

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

09^{144.}
2012
JAHRGANG


NOTAR.AT

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

Aus dem Inhalt:

Hon.-Prof. Dr. Walter Brugger

Zur Reduktion der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG – eine Übersicht

Seite 257

UNTER STÄNDIGER WISSENSCHAFTLICHER MITARBEIT VON: NOTAR UNIV.-DOZ. MAG. DDR. LUDWIG BITTNER,
HOLLABRUNN | EM.O. UNIV.-PROF. DR. DR.H.C. HANS HOYER, WIEN | O. UNIV.-PROF. DDR. WALDEMAR JUD, GRAZ |
O. UNIV.-PROF. DDR. HANS GEORGRUPPE, GRAZ | EM.O. UNIV.-PROF. DR. DR.H.C. RUDOLF WELSER, WIEN | A. UNIV.-PROF.
DR. WOLFGANG ZANKL, WIEN

NZ 2012/90

Zur Reduktion der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG – eine Übersicht

Von Hon.-Prof. Dr. **Walter Brugger**, Rechtsanwalt in Wien

Nach § 76 Abs 2 GmbHG bedarf die Übertragung von Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden eines Notariatsakts. In etlichen Detailfragen ist die Reichweite des Formgebots fraglich; insbesondere ein Teil der Literatur wendet sich wiederholt gegen die Notariatsaktspflicht oder will sie *de lege lata* (und auch *de lege ferenda*) einschränken. Daher soll hier ein kurzer Überblick gegeben werden.

Inhaltsübersicht:

- A. Allgemeines
- B. Zwecke der Formvorschrift
- C. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft
- D. Angebot und Annahme
- E. Nebenabreden – Essentialia
- F. Gleichwertige inländische Ersatzformen
- G. Hebelt IPR die Formpflicht aus?
- H. Auslandsform als Ersatz für Notariatsakt
- I. Heilung des Formmangels?
- J. Sonderproblem: Formpflicht bei Treuhand
- K. Schlussbemerkung

A. Allgemeines

Nach hA gilt die Notariatsaktspflicht für

- die **Übertragung** von Geschäftsanteilen und von Teilen von Geschäftsanteilen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden (so schon der Gesetzestext) und
- die Vereinbarung über die **Verpflichtung** eines Gesellschafters **zur zukünftigen Abtretung** eines Geschäftsanteils. Dazu gehören insb Vorvertrag (und dann auch – gegen eine Mindermeinung¹ – der „Hauptvertrag“), Angebot, Option auf Abtretung,² oder Rückkaufspflicht.³

Hingegen besteht keine Notariatsaktspflicht für ein Übertragungs- oder Zessionsverbot im Syndikatsvertrag.⁴

Die Rechtsfolge bei Unterlassung der Form ist absolute Nichtigkeit (einschließlich Nichtigkeit der Kaufpreiszahlungspflicht).⁵

Die Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG greift aber nicht bei Fällen der Universalsukzession (insb Verschmelzung, verschmelzende Umwandlung) oder des Gesellschafterausschlusses nach GesAusG. Die dingliche Übertragung an einen Legatar erfordert aber nach hA die Notariatsaktsform.⁶

Einschränkend wird auch judiziert, dass **das Formgebot nur für Gesellschafter, aber nicht für die GmbH gelte**; wenn also die GmbH einem Dienstnehmer im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsmodells eigene GmbH-Anteile zusagt, sei die Zusage auch ohne Notariatsakt wirksam, selbst wenn die GmbH keine eigenen Anteile hat und sie erst (unter Mitwirkung der Gesellschafter) beschaffen müsste (der Arbeitnehmer hat gegen die GmbH Erfüllungsansprüche bzw bei Unmöglichkeit: Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung).⁷

Sogar Generalversammlungsbeschlüsse bedurften nach älterer Rsp aus 1995 des Notariatsakts (= Beteiligung aller Gesellschafter) zusätzlich zur notariellen Protokollsbeurkundung („doppelte Formpflicht“), wenn im Gesellschaftsvertrag ein **Aufgriffsrecht** wesentlich geändert oder neu begründet wurde.⁸ Diese strenge Ansicht ist 2010 vom OGH – der überwiegenden L folgend – aufgegeben worden, sodass nun viele praktische Probleme wieder wegfallen, denn nach jüngerer Rsp reicht die notarielle Beurkundung des Generalversammlungsbe-

⁶ OGH 19. 6. 1997, 6 Ob 2280/96 d, wonach der erforderliche Notariatsakt durch eine Amtsbestätigung substituiert werden kann (dazu weiter unten Abschnitt F).

⁷ OLG Wien 16. 5. 2002, 8 Ra 127/02 h.

⁸ OGH 17. 10. 1995, 1 Ob 510/95 SZ 68/193 = NZ 1997, 90. Dem folgend: OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 241/98 d: „Ein Bestätigungsbeschluss in Notariatsaktsform könnte einen Formmangel (bloß notariell beurkundeter Generalversammlungsbeschluss zur nachträglichen Aufnahme einer Aufgriffsvereinbarung in die Satzung) heilen. Eine einseitige ‚Unterwerfungserklärung und Anerkennung‘ jedes Gesellschafters betreffend den Generalversammlungsbeschluss reicht nicht zur Sanierung.“ Beachte auch OGH 20. 5. 1999, 6 Ob 23/99 x SZ 72/88: „Wenn ein Notariatsakt die notarielle Beurkundung ersetzen soll, müssen alle (!) Gesellschafter den Notariatsakt schließen.“

¹ D. Bydlinski, Anteilsübertragung und Notariatsaktspflicht, *ecolex* 2010, 1069 meint, nur der Vorvertrag und der dingliche Übertragungsakt seien formpflichtig, das Verpflichtungsgeschäft hingegen nicht.

