereinfachte Gründung“, *JAP* 2017, 105; *Entleitner*, Ausgewählte Beschränkungen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht, NZ 2018, 281; *Rauter*, Elektronische Kommunikation bei Errichtung einer GmbH, *JAP* 2018/2019, 106; *Stöger*, Elektronischer Notariatsakt und Territorialitätsprinzip, NZ 2019, 10.

Anmerkungen:

1) **Aktienrecht:** vgl §§ 16, 17 AktG; **deutsches GmbH-Recht:** vgl §§ 2, 3 dGmbHG.

2) Vgl § 5.

3) Vgl § 6.

4) Gewisse Bestimmungen müssen im Gesellschaftsvertrag getroffen werden, um eine genügende Grundlage für die GmbH zu bilden. Diese unentbehrlichen Bestimmungen sind in Abs 1 unter Z 1 bis 4 **taxativ** aufgezählt; denn durch den hier vorgegebenen Vertragsinhalt erscheinen Wesen und Zweck der Gesellschaft, ihre Kreditbasis und ihre Stellung im Wirtschaftsleben für den einzelnen Fall hinlänglich charakterisiert (vgl ErläutRV 236 BlgHH XVII. Session 56). Fehlt auch nur ein Teil dieses **obligatorischen Mindestinhalts** des Gesellschaftsvertrages, so ist die Eintragung im Firmenbuch (und zwar zur Gänze) zu versagen; zu den Rechtsfolgen einer insoweit zu Unrecht erfolgten Eintragung s bei Anm 6.

Darüberhinausgehende Regelungen können aufgenommen werden, sofern sie nicht gegen das Gesetz verstößen (vgl Abs 2). Im Bereich dieses **fakultativen Inhalts** ist weiter zu differenzieren, und zwar zwischen solchen Bestimmungen, die auf Grund besonderer gesetzlicher Anordnung im Gesellschaftsvertrag getroffen werden müssen, um überhaupt wirksam zu sein (vgl etwa §§ 6 Abs 4, 7 Abs 2, 8), und anderen, für die dies nicht gilt.

5) Die Regelung zielt ausweislich der Materialien auf **Verstöße gegen zwingendes Recht** ab (vgl ErläutRV 236 BlgHH XVII. Session 56).

6) Durch diese Norm soll jeder Zweifel beseitigt werden, dass die konstitutive Wirkung, die der Eintragung des Gesellschaftsvertrages und seiner Abänderung zukommt, zwar gesetzlich zulässige Regelungen erst zur rechtsgültigen Existenz bringt, **nicht jedoch unzulässigen Regelungen Rechtsgültigkeit verleiht** (vgl ErläutRV 236 BlgHH XVII. Session 56).

Die Wirkung ist eine doppelte: Zum einen wird das Firmenbuchgericht angewiesen, die Eintragung des Gesellschaftsvertrages (oder auch eine Abänderung desselben) zu versagen, wenn darin eine Bestimmung enthalten ist, die zwingendes Recht verletzt. **Sollte aber dennoch die Eintragung bewilligt werden sein**, so begründet die unzulässige Regelung des Gesellschaftsvertrages für die davon Betroffenen **keine Rechtsfolgen** (vgl ErläutRV 236 BlgHH XVII. Session 56).

Enthält der Gesellschaftsvertrag hingegen **keine Bestimmungen über die Firma der Gesellschaft, die Höhe des Stammkapitals oder den Gegenstand des Unternehmens**, und wurde dem Eintragungsbegehren dennoch – irrigerweise (vgl Anm 4) – stattgegeben, so hat das Firmenbuchgericht gem § 10 Abs 3 FBG iVm § 216 Abs 1 AktG von Amts wegen die Nichtigkeit der Gesellschaft einzutragen (wobei wohl auch eine Klage analog § 216 AktG in Betracht kommen wird). Gleches gilt für den Fall, dass der im Gesellschaftsvertrag umschriebene oder tatsächlich verfolgte **Gegenstand des Unternehmens rechtswidrig oder sittenwidrig** ist.

