

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

125. JAHRGANG

JÄNNER 1993

NUMMER 1

## Zur Formpflicht bei der Fristverlängerung für ein Angebot auf GmbH-Anteilsabtretung

Von Dr. Walter Brugger

*Bei einem Angebot auf GmbH-Anteilsabtretung stellt sich gegen Ende der Frist zur Angebotsannahme häufig die Frage, ob die Verlängerung der Annahmefrist der Notariatsaktsform bedarf. Stellungnahmen der Lehre und Rechtsprechung zu diesem Thema fehlen. Der Autor kommt zum Ergebnis, daß sich das Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG auf die Fristverlängerung erstreckt.*

### Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Problemstellung
3. Stellungnahme
4. Zusammenfassung

### 1. Ausgangslage

Bekanntlich bedarf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen der Form des Notariatsaktes<sup>1)</sup> (und zwar für das Verpflichtungs- und<sup>2)</sup> das Verfügungsgeschäft, sofern beide auseinanderfallen). Auch bei Zerlegung des Geschäftes in Angebot und Annahme ist diese Form für beide Rechtsakte einzuhalten.

Nach einem Teil der Lehre<sup>3)</sup> bedarf es eines österreichischen Notariatsaktes. Die neuere Judikatur sieht den

<sup>1)</sup> § 76 Abs 2 GmbHG; es ist nicht Aufgabe dieses Artikels, de lege ferenda für die Beseitigung dieser nicht selten angezweifelte Norm zu plädieren.

<sup>2)</sup> OGH RdW 1989, 191 = GesRZ 1989, 225 = ZfRV 1989, 223; RdW 1988, 384; eolex 1990, 486 = WBI 1990, 219 = RdW 1990, 287; P. Bydlinski, GmbH-Geschäftsanteile (1991), 41; P. Bydlinski in NZ 1986, 241 mwN; Schauer in RdW 1986, 358 f; St. Frotz, SWK 1986 H 25, 11 ff; W. Berger, 175 Jahre ABGB (1986), 41 (57); aA nur OGH JBl 1987, 580 = NZ 1986, 212 (Formpflicht nur für das Verfügungsgeschäft) und Reich-Rohrwig, GmbHR (1983), 626 FN 47; dieser nunmehr ggt (bzw klarstellend) in eolex 1990, 546. Die Formpflicht nur für das Verpflichtungsgeschäft vertreten Kastner-Doralt-Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> (1990), 422.

<sup>3)</sup> Stölzle, NZ 1960, 161; Reich-Rohrwig, GmbHR (1983), 627; Kostner, GmbH<sup>3</sup> (1981), 15; P. Bydlinski, GmbH-Geschäftsanteile (1991), 45; ebenso die ältere Jud (zB OGH NZ 1978, 7; SZ 25/103); aA Schönherr, GesRZ 1985, 60; Schwimann, NZ 1981, 65; Schwimann in Rummel Rn 9 zu § 8 IPRG;

Formzweck auch durch eine gleichwertige im Ausland mögliche Form erfüllt;<sup>4)</sup> dies wurde vereinzelt kritisiert.<sup>5)</sup>

Nach hA müssen im Notariatsakt von den essentialia negotii<sup>6)</sup> weder Preis<sup>7)</sup> und Rechtsgrund<sup>8)</sup> genannt wer-

Gellis-Feil, GmbHG<sup>2</sup> (1982), 404; Schwind, ZfRV 1989, 230; Kastner-Doralt-Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup>, 349 FN 50.

<sup>4)</sup> OGH RdW 1989, 191 = GesRZ 1989, 225 = ZfRV 1989, 223 (zust Schwind) mit der Begründung, daß der „einzige Zweck“ der Notariatsaktsform die Immobilisierung der Geschäftsanteile sei; allerdings sieht der OGH in eolex 1990, 486 = WBI 1990, 219 = RdW 1990, 287 den Formzweck doch breiter und erwähnt auch den Schutz vor übereiltem Anteilsverkauf (ebenso Kastner-Doralt-Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> (1990), 422) und nötige Evidenz, wer Gesellschafter sei. Weiters wurde der Formzweck auch in der fachkundigen Beratung der an der Abtretung Beteiligten sowie im Schutz der Allgemeinheit gesehen (OGH RdW 1989, 127; zum Formzweck vgl die Judikaturübersicht bei Reich-Rohrwig in eolex 1990, 546). Vor allem der Übereilungsschutz als Formzweck erfordert fachkundige Beratung über die (österreichische) Rechtslage und würde mE weiterhin für die Notwendigkeit eines österreichischen Notariatsaktes (und Ausschluß ausländischer Äquivalente) sprechen.

