

# TE OGH 1981/5/5 5Ob570/81

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.05.1981

## Norm

AktG §34 Abs1

ABGB §1175

GmbHG §2

HGB §105

## Kopf

SZ 54/69

## Spruch

Nehmen Personen, die zu einem bestimmten Zweck eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit gründen wollen, eine diesem Zweck dienende Geschäftstätigkeit auf, bevor sie noch einen formgültigen Vorgrundungsvertrag oder Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, so sind im Innenverhältnis mangels anderer Vereinbarung die für die geplante Gesellschaft gesetzlich vorgesehenen oder in Aussicht genommenen besonderen Regelungen anzuwenden

OGH 5. Mai 1981, 5 Ob 570/81 (GesRZ 198, 178 (Ostheim))(OLG Wien 17 R 192/80; LGZ Wien 39 a Cg 148/78)

## Text

Die Kläger begehrten vom Beklagten nach Klageeinschränkung je 75 000 S samt Anhang aus dem Titel der Konventionalstrafe. Sie brachten vor, mit dem Beklagten am 21. November 1977 eine Vorgesellschaft zur Verwertung der Erfindung des Beklagten, einer Vakuumdestillieranlage zur Meerwasserentsalzung, errichtet zu haben. In der Folge habe zum gleichen Zweck eine GesmbH errichtet werden sollen. Es sei ein Konkurrenzverbot und für den Fall der Übertretung desselben eine nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Konventionalstrafe von 300 000 S vereinbart worden. Die Vereinbarung sei unmittelbar vor der Reise nach D zwecks Vorführung der Erfindung des Beklagten bei der M Anlagenbau AG getroffen worden. Der Kontakt zur M AG sei von den Klägern hergestellt worden. Die Vorführung sei mit beträchtlichen Kosten verbunden gewesen: es seien für die Verwertung der Erfindung umfangreiche Vorarbeiten geleistet worden. Im Anschluß an die Reise nach D seien die Streitteile am 28. November 1977 übereingekommen, die Gründung der GesmbH bis zum Jänner 1978 aufzuschieben, jedoch auf der Basis einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht weiterzuarbeiten, für welche die gleichen Grundsätze hätten gelten sollen, wie sie für die zu grundende GesmbH vereinbart worden seien. Der Beklagte habe bereits vor Abschluß der ersten Vereinbarung am 21. November 1977 ohne Wissen der Kläger mit Dritten verhandelt; er weigere sich nunmehr, die getroffene Vereinbarung einzuhalten, und habe versucht, seine Erfindung in Zusammenarbeit mit Dritten zu verwerten. Er habe hiedurch das Konkurrenzverbot übertreten.

Der Beklagte gestand als richtig zu, mit den Klägern am 21. November 1977 übereingekommen zu sein, zur Verwertung seiner Erfindung eine GesmbH zu gründen. Die festgelegten Grundzüge des abzuschließenden Gesellschaftsvertrages hätten auch eine Konventionalstrafe für die Verletzung des Konkurrenzverbotes vorgesehen.