7) Das **Formerfordernis des Notariatsaktes** wurde vom historischen Gesetzgeber als unabdingbar erachtet, weil der Gesellschaftsvertrag der GmbH – anders als bei OG, KG und GesBR – nicht bloß die rechtliche Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses für die Gesellschafter untereinander bilde, sondern durch Festsetzung der Höhe des Stammkapitals und der einzelnen Stammeinlagen gleichzeitig die Kreditbasis der Gesellschaft verkörpere (vgl ErläutRV 236 BlgHH XVII. Session 56).

In der jüngeren Vergangenheit wurde die Notariatsaktspflicht jedoch, und dies mit Recht, **kontinuierlich gelockert**: So kann der Notariatsakt heute auch unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit erfolgen (vgl Abs 3) und im Fall einer vereinfachten Einpersonengründung nach § 9a überhaupt entfallen.

Entscheidungen:

Übersicht

- I. Der Gesellschaftsvertrag (E 1 – 46)
 - A. Notwendiger Inhalt (Abs 1) (E 1 – 16)
 - 1. Gegenstand des Unternehmens (Z 2) (E 1 – 11)
 - 2. Stammeinlagen (Z 4) (E 12 – 15)
 - 3. Sonstiges (E 16)
 - B. Fakultativer Inhalt (E 17 – 23)
 - 1. Allgemeines (E 17)
 - 2. Materielle (korporative) Satzungsbestandteile (E 18 – 21)
 - 3. Formelle Satzungsbestandteile (E 22 – 23)
 - C. Unzulässiger Inhalt (Abs 2) (E 24)
 - D. Formfragen (Abs 3) (E 25 – 38)
 - 1. Allgemeines (Satz 1) (E 25 – 31)
 - 2. Unterzeichnung durch Bevollmächtigte (Satz 2) und Treuhänder (E 32 – 38)
 - E. Mängel des Gesellschaftsvertrages (E 39 – 46)
 - 1. Formmängel (E 39 – 41)
 - 2. Inhaltsmängel (E 42 – 46)
- II. Nebenvereinbarungen (Syndikatsverträge) (E 47 – 51)

I. Der Gesellschaftsvertrag

A. Notwendiger Inhalt (Abs 1)

1. Gegenstand des Unternehmens (Z 2)

E 1. Der **Gesellschaftszweck** ist jenes gemeinsame Ziel, das die Gesellschafter gemeinsam erreichen wollen, während der **Unternehmensgegenstand** Bereich und Art der Tätigkeit umschreibt, mit der die Gesellschaft ihren Zweck verfolgt. Der Gesellschaftszweck ist gegenüber dem Unternehmensgegenstand der weitere Begriff (6 Ob 81/02h).

E 2. Der **Gegenstand des Unternehmens** ist das Mittel, mit dem die Gesellschaft im Einzelfall ihren Zweck zu erreichen versucht (OLG Linz HS 18.355 [zur Genossenschaft]; s auch NZ 1917, 15).

E 3. a) Zu einem **unerlaubten gesetzwidrigen Zweck** kann eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung aber nicht gegründet werden.

b) Zwar sind Zweck und Gegenstand des Unternehmens nicht identisch; der **Gesellschaftszweck** ist aber aus dem **Unternehmensgegenstand** abzuleiten (NZ 1981, 8).

E 4. Der **Unternehmenszweck** muss **individualisiert** sein; maW muss der Unternehmensgegenstand so konkret gefaßt sein, dass der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit klar zu erkennen ist (NZ 1981, 8).

E 5. Der Unternehmensgegenstand muss **zumindest gattungsmäßig bezeichnet** sein; völlig unbestimmte Angaben genügen nicht (NZ 1972, 222).

E 6. Unzureichende Angaben über den Unternehmensgegenstand:

- a) „Interventionen bei Versteigerungen und Konkursen“ (NZ 1917, 99);
- b) die Gesellschaft werde errichtet, um Gründe zu besitzen (ZBl 1917/32);
- c) „jegliche gesetzliche kaufmännische oder nicht-kaufmännische Erwerbs-, Verwaltungs- und Betriebstätigkeit“ (NZ 1972, 222);
- d) „Beteiligung an und Verwaltung von Gesellschaften aller Art“ (NZ 1981, 8).