² Trettnak, Option auf Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen: Formfreiheit von (Neben-)Abreden, RdW 2010, 555 meint, die einem Dritten gegebene Zusicherung, ihn als Erwerber zu benennen, unterliege nicht der Formpflicht.

³ OGH 25. 9. 2002, 7 Ob 182/01 t.

⁴ OGH 21. 5. 1997, 7 Ob 2350/96 f SZ 70/98 = RdW 1997, 594 = *ecolex* 1997, 940.

⁵ OGH 29. 11. 2007, 2 Ob 134/07 f.

schlusses.⁹ Unklar¹⁰ ist übrigens (und blieb in dieser Entscheidung offen), ob hier ein *Mehrheitsbeschluss* der Generalversammlung reicht oder ob die *Zustimmung der betroffenen Gesellschafter* nötig ist (weil es sich um eine schuldrechtliche Vereinbarung handelt oder § 50 Abs 4 GmbH anzuwenden ist).¹¹

Im Übrigen ist eine gesellschaftsvertragliche Klausel zur automatischen „**Anwachsung**“ (ipso-iure-Übergang) des Anteils etwa bei Tod oder Insolvenz eines Gesellschafters oder bei Eintritt anderer Bedingungen an die anderen Gesellschafter bei der GmbH – anders als bei Personengesellschaften – nicht möglich, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag Notariatsaktsform hat, denn es würde angesichts von unklaren Anwachsungsvoraussetzungen der Klarstellungsfunktion des § 76 Abs 2 GmbHG nicht entsprochen.¹²

Maßgeblich für die Abgrenzung der Formpflicht sind die – zT kontroversiell diskutierten – Zwecke der Formvorschrift.

B. Zwecke der Formvorschrift

Auch die Formzwecke werden immer wieder diskutiert. Der OGH zählt meist drei Formzwecke¹³ auf („**Trias der Schutzzwecke**“):¹⁴

- Immobilisierung (Unterbindung der „Zirkulationsfähigkeit und Negoziabilität“),¹⁵
- reife Überlegung zum Schutz des Erwerbers vor den Gefahren der GmbH (undurchsichtige Gebarung im Vergleich zur AG) und
- Publizität der Gesellschafterstellung.

Dabei sind nach der Rsp Übereilungsschutz und Nachweisbarkeit nachrangig gegenüber dem eigentlich wesentlichen **Immobilisierungszweck**.¹⁶ Die beiden letzteren Formzwecke (Erwerberschutz und Publizität) werden in der Lit zT angezweifelt.¹⁷

⁹ OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10 y NZ 2011/62, 221 – Klage der Gesellschafter wegen Aufgriffs der Geschäftsanteile an der *Diagnosticum Röntgenambulatorium Gersthofer Straße für bildgebende Diagnostik GesmbH* (FN 108788 h). Ähnlich OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 81/11 x für bloß formelle Satzungsbestandteile.

¹⁰ Vgl zur Diskussion: *Rauter in Straube*, GmbHG § 76 Rz 152.

¹¹ *Ettmayer*, Form- und Mehrheitserfordernisse bei Begründung von Aufgriffsrechten, *ecolex* 2011, 715.

¹² OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 150/08 i GesRZ 2009, 37 mit zust Anm *Schopper*.

¹³ OGH 9. 4. 1992, 6 Ob 640/91 WBl 1992, 374 = *ecolex* 1992, 634; OGH 19. 10. 1999, 4 Ob 255/99 z SZ 72/149 = GesRZ 2000, 33; ebenso OGH 28. 6. 2000, 6 Ob 18/00 s RdW 2000, 608.

¹⁴ Vgl die Judikaturübersicht bei *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 546.

¹⁵ Vgl ErläutRV 236 BeilHH 17. Session 1904, 52, 59 und 84 f; Bericht der Spezialkommission des HH 272 BeilHH 17. Session 1905, 5.

¹⁶ OGH 28. 8. 2003, 8 Ob 259/02 z.

¹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Rz 17 zu § 76; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 548.

Hingegen stellt *P. Bydlinski*,¹⁸ nur auf **zwei Formzwecke** ab, nämlich:

- Immobilisierung zwecks Übereilungsschutzes, daher Ermöglichung reiflicher Überlegung nach rechtlicher Belehrung;
- Klarstellungsfunktion/Drittsschutz (Publizität, Beweissicherung).

Er legt mE überzeugend dar, dass Immobilisierung und Übereilungsschutz nicht zwei getrennte Formzwecke sind.

C. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Nach hA gilt aufgrund dieser Formzwecke die Notariatspflicht des § 76 Abs 2 GmbHG sowohl für das **Verpflichtungs-** als auch für das **Verfügungsgeschäft**, sofern beide überhaupt (wie etwa beim Vertrag auf künftige Abtretung) auseinanderfallen.¹⁹ Ein Teil der Lit hingegen will das Formgebot auf das Verpflichtungsgeschäft reduzieren und den Modus ohne Notariatsakt gelten lassen.²⁰ Allerdings spricht mE die Klarstellungsfunktion für die Formpflicht des Verfügungsgeschäfts.

