

# TE OGH 1986/10/16 60b36/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.10.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Resch, Dr. Schobel, Dr. Hule und Dr. Schlosser als weitere Richter in der Handelsregistersache der "A\*\*\*\*" Mineralölhandels-Gesellschaft mbH in Wien in Folge der Revisionsrekurse A) 1) des Helmut M\*\*\* als Geschäftsführer der "A\*\*\*\*" Mineralölhandels-Gesellschaft mbH und namens der Firma M\*\*\*-Gesellschaft mbH, vertreten durch Dr. Johannes Reich-Rohrwig, Rechtsanwalt in Wien, und 2) der Verlassenschaft nach Hans P\*\*\*, vertreten durch den Widerstreitsachwalter Dr. Walter Kausel, Rechtsanwalt in Wien, sowie B) 1) des Ing. Hannes N\*\*\* als Gesellschafter und Geschäftsführer der "A\*\*\*\*" Mineralölhandels-Gesellschaft mbH, Schwedenplatz 2, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Walter Schuppich, Dr. Werner Sporn, Dr. Michael Winischhofer und Dr. Martin Schuppich, Rechtsanwälte in Wien, und

2) der "A\*\*\*\*" Mineralölhandels-Gesellschaft mbH, Schwedenplatz 2, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Walter Riedel, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 2. Oktober 1985, GZ 5 R 6,49/85-103, womit die Beschlüsse des Handelsgerichtes Wien vom 9. Jänner 1984 und 6. Dezember 1984, GZ 7 HRB 29.157-69 und 96, teilweise bestätigt, aufgehoben und abgeändert wurden und die Rekurse des Ing. Hannes N\*\*\* und der "A\*\*\*\*" Mineralölhandels-Gesellschaft mbH teilweise zurückgewiesen wurden, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs des Helmut M\*\*\* und der Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* wird zur Gänze, dem Revisionsrekurs des Ing. Hannes N\*\*\* und der "A\*\*\*\*" Mineralölhandels-Gesellschaft mbH wird, soweit mit ihm die Aufhebung des erstinstanzlichen Beschlusses ON 96 Punkte 1) a) und 2) bekämpft wird, Folge gegeben. Der angefochtene Beschluß wird in seinen Punkten 3) a) und b) dahin abgeändert, daß die Beschlüsse des Erstgerichtes ON 69 im Punkt 4) und ON 96 in den Punkten 1) a), 2), 3) und 4), letzterer Punkt jedoch nur im stattgebenden Teil, wiederhergestellt werden. Hingegen wird dem Revisionsrekurs des Ing. Hannes N\*\*\* und der "A\*\*\*\*" Mineralölhandels-Gesellschaft mbH, soweit er gegen Punkt 2) des rekursgerichtlichen Beschlusses gerichtet ist, nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Am 8.10.1979 beschlossen Ing. Hannes N\*\*\* und Hans P\*\*\*, die zu je 50 % am Stammkapital der "A\*\*\*\*" Mineralölhandels-Gesellschaft mbH (im folgenden kurz Gesellschaft) beteiligt waren, in einer außerordentlichen Generalversammlung die neue Fassung des Gesellschaftsvertrages. Die Punkte 6 und 7 des neu gefaßten Vertrages lauten auszugsweise wie folgt:

"6.

Die Generalversammlung

Die Generalversammlung kann durch jeden Gesellschafter....

einberufen werden..... .

Sämtliche Beschlüsse der Generalversammlung erfordern - soweit gesetzlich nicht zwingend qualifiziertere Mehrheiten vorgesehen sind - eine Dreiviertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Die Generalversammlung ist beschlußfähig, wenn wenigstens 70 % des Stammkapitals vertreten sind....

Die Einberufung der Generalversammlung hat durch eingeschriebenen Brief unter Mitteilung der Tagesordnung zu erfolgen. In dringenden Fällen kann in kürzester Frist telefonisch oder telegraphisch eingeladen werden....

7.

Die Geschäftsführer

Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, vertritt dieser die Gesellschaft allein.

Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, vertreten je zwei Geschäftsführer die Gesellschaft gemeinsam.

Die Generalversammlung kann auch bei mehreren Geschäftsführern einzelnen oder allen Alleinzeichnungs- und Vertretungsberechtigung einräumen.

Gesellschafter, deren Stammeinlagen mindestens 50 % des Stammkapitals erreichen, sind berechtigt, eine Person ihres Vertrauens als Geschäftsführer namhaft zu machen. Die nicht dieser Gruppe angehörige(n) Gesellschafter sind verpflichtet, an der bezüglichen Generalversammlung teilzunehmen und für die Bestellung dieser Person zum Geschäftsführer zu stimmen.

Die Gesellschafter, die den solcherart bestellten Geschäftsführer namhaft gemacht haben, können jederzeit auch die Abberufung dieses Geschäftsführers verlangen, wobei die nicht dieser Gruppe angehörige(n) Gesellschafter verpflichtet sind, an der entsprechenden Generalversammlung teilzunehmen und dem Beschluß zur Abberufung dieses Geschäftsführers zuzustimmen.

Ein Gesellschafter, der an der Namhaftmachung eines Geschäftsführers mitwirkte, kann keinen weiteren Geschäftsführer namhaft machen oder an der Namhaftmachung eines weiteren Geschäftsführers mitwirken, solange der auf Grund seines Vorschlags bestellte Geschäftsführer diese Funktion bekleidet und nicht gleichzeitig die Abberufung dieses Geschäftsführers beantragt wird. Diese Einschränkung gilt auch für einen Gesellschafter, dessen Rechtsvorgänger an der Namhaftmachung eines amtierenden Geschäftsführers mitgewirkt hat; diesfalls wird jene dem Rechtsvorgänger im Zeitpunkt der Namhaftmachung des amtierenden Geschäftsführers gehörige Stammeinlage bei Ermittlung der Voraussetzung des Absatzes 5 (50 % des Stammkapitals) nicht berücksichtigt.

Die zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter Hans P\*\*\* und Ing. Hannes N\*\*\* sind einzeln zeichnungs- und vertretungsberechtigt. Die Alleinzeichnungs- und Vertretungsberechtigung für die beiden genannten Geschäftsführer erlischt, falls einer dieser beiden Geschäftsführer abberufen wird oder die Funktion des Geschäftsführers zurücklegt und neben dem verbleibenden Geschäftsführer ein weiterer Geschäftsführer vorhanden ist.

Die Herren Hans P\*\*\* und Ing. Hannes N\*\*\* gelten im Sinne der obigen Bestimmungen als von den Gesellschaftern Hans P\*\*\* und Ing. Hannes N\*\*\* namhaft gemachte Geschäftsführer.

Die Erteilung von Kollektivprokuren ist zulässig. Die Einzelprokura darf nur mit Zustimmung der Generalversammlung erteilt werden.

Die Bestellung eines Prokuristen kann nur durch sämtliche Geschäftsführer, der Widerruf der Prokura durch jeden Geschäftsführer erfolgen."

Der Gesellschafter und Geschäftsführer Hans P\*\*\* verstarb am 4.11.1980. Im Verlassenschaftsverfahren 3 A 669/80 wurde Dr. Walter K\*\*\* vom Bezirksgericht Döbling zum Widerstreitsachwalter bestellt und ermächtigt, die Verlassenschaft unter anderem in allen Generalversammlungen der A\*\*\* zu vertreten und für die Verlassenschaft das Stimmrecht auszuüben.