Die GesmbH sei jedoch nie gegründet worden, das Übereinkommen vom 21. November 1977 mangels Einhaltung der erforderlichen Form unwirksam. Die Errichtung einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht, insbesondere die Verpflichtung zur Bezahlung einer Konventionalstrafe, sei mit dem Beklagten nie vereinbart worden. Die Besprechung vom 28. November 1977 habe lediglich einer Kreditaufnahme und dem (Bericht über den) Besuch der M Anlagenbau AG gedient. Die Weigerung des Beklagten, mit den Klägern eine GesmbH einzugehen, gründe sich darauf, daß die Kläger ursprünglich die Verwertung des Patentes durch einen Weltkonzern versprochen hätten; es habe sich jedoch herausgestellt, daß die Verwertung nur durch die mit den Klägern zu grundende Gesellschaft erfolgen habe sollen, zu der die Kläger nur mit je 10 000 S beitragen hätten wollen. Auf diese Art hätte jedoch das Patent auf großangelegte Industrieanlagen nicht verwertet werden können, weshalb der Beklagte genötigt gewesen sei, sich nach anderen Verwertungsmöglichkeiten umzusehen. Eine allfällige Konventionalstrafe unterliege dem richterlichen Mäßigungsrecht, weil der Beklagte kein Kaufmann sei.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Am 21. November 1977 kamen die Streitteile überein, eine GesmbH zur Verwertung der Erfindung des Beklagten zu gründen. Die Gesellschaft sollte ein Stammkapital von 100 000 S aufweisen. Die Kläger sollten je 10%, der Beklagte 60% der Gesellschaftsanteile übernehmen. Die Anteile des Beklagten sollten als Sacheinlage qualifiziert sein. Die Gesellschaft sollte zwei Geschäftsführer aufweisen. Die Gewinnanteile sollten den Geschäftsanteilen entsprechen und nicht übertragbar sein. Die Gesellschaft sollte auf unbestimmte Zeit errichtet werden. Für den Fall der Übertretung des Konkurrenzverbotes wurde - unter Verzicht auf das richterliche Mäßigungsrecht - eine Konventionalstrafe von 300 000 S vereinbart. Die Minderheitsgesellschafter kamen ferner "außerhalb der skizzierten Gesellschaft m. b. H." überein, bis zur Registrierung der GesmbH eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht zu gründen. Im übrigen wurde nichts darüber gesprochen, was bis zur Registrierung der GesmbH zu geschehen habe. Nach Beendigung der Besprechung vom 21. November 1977 diktierte der Viertkläger der Gattin des Erstklägers den Entwurf. Das Diktat wurde in Maschinschrift übertragen und von allen Streitteilen unterfertigt. Bei einer weiteren Besprechung am 28. November 1977 grundeten die Streitteile keine Gesellschaft nach bürgerlichen Recht.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, daß die Vereinbarung vom 21. November 1977 rechtsunwirksam sei, weil die Formvorschrift der Errichtung eines Notariatsaktes nicht eingehalten worden sei. Darüber, welche Rechtsbeziehungen zwischen den Streitteilen bis zur Errichtung der GesmbH bestehen sollten, sei am 21. November 1977 nichts vereinbart worden. Auf die Vereinbarung vom 21. November 1977 könnten die Kläger daher ihren Anspruch nicht stützen. Da zwischen den Streitteilen am 28. November 1977 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes nicht gegründet worden sei, hätten die Kläger keinen Rechtstitel für ihre Begehren nachgewiesen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Kläger Folge, hob das Ersturteil auf und verwies die Rechtssache unter Rechtskraftvorbehalt zur Verfahrensergänzung und neuen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen und führte in rechtlicher Hinsicht aus: Die Feststellungen des Erstgerichtes reichten für eine abschließende rechtliche Beurteilung der Sache nicht aus. Die Kläger hätten u. a. behauptet, mit dem Beklagten eine Vorgesellschaft für die Errichtung einer GesmbH zur Verwertung der Erfindung des Beklagten errichtet zu haben. Sie hätten vorgebracht, zur Verwertung der Erfindung umfangreiche Vorarbeiten geleistet und das Gerät der M Anlagenbau AG in D vorgeführt zu haben. Bei der Gründung einer GesmbH unterscheide das Schriftum zwischen einer Vorgesellschaft und einer Vorgrundungsgesellschaft. Letztere stelle bereits einen Vorvertrag im Sinne des § 936 ABGB dar und bedürfe ebenso wie die Errichtung des Gesellschaftsvertrages der Beurkundung durch einen Notariatsakt. Eine Vorgesellschaft setze zwar auch den Abschluß eines Vertrages voraus, dieser sei jedoch an keine bestimmte Form gebunden und könne ausdrücklich, aber auch stillschweigend geschlossen werden. Die Vorgesellschaft könne insbesondere durch Aufnahme der Geschäftstätigkeit vor Errichtung der GesmbH entstehen und sei ihrer rechtlichen Natur nach eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht oder - falls ein Vollhandelsgewerbe auf Grund natürlicher Handelsgeschäfte gegeben sei - eine offene Handelsgesellschaft. Auch in der Rechtsprechung sei eine solche Vorgesellschaft anerkannt (Kastner, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[3], 25; derselbe in ÖJZ 1953, 4 und in NZ 1955, 154 f.; Scheffknecht in NZ 1955, 157 f.; Ostheim in JBl. 1978, 337 f.; SZ 8/42; SZ 25/322; HS 1203, 2145). Liege bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit bereits ein rechtswirksamer Gesellschaftsvertrag (in Form eines Notariatsaktes) vor, so sei anzunehmen, daß die Gründer seine Bestimmungen auch schon vor der Registrierung der Gesellschaft angewendet wissen wollten (Kastner in ÖJZ 1953, 5; SZ 25/322). Liege ein solcher Gesellschaftsvertrag nicht vor, seien aber die Parteien vor Aufnahme der Geschäftstätigkeit und im Hinblick auf diese über die Grundzüge