E 7. a) Eine Umschreibung der beabsichtigten wesentlichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft durch **Zitierung der dafür in Betracht kommenden gewerbe rechtlichen Grundlagen** nach der Gewerbeordnung kann dem Erfordernis des § 4 GmbHG entsprechen.

b) Sachlich gerechtfertigte **Zweifel am Wahrheitsgehalt** des im Gesellschaftsvertrag festgelegten Unternehmensgegenstandes hat das Registergericht aufzufreien und den Geschäftsführer zur Beseitigung dieser Zweifel aufzufordern (RIS-Justiz RS0059773).

E 8. a) Die **Gründung von Vorratsgesellschaften (Mantelgründung)** ist zulässig, wenn die Bestimmung der Gesellschaft, als sogenannter Mantel für die spätere Aufnahme eines Geschäftsbetriebs zu dienen, bei der Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes deutlich klargestellt wird (sog **offene Vorratsgründung**). Ausreichend dafür ist die Angabe „Verwaltung des eigenen Vermögens“.

b) Eine wegen der Angabe eines unzutreffenden Unternehmensgegenstandes **unwirksame** sogenannte **verdeckte Vorratsgründung** liegt auch dann vor, wenn der angegebene Unternehmensgegenstand nicht in absehbarer Zeit verwirklicht werden soll (BGH ZIP 1992, 689).

E 9. Mantel- oder Vorratsgründungen sind nur dann zulässig, wenn dieser Zweck in der Satzung offengelegt wird. Bei **verdeckter Mantel- oder Vorratsgründung** ist ein Scheingeschäft bzw die Verletzung einer Verbotsnorm anzunehmen (OLG Wien NZ 2007, 18).

E 10. Ein **Mantelkauf** liegt ua auch dann vor, wenn die „alten“ Gesellschafter vor der Anteilsübertragung in Willensübereinstimmung mit den „neuen“ Gesellschaftern die wirtschaftlichen Strukturen verändern und erst anschließend eine Änderung der Gesellschafterstrukturen vorgenommen wird. Kein Mantelkauf wäre hingegen gegeben, wenn zuerst die „alten“ Gesellschafter – mit dem Ziel der besseren Verwertbarkeit der Körperschaft – eine Veränderung der wirt-

schaftlichen Strukturen vornehmen und sich erst dann auf die Suche nach Käufern ihrer Gesellschaftsanteile begeben (VwGH 2001/14/0135).

E 11. Bei einer Änderung der Gesellschafterstruktur auf Grund einer Erbschaft oder einer Schenkung, und zwar auch bei gleichzeitiger Änderung der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur, kann kein Mantelkauf vorliegen (VwGH 2005/13/0045).

2. Stammeinlagen (Z 4)

E 12. a) Die Stammeinlage ist jener Betrag, der von jedem Gesellschafter auf das **Stammkapital** der Gesellschaft zu leisten ist.

b) Das **Stammkapital** setzt sich aus den Stammeinlagen zusammen, deren Summe nicht hinter der Kapitalziffer zurückbleiben kann, wodurch sichergestellt wird, dass die Gesellschaft tatsächlich Vermögenswerte erwirbt, die dem mit dem Stammkapital angegebenen Betrag entsprechen. Bei der Stammeinlage handelt es sich daher um **Vermögen der Gesellschaft**. Die Gesellschafter können ihre Stammeinlage **nicht zurückfordern** (8 Ob 36/13 x).

E 13. Bei vollständiger Einzahlung der Stammeinlagen durch die Gesellschafter muss in der **Neufassung des Gesellschaftsvertrages** lediglich die Höhe des Stammkapitals aufgenommen werden, nicht aber die Namen der Gesellschafter und der von ihnen geleisteten Stammeinlagen (ÖBA 1960, 58).

E 14. a) Zwischen dem **Geschäftsanteil** als Summe der Anteilsrechte eines Gesellschafters und der **Stammeinlage**, die einerseits ein bestimmter Bruchteil des Stammkapitals, also eine rein rechnerische Größe, andererseits die diesem Bruchteil entsprechende Vermögensleistung des Gesellschafters ist, muss **streng unterschieden werden**.

b) Der **Wert des Geschäftsanteils** bestimmt sich daher nicht nach der Summe der Stammeinlage, sondern ist ständigen Veränderungen unterworfen. Sein Wert bestimmt sich somit nach dem bei einer Übertragung bzw einem exekutiven Verkauf erzielbaren Preis; er ist daher – insbesondere bei einer Einmann-Gesellschaft – vom tatsächlichen Wert des Gesellschaftsvermögens, also des gesamten von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens, abhängig (4 Ob 550/92).