<sup>5)</sup> Brugger, eolex 1991, 721 FN 82; P. Bydlinski, GmbH-Geschäftsanteile (1991), 44 ff mit eingehender Begründung.

<sup>6)</sup> Ware, Preis, Rechtsgeschäftstypus.

<sup>7)</sup> Der Preis muß weder richtig noch überhaupt in den Notariatsakt aufgenommen werden; vgl statt vieler die Nachweise bei P. Bydlinski, GmbH-Geschäftsanteile (1991), 66 FN 263.

<sup>8)</sup> Der der Veräußerung zugrundeliegende Rechtsgrund muß nicht oder nicht richtig beurkundet werden; vgl OGH HS 3246; P. Bydlinski, NZ 1986, 241 (243) FN 29 mwN; ebenso P. Bydlinski, GmbH-Geschäftsanteile (1991), 67 FN 268. Zweifelnd Schauer, RdW 1986, 358 (359). Reich-Rohrwig, eolex 1992, 546 (548 liSp) wendet dagegen ein, daß der Rechtsgrund

den (es reicht, daß der Notariatsakt die Vereinbarung, einen genau bezeichneten Geschäftsanteil zu veräußern, enthält,<sup>9)</sup> noch müssen – *argumento a maiori ad minus* – vertragliche Nebenbestimmungen<sup>10)</sup> enthalten sein. Nebenabreden sind auch außerhalb der formgerechten Urkunde wirksam.<sup>11)</sup>

## 2. Problemstellung

Ein (in Notariatsaktsform errichtetes) Angebot zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen enthält regelmäßig eine Bindungsfrist,<sup>12)</sup> innerhalb<sup>13)</sup> welcher der Anbotsempfänger das Anbot annehmen kann.

Es fragt sich, ob für die **Verlängerung<sup>14)</sup> der im Anbot enthaltenen Annahmefrist** (Bindungsfrist) wiederum die **Notariatsaktsform verpflichtend ist oder ob die Verlängerung formfrei ist**. Literatur<sup>15)</sup> und Judikatur zu dieser Frage sind nicht ersichtlich.<sup>16)</sup>

## 3. Stellungnahme

Es ist zu unterscheiden, ob die Bindungsfrist vor oder nach ihrem Ablauf verlängert wird.

### a) Verlängerung der Annahmefrist (Bindungsfrist) nach ihrem Ablauf

Wenn der Anbotsempfänger das Offert nicht innerhalb der (ursprünglichen) Frist angenommen<sup>17)</sup> hat, ist es erloschen.<sup>18)</sup> Eine „Verlängerung“ wäre dann ein neues, wenn auch im wesentlichen (abgesehen von der Fristbestimmung) inhaltsgleiches Angebot. Dieses un-

sehr wohl genannt werden muß, wenn sich doch die Formpflicht – nach nunmehr hA – (auch) auf das Verpflichtungsgeschäft bezieht. **Ihm ist zuzustimmen, weil ja ein Titelgeschäft ohne Nennung des Titels nicht in sinnvoller Weise möglich ist.** Dies übersieht *P. Bydlinski*, obwohl er sonst von der Formpflicht auch für das Verpflichtungsgeschäft ausgeht.

<sup>9)</sup> *P. Bydlinski*, NZ 1986, 241 (243). Ähnlich *W. Berger*, 175 Jahre ABGB (1986), 41 (66).