des abzuschließenden Gesellschaftsvertrages übereingekommen, dann sei nach § 914 ABGB gleichfalls zu folgern, daß diese Grundsätze bereits für die Vorgesellschaft gelten sollten. Im vorliegenden Fall hätten nun die Kläger ein ausreichendes Sachvorbringen in Richtung der Aufnahme der Geschäftstätigkeit schon vor der Errichtung der GesmbH erstattet und weiters vorgebracht, daß die Vereinbarung vom 21. November 1977 unmittelbar vor Antritt der Reise nach D, die bereits der Vorführung des Gerätes gedient habe, getroffen worden sei. Das Erstgericht habe darüber jedoch keine Feststellungen getroffen und werde dies nachzuholen haben. Der Beurteilung des Sachverhaltes seien die oben dargelegten Rechtsgrundsätze zugrundezulegen. Ergebe sich darnach, daß durch Aufnahme der Geschäftstätigkeit zwischen den Parteien eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht - nur eine solche komme vorliegend in Betracht - schlüssig begründet worden sei und infolge des zeitlichen Konnexes zwischen der Aufnahme dieser Geschäftstätigkeit und der Übereinkunft der Parteien vom 21. November 1977 die darin festgelegten Grundsätze auf das Innenverhältnis der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht anzuwenden seien, so werde das Sachverhaltsbild durch Feststellungen über die Verletzung des Konkurrenzverbotes durch den Beklagten zu vervollständigen sein.

Der Oberste Gerichtshof gab dem Rekurs des Beklagten nicht Folge.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Überwiegend wird das Gesellschaftsverhältnis, das dadurch entsteht, daß sich zwei oder mehrere Personen in einem als Vorvertrag zu beurteilenden Vorgrundungsvertrag verpflichten, eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, beispielsweise eine GesmbH, zu gründen, als Vorgrundungsgesellschaft und das Gesellschaftsverhältnis, das zwischen dem Abschluß des einer Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, beispielsweise einer GesmbH, errichtenden Gesellschaftsvertrages und der Eintragung (Registrierung) dieser Gesellschaft im Handelsregister besteht, als Vorgesellschaft bezeichnet (Kastner, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[3], 24 ff; derselbe in ÖJZ 1953, 1 ff. und in NZ 1955, 155 f.; Häggerle - Wünsch, Handelsrecht 2[3], 390 f. und 401 f.; Ostheim in JBl. 1978, 337 und in DRdA 1979.297; SZ 25/322; SZ 48/141; Scheffknecht in NZ 1955, 157 unterscheidet hingegen je nachdem, ob ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde oder nicht, zwischen der allgemeinen Vorgesellschaft und der Vorgesellschaft mbH; die Entscheidung HS 2145/100 beurteilt bereits die gemeinsame vorbereitende Tätigkeit von Personen, die eine GesmbH gründen wollen, als Vorgesellschaft). Es ist aber auch denkbar, daß Personen, die zu einem bestimmten Zweck eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, beispielsweise eine GesmbH, gründen wollen, eine diesem Zweck dienende Geschäftstätigkeit aufnehmen, bevor sie noch einen (formgültigen) Vorgrundungsvertrag oder Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben. In diesem Falle entsteht - ohne daß eine bestimmte Form eingehalten werden müßte - ein je nach dem Gegenstand der Geschäftstätigkeit als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder offene Handelsgesellschaft zu qualifizierendes Gesellschaftsverhältnis (vgl. HS 2145/120), auf das im Innenverhältnis - soweit dies vor der Entstehung der eigenen Rechtspersönlichkeit möglich ist - die für die geplante Gesellschaft gesetzlich vorgesehene oder in Aussicht genommene besondere Regelung anzuwenden ist, es sei denn, die Beachtung der Grundsätze der §§ 863 und 914 ABGB ergäbe mit Rücksicht auf die konkreten Umstände, daß die Beteiligten keinerlei rechtliche Bindung eingehen oder die für die geplante Gesellschaft gesetzlich vorgesehene, oder von ihnen in Aussicht genommene besondere Regelung erst mit der Entstehung der eigenen Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft in Wirksamkeit treten lassen wollten.