Man sollte in der Praxis bei der Formulierung des Vertragstexts beachten, **ob zwischen Signing und Closing differenziert wird** oder nicht. Wird – wie so häufig in notariell konzipierten Abtretungsverträgen – nicht differenziert, dann enthält der Notariatsaktstext idR Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.

Wird Signing und Closing aber – insb bei „großen Transaktionen“ – getrennt, kann nach dem Signing (Verpflichtungsgeschäft) ein weiterer Notariatsakt für das Verfügungsgeschäft (Übertragung, Closing) erforderlich werden (*Beispiel*: „[...] verkauft nach Maßgabe dieses Vertrags mit Wirkung zum Tag des Closing den Geschäftsanteil an den Käufer und tritt den Geschäftsanteil nach Maßgabe dieses Vertrags an den Käufer ab, wobei die Übertragung am Tag des Closing nach Maßgabe des Vertragspunktes [...] erfolgt“).

Alternativ könnte mE schon beim Signing eine aufschiebend bedingte Übertragungserklärung in Notariatsaktsform abgegeben werden (*Beispiel*: „[...] verkauft nach Maßgabe dieses Vertrags mit Wirkung zum Tag des

¹⁸ *P. Bydlinski*, GmbH-Geschäftsanteile (1991) 36; zustimmend *M. Auer*, Zum Formgebot, JBl 2002, 441.

¹⁹ OGH 26. 4. 1990, 6 Ob 542/90 wbl 1991, 36; OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 241/98 d RdW 1999, 410; abw nur OGH 7. 9. 1999, 10 Ob 40/99 a RdW 2000, 91: Notariatsaktspflicht „nur“ für das Verfügungsgeschäft.

²⁰ *Schummer*, Zum Formgebot bei der Übertragung eines GmbH-Anteils, *ecolex* 1991, 319 meint, dass der Notariatsakt für das Titelgeschäft reiche und für den Modus unnötig sei; ähnlich *Warto*, Zum Modus bei der Übertragung von GmbH-Anteilen, ÖJZ 2012, 437: Ein Modus sei überhaupt unnötig.

Closing den Geschäftsanteil an den Käufer und tritt den Geschäftsanteil nach Maßgabe dieses Vertrags an den Käufer ab, wobei die Übertragung des Geschäftsanteils aufschiebend bedingt ist mit der Erfüllung der Closing-Bedingungen und der vollständigen Vornahme aller Closing-Maßnahmen gemäß Punkt [...]“).

Denn nicht der Notariatsakt an sich, sondern erst die darin enthaltene Erklärung, mit Unterfertigung die Übereignung zu vollziehen, ist das Verfügungsgeschäft.

Wer vom Abtretungsvertrag (zB aufgrund eines vertraglichen Rücktrittsrechts) wirksam **zurückgetreten** ist,²¹ dem steht bloß ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübertragung der abgetretenen Geschäftsanteile zu; bis zur förmlichen Rückübertragung (welche abgesehen von einem nach § 76 Abs 2 GmbHG erforderlichen Notariatsakt auch durch Urteil oder gerichtlichen Vergleich erfolgen kann, dazu unten) stehen aber die mit dem Geschäftsanteil verknüpften Mitgliedschaftsrechte ausschließlich dem Erwerber derselben zu (also keine dingliche Wirkung des Vertragsrücktritts).²²

D. Angebot und Annahme

Die Notariatsaktpflicht gilt nach hA nicht nur für das **Angebot** (und mE auch für eine allenfalls gesonderte Fristverlängerung), sondern auch für die **Annahme**.²³ Der Vertrag kommt erst mit Zugehen der Annahmeerklärung (Notariatsakt) beim Anbotsteller zustande.²⁴ Ob für den Verzicht auf die Annahme eines Abtretungsangebots die Formpflicht gilt, ist nach den Schutzzwecken mE eher zu verneinen.²⁵

Bei einem befristeten Angebot reicht übrigens für die Fristwahrung die fristgerechte Errichtung des Notariatsakts (Annahme) und die fristgerechte Benachrichtigung des Oblaten (auch ohne Zustellung einer Notariatsaktsausfertigung; diese muss in angemessener Frist nachgereicht werden).²⁶

²¹ Den Rücktritt auf § 918 ABGB zu stützen, kann problematisch sein (vgl. OGH 20. 12. 2006, 7 Ob 203/06 p), denn nach hA ist ein Rücktritt vom Vertrag gem § 918 ABGB nach Übergabe der Sache ins Eigentum des Käufers (Notariatsakt über das Verfügungsgeschäft) wegen Nichtzahlung des Kaufpreises nicht möglich (RIS-Justiz RS0018315 und RS0018319).

²² OLG Wien 28. 12. 2001, 28 R 26/01 a NZ 2003/24, 93. Siehe auch OGH 16. 10. 1986, 6 Ob 36/85 SZ 59/172; OGH 7. 9. 1999, 10 Ob 40/99 a RdW 2000, 91 = ecolex 2000, 365.

²³ Siehe Brugger, Zur Formpflicht bei der Fristverlängerung für ein Angebot auf GmbH-Anteilsabtretung, NZ 1993, 1.

²⁴ OGH 26. 8. 1999, 2 Ob 46/97 x SZ 72/127; OLG Wien, 6 R 97/93 NZ 1995,38.