<sup>10)</sup> Beispiele für solche in der Praxis übliche Bestimmungen s zB *Brugger*, Unternehmenserwerb (1990), 138 ff; sa *Heidenhain-Meister* in Münchener Vertragshandbuch<sup>2</sup> (1985), 460–476.

<sup>11)</sup> *Schauer*, RdW 1986, 358; *Kastner-Doralt-Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> (1990), 423 bei FN 16.

<sup>12)</sup> § 862 Satz 1 ABGB.

<sup>13)</sup> Nach OGH SZ 49/23 = GesRZ 1976, 130 = HS 9671 reicht es aus, innerhalb der Annahmefrist den Notariatsakt über die Anbotsannahme zu errichten und den Anbotsteller hievon, wenn auch ohne Zustellung einer Ausfertigung dieses Notariatsaktes, zu verständigen.

<sup>14)</sup> Von vornherein außer Betracht bleibt in den folgenden Überlegungen allerdings eine einseitige **Verkürzung** der Bindungsfrist durch den Anbotsteller (ohne Zustimmung des Anbotsempfängers), weil diese jedenfalls unzulässig ist; vgl *Rummel* in *Rummel*<sup>2</sup> RN 1 zu § 862 ABGB.

<sup>15)</sup> Allgemein zum Problem, ob Nebenabreden zu formpflichtigen Geschäften ebenfalls formbedürftig sind: *Rummel* in *Rummel*<sup>2</sup> RN 12 zu § 886 ABGB.

<sup>16)</sup> *Gellis-Feil*, GmbHG<sup>2</sup> (1982), 402 zitieren OGH JBl 1958, 153 und GesRZ 1980, 147 als Beleg dafür, daß auch Ergänzungen und Berichtigungen der Notariatsaktsform bedürftig, doch enthalten diese Entscheidungen keine solchen Ausführungen; ich halte die Aussage in dieser Allgemeinheit für falsch.

<sup>17)</sup> Vgl auch § 862 a ABGB.

<sup>18)</sup> § 862 ABGB.

terliegt zweifellos der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG.

### b) Verlängerung der Annahmefrist (Bindungsfrist) vor ihrem Ablauf

Die Bestimmung einer Annahmefrist (Bindungsfrist) ist kein *essentiale negotii*. Dennoch betrifft die Fristbestimmung nicht nur Nebenaspekte („eigentliche Nebenbestimmungen“) des abzuschließenden Vertrages, sondern beendet die Anbotswirksamkeit, trifft also den Kern des Angebotes selbst.

Es könnte argumentiert werden, daß eine Verlängerung der Bindungsfrist einem neuen Anbot gleichzuhalten sei oder ihm wenigstens nahe komme. Dies spräche für die Formpflicht bei der Verlängerung der Bindungsfrist, weil auch ein neues Anbot ihr unterläge.

Bei der Beurteilung, ob die Annahmefrist und ihre Änderung der Formpflicht wie das Rechtsgeschäft selbst unterliegen oder, ähnlich wie der Kaufpreis und „eigentliche Nebenbestimmungen“, formfrei festgelegt und geändert werden können, ist vom Zweck der Formvorschrift<sup>19)</sup> auszugehen.

Zweck<sup>20)</sup> der Formvorschrift ist einerseits die Immobilisierung zwecks Übereilungsschutzes<sup>21)</sup> (reifliche Überlegung und rechtliche Belehrung<sup>22)</sup>) und andererseits die Klarstellungsfunktion/Drittschutz (Publizität, Beweissicherung). Die Betrachtung beider Formzwecke zeigt folgendes:

aa) Der Formzweck „**Klarstellungsfunktion**“ soll bewirken, daß die Gesellschaft (bzw die Geschäftsführer) und die anderen Gesellschafter den Vertragsabschluß und den damit verbundenen Gesellschafterwechsel leicht erkennen können. Dies ließe es *prima vista* angezeigt erscheinen, die Formpflicht auf die – in diesem Zusammenhang so wesentliche – Bestimmung der Annahmefrist zu erstrecken.