Dr. Walter K\*\*\* berief für den 19.11.1982 eine Generalversammlung der A\*\*\* mit der Tagesordnung "Bestellung eines weiteren Geschäftsführers und Abschluß eines Dienstvertrages mit dem neuen Geschäftsführer" ein; er machte namens der Verlassenschaft gemäß Punkt 7 des Gesellschaftsvertrages Helmut M\*\*\* als Geschäftsführer namhaft. Da Ing. Hannes N\*\*\* dieser Generalversammlung fernblieb und diese deshalb nach Punkt 6 Abs.3 des Gesellschaftsvertrages beschlußunfähig war, berief der Widerstreitsachwalter unter Berufung auf § 38 Abs.7 GmbHG eine weitere Generalversammlung auf den 29.11.1982 mit der gleichen Tagesordnung ein. Auch zu dieser Generalversammlung erschien Ing. Hannes N\*\*\* nicht. Dr. Walter K\*\*\* beschloß nun allein, Helmut M\*\*\* zum weiteren Geschäftsführer der A\*\*\* zu bestellen. Er hielt ferner im Protokoll fest, daß Ing. Hannes N\*\*\* gemäß Punkt 7 des Gesellschaftsvertrages wegen des Ablebens des bisherigen Geschäftsführers Hans P\*\*\* und der Neubestellung des Helmut M\*\*\* zum Geschäftsführer ab sofort die Gesellschaft gemeinsam mit Helmut M\*\*\* vertrete. Weiters wurde der ist Helmut M\*\*\* geschlossene Dienstvertrag genehmigt.

Am 24.8.1983 legte die vom Widerstreitsachwalter Dr. Walter K\*\*\* vertretene Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* eine ihr mit Beschluß vom 3.1.1983 zur beglaubigten Unterfertigung durch den Geschäftsführer Ing. Hannes N\*\*\* zurückgestellte Anmeldung des Geschäftsführerwechsels unverbessert mit dem Bemerken wieder vor, daß Ing. Hannes N\*\*\* sich geweigert habe, die Eingabe zu unterfertigen, und regte deshalb an, ihm im Rahmen eines Verfahrens nach § 132 FGG aufzutragen, seiner Verpflichtung zur Unterfertigung der Eingabe nachzukommen (ON 60 und 61). Den Antrag auf Einleitung dieses Verfahrens wies das Erstgericht mit Beschluß vom 9.1.1984 ab (ON 69).

Am 9.9.1983 legte Ing. Hannes N\*\*\* als Geschäftsführer der Gesellschaft eine "die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse ausweisende Gesellschafterliste" vom 8.9.1983 vor, in der er ebenso wie in den bereits am 27.12.1982 eingebrachten Gesellschafterlisten für 1980, 1981 und 1982 (ON 79) und in der am 17.2.1984 vorgelegten Gesellschafterliste zum 10.2.1984 (ON 80) als alleiniger Gesellschafter angeführt wurde. Er brachte hiezu vor, er habe mit notariellem Abtretungsvertrag vom 19.11.1976 einen Teil seines Geschäftsanteiles an Hans P\*\*\* abgetreten, doch habe dieser den vereinbarten Abtretungspreis nicht bezahlt. Er habe dessen Verlassenschaft eine Nachfrist bis 20.3.1983 gesetzt und für den Fall der Nichtzahlung den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Mangels Zahlung sei der Abtretungsvertrag somit unwirksam, sodaß Ing. Hannes N\*\*\* alleiniger Gesellschafter sei. Diese drei Eingaben sowie alle damit vorgelegten Gesellschafterlisten tragen ausschließlich die Unterschrift des Geschäftsführers Ing. Hannes N\*\*\*. Mit Beschluß vom 9.1.1984 (ON 69) sprach das Registergericht unter anderem aus, daß die von dem Geschäftsführer Ing. Hannes N\*\*\* am 9.9.1983 vorgelegte Gesellschafterliste nicht zur Kenntnis genommen werde (Punkt 4). Mit Beschluß vom 24.9.1984 hat das Gericht zweiter Instanz mehrere Rekurse, darunter auch das Rechtsmittel des Ing. Hannes N\*\*\* gegen den Beschluß vom 9.1.1984 (ON 69) zurückgewiesen. Soweit das Gericht zweiter Instanz den Rekurs gegen den erstgerichtlichen Beschluß auch in dessen Punkt 4 zurückgewiesen hatte, hob der Oberste Gerichtshof diese sonst unangefochten gebliebene Entscheidung mit Beschluß vom 25.4.1985 (6 Ob 9/85) unter Zurückverweisung der Sache an das Rekursgericht zur neuerlichen Entscheidung auf.

Am 22.3.1984 beantragte Ing. Hannes N\*\*\* als Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft die Ausstellung einer Amtsbestätigung, daß 1) inhaltlich der seit 9.9.1983 im Handelsregisterakt gemäß § 26 GmbHG erliegenden, vom Geschäftsführer Ing. Hannes N\*\*\* unterzeichneten Gesellschafterliste Ing. Hannes N\*\*\* alleiniger Gesellschafter der obgenannten Gesellschaft sei,

2) gemäß Punkt 7 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 8.10.1979 die Alleinvertretungsbefugnis der im Handelsregister Wien derzeit eingetragenen Geschäftsführer Hans P\*\*\* und Ing. Hannes N\*\*\* erlösche, sobald einer der genannten Geschäftsführer abberufen werde oder seine Funktion zurücklege, und 3) inhaltlich des Handelsregisteraktes keiner der beiden derzeit eingetragenen Geschäftsführer Hans P\*\*\* und Ing. Hannes N\*\*\* abberufen worden sei oder seine Funktion zurückgelegt habe und der Geschäftsführer Hans P\*\*\* am 4.11.1980 verstorben sei (ON 81).

Am 22.5.1984 beantragte Helmut M\*\*\* die Bestellung eines Notgeschäftsführers für die Gesellschaft gemäß § 15 a GmbHG und brachte hiezu vor, Ing. Hannes N\*\*\* habe sich der Mitzeichnung einer auf dem Generalversammlungsbeschluß vom "19.11.1982" (richtig: vom 29.11.1982) beruhenden Handelsregistereingabe widersetzt. Die von Helmut M\*\*\* erhobene Klage auf Unterfertigung dieser Handelsregistereingabe sei mangels Aktivlegitimation abgewiesen worden. Da Ing. Hannes N\*\*\* nicht allein, sondern nur zusammen mit dem Antragsteller, dessen Eintragung er aber verhindere, zeichnungsberechtigt sei, habe die Gesellschaft derzeit "kein vertretungsbefugtes Organ" und könne daher keine Geschäfte tätigen. Ing. Hannes N\*\*\* habe die Anmeldung einer

"A\*\*\*-Austria Aktiengesellschaft" angekündigt und strebe die Errichtung dieser Gesellschaft an (ON 82).

In der Folge meldeten Ing. Hannes N\*\*\* und Brigitte N\*\*\* "als Geschäftsführer der A\*\*\*\*" die Bestellung der Brigitte N\*\*\* zur gemeinsam vertretungsbefugten Geschäftsführerin auf Grund eines von Ing. Hannes N\*\*\* in einer außerordentlichen Generalversammlung vom 10.8.1984 gefaßten Gesellschafterbeschlusses zum Handelsregister an (ON 83). Im Protokoll über diese Generalversammlung ist festgehalten, daß Ing. Hannes N\*\*\* alleiniger Gesellschafter sei. Daß Dr. Walter K\*\*\* zu dieser Generalversammlung geladen worden wäre, ist weder dem Protokoll noch der Anmeldung zu entnehmen. Mit Eingaben vom 19.9.1984 (ON 84) bzw. 27.11.1984 (ON 92) meldeten Ing. Hannes N\*\*\* und der - offenbar von ihm ermächtigte (§ 129 FGG) - öffentliche Notar Dr. Josef H\*\*\* jeweils die Bestellung des Dipl.Ing. Werner G\*\*\* zum Gesamtprokuristen der Gesellschaft an.