E 15. Bei einem **Geschäftsanteil** handelt es sich um eine **Summe von Rechten und Pflichten** (3 Ob 108/95 mwN).

3. Sonstiges

E 16. Im Fall der **Überwälzung von Gründungskosten** durch die Gründer auf die Gesellschaft zulasten deren Vermögens hat § 7 Abs 2 **zusätzlich zu § 4 eszenziellen Charakter** (OLG Wien HS 9621).

B. Fakultativer Inhalt

1. Allgemeines

E 17. Der Gesellschaftsvertrag darf vom **GmbHG abweichen**, sofern die Grundprinzipien der GmbH nicht verletzt werden (OLG Innsbruck NZ 1969, 59).

2. Materielle (korporative) Satzungsbestandteile

E 18. Materielle (bzw korporative) Regelungen des Gesellschaftsvertrags sind solche, die **nicht nur für derzeitige, sondern auch für künftige Gesellschafter und Dritte von Bedeutung** sind, also der **Komplex der Gesellschaftsorganisation als Verbandsverfassung** (RIS-Justiz RS0108891).

E 19. Als materieller Satzungsbestandteil kann bspw etabliert werden:

- a) Die **Weisungsfreistellung** von Gesellschafter-Geschäftsführern (EvBl 1976/271);
- b) die **Einrichtung fakultativer Gesellschaftsorgane** (8 Ob 253/75 [Aufsichtsrat]; OLG Wien NZ 1983, 94 [Beirat]);
- c) Bestimmungen, die die **Kompetenzen von Organen der Gesellschaft verschieben** (3 Ob 59/07h; s auch OLG Wien NZ 1958, 11: Befugnis des Aufsichtsrats, Prokuristen zu bestellen);
- d) Regelungen betreffend die Stathaltigkeit der **Teilung und Übertragung von Geschäftsanteilen** (5 Ob 288/74);
- e) **Gewinnverwendungsvorschriften** (6 Ob 169/16w);
- f) Regelungen betreffend die **Mehrheitserfordernisse für Beschlüsse der Generalversammlung** (1 Ob 61/97w);
- g) von der gesetzlichen Regelung des **Stimmgewichts** abweichende Bestimmungen (6 Ob 202/10i);
- h) **Aufgriffsrechte** (RIS-Justiz RS0109698);
- i) die für den **Fall der Kündigung** etablierte Berechtigung eines Gesellschafters, den **Geschäftsanteil** des anderen um einen bestimmten Wert zu **übernehmen** (SZ 11/228);
- j) **Ausscheiden** eines Gesellschafters aus **wichtigem Grund** (OLG Wien NZ 2012, 285);
- k) Ausschluss eines Gesellschafters bei Vorliegen eines vertraglich vereinbarten Ausschlussgrundes durch Gesellschafterbeschluss **mit einfacher Stimmenmehrheit** (OLG Wien NZ 2012, 285);
- l) Vereinbarung des **Ausschlusses** eines Gesellschafters unter **Übertragung** seines **Geschäftsanteils** an andere Personen oder an die verbleibenden Gesellschafter, denen im Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht eingeräumt wurde (OLG Wien NZ 2012, 285);
- m) die Vereinbarung der **Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes** (6 Ob 145/06a; s auch RIS-Justiz RS0045318);
- n) die Vereinbarung eines **unentziehbaren Sonderrechts auf Geschäftsführung** (6 Ob 99/11v);
- o) eine Bestimmung, die mehrere mitberechtigte **Erben** zur **Nominierung eines gemeinsamen Vertreters** verpflichtet (3 Ob 570/54);
- p) eine Regelung, wonach ein Gesellschafter zum **Geschäftsführer** bestellt wird, der **nur aus wichtigen Gründen abberufen werden kann** und neben dem ohne

seine Zustimmung weitere **geschäftsführende Gesellschafter** oder **Prokuristen** nicht bestellt werden dürfen (1 Ob 141/66);

- q) die Vereinbarung von **Konventionalstrafen** (OLG Innsbruck NZ 1969, 59);
- r) einschränkende Vereinbarungen hinsichtlich der **Eigenschaften der Gesellschafter**, wonach zB nur Angehörige eines bestimmten Berufsstandes oder nur Familienmitglieder der Gründer zugelassen, oder sonstige Qualifikationserfordernisse festgelegt werden (OLG Wien NZ 1984, 85);
- s) die **Fixierung des Bilanzstichtages** und damit des **Geschäftsjahres** (6 Ob 193/97v; 6 Ob 184/05k).