²⁵ Offen gelassen in OLG Wien, 5. 10. 2011, 28 R 154/11 i NZ 2012/G94, 92, Zwangsstrafenverfahren.

²⁶ OGH 18. 2. 1976, 1 Ob 531/76 SZ 49/23; OLG Graz 3. 5. 2007, 4 R 21/07 a NZ 2008/37, 96.

E. Nebenabreden – Essentialia

Nebenabreden sind nach hA auch außerhalb der formgerechten Urkunde wirksam²⁷ – „Lehre vom unvollkommen beurkundeten Geschäft“. Hingegen kann bspw beim Abtretungsangebot eine Fristverlängerung (angesichts Klarstellungsfunktion/Drittschutz) mE nicht formfrei vereinbart werden.²⁸

Die *essentialia negotii* müssen hingegen nach hA²⁹ sehr wohl im Notariatsakt enthalten sein. Zu den *essentialia* gehören an sich Ware, Kaufpreis, Rechtsgeschäftstypus, doch wird dies angesichts des Formzwecks durchaus restriktiv interpretiert:

So wird vertreten, dass in Notariatsaktsform weder der Preis³⁰ (oder eine die Kaufpreisvereinbarung ergänzende earn-out-Klausel³¹ oder ein weiterer Kaufpreisteil)³² noch der Rechtsgrund beurkundet werden müssen.³³ Daher ist eine mündliche Kaufpreisabrede auch dann gültig, wenn im schriftlichen Kaufvertrag – etwa aus steuerlichen Gründen – ein niedrigerer als der tatsächlich vereinbarte Kaufpreis angegeben wird; dem Begehren auf Zahlung des gesamten Kaufpreises steht nach der Rsp kein gesetzliches Verbot entgegen. Vertragsbestimmungen des verdeckenden Geschäfts, die auch auf das verdeckte Geschäft anwendbar sind, bleiben für dieses in Kraft.³⁴ Die Angabe eines niedrigeren als des tatsächlich bedungenen Entgelts („schwarzer Teil“) in einer Vertragsurkunde zwecks Irreführung der Steuerbehörde macht das Geschäft nicht ungültig und berechtigt den Käufer nicht zur Rückforderung des über den beurkundeten Betrag hinaus Geleisteten.³⁵

Nach P. Bydliński³⁶ reicht es, dass der Notariatsakt die Vereinbarung, einen genau bezeichneten Geschäftsanteil

²⁷ OGH 11. 9. 1985, 3 Ob 544, 545/85 NZ 1986, 212; ebenso OGH 25. 9. 2002, 7 Ob 182/01 t; Schauer, Formgebot, RdW 1986, 358; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ (1990) 423 bei FN 16; Nowotny in Kalls/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht 1086 FN 577; anders in Deutschland.

²⁸ Brugger, Zur Formpflicht bei der Fristverlängerung für ein Angebot auf GmbH-Anteilsabtretung, NZ 1993, 1.

²⁹ Koppensteiner/Rüffler, GmbH³ Rn 20 zu § 76; Schauer, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen? RdW 1986, 358 (359).

³⁰ P. Bydliński, GmbH-Geschäftsanteile (1991) 66 FN 263 mwN; Rauter in Straube, GmbHG § 76 Rz 208 f.

³¹ Gurmann, Gedanken zur Notariatsaktpflicht bei nachträglichen Änderungen eines Kauf- und Abtretungsvertrages, Ges 2009, 288.

³² OGH 15. 5. 2001, 5 Ob 41/01 t: Wird zusätzlich zum Notariatsakt in einer schlichten Nebenabrede ein weiterer Kaufpreis für den Erwerb eines Geschäftsanteils vereinbart, liegt darin keine Verletzung der Formvorschrift.

³³ Vgl. OGH 26. 6. 1962, 8 Ob 187/62 HS 3246; P. Bydliński, Zur Formpflicht bei der Übertragung von GmbH-Anteilen, NZ 1986, 241 (243) FN 29 mwN; ebenso P. Bydliński, GmbH-Geschäftsanteile (1991) 67 FN 268.

³⁴ OGH 3. 4. 1975, 6 Ob 200/74.

³⁵ OGH 11. 7. 1951, 1 Ob 483/51 (RIS-Justiz RS0016866).

³⁶ Ebenso W. Berger, 175 Jahre ABGB (1986) 41 (66).

teil zu veräußern, enthalte; es müssten insb – argumento a maiori ad minus – keine vertraglichen Nebenbestimmungen enthalten sein.

*Reich-Rohrwig*³⁷ wendet dagegen ein, dass der Rechtsgrund sehr wohl genannt werden muss, wenn sich doch die Formpflicht – nach hA – (auch) auf das Verpflichtungsgeschäft bezieht. Ihm ist mE zuzustimmen, weil ja ein Titelgeschäft ohne Nennung des Titels nicht in sinnvoller Weise möglich ist. Der OGH verlangt aber die Benennung des Rechtsgrundes (wiewohl er existieren muss, es gibt ja keine abstrakten Rechtsgeschäfte) im Notariatsakt nicht.³⁸

F. Gleichwertige inländische Ersatzformen

Ein **gerichtlicher Vergleich** ersetzt den Notariatsakt,³⁹ ebenso gerichtliches **Urteil**, wobei mit Rechtskraft des Urteils die Übertragungserklärung gem § 377 EO ohne Exekutionserfordernis als abgegeben gilt.⁴⁰ Auch die **Amtsbestätigung gem § 182 Abs 3** (vormals § 178) **AußStrG** ersetzt den Notariatsakt.⁴¹ Nach einem Teil der L und Rsp⁴² bedarf es keines Notariatsakts, wenn der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren mit insolvenzgerichtlicher Genehmigung (infolge Genehmigungspflicht⁴³ iSv § 117 IO) einen GmbH-Anteil veräußert. Das Gleiche gilt nach hM im Kaduzierungsverfahren⁴⁴ und für die Veräußerung im Exekutionsverfahren.⁴⁵

In all diesen – freilich seltenen – Fällen ist also ein Notariatsakt nicht erforderlich.