Umgekehrt kann man argumentieren, daß die Angebotsfrist im Angebot überhaupt unerwähnt bleiben

<sup>19)</sup> *Heldrich*, AcP 147, 90 (zitiert bei *Schauer*, NZ 1984, 53 FN 27) zählt allgemein (unabhängig von § 76 GmbHG) acht mögliche Gründe auf, warum ein Gesetzgeber Formpflicht normieren könnte: Abschlußklarheit, Inhaltsklarheit, Beweissicherung, Übereilungsschutz, Erkennbarkeit für Dritte, fachmännische Beratung, Überwachung im öff Interesse, Erschwerung des Vertragsschlusses im öff Interesse. Vgl dazu auch *W. Berger*, 175 Jahre ABGB (1986), 41 (54).

<sup>20)</sup> Vgl die Judikaturübersicht bei *Reich-Rohrwig* in *ecolex* 1990, 546.

<sup>21)</sup> *P. Bydlinski*, GmbH-Geschäftsanteile (1991), 36 legt überzeugend dar, daß Immobilisierung und Übereilungsschutz nicht zwei getrennte Formzwecke sind (so aber offenbar unreflektiert die bisherige L und Rsp), sondern daß es um die Immobilisierung zwecks Übereilungsschutzes geht.

<sup>22)</sup> *P. Bydlinski*, GmbH-Geschäftsanteile (1990), 37 zweifelt, ob dieser Formzweck zugunsten auch des Veräußerers greift. ME sind aber – besonders wenn man an Abtretungsangebote und uU lange Bindungsfristen (vgl auch das Problem des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG) denkt – sehr wohl auch Veräußerer schutz- und belehrungsbedürftig. *W. Berger*, 175 Jahre ABGB (1986), 41 (65) bezweifelt grundsätzlich, ob der Übereilungsschutz bei GmbH-Gesellschaftern als Formzweck anzuerkennen sei; umgekehrt meint er aaO 57–58, daß der Übereilungsschutz meist der einzige primäre Formzweck (und die Beweissicherung und der Drittschutz „bloßer Reflex“ dieses primären Formzweckes) sei.

könne, weil dann subsidiär<sup>23)</sup> die dispositive gesetzliche Regelung über die Annahmefrist eingreift. Danach gilt, daß der einem Anwesenden gemachte Antrag sogleich, der einem Abwesenden gemachte Antrag längstens bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden muß, in welchem der Antragsteller unter der Voraussetzung, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei, bei rechtzeitiger und ordnungsgemäßer Absendung der Antwort deren Eintreffen erwarten darf.<sup>24)</sup> Diese Bestimmung aber ist im konkreten Fall weit weniger eindeutig, weil der ungewisse Postlauf des Angebotes, die angemessene Überlegungsfrist des Oblaten und der ungewisse Postlauf der Annahmeerklärung zu berücksichtigen sind. Wenn aber eine Fristbeurteilung von so unpräzisen Faktoren und von der Verkehrsüblichkeit aus der Sicht des Offerenten<sup>25)</sup> abhängen soll, ist man von einer „Klarstellung“ zum Zweck des Drittschutzes weit entfernt.

Man könnte zwar aus der Anwendbarkeit des § 862 Satz 2 ABGB auf GmbH-Anteilsabtretungsangebote schließen, daß die Klarstellungsfunktion zumindest bei Bestimmung der Anbotsfrist nicht so gewichtig sei und daher auch die Formerfüllung bei der Verlängerung der Bindungsfrist nicht erforderlich sei.

Dieses Argument könnte mE aber nur für die in praxi seltenen Fälle gelten, daß die Frist eines Angebotes, das keine Bindungsfrist enthält, verlängert wird und so schon von vornherein die im Einzelfall wenig präzise Regelung des § 862 Satz 2 ABGB eingreift. Außerdem könnte man dem vielleicht auch noch folgende Überlegungen entgegensetzen:

Die Klarstellungsfunktion/Drittschutz erfordert ua, daß Mitgesellschafter und va der Geschäftsführer der GmbH in der Lage sind festzustellen, ob ein Abtretungsangebot innerhalb offener Frist angenommen wurde und der Gesellschafterwechsel eingetreten ist.<sup>26)</sup> Auch andere Dritte haben ein von § 76 Abs 2 GmbHG geschütztes Interesse an leichter Feststellbarkeit,<sup>27)</sup> weil bei der GmbH im Unterschied zur AG keine Aktien ausgegeben werden dürfen.<sup>28)</sup> Daher muß auch für Dritte klar erkennbar sein, wann die Bindungsfrist des Angebotes abläuft und ob die Annahmeerklärung rechtzeitig ist. Nur bei ausreichender Erkennbarkeit für den Geschäftsführer als Dritten kann überdies – was mir zwar praktisch wichtig, aber rechtstheoretisch weniger gravierend erscheint – sichergestellt werden, daß die – ohnedies nicht konstitutive – Eintragung neuer Gesellschafter im Firmenbuch tendenziell richtig ist und sich nicht die Fälle häufen, in denen wegen Unklarheit über den Gesellschafterstand die Eintragung des neuen Gesellschafters unterbleibt.<sup>29)</sup>

<sup>23)</sup> Dispositives Recht hat idR Vorrang vor der ergänzenden Vertragsauslegung; vgl P. Bydliński, RdW 1986, 237; Rummel<sup>2</sup> RN 9 zu § 914 ABGB.

<sup>24)</sup> § 862 Satz 2 ABGB.

<sup>25)</sup> Rummel in Rummel<sup>2</sup> RN 3 zu § 862 ABGB.

<sup>26)</sup> Vgl § 26 Abs 1 GmbHG, arg „nachgewiesen wird“. Vgl auch die Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers bei Verschulden (§ 26 Abs 2 GmbHG).

<sup>27)</sup> Daran zweifelt Reich-Rohrwig, *ecolex* 1990, 546 (548) mit Anführung von Beispielen, bei denen der Vertragsabschluß und die Gesellschafterstellung auch nicht leicht feststellbar sei, etwa bei einer nicht leicht nachvollziehbaren aufschiebenden Bedingung (zB Erreichen einer bestimmten Umsatzerwartung).

<sup>28)</sup> Vgl § 75 Abs 3–4 GmbHG.

<sup>29)</sup> Vgl dieses Argument von P. Bydliński, GmbH-Geschäftsanteile (1991), 38.

Diese Klarstellung ist aber bei Anwendung des § 862 Satz 2 ABGB praktisch nicht erreichbar. Ich stelle daher zur Diskussion, sich dazu durchzuringen, den Zweck „Klarstellungsfunktion/Drittschutz“ des Formgebotes so hoch anzusetzen, daß man die Anwendung des § 862 Satz 2 ABGB bei GmbH-Abtretungsangeboten ausschließt (dh kraft des aus § 76 Abs 2 GmbHG ersichtlichen telos reduziert) und die ausdrückliche Benennung einer datumsmäßig bestimmten (und daher für Dritte nachvollziehbaren) Annahmefrist schon im Angebot fordert. Die Kautelarjuristen (Rechtsanwälte, Notare) erfüllen dieses Erfordernis ohnedies meist. Allerdings muß ich einräumen, daß manche in Angeboten vorgesehene ausdrückliche Bestimmungen der Annahmefrist – also außerhalb des Anwendungsbereiches von § 862 Satz 2 ABGB – für Dritte auch nicht leicht nachvollziehbar sind (zB Annahmemöglichkeit binnen 8 Wochen nach Erreichung eines bestimmten Monatsumsatzes); wenn man solche in Kauf nimmt und nicht eine klare datumsmäßige Fristbestimmung fordert, wird man sich auch mit dem mE unbefriedigenden § 862 Satz 2 ABGB bei GmbH-Abtretungsangeboten abfinden können.