E 20. a) **Schiedsvereinbarungen** sind als Prozesshandlungen (Prozessverträge) zu beurteilen. Zur **Auslegung** des Schiedsvertrags sind daher grundsätzlich die Vorschriften des Prozessrechts heranzuziehen, was aber nicht ausschließt, den von den Parteien mit der Schiedsgerichtsvereinbarung gemeinsam verfolgten Zweck, also die Parteiabsicht und die Grundsätze des redlichen Verkehrs, als Auslegungsmittel heranzuziehen (RIS-Justiz RS0045045; RIS-Justiz RS0018093).

b) **Welche Streitigkeiten** von der Schiedsvereinbarung **umfasst sind**, ist aufgrund ihres nach dem Parteienwillen auszulegenden Inhalts zu ermitteln (RIS-Justiz RS0018023). Der äußerste Wortsinn ist jedenfalls die Grenze für die Auslegung einer Schiedsgerichtsvereinbarung (RIS-Justiz RS0045066). Entscheidend für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist der Text der Schiedsvereinbarung mit Berücksichtigung vernünftiger und den Zweck der Vereinbarung favorisierender Auslegung (RIS-Justiz RS0044997). Lässt der Wortlaut der Erklärung zwei gleichwertige Auslegungsergebnisse zu, so gebürtigt jener Auslegung der Vorzug, die die Gültigkeit des Schiedsvertrags favorisiert (RIS-Justiz RS0044997).

- c) Schiedsklauseln sind **ausdehnend auszulegen** (RIS-Justiz RS0045337).
- d) Eine für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis getroffene Schiedsabrede gilt auch für **Streitigkeiten, die nach Aufhebung der Gesellschaft entstanden sind**, wenn sie mit dem Gesellschaftsverhältnis zusammenhängen (6 Ob 47/13 z; vgl. auch JBl 1930, 18).

E 21. § 617 ZPO ist auch auf Schiedsvereinbarungen für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten **anzuwenden** (6 Ob 43/13 m).

3. Formelle Satzungsbestandteile

E 22. Nicht alles, was im Gesellschaftsvertrag steht, ist echter Satzungsbestandteil. In den Gesellschaftsvertrag werden auch **Vereinbarungen** aufgenommen, die nicht das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft betreffen, und gar nicht in der Satzung enthalten sein müssten, um wirksam zu sein (BGH BGHZ 18, 205).

E 23. Als formeller Satzungsbestandteil gelten bspw:

- a) Regelungen zur **Bestellung** und zum **Gehalt eines Geschäftsführers** (BGH BGHZ 18, 205);
- b) **Syndikatsverträge** (RIS-Justiz RS0079236: Eine sinnvolle Ergänzung des Gesellschaftsvertrages, ohne jedoch unmittelbar in die gesellschaftliche Organisation einzugreifen).

C. Unzulässiger Inhalt (Abs 2)

E 24. Als unzulässig gelten bspw folgende Regelungen des Gesellschaftsvertrages:

- a) **Einschränkungen der Klagemöglichkeit nach § 41** (NZ 1917, 244);
- b) der **Verfall des Geschäftsanteiles bei Verletzung eines Wettbewerbsverbotes** ohne entsprechende Abgeltung (JBl 1958, 517);
- c) **Ausschluss bei gleichzeitigem Verlust aller Rechte** aus dem Geschäftsanteil (OLG Wien NZ 2012, 285);
- d) **Übernahme eines Geschäftsanteils** durch die **Gesellschaft selbst** (OLG Wien NZ 2012, 285);
- e) eine **Bezugspflicht** der bisherigen Gesellschafter bei **Erhöhung des Stammkapitals** (OLG Wien HS 18.310);
- f) der **Verzicht auf die Form des Notariatsaktes** bei Übertragung von Geschäftsanteilen (6 Ob 542/90);
- g) **Befreiung einzelner Gesellschafter** von der nach § 72 etablierten **Nachschriftpflicht** (AC 2604; AC 3005);
- h) eine von der Mitgliedschaft losgelöste Übertragung des Stimmrechts auf einen Dritten oder auf einen Mitgesellschafter (sog **Stimmrechtsabspaltung**; 6 Ob 202/10i);
- i) eine Satzungsbestimmung, wonach die Ausübung des Stimmrechts nur durch solche **Bevollmächtigte** gestattet ist, gegen die die **Generalversammlung keinen Einspruch erhebt** (ZBl 1916/441);
- j) die Regelung, dass **nur Gesellschafter bevollmächtigt** werden können (ZBl 1930/14);
- k) die Bestimmung, dass der **Bevollmächtigte**, wenn er nicht selbst Gesellschafter ist, dessen Ehegatte oder volljähriges Kind oder Geschäftsführer der Gesellschaft sein müsse (SZ 37/111);
- l) die Bestimmung, dass das **Stimmrecht eines (minderjährigen) Gesellschafters** so lange **auf den Mehrheitsgesellschafter übergehe**, solange die Stimmrechtsausübung der Mitwirkung eines Dritten (zB des Gerichts) unterliegt (OLG Innsbruck Rpfl 1990, 40);
- m) die Bestimmung, dass **über geschäftliche Meinungsverschiedenheiten** zwischen den Gesellschaftern **ein Schiedsgericht zu entscheiden hat** (AC 2877; NowakNF 1742; **anders jedoch** BGH BGHZ 43, 261: Der Gesellschaftsvertrag kann Befugnisse der Gesellschafterversammlung einem „Schiedsgericht“ übertragen, welches aber nicht nach den §§ 577ff ZPO tätig wird; seine – auch einstimmigen – Entscheidungen können wie Gesellschafterbeschlüsse angefochten werden);
- n) die **Herabsetzung** des durch § 25 normierten **Sorgfaltsmäßigstaben des Geschäftsführers** (OLG Wien NZ 1960, 13);
- o) eine Regelung, wonach die **Wahl des Ortes der Generalversammlung den Geschäftsführern überlassen** wird (NowakNF 1776); auch nicht einem Be-

schluss der Gesellschafter (SZ 10/200), es sei denn, dass sämtliche Gesellschafter zustimmen (OLG Linz NZ 1960, 94; OLG Wien NZ 1963, 86; idS auch SZ 26/58);

p) die **Befreiung von der subsidiären Haftung für die Aufbringung des gesamten Stammkapitals** (§ 70; NZ 1917, 99);

q) die Vereinbarung einer **Gewinnbezugsgarantie**, also der Verpflichtung der Gesellschaft zur Ausschüttung von Gewinn ohne Rücksicht darauf, ob ein solcher bilanzmäßig ausgewiesen ist (1 Ob 719/78; vgl auch 1 Ob 2028/96h);

r) eine Bestimmung, durch die das **Minderheitsrecht** des § 45 (Bestellung von Revisoren) einer **geringeren** als der dort bezeichneten **Minorität** eingeräumt werden soll. Die Satzung kann die Minorität auch nicht von der Verpflichtung befreien, den Antrag zu begründen und Sicherheit zu leisten (AC 2603; AC 2880);

s) eine Bestimmung, durch die das in § 48 gewährte **Minderheitsrecht** (Geltendmachung von Ersatzansprüchen) einer **geringeren Minorität** eingeräumt werden soll (AC 2603; AC 2880);

t) eine **Übertragung der Zuständigkeit zur Bestellung der Geschäftsführer auf den Aufsichtsrat**; dies gilt auch für ein die Gesellschafter bindendes Nominierungsrecht des Aufsichtsrats (6 Ob 183/18g).

D. Formfragen (Abs 3)

1. Allgemeines (Satz 1)

E 25. a) Der Gesellschaftsvertrag zur Errichtung einer GmbH bedarf gem § 4 Abs 3 GmbHG der Beurkundung durch einen **Notariatsakt**. Jede andere Form des Gesellschaftsvertrages ist **nichtig**; sie begründet keinerlei Verpflichtungen zwischen den „Gesellschaftern“ und kann höchstens als Verhandlungsgrundlage angesehen werden.

b) Die Errichtung eines Notariatsaktes ist Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrages und **bezuweckt** den Schutz jedes Gesellschafters durch die Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars sowie den Schutz der Allgemeinheit durch die Form der öffentlichen Urkunde (OLG Wien NZ 1992, 299).