Über Aufforderung des Erstgerichtes (ON 86) nahmen der Widerstreitsachwalter Dr. Walter K\*\*\* namens der Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* (ON 89) sowie Ing. Hannes N\*\*\* (ON 90) zum Antrag des Helmut M\*\*\* auf Bestellung eines Notgeschäftsführers (ON 82) Stellung. Während Dr. Walter K\*\*\* keinen Einwand erhob, sprach sich Ing. Hannes N\*\*\* gegen eine solche Verfügung aus; er bestritt nicht bloß die Antragslegitimation Helmut M\*\*\* und dessen Funktion als Geschäftsführer, sondern auch die Dringlichkeit, weil seine Weigerung, an der Anmeldung der Bestellung Helmut M\*\*\* zum Geschäftsführer zur Eintragung im Handelsregister mitzuwirken, den Fall noch nicht dringend gestalte.

Schließlich legte Helmut M\*\*\* am 27.11.1984 (ON 94) nur von ihm unterfertigte Gesellschafterlisten der Gesellschaft mit den Stichtagen 1.1.1980, 1.1.1981, 1.1.1982, 1.1.1983 und 1.1.1984 vor. Mit Beschluß vom 6.12.1984 (ON 96) sprach das Erstgericht aus, daß sowohl die von Ing. Hannes N\*\*\* als auch die von Helmut M\*\*\* vorgelegten Gesellschafterlisten jeweils zum Jänner 1980 bis zum Jänner 1984 nicht zur Kenntnis genommen und zurückgewiesen werden (Punkt 1 a und b), daß die Eintragung der Brigitte N\*\*\* als mit dem eingetragenen Geschäftsführer Ing. Hannes N\*\*\* gemeinsam vertretungsbefugte Geschäftsführerin (Punkt 2) sowie die Eintragung des Dipl.Ing. Werner G\*\*\* als Gesamtprokurist (Punkt 3) abgelehnt und Rechtsanwalt Dr. Erich U\*\*\* zum Geschäftsführer gemäß § 15 a GmbHG zwecks Vertretung der Gesellschaft bei Einbringung der Klage gegen Ing. Hannes N\*\*\* wegen Unterfertigung einer Handelsregistereingabe über die Anmeldung, Hans P\*\*\* sei nicht mehr Geschäftsführer, Helmut M\*\*\* sei zum Geschäftsführer bestellt worden und jeder der Geschäftsführer Ing. Hannes N\*\*\* und Helmut M\*\*\* vertrete die Gesellschafter gemeinsam mit einem zweiten Geschäftsführer, bestellt werde. Das Mehrbegehren, der gemäß § 15 a GmbHG bestellte Geschäftsführer werde ermächtigt, die Gesellschaft selbständig zu vertreten, wies das Erstgericht ab (Punkt 4) und behielt sich die Entscheidung über den Antrag des Ing. Hannes N\*\*\* auf Ausstellung einer Amtsbestätigung bis zur Rechtskraft dieses Beschlusses vor (Punkt 5).

Das Gericht zweiter Instanz gab dem Rekurs des "Wilhelm" (richtig: Helmut) M\*\*\* gegen Punkt 4 des Beschlusses ON 96 (im Umfang der Abweisung des Mehrbegehrens) nicht Folge (Punkt 1), wies die Rekurse des Ing. Hannes N\*\*\* und der Gesellschaft gegen Punkt 5 des Beschlusses ON 96 zurück (Punkt 2), hob den Beschluß ON 69 in seinem Punkt 4 sowie den Beschluß ON 96 in seinen Punkten 1 a und 2 in Stattgebung der Rekurse dieser beiden Rechtsmittelwerber und des Rekurses des Ing. Hannes N\*\*\* auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf (Punkt 3 a) und änderte den Beschluß ON 96 in seinen Punkten 3 und 4 im Sinne der Anordnung der Eintragung der Erteilung der Gesamtprokura an Dipl.Ing. Werner G\*\*\* und der Abweisung des Antrages des Helmut M\*\*\* auf Bestellung eines Notgeschäftsführers gemäß § 15 a GmbHG ab (Punkt 3 b). Hiezu führte das Rekursgericht aus, das Registergericht habe die gemäß § 26 Abs.3 GmbHG alljährlich im Jänner einzureichende Gesellschafterliste nicht bloß auf ihre formale Gesetzmäßigkeit zu prüfen, sondern auch unrichtig erkannte Listen zurückzuweisen und den Geschäftsführern die Einreichung richtiger Listen abzuverlangen. Sonst wäre dieser Vorgang sinnloser Formalismus und das Registergericht müßte sich dann mit offenkundig unrichtigen Angaben abfinden. Diese Jännerlisten müßten die Unterschriften von Geschäftsführern in vertretungsbefugter Zahl aufweisen, eine Beglaubigung sei nicht erforderlich. Die zu ON 63, 79 und 80 vorgelegten Gesellschafterlisten seien durchwegs nur von Ing. Hannes N\*\*\* unterfertigt, weshalb zu prüfen sei, ob dieser nach dem Gesellschaftsvertrag allein zur Zeichnung für die Gesellschaft befugt sei. Im neu gefaßten Gesellschaftsvertrag sei festgelegt, daß die zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter Ing. Hannes N\*\*\* und Hans P\*\*\* einzeln zeichnungs- und vertretungsbefugt seien und ihre Alleinzeichnungs- und Vertretungsberechtigung erlösche, wenn einer von ihnen abberufen werde oder die Funktion des Geschäftsführers zurücklege und neben dem verbleibenden Geschäftsführer ein weiterer Geschäftsführer vorhanden sei. Hans P\*\*\* sei verstorben. Er sei somit weder abberufen worden, noch habe er seine Funktion