Wenn aber das Angebot eine – wie die Vertragspraxis zeigt: oft sehr präzise – Bindungsfrist enthält, hat ja der Offerent bereits deutlich definiert, bis wann das Angebot angenommen werden kann und wann es mangels Annahme erlischt. Die formfreie Änderung einer solchen deutlichen Fristbestimmung würde aber in einem wesentlichen, die Gültigkeit des Angebotes und die Wirksamkeit der Annahmeerklärung unmittelbar berührenden Punkt Unsicherheit schaffen: Immerhin geht es um eine das Erlöschen des Angebotes betreffende abweichende Abrede (außerhalb der förmlichen Urkunde und gegen deren Wortlaut). Hier greift mE Formzweck „Klarstellungsfunktion/Drittschutz“ jedenfalls ein und erfordert die Einhaltung der Notariatsaktsform auch für die Änderung einer im – notariatsaktspflichtigen – Angebot enthaltenen Bindungsfrist.<sup>30)</sup>

bb) Nach einer Entscheidung des OGH<sup>31)</sup> zur Tragweite von Formvorschriften bedürfen Abreden, welche die Bindung des zu schützenden Teiles (in concreto: Haftung des Bürgen) einschränken, nicht der Form (in concreto: Schriftform nach § 1346 Satz 2 ABGB); dem ist zuzustimmen. Umgekehrt bedürfen folglich den Rechtsgeschäftsumfang ausweitende Abreden sehr wohl der Form.

Das gleiche Argument kann auf die Tragweite der Formpflicht nach § 76 Abs 2 GmbHG angewendet werden, selbst wenn durch die formlose Abrede nicht der Umfang des Rechtsgeschäftes, sondern „nur“ seine Laufzeit ausgedehnt wird – also zur verlängerten Bindung des Offerenten führt. Bei einer Fristverlängerung, insbesondere bei erheblichen Bindungsfristverlängerungen, muß der Erklärende nämlich in ähnlicher Weise wie bei Abgabe des Angebotes gewarnt und uU über die Konsequenzen belehrt werden (weil beim ursprünglichen Anbot wegen der kürzeren Bindungsfrist die Warnung und fallspezifische Rechtsbelehrung anders

<sup>30)</sup> Nur zur Verdeutlichung sei gesagt, daß dieses Argument nicht auf sonstige Nebenbestimmungen erstreckt werden kann, wenn diese Nebenbestimmungen nicht die Wirksamkeit des Angebotes oder der Annahmeerklärung berühren.

<sup>31)</sup> RdW 1987, 370 = NZ 1988, 105.

auszufallen hatte), genauso wie der Bürge bei Haftungserweiterung durch die neuerlich einzuhaltende Form gewarnt werden soll. Schließlich bedeutet eine Verlängerung der Bindungsfrist die Verlängerung der oft gravierenden Einschränkung bei der Ausübung von Gesellschafterrechten. Der Formzweck „Immobilisierung/Übereilungsschutz“ könnte bei einer Verlängerung der Bindungsfrist vereitelt werden und gebietet<sup>32)</sup> somit ebenfalls die Einhaltung der Notariatsaktsform.

Dieses Argument gilt übrigens gleichermaßen für die Verlängerung einer im Anbot schon genannten Bin-

---

<sup>32)</sup> Freilich ist zuzugeben, daß dieser Formzweck auch durch die Einhaltung der Schriftform und Einschaltung irgendeines qualifizierten Parteienvertreters (zB Rechtsanwalt) auch erreicht werden könnte; der Gesetzgeber hat de lege lata diesen Formzweck aber durch Einschaltung eines Notars zu erreichen vorgezogen.

nungsfrist wie für die Verlängerung der Frist des § 862 Satz 2 ABGB.<sup>33)</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Die Formzwecke **Klarstellung/Drittsschutz** und **Übereilungsschutz/Rechtsbelehrung** erfordern eine möglichst klar erkennbare und auch für Dritte leicht nachvollziehbare Bestimmung der Angebots-Bindungsfrist und eine fallspezifische Belehrung der Parteien. Es sprechen mE daher die besseren Gründe dafür, die für das Rechtsgeschäft selbst geltende Formpflicht (Notariatsaktsform) des § 76 Abs 2 GmbHG auch auf die Verlängerung der Bindungsfrist anzuwenden.

---

<sup>33)</sup> Letzteres setzt voraus, daß die Bindungsfrist im Anbot nicht normiert wurde, was – wie dargelegt – bedenklich sein könnte.