E 26. Der Formzweck wird auch durch die Errichtung in Form der **Mantelung** gem § 54 NO erfüllt (OLG Graz NZ 2004, 119).

E 27. § 54 NO sieht vor, dass wenn eine bereits errichtete Privaturkunde notariell bekräftigt werden soll, hierüber ein Notariatsakt aufzunehmen ist. Diese **Solennisierung einer Privaturkunde** ersetzt die Errichtung eines Notariatsaktes (6 Ob 167/17b; vgl auch RIS-Justiz RS0070805; NZ 1969, 152).

E 28. Gesellschaftsverträge zwischen Eheleuten unterliegen keinem Formzwang, sofern dieser nicht ganz allgemein schon in den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (§ 4 Abs 3 GmbHG) statuiert ist (1 Ob 585/94).

E 29. a) Auch der Abschluss eines **Vorvertrages**, der den künftigen Abschluss eines GmbH-Gesellschaftsvertrages zum Gegenstand hat, bedarf der Notariatsform (RIS-Justiz RS0059756).

b) Bei sonstiger Unwirksamkeit (9 Ob 42/98m).

E 30. Auch jede Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrages vor der Eintragung im Firmenbuch bedarf eines Notariatsaktes; die notarielle Beurkundung genügt nicht (SZ 30/78).

E 31. a) Die Beurkundung der Gründung einer deutschen GmbH durch einen schweizer Notar mit Amtssitz im Kanton Bern erfüllt jedenfalls dann die Anforderungen nach § 2 Abs 1 dGmbHG und kann im Eintragungsverfahren durch das Registergericht nicht beanstandet werden, wenn die Niederschrift in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist (KG Berlin ZIP 2018, 323);

b) Ablehnend demgegenüber, obschon mE verfehlt, die bisherige Rechtsprechung in Österreich; vgl. etwa SZ 25/103; NZ 1978, 7; s auch OLG Wien NZ 1977, 105.

2. Unterzeichnung durch Bevollmächtigte (Satz 2) und Treuhänder

E 32. a) Die durch § 4 Abs 3 GmbHG geforderte Spezialvollmacht muss unzweideutig erkennen lassen, dass sie zum Abschluss des betreffenden Gesellschaftsvertrags ermächtigt. Zu dieser notwendigen Individualisierung des Geschäfts in der Vollmacht ist es nicht erforderlich, alle in § 4 Abs 1 GmbHG genannten Bestimmungen, die der Gesellschaftsvertrag enthalten muss, in die Vollmacht aufzunehmen.

b) Im Anlassfall enthält die Vollmacht zum Abschluss des Gesellschaftsvertrags mit Ausnahme des Unternehmensgegenstands alle Bestimmungen, die der Gesellschaftsvertrag gem § 4 Abs 1 GmbHG enthalten muss. Die Vollmacht nennt zudem auch den einzigen Gesellschafter, mit dem der Vertrag abgeschlossen werden soll. Diese Angaben in der Vollmacht reichen zur Individualisierung des Gesellschaftsvertrags aus (6 Ob 119/09g); anders jedoch:

E 33. Eine Spezialvollmacht zum Abschluss eines GmbH-Gesellschaftsvertrages muss den Unternehmensgegenstand enthalten (OLG Wien GesRZ 2009, 376); großzügiger (und wohl auch zutreffend):

E 34. a) Diese Spezialvollmacht muss zumindest die zur Individualisierung des Gesellschaftsvertrages erforderlichen Angaben enthalten, wofür Firma und Unternehmensgegenstand für ausreichend gehalten werden.

b) Die Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters ist zulässig, wenn die Zustimmung des Machtgebers zum Selbstkontrahieren des Vertreters in der Vollmacht enthalten ist (OLG Wien NZ 1994, 217; vgl auch OLG Graz NZ 2004, 119).

E 35. Eine nachträgliche Genehmigung durch den Vertretenen wäre ausreichend (OLG Wien 1994, 217).