In diesem modifizierten Sinn ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß die bisherigen Feststellungen des Erstgerichtes angesichts des Sachvorbringens der Kläger in erster Instanz zur abschließenden rechtlichen Beurteilung der Sache noch nicht ausreichen und in der vom Berufungsgericht aufgezeigten Richtung zu ergänzen sind. Es ist davon auszugehen, daß weder die Kläger in der Klage noch das Berufungsgericht in seinem Aufhebungsbeschuß noch der Beklagte in seinem Rekurs dem Ausdruck "Vorgesellschaft" den eingangs definierten Begriffsinhalt zugrundelegen. Geschieht dies, so ergibt sich, daß hier nach den Feststellungen von einer Vorgesellschaft in diesem Sinn keine Rede sein kann, und zwar weder in Ansehung der zwischen den Streitteilen getroffenen Vereinbarung vom 21. November 1977 (die als mangels Notariatsaktsform ungültiger Vorgrundungsvertrag zu beurteilen ist) noch in Ansehung der nur zwischen den Klägern am gleichen Tag vereinbarten Gesellschaft bürgerlichen Rechts, mag deren Dauer auch mit der Registrierung der zwischen den Streitteilen zu grundenden GesmbH im Handelsregister begrenzt worden sein, noch in Ansehung der zwischen den Streitteilen durch die Aufnahme der Geschäftstätigkeit im Sinne obiger Ausführungen allenfalls zustande gekommenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Entgegen der Auffassung des Beklagten kann nicht

gesagt werden, die Kläger hätten sich in erster Instanz nur auf die Vereinbarungen vom 21. und 28. November 1977 gestützt (die erstgenannte Vereinbarung, soweit sie den Beklagten betroffen habe, sei aber ungültig, die zweite Vereinbarung sei nach den Feststellungen nicht zustandegekommen, an der am 21. November 1977 nur zwischen den Klägern begründeten "Vorgesellschaft" sei der Beklagte nicht beteiligt worden), das Berufungsgericht gehe bei der Begründung seines Aufhebungsbeschlusses von einer Klagegrundlage aus, die von den Klägern gar nicht geltend gemacht worden sei, es leite die Notwendigkeit ergänzender Feststellungen von der Fiktion einer von den Klägern gar nicht behaupteten Beteiligung des Beklagten an einer "Vorgesellschaft" zur beabsichtigten GesmbH ab. Sieht man von der für die Kläger unschädlichen unrichtigen rechtlichen Qualifikation ab, die sie ihrem Sachvorbringen angedeihen ließen, kann diesem durchaus entnommen werden, daß sie ihren Anspruch darauf stützen, durch die gemeinsame Geschäftstätigkeit sei zwischen den Streitteilen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zustande gekommen, auf die im Innenverhältnis unter anderem auch das vereinbarte Konkurrenzverbot und die für dessen Übertretung festgesetzte Konventionalstrafe anzuwenden sei. Ein solcher Anspruch kann jedoch auf Grund der bisherigen Feststellungen des Erstgerichtes allein weder bejaht noch verneint werden.

Es hat daher bei dem berufungsgerichtlichen Aufhebungsbeschuß zu verbleiben. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht insbesondere auch noch mit den Parteien zu erörtern und erforderlichenfalls festzustellen haben, welche Bedeutung dem letzten Absatz der Vereinbarung vom 21. November 1977 betreffend die außerhalb der geplanten GesmbH zwischen den Klägern bis zur Registrierung der GesmbH gegrundete Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zusammenhang mit der für den gegenständlichen Rechtsstreit entscheidenden Frage des Zustandekommens einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen den Streitteilen zukommt.

Nach dem in erster Instanz vorgetragenen Sachverhalt käme allenfalls auch noch die Überlegung in Betracht, daß unabhängig vom Zustandekommen einer gesellschaftsrechtlichen Vereinigung der Streitteile die Absicht bestanden haben könnte, vorvertragliche Schutzpflichten der Beteiligten durch (nicht formgebundene) Vereinbarung einer Konventionalstrafe abzusichern. Dafür spräche der Umstand, daß im Hinblick auf das gemeinsam verfolgte Ziel bereits nicht unbeträchtliche Aufwendungen getätigkt werden sollten und den Betroffenen daher im Falle der Zweckvereitelung ein Schaden entstehen konnte.

#### **Anmerkung**

Z54069

#### **Schlagworte**

Geschäftstätigkeit, Aufnahme der - vor, Gesellschafts-(Vorgrundungs-)Vertrag: Regelung des Innenverhältnisses, Gesellschaftsvertrag, Geschäftstätigkeit vor Abschluß; Regelung des, Innenverhältnisses, Vorgrundungsvertrag, Geschäftstätigkeit vor -: Regelung des, Innenverhältnisses

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

ECLI:AT:OGH0002:1981:0050OB00570.81.0505.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19810505\_OGH0002\_0050OB00570\_8100000\_000

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