G. Hebelt IPR die Formpflicht aus?

Das **schuldrechtliche** Geschäft über die Anteilsabtretung ist nach dem Schuldvertragsstatut (§ 35 IPRG; Art 3 bis 4

Rom I-VO) zu beurteilen. Man kann durch die freie Rechtswahl die Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung vereinbaren. Für das obligatorische Verpflichtungsgeschäft wird weitgehend das Schuldvertragsstatut (§ 35 IPRG, Art 3 bis 4 Rom I-VO) als maßgeblich angesehen und somit auch freie Rechtswahl zugelassen.⁴⁶

Aber die Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG wird nach hA als Eingriffsnorm⁴⁷ (vgl Art 9 Rom I-VO) gewertet. Daher kann sie nicht durch Rechtswahl abbedungen werden. Sie ist auf in Österreich registrierte (inländische) GmbHs mit tatsächlichem Sitz der Hauptverwaltung in Österreich anzuwenden. Unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur kann sich § 76 GmbHG nicht auch auf im Ausland registrierte Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Österreich erstrecken,⁴⁸ denn im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit (Art 49, 54 AEUV) wird die Anknüpfung an den Verwaltungssitz in Relation zu den anderen Mitgliedsstaaten tw durch die Gründungstheorie verdrängt („verstecktes Binnenmarkt-IPR“).⁴⁹

Dagegen argumentiert *Eckert*, dass § 76 Abs 2 GmbHG keine Eingriffsnorm sein könne, weil diese Norm nicht – wie sonst bei Eingriffsnormen – staats-, wirtschafts- oder sozialpolitischen Schutz bezwecke.⁵⁰ Aber § 76 Abs 2 GmbHG will die GmbH-Gesellschafter vom Kapitalmarkt fern halten („Immobilisierung“) und sie vor Übereilung schützen, was mE sehr wohl als wirtschaftspolitische Zielsetzung gesehen werden könnte, die auf die Eigenschaft einer Eingriffsnorm schließen lässt. *Eckert* hält dies für (wörtlich) „überlebt“ und gem Wortlaut des Art 9 Rom I-VO für nicht mehr argumentierbar.⁵¹

H. Auslandsform als Ersatz für Notariatsakt

Wenn die Formvorschrift des § 76 Abs 2 GmbHG nicht (etwa durch Rechtswahl) abbedungen werden kann, dann ist anhand der Formzwecke des § 76 GmbHG zu

³⁷ *Reich-Rohrwig*, Zur Heilung formunwirksamer Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 1990, 546 (548).

³⁸ OGH RIS-Justiz RS0060085.

³⁹ OGH 6. 5. 1994, 8 Ob 521/94 SZ 67/83 = JBl 1995, 260; aA *P. Bydlinski*, GmbH-Geschäftsanteile 23–27; *Kostner/Umfahrer*, GmbH⁵ Rn 35.

⁴⁰ OLG Wien 4. 1. 2002, 28 R 178/01 d, NZ 2002/154, 370.

⁴¹ OGH 28. 6. 2000, 6 Ob 18/00 s, RdW 2000, 608. Ähnlich OGH 15. 12. 2010, 1 Ob 108/10 d NZ 2011/49, 183; aA *Schweda*, Zur Ausfolgung von Legaten, NZ 2012, 161 (164).

⁴² OLG Wien 15. 3. 2006, 28 R 35/06 g, mwN aus Lit und Jud, nur tw veröff in GeS 2006, 223 (m krit Anm *Birnbauer*) = NZ 2006/G 38, 218.

⁴³ Wenn hingegen keine Genehmigungspflicht nach § 117 IO vorliegt, sondern eine solche Genehmigung ohne Verpflichtung eingeholt worden ist, dann ist der Notariatsakt notwendig; vgl OGH 28. 3. 2007, 6 Ob 112/06 y NZ 2008/4, 21.

⁴⁴ Veräußerung des Anteils nach den §§ 68, 73 oder nach § 76 Abs 4 GmbHG (vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 21 mwN; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 628 f jeweils mwN).

⁴⁵ OGH 25. 7. 2000, 10 Ob 78/00 v.

⁴⁶ Aber Eingriffsnormen sind zu beachten, zB Grundverkehrsrecht (so – freilich mit einschränkender Auslegung zum TirGVG und unter Hinweis auf den Vorrang der EU-Kapitalverkehrsfreiheit – OGH 19. 3. 2010, 6 Ob 27/10 d).