E 36. Gem § 69 NO müssen Vollmachten, die zur Errichtung eines Notariatsaktes dienen, entweder öffentliche Urkunden oder solche Privaturkunden sein, auf denen die Unterschrift des Vollmachtgebers gerichtlich, notariell oder von einer österreichischen Vertretungsbehörde im Ausland beglaubigt ist (OLG Wien NZ 1997, 128).

E 37. § 4 Abs 3 Satz 2 GmbHG setzt für die Unterzeichnung durch Bevollmächtigte eine besondere, auf dieses einzelne Geschäft ausgestellte beglaubigte Voll-

macht voraus, die **dem Antrag anzuschließen** ist. Die erforderliche **Vollmacht** muss vor der Vertragserrichtung **ausgestellt, beglaubigt** und dem Notar zu Beginn seiner Tätigkeit **ausgehändigt** worden sein (OLG Wien NZ 1992, 299).

E 38. Da **Treuhänder** im eigenen Namen handeln und Verpflichtungen für sich selbst eingehen, treffen sie die Pflichten als Gründer und Gesellschafter (6 Ob 96/73).

E. Mängel des Gesellschaftsvertrages

1. Formmängel

E 39. Die Formunwirksamkeit (Nichtigkeit) des Gesellschaftsvertrags ist ein **Eintragungshindernis** (OLG Wien NZ 1992, 299).

E 40. Hier: **Verstoß** gegen die Verpflichtung zur **Beiziehung eines Dolmetschers** gem § 63 Abs 1 NO (6 Ob 207/15g; 6 Ob 49/11s; 4 Ob 99/99h).

E 41. Die durch Formmängel bedingte Unwirksamkeit wird **durch die (irrtümliche) Eintragung geheilt** (1 Ob 676, 677/84; 6 Ob 35/14m; 6 Ob 207/15g; RIS-Justiz RS0049494).

2. Inhaltsmängel

E 42. Es ist **Aufgabe des Firmenbuchgerichtes**, den Gesellschaftsvertrag nicht nur in formeller, sondern **auch in materieller Hinsicht zu überprüfen**. Es muss deshalb einen Gesellschaftsvertrag ablehnen, wenn darin gegen zwingende Rechtsvorschriften verstoßen wird (OLG Wien HS 9611).

E 43. Die Eintragung nur der mängelfreien Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags bei gleichzeitiger Ablehnung der mangelhaften Bestimmungen kommt nicht in Betracht. Insoweit bildet der Gesellschaftsvertrag eine untrennbare Einheit, die der Eintragung nur der mängelfreien Satzungsbestimmungen zwingend entgegensteht (OLG Wien NZ 2011, 157).

E 44. Das Firmenbuchgericht muss, wenn eine Anmeldung zur Eintragung nicht den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, den Antrag zur Gänze abweisen. Eine Ablehnung muss auch dann erfolgen, wenn dem Antrag nur in einem Teilbereich stattgegeben werden könnte (OLG Wien NZ 1984, 85).

E 45. a) Ein Rechtsgeschäft, durch welches das **Erfordernis einer behördlichen Genehmigung umgangen** werden soll, ist nicht schon wegen der rechtswidrigen Umgehungsabsicht iSd § 879 ABGB nichtig, sondern unterliegt der Rechtsnorm, die auf das in Wahrheit beabsichtigte Rechtsgeschäft anzuwenden ist. Ist das in Wahrheit beabsichtigte Rechtsgeschäft nur genehmigungsbedürftig, dann ist es im Allgemeinen in seinen rechtlichen Wirkungen solange in Schweben, bis die Genehmigung erteilt oder versagt oder festgestellt wird, dass es keiner Genehmigung bedarf. Es ist aber von Anfang an nichtig, wenn die Parteien die erforderliche behördliche Genehmigung absichtlich nicht beantragen, weil sie wissen, dass diese nicht erteilt wird.

b) **Diese aus § 879 ABGB abgeleiteten Grundsätze** gelten für alle privatrechtlichen Rechtsgeschäfte, daher auch im Bereich des Gesellschaftsrechtes. Sie umfassen also **auch den Gesellschaftsvertrag** (6 Ob 19/93; s auch 6 Ob 7/94).