zurückgelegt. Demnach sei nicht mehr zu prüfen, ob bei Einreichung der Gesellschafterlisten ein weiterer Geschäftsführer vorhanden gewesen sei, weil Ing. Hannes N\*\*\* alleinvertretungsbefugt geblieben sei. Daran könnten die in der Generalversammlung vom "19.11.1982" (richtig: 29.11.1982) gefaßten Beschlüsse über die Bestellung Wilhelm M\*\*\* zum Geschäftsführer sowie die Feststellung, daß Ing. Hannes N\*\*\* ab sofort die Gesellschaft gemeinsam mit diesem vertrete, nichts ändern. Gemäß Punkt 6 des Gesellschaftsvertrages sei die Generalversammlung erst beschlußfähig, wenn wenigstens 70 % des Stammkapitals vertreten seien. Gesellschaftsvertragliche Bestimmungen über Anwesenheitsquoten seien auch bei der Wiederholung der Generalversammlung einzuhalten. Die von Dr. Walter K\*\*\* gemäß § 38 Abs.7 GmbHG einberufene zweite Generalversammlung, bei der diese Beschlüsse gefaßt worden seien, wäre danach nur beschlußfähig gewesen, wenn auch der zweite Gesellschafter gegenwärtig gewesen wäre. Ob gewisse Mängel Generalversammlungsbeschlüsse absolut nichtig machten und auch durch Unterlassung der Klageerhebung nach § 41 GmbHG nicht heilten, sei strittig. Von der Lehre würden unter Verletzung zwingender Verfahrensvorschriften gefaßte Beschlüsse, deren Inhalt jedoch zulässig sei, somit auch solche, die trotz nicht erreichten Anwesenheits- oder Mehrheitsquorums zustandegekommen seien, bloß als anfechtbar behandelt. Auf diese Frage müsse indessen nicht eingegangen werden, weil das Registergericht bei Bedenken gegen das gesetzmäßige Zustandekommen solcher Beschlüsse entsprechend seiner materiellen Prüfungspflicht vorzugehen habe; es könne dabei auch selbst die Gültigkeit nachprüfen. Daß infolge einer Klage gemäß § 41 GmbHG ein Verfahren anhängig sei, ändere nichts an dieser Prüfungspflicht. Zwar seien rechtsgestaltende Entscheidungen des Prozeßgerichtes - wie das einer Nichtigkeitsklage stattgebende Urteil - auch für das Registergericht bindend; da jedoch nicht abzusehen sei, wann der Anfechtungsprozeß rechtskräftig erledigt sein werde, erscheine es nicht zweckmäßig, die über die Anmeldung zu erlassende Verfügung gemäß § 127 FGG bis dahin auszusetzen. Da jedoch eine materielle Prüfung der in der Generalversammlung vom "9.11.1982" (richtig: 29.11.1982) gefaßten Beschlüsse deren Unwirksamkeit ergebe, weil nicht 70 % des Stammkapitals vertreten gewesen seien, könne registerrechtlich weder die Bestellung Wilhelm M\*\*\* zum Geschäftsführer noch die Einschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers Hannes N\*\*\* angenommen werden. Daher bestehe kein Grund, die zu ON 63, 79 und 80 vorgelegten Gesellschafterlisten in formeller Hinsicht zu beanstanden. Bei der jedoch auch gebotenen Prüfung der Richtigkeit dieser Anmeldungen sei davon auszugehen, daß die Jännerlisten dem Zweck einer jährlichen Aktualisierung der Angaben in der anläßlich der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister gemäß § 9 Abs.2 Z 2 GmbHG vorgelegten Gesellschafterliste dienten. Obgleich sie weder veröffentlicht noch in das Handelsregister eingetragen würden, keine Rechte begründeten und keinen Gutgläubenschutz gewährten, sei doch jedermann die Einsicht in den Registerakt gestattet. Diese Publizität solle einen Anhaltspunkt dafür bieten, inwieweit den Gläubigern neben dem im Unternehmen bereits tatsächlich investierten Kapital noch die persönliche Haftung der Gesellschafter für nicht eingezahlte Beträge Deckung gewähre. Außerdem solle die Gesellschafterliste dem Registergericht die Beurteilung später angemeldeter Gesellschafterbeschlüsse ermöglichen. Diese Ziele könnten eine Überprüfung der Angaben der Geschäftsführer im Einzelfall doch angebracht erscheinen lassen. Es seien nicht nur divergierende Gesellschafterlisten vorgelegt worden, sondern es ergäben sich auch aus dem übrigen Akteninhalt begründete Zweifel an der Richtigkeit der zu ON 63, 79 und 80 eingereichten Jännerlisten. Selbst wenn die Behauptung des Ing. Hannes N\*\*\* zuträfe, daß er mangels Zahlung des vereinbarten Preises nach dem Tode Hans P\*\*\* seiner Verlassenschaft gegenüber unter Festsetzung einer Nachfrist vom Abtretungsvertrag zurückgetreten und dieser Vertrag daher aufgelöst sei, wäre damit noch nicht die von ihm angenommene Änderung der gesellschaftsrechtlichen Stellung der Verlassenschaft eingetreten. Dann hätte Ing. Hannes N\*\*\* nur den Anspruch auf Wiedereinräumung der Stellung als alleiniger Anteilsinhaber und Gesellschafter ex nunc, ohne daß hievon die zwischenzeitigen gesellschaftlichen Vorgänge berührt werden könnten. Bis zur formellen Rückübertragung stünden dem Erwerber des Geschäftsanteiles weiterhin allein die Mitgliedschaftsrechte zu. Ob der strittige Geschäftsanteil zu den einzelnen Stichtagen der vorgelegten Gesellschafterlisten spätestens bei Vorlage der Listen bereits rückübertragen worden oder eine dem gleichkommende gerichtliche Entscheidung vorgelegen sei, habe das Erstgericht nicht überprüft. Deshalb seien der Beschluß ON 96 in seinem Punkt 1 a und der Beschluß ON 69 in seinem Punkt 4 zur Durchführung ergänzender Erhebungen aufzuheben gewesen.

Soweit Brigitte N\*\*\* mit Beschluß der außerordentlichen Generalversammlung vom 10.8.1984 zum Geschäftsführer bestellt worden sei, läge, sofern Ing. Hannes N\*\*\* nicht Eigentümer des an Hans P\*\*\* übertragenen Geschäftsanteiles gewesen sein sollte, ein offenbarer Verstoß nicht nur gegen § 38 GmbHG, sondern auch gegen Punkt 6 des Gesellschaftsvertrages vor. Bei diesen Beschlüssen würde es sich somit um wirkungslose Scheinbeschlüsse handeln.

Auch bedürfe die Frage, ob eine Rückübertragung des strittigen Geschäftsanteiles an Ing. Hannes N\*\*\* - und zwar am 10.8.1984 - bereits wirksam vollzogen gewesen sei - einer Klärung. Wäre Ing. Hannes N\*\*\* damals nicht alleiniger Gesellschafter gewesen, müßte auch die Eintragung dieses Generalversammlungsbeschlusses als gesetzwidrig abgelehnt werden. Da die Verzeichnung als Gesellschafter im Anteilbuch gemäß § 78 Abs.1 GmbHG nur für das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft von Bedeutung sei, habe das Erstgericht zu Recht die Eintragungen im Anteilbuch nicht geprüft. Es könne daher auf sich beruhen, ob bei der Gesellschaft überhaupt ein solches geführt worden sei, was Ing. Hannes N\*\*\* gar nicht behauptet habe. Die Bestellung eines Prokuristen könne, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimme, gemäß § 28 Abs.2 GmbHG nur durch sämtliche Geschäftsführer erfolgen. Punkt 7 letzter Absatz des Gesellschaftsvertrages enthalte eine im wesentlichen gleichlautende Bestimmung. Zwar sei strittig, ob außer Ing. Hannes N\*\*\* noch weitere Geschäftsführer bestellt seien. Registerrechtlich sei "Wilhelm" (richtig: Helmut) M\*\*\* jedoch nicht wirksam bestellt worden. Somit sei aber die Bestellung des Gesamtprokuristen Dipl.Ing. Werner G\*\*\* satzungsgemäß durch den als alleinvertretungsbefugt anzusehenden Geschäftsführer Ing. Hannes N\*\*\* erfolgt.

Was die Bestellung eines Notgeschäftsführers betreffe, sei registerrechtlich - wie bereits ausgeführt - gleichfalls davon auszugehen, daß Ing. Hannes N\*\*\* nach wie vor allein vertretungsbefugter Geschäftsführer sei. Somit liege ein Vertretungsmangel im Sinne des § 15 a GmbHG nicht vor, weil der vorhandene Geschäftsführer ohnehin selbständig vertretungsbefugt sei und diese Vertretungsbefugnis auch wahrnehme.

Soweit das Erstgericht die Beschlußfassung über die Ausstellung der von Ing. Hannes N\*\*\* beantragten Amtsbestätigung vorbehalten habe, sei ein Rekurs schon deshalb unzulässig, weil es sich dabei um keine anfechtbare Verfügung im Sinne des § 9 AußStrG handle. Das Erstgericht habe den Antragsteller verständigt, daß es über den Antrag erst nach Rechtskraft des Beschlusses sachlich entscheiden werde und diese Entscheidung bloß aufgeschoben.