⁴⁷ HA, vgl OGH 23. 2. 1989, 6 Ob 525/89 SZ 62/28; *Brugger*, Abgabensparende Modelle beim GmbH-Anteilserwerb, *ecolex* 1991, 721 (725 FN 82); *Brugger*, NZ 1993, 1 mwN; aA *Adensamer*, Zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Formfragen bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, wbl 2004, 508; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 387 f.

⁴⁸ Vgl die *Centros*-Entscheidung des EuGH 9. 3. 1999, C-121/97; ähnlich OGH 15. 7. 1999, 6 Ob 123/99 b NZ 2000, 49 = RdW 1999, 719 (Anm *Nowotny*).

⁴⁹ Außer bei zwingendem Allgemeininteresse. Zum IPR vgl ausf *Brugger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2012) § 107 Rz 17–30 mwN (in Druck); *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 389 ff unter Hinweis auf die EuGH-Jud.

⁵⁰ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 157 ff 387.

⁵¹ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 388.

prüfen, ob und gegebenenfalls welche ausländische Form dem österr Notariatsakt **gleichwertig** ist („Substitution der Inlandsform durch funktional gleichwertige Auslandsform“).

Jedenfalls ist die – wiewohl spezifisch auf Formvorschriften gemünzte – Regelung des § 8 IPRG, Art 11 Rom I-VO, zuvor Art 9 EVÜ, („es reicht jede Ortsform“) **im Gesellschaftsrecht** nach noch hA **unanwendbar**.⁵² Dagegen wendet sich die jüngere Lehre für jene Fälle, in denen zur Rechtswahl auch noch ein relevanter (realer) Auslandsbezug hinzukommt; dann reiche die Einhaltung der Ortsform; sonst wäre die zwingende österr Formvorschrift (zwar nicht als Eingriffsnorm aber) infolge Art 3 Abs 3 Rom I-VO anzuwenden.⁵³

Wenn also die Notariatsaktpflicht angenommen wird, stellt sich die Frage nach **qualitativ gleichwertigen** ausländischen Formen zwecks Erfüllung dieser Formpflicht: Nach der Rsp ist die notarielle Beurkundung eines deutschen Notars (und zwar jene iSd §§ 6 ff dBeurkG) dem österr Notariatsakt (§ 52 NotO) gleichwertig⁵⁴ und nach einer OLG Wien-Entscheidung auch die eines spanischen Notars (wegen dessen Bindung an einen Standesrechtskodex).⁵⁵ Dagegen müsste aber mE bedacht werden, dass im Ausland eine Rechtsbelehrung über das österr GmbHG kaum möglich ist, so dass die Einhaltung einer ausländischen notariellen Form nicht alle Formzwecke befriedigt und nur noch eine „Erschwerung durch Notariatsform auch ohne Rechtsbelehrung“ als mE sonderbarer Selbstzweck verbleibt.⁵⁶ Immerhin entspricht das dem OGH-Postulat der Immobilisierung als Hauptzweck. Gegen die allzu leicht angenommene Gleichwertigkeit einer Auslandsform gibt es Kritik der Lit.⁵⁷ (Jedenfalls ist diese Gleichwertigkeitsprüfung Richter- und nicht Rechtspflegersache⁵⁸).

(Anmerkung:⁵⁹ Bei der *Generalversammlung* ist die notarielle Niederschrift nach §§ 36 ff dBeurkG durch einen bundesdeutschen Notar der notariellen Beurkundung durch einen österr Notar gleichwertig; aber eine Gene-

ralversammlung im Ausland ist nur zulässig, wenn der einzige Gesellschafter im Ausland ist. Beachte die ausdrückt Anordnung des § 102 Abs 2 AktG für die HV.)⁶⁰

Ähnliche Substitutionsüberlegungen gibt es angesichts ähnlicher Rechtslage auch in Deutschland (vgl § 15 Abs 3 dGmbHG: „notarielle Form“): Dort wurde als Ersatz für die Beurkundung durch einen deutschen Notar die Auslandsbeurkundung zumindest vor einem Notar in den Kantonen *Basel-Stadt*, *Zürich-Altstadt* und *Zug* als rechtlich wirksam angesehen; ob sich durch das MoMiG (seit 1. 11. 2008) daran etwas ändert, ist str. Dann wurde 2011 entschieden,⁶¹ dass die Beurkundung durch einen Notar im Schweizer *Kanton Basel* einer notariellen Beurkundung in Deutschland gleichwertig sei und das MoMiG daran nichts geändert habe. Vor der unbesehenen Übernahme dieser Judikaturaussagen muss aber gewarnt werden.

1. Heilung des Formmangels?⁶²

Es gibt **keine** generelle **Heilung des Formmangels** durch Erfüllung.⁶³ Aber unter folgenden Voraussetzungen

- formungültiges Geschäft von beiden Vertragsparteien tatsächlich erfüllt,
- Erwerber übt die Gesellschaftsrechte über längere Zeit hindurch aus (mind ein Jahr lang),
- Erwerber ist im Genuss der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Mitgliedschaftsrechte

ist – nach der älteren Rsp⁶⁴ – die nachträgliche Berufung des Erwerbers auf das Formgebot und Begehren auf Rückzahlung des Kaufpreises im konkreten Einzelfall ein Verstoß gegen die guten Sitten.⁶⁵ Gegen die Heilung aber die jüngere Rsp.⁶⁶ Eine Sanierung des Abtretungsvertrags wegen des bei Errichtung des Notariatsakts unterlaufenen Formmangels (nicht beeideter Dolmetsch⁶⁷) scheidet dann aus, wenn das Verpflichtungs- und das Ver-

⁵² Verschraegen in Rummel^β IPRG § 8 Rz 9; aA Schwind, ZfVR 1989, 230.

⁵³ Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 389 ff; unter Hinw auf Adensamer, wbl 2004, 508;

⁵⁴ OGH 23. 2. 1989, 6 Ob 525/89 SZ 62/28 = RdW 1989, 191 = GesRZ 1989, 225 = ZfRV 1989, 223 (zust Schwind) = IPRax 1990, 252; OGH 23. 2. 1989 GesRZ 1989, 225; OGH 28. 2. 1991, 6 Ob 1/91 wbl 1991, 174 = GesRZ 1991, 157 = ecolex 1991, 322 = EvBl 1991/93. Ggt noch die ältere Rsp, vgl die Nachweise über die Entwicklung bei Leopold/Koland/Caspar, Die Gültigkeit eines Erbvertrages nach österreichischem Recht bei Beurkundung durch einen deutschen Notar, NZ 2005, 193 (195 f).

⁵⁵ OLG Wien, 4. 11. 2008, 28 R 194/08 t NZ 2009/G 67, 222.

⁵⁶ Ausdr zust Kralik, IPRax 1990, 256 rSp; Etmayer/Walbert, Die Generalversammlung im Ausland, ecolex 2011, 425.

⁵⁷ Brugger, ecolex 1991, 721 FN 82; P. Bydlinski, GmbH-Geschäftsanteile 44 und P. Bydlinski, NZ 1999, 290.

⁵⁸ OLG Linz 1. 9. 2010, 6 R 153/10 b.

⁵⁹ OGH 28. 2. 1991, 6 Ob 1/91 wbl 1991, 174 = GesRZ 1991, 157 = ecolex 1991, 322 = EvBl 1991/93.

⁶⁰ Etmayer/Walbert, Die Generalversammlung im Ausland, ecolex 2011, 425.

⁶¹ OLG Düsseldorf 2. 3. 2011, I-3 Wx 236/10 (rk).

⁶² Siehe auch Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998).

⁶³ OGH 26. 4. 1990, 6 Ob 542/90 wbl 1991, 36.

⁶⁴ OGH 7. 7. 1983, 7 Ob 598/82 SZ 56/119; 21. 2. 1990, 1 Ob 519/90 wbl 1990, 219 = JBl 1990, 715 = ecolex 1990, 486 = RdW 1990, 287. Diese Rsp wurde später aber nicht weiter verfolgt und wieder relativiert (OGH 20. 10. 2004, 7 Ob 110/04 h unter Berufung auf OGH 26. 4. 1990, 6 Ob 542/90 und 9. 4. 1992, 6 Ob 640/91; vgl auch OGH 13. 4. 1999, 4 Ob 99/99 h). Für die Heilung OLG Wien 24. 6. 2008, 28 R 19/08 g NZ 2009/G63, 30.

⁶⁵ Zur Heilung vgl auch Harke, Formzweck und Heilungsziel, WM 8/2004, 357.

⁶⁶ OGH 20. 10. 2004, 7 Ob 110/04 h.

⁶⁷ Nichtigkeit, wenn gar kein Dolmetsch beigezogen wurde; die Erkennbarkeit mangelnder Sprachkunde durch den Notar ex ante ist ohne Bedeutung; OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 49/11 s NZ 2001/110, 334.

fügungsgeschäft (Überlassung des Geschäftsanteils verbunden mit den Mitgliedschaftsrechten) zusammenfallen, der Formmangel auch das Verfügungsgeschäft umfasst und letzteres nicht von beiden (!) Seiten erfüllt worden ist.⁶⁸

J. Sonderproblem: Formpflicht bei Treuhand

Keine Notariatsaktspflicht besteht für die Begründung der Übertragungspflicht des Treuhänders an den Treugeber aus einer Treuhand.⁶⁹ Wesentlicher Grund für die Einschränkung des Formgebots für die Verpflichtung zur Rückübertragung von treuhändisch gehaltenen GmbH-Anteilen ist, dass im Rahmen der Treuhand das Treugut ja ohnehin bereits wirtschaftlich dem Treugeber zugeordnet ist, und bei der Verneinung der Verpflichtung zur Rückerstattung gerade jene wirtschaftliche Veränderung der Zuordnung eintrete, der § 76 Abs 2 GmbHG entgegenwirken solle.⁷⁰ Wurde also der Geschäftsanteil bereits im Rahmen einer Treuhandvereinbarung vom Treuhänder auf Rechnung des Treugebers erworben und gehalten (sog **Erwerbstreuhand**), so besteht eine Herausgabeverpflichtung auch dann, wenn der Treuhandvertrag als solcher nicht in Notariatsaktsform errichtet wurde.⁷¹ (Auch die Auflösung der Treuhandvereinbarung ist nicht formgebunden.)⁷²

Diese Judikaturlinie geht auf den berühmten *Turmöl*-Fall zurück: *Martin Maimann* war seit 1952/1953 Treuhänder für die *KPÖ* und als solcher sowohl mit einem Kommanditanteil von 53% treuhändig Kommanditist der *Turmöl Mineralölprodukte Großhandel* (vormals: die von der russischen Besatzungsmacht gegründete *Zum Roten Turm*) als auch Alleingesellschafter ihrer Komplementär-GmbH. Er versuchte – mit Formalargumenten gegen die 1979 eingebrachte Klage – die Herausgabe des Treuguts an die *KPÖ* zu verweigern, aber letztlich erfolglos.⁷³ (Übrigens verkaufte die *KPÖ* – in Geldnöten nach mehreren, von der *BRD* erfolgreich gegen die *KPÖ* geführten Prozessen – das Unternehmen *Turmöl* viel später, nämlich 2003).