Gegen den rekursgerichtlichen Beschluß erhoben einerseits Helmut M\*\*\* und die Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* und andererseits Ing. Hannes N\*\*\* als Gesellschafter und Geschäftsführer sowie die Gesellschaft Revisionsrekurs.

A) Zum Rechtsmittel Helmut Müllners und

der Verlassenschaft nach Hans P\*\*\*:

Sie bekämpfen die Entscheidung des Rekursgerichtes in deren Punkten 3 a (ausgenommen die Aufhebung des erstinstanzlichen Beschlusses ON 96 (Punkt 2) und 3 b mit dem Antrag auf Wiederherstellung der erstgerichtlichen Beschlüsse ON 69 in dessen Punkt 4 und ON 96 in seinen Punkten 1 a, 3 und 4.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zunächst ist festzuhalten, daß auch im Handelsregisterverfahren Aufhebungsbeschlüsse uneingeschränkt anfechtbar sind (SZ 46/58 u. a.). Im übrigen ist das Rekursgericht beider Rechtsmittelwerber zu prüfen, weil nach der Rechtsprechung (z.B. GesRZ 1985, 140 bzw. HS 11.491) weder dem Geschäftsführer noch dem Gesellschafter die volle Rechtsmittelbefugnis im Registerverfahren zukommt. Das Rekursrecht des Geschäftsführers gegen die Annahme bzw. Zurückweisung der Jännerlisten (§ 26 Abs.3 GmbHG) hat der erkennende Senat bereits bejaht (6 Ob 9/85 = GesRZ 1985, 140). Aber auch dem Gesellschafter ist insoweit das Rechtsmittelrecht zuzubilligen, weil der zu Unrecht als Gesellschafter in dieser Liste Genannte Anspruch auf Unterlassung seiner Anführung bzw. auf entsprechende Berichtigung und umgekehrt jeder dort zu Unrecht nicht Genannte Anspruch auf Nennung hat (Baumbach-Hueck, GmbHG 14 Rz 10 zu § 40). Die gegenteilige, allerdings nicht näher begründete Auffassung (Scholz-Schneider, GmbHG 6 Rz 9 und Hachenburg-Mertens, GmbHG 7 Rz 11 jeweils zu § 40) vernachlässigt den Zweck der Jännerliste: Sie soll dem Registergericht als Beurteilungsgrundlage für später angemeldete Gesellschafterbeschlüsse dienen (Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 129). Mangels Anfechtbarkeit liefe der vom Geschäftsführer durch Vorlage einer den tatsächlichen Gesellschaftsverhältnissen nicht entsprechenden Liste in dieser nicht aufscheinende Gesellschafter Gefahr, daß seine Rechtsstellung bei der registergerichtlichen Prüfung der Anmeldung von Gesellschafterbeschlüssen außer Betracht zu bleiben hätte. Billigt der Oberste Gerichtshof dem Gesellschafter - wie die Rechtsmittelwerber zutreffend hervorheben - einen Anspruch auf Eintragung in das Anteilbuch (§ 26 Abs.1 und 2 GmbHG) zu (SZ 34/11, SZ 32/117 u.a.), so erschiene es wenig konsequent, könnte der Gesellschafter Beschlüsse, mit welchen tatsächliche Gesellschafterlisten vom Registergericht zu den Akten genommen bzw. richtige Listen zurückgewiesen werden, nicht mit Rekurs bekämpfen. Auch die vom Rekursgericht angeordnete Eintragung der Erteilung einer (Gesamt-)Prokura kann vom Geschäftsführer und vom Gesellschafter mit Rekurs angefochten werden. Gemäß § 28 Abs.2 GmbHG kann

die Bestellung des Prokuristen nur durch sämtliche Geschäftsführer erfolgen, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt; Punkt 7 letzter Absatz des Gesellschaftsvertrages wiederholt aber die Zweifelsregelung der genannten Gesetzesstelle. Hat einer der Geschäftsführer der Bestellung nicht zugestimmt und auch an der Anmeldung zum Handelsregister nicht mitgewirkt, so liegt es in erster Linie an ihm, diesen Mangel im Registerverfahren geltend zu machen. Aber auch der Verlassenschaft ist in diesem Belange die Rechtsmittellegitimation zuzuerkennen; ihr ist nicht bloß im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt, einen Geschäftsführer namhaft zu machen (Punkt 7 Abs.5), sie hat auch einen solchen bestellt. Durch den entgegen dieser Beschlußfassung vom anderen Geschäftsführer allein bewirkten Bestellungsakt wurden die Berufung dieses Geschäftsführers und damit auch die Mitwirkungsrechte der Verlassenschaft als Gesellschafterin übergangen.

Da sowohl der Geschäftsführer wie auch der Gesellschafter als Beteiligte im Sinne des § 15 a GmbHG anzusehen sind (Kastner-Doralt, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechtes 4 285 und FN 13; Reich-Rohrwig a.a.O. 99; vgl. auch Staudinger-Coing, BGB 12 § 29 Rz 8 und Münch Komm-Reuter, BGB 2 § 29 Rz 9; Scholz-Winter, GmbHG 6 § 6 Rz 14), sind sie auch zur Bekämpfung der Bestellung eines Notgeschäftsführers bzw. deren Verweigerung legitimiert (GesRZ 1985, 100 = RdW 1985, 180 = EvBl.1986/39).

Der Revisionsrekurs dieser beiden Rechtsmittelwerber ist demnach in allen Punkten zulässig; er ist aber auch berechtigt. Zunächst gilt es zu prüfen, ob die Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* (noch) als Gesellschafterin anzusehen ist. Ing. Hannes N\*\*\*, der Hans P\*\*\* mit notariellem Abtretungsvertrag vom 19.11.1976 (ON 21) von seinem Geschäftsanteil entsprechend einer von ihm voll eingezahlten Stammeinlage von S 100.000,- einen Teilbetrag von S 50.000,- mit allen Rechten und Pflichten um den vereinbarten Preis in der selben Höhe abgetreten hatte, behauptete nämlich, Hans P\*\*\* habe den vereinbarten Abtretungspreis nicht bezahlt, sodaß er der Verlassenschaft eine Nachfrist bis 20.3.1983 gesetzt und für den Fall der Nichtzahlung den Rücktritt vom Vertrag erklärt habe. Da die Verlassenschaft dennoch nicht bezahlt habe, sei der Abtretungsvertrag unwirksam, sodaß Ing. Hannes N\*\*\* alleiniger Gesellschafter sei (ON 63). Dem hat das Rekursgericht zutreffend unter Berufung auf Hachenburg-Schilling-Zutt a.a.O. § 15 Rz 90 und § 15 Anh. Rz 7 und Reich-Rohrwig a.a.O. 631 mwN) siehe auch Rowedder, GmbHG § 15 Rz 115; Scholz-Winter a.a.O. § 15 Rz 25) entgegengehalten, daß Ing. Hannes N\*\*\* damit - die Zulässigkeit des Rücktrittes vorausgesetzt - bloß einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung des abgetretenen Geschäftsanteiles erworben hat, durch den die in der Zwischenzeit eingetretenen gesellschaftlichen Vorgänge nicht berührt werden können. Die mit dem Geschäftsanteil verknüpften Mitgliedschaftsrechte stehen daher bis zur förmlichen Rückübereignung weiterhin ausschließlich dem Erwerber des Geschäftsanteiles (= Verlassenschaft) zu und können somit erst danach (mit Wirkung ex nunc) wieder vom Veräußerer (= Ing. Hannes N\*\*\*) wahrgenommen werden. Ist also der durch einen (wirksamen!) Rücktritt ausgelöste Anspruch des Veräußerers bloß schuldrechtlicher Natur und fällt das Veräußerungsobjekt - also der Geschäftsanteil - somit nicht schon ipso iure an ihn zurück (vgl. JBl.1974, 486 u.a.; Gschnitzer und Bydlinki in Klang 2 IV/1 497 und IV/2 515 und FN 447; Ehrenzweig-Mayerhofer, Schuldrecht, Allg. Teil 3 403; Koziol-Welser, Grundriß 7 I 222; Hackl in ÖJZ 1977, 538 u.a.), hätte Ing. Hannes N\*\*\* zur Dartuung seiner alleinigen Gesellschafterstellung nicht nur den Vertragsrücktritt, sondern darüberhinaus auch darlegen müssen, daß ihm von der Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* in Entsprechung seines Rückabwicklungsanspruches der abgetretene Geschäftsanteil wieder wirksam rückübereignet worden sei. Solches hat er weder in erster Instanz noch im Rekurs an das Gericht zweiter Instanz vorgebracht, obschon er eine derartige Behauptung als Neuerung im Rechtsmittel (§ 10 AußStrG) hätte dartun können. Das Rekursgericht hat das Verfahren dennoch als mangelhaft beurteilt, weil das Erstgericht nicht - in Wahrnehmung der es treffenden materiellen Prüfungspflicht - von amtswegen untersucht habe, ob der Geschäftsanteil nicht doch vor den maßgeblichen Zeitpunkten in Rückabwicklung des kaufweisen Abtretungsvertrages an Ing. Hannes N\*\*\* wirksam rückübertragen worden sei. Mit dieser Auffassung hat das Gericht zweiter Instanz indessen sowohl die materielle Prüfungspflicht wie überhaupt die Stoffsammlungspflicht des Registergerichtes (§ 2 Abs.2 Z 5 AußStrG) überspannt. Hat nämlich die Partei, obgleich es ihr ein leichtes gewesen wäre, die für die Dartuung des maßgeblichen Sachverhaltes erforderlichen Nachweise beizubringen, nicht die für die Schlüssigkeit ihres Vorbringens erforderlichen Behauptungen aufgestellt und finden sich auch auf Grund der Aktenlage nicht die geringsten Anhaltspunkte für diesen Sachverhalt, so bestand für das Registergericht weder die Verpflichtung noch überhaupt ein Anlaß, dennoch von sich aus noch weitere Nachforschungen anzustellen. Auch kann in der Unterlassung solcher Erhebungen kein Verstoß gegen die dem Registergericht obliegende materielle Prüfungspflicht erkannt werden, wenn sich selbst nach dem Vorbringen der Partei keine Zweifel gegen die Richtigkeit der aktenkundigen Sachlage aufdrängten (vgl. Hachenburg-Mertens a.a.O. § 40 Rz 7; Baumbach-Hueck a.a.O. § 40 Rz 9; Rowedder-Koppensteiner GmbHG § 40 Rz 5). Nach den

vorangestellten Erwägungen hatte das Registergericht aber selbst nach dem Vorbringen des Ing. Hannes N\*\*\* von der aktenkundigen Gesellschafterstellung der Verlassenschaft auszugehen; deshalb erübrigt es sich auch, die von den Rechtsmittelwerbern weiters aufgeworfene Frage, ob Ing. Hannes N\*\*\* nach Übertragung des Geschäftsanteiles bei Stundung des Kaufpreises überhaupt noch vom Abtretungsvertrag habe zurücktreten dürfen, in die Prüfung miteinzubeziehen. Zu Recht hat das Rekursgericht im übrigen der erst im Rekurs der Gesellschaft und des Ing. Hannes N\*\*\* an die zweite Instanz aufgeworfenen Frage nach der Prüfung der Eintragungen im Anteilbuch keine Bedeutung zugemessen; abgesehen davon, daß sich die Übertragung der Gesellschafterrechte, die mit dem Geschäftsanteil verknüpft sind, bei Einhaltung der Vorschrift des § 76 GmbHG außerhalb der Gesellschaft unabhängig von der Eintragung im Anteilbuch vollzieht (JBl.1977, 267 u.a.), ist weder behauptet worden, daß ein Anteilbuch geführt wird, noch ist etwa gar dieses vorgelegt worden (vgl. SZ 52/132).

Die Verlassenschaft war demnach auch zufolge § 6 Abs.1 des Gesellschaftsvertrages zur Einberufung der auf den 19.11.1982 anberaumten Generalversammlung und, weil diese nicht beschlußfähig war, der weiteren Generalversammlung auf den 29.11.1982 berechtigt. Auch in dieser zweiten Versammlung, deren formgerechte Einberufung im Sinne des § 38 Abs.7 GmbHG nicht angezweifelt wird und nach der Aktenlage auch nicht in Zweifel gezogen werden könnte, waren nur 50 % des Stammkapitals vertreten. Deshalb verneinte das Rekursgericht die Beschlußfähigkeit auch dieser Versammlung, weil es die Auffassung vertrat, § 6 Abs.3 des Gesellschaftsvertrages, der das Anwesenheitserfordernis regelt, sei auch auf die wiederholte Gesellschafterversammlung anzuwenden. Mit Recht wenden sich die Rechtsmittelwerber gegen dieses Auslegungsergebnis. Gemäß § 38 Abs.7 GmbHG ist die zweite Generalversammlung ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Stammkapitals beschlußfähig, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt. Bei der Auslegung dieser Bestimmung kann auf die Lehre und Rechtsprechung zum (deutschen) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht zurückgegriffen werden, weil dieses (für das österreichische Gesetz weithin vorbildliche) Gesetz Bestimmungen über das Präsenzquorum nicht kennt. Regelungszweck der die Beschlußfähigkeit der wiederholten Mitgliederversammlung einer juristischen Person vereinfachenden Voraussetzungen (vgl. § 32 GenG; vielfach finden sich solche Bestimmungen auch in Vereinsstatuten - vgl. Fessler-Kölbl, Österreichisches Vereinsrecht 5, 43 f) ist, wie die Rechtsmittelwerber zutreffend hervorheben, die Erleichterung der Bedingungen der wirksamen Willensbildung in der Gesellschaft; auf der anderen Seite soll durch das Gebot, daß die zweite Versammlung (anders als nach § 32 GenG!) auf einen späteren Tag einberufen werden muß, hintangehalten werden, daß der von der Einberufung überraschte Gesellschafter am Erscheinen in der (nun entscheidenden) zweiten Versammlung ausgeschlossen bleibt). Daß das Anwesenheitsquorum in den Bestimmungen über die erste und die zweite Versammlung (§ 38 Abs.6 und 7 GmbHG) gesondert durch die Wendung:

"Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt" als dispositives Recht ausgeformt ist, läßt in Anbetracht auf den Regelungszweck nur den Schluß zu, daß der Gesellschaftsvertrag auch für die wiederholte Gesellschafterversammlung eine Ausnahmebestimmung enthalten muß, soll die gesetzliche Regelung nicht zur Anwendung kommen (so vertreten auch Gellis-Feil, GmbHG 2, 259, die Auffassung, das im Gesellschaftsvertrag verlangte Quorum gelte nur dann auch für die zweite Versammlung, wenn das dort unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht wird). Die

- anscheinend - gegenteilige Ansicht von Reich-Rohrwig (a.a.O. 340), die gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen über Beschlußmehrheiten und Anwesenheitsquoten seien auch bei Wiederholung der Generalversammlung zu beachten, ist - abgesehen davon, daß auch das Gesetz bei der Regelung der Beschlußmehrheit (§ 39 GmbHG) zwischen erster und wiederholter Versammlung keinen Unterschied macht - schon deshalb abzulehnen, weil sie auf den Regelungszweck des § 38 Abs.7 GmbHG nicht Bedacht nimmt. Sieht aber der Gesellschaftsvertrag für die zweite Versammlung kein besonderes Anwesenheitserfordernis vor, so ist, worauf im Punkt 9 des Gesellschaftsvertrages sogar ausdrücklich hingewiesen wird, das Gesetz maßgeblich. Demnach ist Helmut M\*\*\* in der (zweiten) Generalversammlung vom 29.11.1982 wirksam zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt worden.