⁶⁸ OGH 13. 4. 1999, 4 Ob 99/99 h RdW 1999, 593 = GesRZ 1999, 184 = wbl 1999, 473 = EvBl 1999/170 = GesRZ 1999, 184 = NZ 2001, 201.

⁶⁹ OGH 26. 8. 1993, 2 Ob 535/93 GesRZ 1994, 63; OGH 7. 2. 1989, 2 Ob 597/88 wbl 1989, 157; 20. 1. 2004, 4 Ob 256/03 f SZ 2004/8; OGH 20. 12. 2006, 7 Ob 203/06 p NZ 2007/55, 241.

⁷⁰ *Lessiak*, Formgebundenheit der Übertragung von GmbH-Anteilen im Treuhandverhältnis? GesRZ 1988, 217 ff.

⁷¹ OGH 25. 2. 2004, 7 Ob 287/03 m.

⁷² OGH 27. 5. 1992, 6 Ob 545/92.

⁷³ OGH 23. 6. 1988, 8 Ob 565/87, *Turmöl* SZ 61/153. Ebenso OGH 28. 8. 2003, 8 Ob 259/02 z: Hat der Treuhänder den Geschäftsanteil bereits im Rahmen einer bestehenden Treuhandvereinbarung auf Rechnung des Treugebers erworben und gehalten, so besteht eine Herausgabeverpflichtung des Treuhänders auch dann, wenn der Treuhandvertrag nicht in Notariatsaktsform errichtet wurde.

Wenn der Treuhänder dann seine – auch ohne Notariatsakt gültig begründete – Pflicht zur Ausfolgung des Geschäftsanteils an den Treugeber erfüllt (dingliches Verfügungsgeschäft), bedarf das des Notariatsakts.⁷⁴

Anders gelagert ist aber der Fall einer **Vereinbarungstreuhand**, bei der ein Gesellschafter mit einem Dritten übereinkommt, dass er seine Beteiligung künftig als Treuhänder für den Dritten halten werde (**bisheriger eigenbesitzender Gesellschafter wird Treuhänder**). Hier kommt es zu einer wirtschaftlichen Übertragung des Treugutes. Dieser Vorgang unterliegt dem Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG; sonst wäre die durch das Formgebot angestrebte Immobilisierung der Geschäftsanteile und Sicherstellung, dass die Identität der jeweiligen Gesellschafter festgestellt werden kann, unterlaufen.⁷⁵

Wenn ein Gesellschafter seinen Anteil an einen Dritten als seinen nunmehrigen Treuhänder überträgt („**Übertragungstreuhand**“), ändert sich die wirtschaftliche Zuordnung nicht, weshalb konsequenterweise Formfreiheit für die Übertragung angenommen wird⁷⁶ (vgl auch oben zur Erwerbstreuhand).

Notariatsaktspflicht besteht, wenn an den Treuhänder eines anderen und von diesem zurück übertragen werden soll, auch bei Sicherungsübertragung und (nach Wegfall des Sicherungszwecks) bei Rückübertragung.⁷⁷ Notariatsaktspflicht besteht auch beim **Wechsel des Treugebers** trotz Beibehaltung desselben Treuhänders.⁷⁸

Keine Notariatsaktspflicht wird aber angenommen, wenn der Treuhänder durch Auflösung der Treuhandbindung eigenberechtigter Gesellschafter (vergleichbar dem Fall der *traditio brevi manu*; „Fremdbesitz wird Eigenbesitz“) wird.⁷⁹

K. Schlussbemerkung

Nur in Randbereichen mag an der strengen Anwendung der Notariatsaktspflicht gezweifelt werden, wie die oben näher dargestellten Fälle (Anteilsveräußerung durch Nicht-Gesellschafter; Erwerbstreuhand; Übertragungstreuhand; keine inhaltlich vollständige Benennung des Rechtsgeschäfts im Notariatsakt) zeigen, oder eine dem österr Notariatsakt äquivalente Auslandsform (aber welche ist das?) als Ersatz zugelassen werden; aus kautelarjuristischer Sicht rate ich, ein unnötiges Risiko zu vermeiden.

⁷⁴ OGH 18. 2. 2010, 6 Ob 1/10 f NZ 2010/59, 239, Klage gegen *Wasser-Abwassertechnik GmbH* (FN 241945 b) betr Treuhand-schaft; OGH 20. 12. 2006, 7 Ob 203/06 p NZ 2007/55, 241.

⁷⁵ OGH (FN 71).

⁷⁶ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/27 mit Hinweis auf die mE unklare E OGH 28. 8. 2003, 8 Ob 259/02 z.

⁷⁷ OGH 19. 10. 1999, 4 Ob 255/99 z SZ 72/149 = JBl 2000, 385.

⁷⁸ *Überw Ansicht*; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rn 747.

⁷⁹ OGH 27. 5. 1992, 6 Ob 545/92 SZ 65/82 = RdW 1992, 341 = *ecolex* 1992, 853.