Dem Gesellschaftsvertrag entsprechend ist in dieser Versammlung auch festgehalten worden, daß die beiden Geschäftsführer

Ing. Hannes N\*\*\* und Helmut M\*\*\* - im Sinne des Punktes 7 Abs.3 und 8 des Gesellschaftsvertrages - gemeinsam vertretungsbefugt sind. Nach dem Wortlaut des Punktes 7 Abs.8 erlischt die nur den Gesellschafter-Geschäftsführern Hans P\*\*\* und Ing. Hannes N\*\*\* eingeräumte Alleinvertretungsmacht zwar nur, wenn einer der beiden abberufen wird oder die Funktion des Geschäftsführers zurücklegt und neben dem verbleibenden Geschäftsführer ein weiterer Geschäftsführer vorhanden ist. Die Rechtsmittelwerber weisen aber zutreffend darauf hin, daß der Tod eines Geschäftsführers, mit dem dessen Funktion jedenfalls erlischt, der Abberufung bzw. Zurücklegung bei der in einem solchen Fall gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. zum Problem der Auslegung des Gesellschaftsvertrages einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit - wie hier - personalistischer Struktur Ostheim in FS-Demelius, 381 ff., insbesondere 394 f., dessen Ausführungen gerade im Falle von Auseinandersetzungen zwischen Gesellschaftern, die den Gesellschaftsvertrag miteinander selbst abgeschlossen oder abgeändert haben, beizutreten ist) umso mehr dann auch in Bezug auf die damit vereinbarten Rechtsfolgen gleichzuhalten ist, als die aus der Sonderbestimmung des Punkt 7 Abs.8 des Gesellschaftsvertrages - die ausnahmsweise Einzelvertretungsbefugnis - hervorleuchtende Parteiabsicht ihre Grundlage nur in dem besonderen Vertrauen, daß die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer einander entgegenbrachten, hatte und wegen der damit verbundenen weitreichenden Befugnisse haben mußte. Jedes andere, allzu sehr am Wortlaut haftende Auslegungsergebnis

-

und damit auch die Auffassung des Rekursgerichtes - trügen dem im besonderen Verhältnis der beiden Gesellschafter-Geschäftsführer wurzelnden Regelungszweck dieser Vertragsbestimmung nicht gebührend Rechnung.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, daß die Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* nach wie vor die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Mitgliedschaftsrechte ausübt und demnach auch bei der Generalversammlung am 29.11.1982 wirksam ausübte, die dort gefaßten Beschlüsse, soweit im Registerverfahren überprüfbar, wirksam zustandekamen, damit Helmut M\*\*\* seit diesem Zeitpunkt Geschäftsführer der Gesellschaft ist und er und Ing. Hannes N\*\*\* seither nur mehr gesamtvertretungsbefugte Geschäftsführer sind. Da die Jännerlisten (§ 26 Abs.3 GmbHG) von den Geschäftsführern in für die Vertretungsbefugnis ausreichender Zahl zu unterzeichnen sind (Reich-Rohrwig a.a.O. 129; Scholz-Winter a.a.O. Rz 7; Hachenburg-Mertens a.a.O. Rz 3; Rowedder-Koppensteiner a.a.O. Rz 4 und Baumbach-Hueck a.a.O. Rz 8 jeweils zu § 40), hat das Erstgericht die von Ing. Hannes N\*\*\* vorgelegten Gesellschafterlisten schon deshalb mit Recht zurückgewiesen (ON 69 Punkt 4 und ON 96 Punkt 1 a); im übrigen entsprechen sie auch nicht der Aktenlage, derzufolge auch die Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* Gesellschafterin ist. Zu Recht hat das Rekursgericht im übrigen die Aussetzung der Entscheidung im Sinne des § 127 FGG nicht verfügt; dies erscheint schon deshalb gerechtfertigt, weil das Ende des Rechtsstreites 13 Cg 67/83 des Handelsgerichtes Wien noch nicht abzusehen ist. Im übrigen kommt eine Aussetzung nur dann in Betracht, wenn begründete Zweifel an der Gültigkeit des Gesellschafterbeschlusses bestehen (Keidel-Kuntze-Winkler, FGG 11 § 127 Rz 14).

Aber auch die Eintragung der Erteilung der Prokura an Dipl.Ing. Werner G\*\*\* hat demzufolge das Rekursgericht zu Unrecht angeordnet, weil der - schon unmittelbar ab der Bestellung in der Generalversammlung und nicht erst ab der Eintragung ins Handelsregister (Reich-Rohrwig a.a.O. 97 m.w.N., GesRZ 1980, 92 u. a.) - geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Geschäftsführer Helmut M\*\*\* entgegen § 28 Abs.2 GmbHG (den der Gesellschaftsvertrag insoweit nur wiederholt) an dessen Bestellung und der Anmeldung derselben zum Handelsregister nicht mitgewirkt hat. Fraglich ist es dagegen, ob auf Antrag des Geschäftsführers Helmut M\*\*\* - im Sinne des § 15 a GmbHG Beteiligter - trotz der Weigerung des zweiten Geschäftsführers Ing. Hannes N\*\*\*, an der Anmeldung der Bestellung des ersteren zum Geschäftsführer mitzuwirken, ein Notgeschäftsführer zu bestellen ist. Der erkennende Senat hat nämlich in der Entscheidung GesRZ 1985, 100 = RdW 1985, 180 = EvBl.1986/39 ausgesprochen, daß das Registergericht nur dann zur Bestellung von Notgeschäftsführern berufen ist, wenn ein oder mehrere Geschäftsführer ihre Tätigkeit überhaupt verweigern. Lehnt dagegen ein Geschäftsführer bloß einzelne (konkrete) Geschäftsführungsakte ab, liegt es an der Generalversammlung die ihr notwendig erscheinenden Maßnahmen zu ergreifen, die bis zur Abberufung des Geschäftsführers gemäß § 16 Abs.1 GmbHG und Bestellung eines anderen Geschäftsführers reichen können. Das kann aber dann nicht mehr gelten, wenn der andere Gesellschafter-Geschäftsführer zwar nach dem Inhalt einer in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Syndikatsvereinbarung (Punkt 7 Abs.5) verpflichtet ist, an der Bestellung des von der anderen Gesellschaftergruppe (hier: Verlassenschaft) namhaft gemachten Geschäftsführers - und damit auch an der Anmeldung zum Handelsregister - mitzuwirken, dieser Verpflichtung aber nicht nachkommt, weil er sich zu Unrecht auf seine Alleingesellschafterstellung beruft. Da Ing. Hannes N\*\*\* als Gesellschafter auf Grund seiner

Beteiligung am Stammkapital auch jede Beschlußfassung in der Generalversammlung über das Vorgehen gegen ihn als Geschäftsführer (unter anderem auch die Erteilung von Weisungen) verhindern kann, liegt in seiner Person ein Interessenwiderstreit vor, der auch nach der genannten Entscheidung die Bestellung eines Notgeschäftsführers nicht als ausgeschlossen erscheinen läßt. Kein Zweifel kann daran bestehen, daß ein dringender Fall im Sinne des § 15 a GmbHG dann gegeben ist, wenn es darum geht, daß der der gesellschaftlichen Wirklichkeit (Bestellung eines Geschäftsführers) entsprechende Handelsregisterstand herbeigeführt werden soll; das gebieten - vor allem schon im Interesse der betroffenen Gesellschaft - die Publizitätswirkungen des Handelsregisters (vgl. § 15 HGB), derentwegen ein unrichtiger Eintragsstand unter allen Umständen vermieden, jedenfalls aber raschest beseitigt werden soll. Daß in der die Abweisung des auf Unterfertigung der entsprechenden Handelsregistereingabe gerichteten Klagebegehrens des Helmut M\*\*\* durch die Vorinstanzen bestätigenden Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 5 Ob 521/84 (= GesRZ 1984, 107) für den Fall, daß nur die Unterfertigung der Handelsregistereingabe durchzusetzen sei, auch auf die Möglichkeit der Bestellung eines Widerstreitsachwalters hingewiesen wurde, ändert nichts daran, daß bei Zutreffen der Voraussetzungen auf Antrag eines Beteiligten vom Gericht ein Geschäftsführer im Sinne des § 15 a GmbHG bestellt werden kann (vgl. Scholz-Winter GmbHG 6 Rz 14 zu § 6).

Demnach ist der erstgerichtliche Beschluß, soweit die Vorlage von Jännerlisten durch Ing. Hannes N\*\*\* zurückgewiesen, die Eintragung der Erteilung der Gesamtprokura an Dipl.Ing. Werner G\*\*\* abgelehnt und ein Notgeschäftsführer zur Durchsetzung der Anmeldung der Bestellung des Helmut M\*\*\* als Geschäftsführer zum Handelsregister bestellt wurde, in Stattgebung des Revisionsrekurses wieder herzustellen.

B) Zum Revisionsrekurs des Geschäftsführers

und Gesellschafters Hannes N\*\*\* und der Gesellschaft:

Sie fechten den rekursgerichtlichen Beschluß in seinen Punkten 2 und 3 a mit dem Antrag an, Punkt 2 aufzuheben und die Sache in diesem Umfang an das Gericht zweiter Instanz zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen und Punkt 3 a im Sinne der Annahme der von Ing. Hannes N\*\*\* vorgelegten Gesellschafterlisten (ON 69 Punkt 4 und ON 96 Punkt 1 a) zu den Registerakten und der Anordnung der Eintragung der Brigitte N\*\*\* als weiterer Geschäftsführerin mit Gesamtvertretungsbefugnis abzuändern.

In Bezug auf Punkt 2 ist die Rekurslegitimation schon deshalb zu bejahen, weil das Gericht zweiter Instanz die Zulässigkeit des Rechtsmittels verneint hat und deshalb nicht in dessen sachliche Prüfung eingetreten ist (EvBl.1958/12 u.v.a.); soweit die Aufhebung der erstgerichtlichen Beschlüsse, mit welchen die von Ing. Hannes N\*\*\* vorgelegten Gesellschafterlisten zurückgewiesen wurden, bekämpft wird, kann zur Frage des Rekursrechtes des Geschäftsführers und Gesellschafters Ing. Hannes N\*\*\* auf die Erwägungen zur Rekurslegitimation Helmut M\*\*\* und der Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* (Teil A) verwiesen werden. Ebenso ist Ing. Hannes N\*\*\* die Rechtsmittellegitimation soweit zuzubilligen, als die von ihm angemeldeten Gesellschafterbeschlüsse bisher nicht im Handelsregister eingetragen wurden. Das Rekursrecht der Gesellschaft (vertreten durch den Geschäftsführer Ing. Hannes N\*\*\*) ist dagegen schon grundsätzlich anzuerkennen (so etwa Reich-Rohrwig a.a.O. 784). Der Revisionsrekurs des Ing. Hannes N\*\*\* und der Gesellschaft ist somit zwar zulässig, aber - soweit nicht überhaupt nicht berechtigt - nur zum Nachteil der Rechtsmittelwerber im Sinne der Antragsabweisung gerechtfertigt (vgl. SZ 47/12 u.v.a.). Zu Recht hat das Rekursgericht die Anfechtbarkeit des Punktes 5 der erstinstanzlichen Entscheidung verneint. Nach ständiger Rechtsprechung (SZ 50/41 u.a.) sind im Verfahren außer Streitsachen - und damit auch im Registerverfahren (Art.9 4.EVHGB) - Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens (§ 9 AußStrG) rechtsändernde Anordnungen und daneben auch feststellende Entscheidungen, mit welchen das Gericht ausspricht, daß an einen Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge geknüpft ist. Durch die Mitteilung, daß weitere Verfügungen (hier: bis zur Rechtskraft der bereits gleichzeitig getroffenen Verfügungen) vorbehalten werden, können die rechtlichen Interessen der Rechtsmittelwerber im Sinne des § 9 AußStrG nicht berührt werden (6 Ob 12/83; 6 Ob 684/77; vgl. auch EvBl.1958/282). Das folgt schon aus der Erwägung, daß die Rechtsmittelgerichte, wenn man schon in dem Vorbehalt eine anfechtbare Verfügung erblicken wollte, nur die Entscheidungsfindung auftragen könnten. Gerade das hat das Erstgericht im Punkt 5 des Beschlusses ON 96 ausdrücklich angekündigt.

Soweit sich die Rechtsmittelwerber dagegen wenden, daß das Rekursgericht dem Beschluß der ersten Instanz, womit die von Ing. Hannes N\*\*\* vorgelegten Gesellschafterlisten zurückgewiesen wurden, zwecks Wahrnehmung der - von ihm bestrittenen, grundsätzlich aber zu bejahenden - inhaltlichen Prüfungspflicht des Registergerichtes aufgehoben

und nicht antragsgemäß im Sinne der Anmeldung abgeändert hat, sind sie auf die entsprechenden Ausführungen zum Revisionsrekurs zu A) zu verweisen. Hat das Erstgericht die Jännerlisten zu Recht nicht zu den Akten genommen, so entbehrt der aufhebende Beschluß des Rekursgerichtes der rechtlichen Grundlage.

Berechtigt, aber nur im Sinne der Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung ON 96 im Punkt 2, ist der Revisionsrekurs, soweit er die Aufhebung der Entscheidung des Erstgerichtes, mit dem die Eintragung der Brigitte N\*\*\* als gesamtvertretungsbefugte Geschäftsführerin abgelehnt wurde, bekämpft. Ist nach der Aktenlage davon auszugehen, daß nicht bloß Ing. Hannes N\*\*\*, sondern auch die Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* am Stammkapital der Gesellschafter beteiligt war, so hätte ersterer allein einen Gesellschafterbeschluß nur fassen dürfen, wenn das Verfahren nach § 38 GmbHG eingehalten worden wäre. Gerade das Gegenteil kann aber dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 10.8.1984 (ON 83) entnommen werden. Es bedurfte daher, wie schon zum Revisionsrekurs des Helmut M\*\*\* und der Verlassenschaft nach Hans P\*\*\* ausgeführt, keiner Ergänzung des erstinstanzlichen Verfahrens, um die von Ing. Hannes N\*\*\* und Brigitte N\*\*\* gemeinsam angemeldete Eintragung abzulehnen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Anmerkung**

E09391

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1986:0060OB00036.85.1016.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19861016\_OGH0002\_0060OB00036\_8500000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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