durch Gewinnvorempfänge bei der Gewinnverteilung durch eine entsprechende Anzahl von Jahren auszugleichen bzw in besonderen Fällen, wenn die Übernahme ins Betriebssondervermögen des bisherigen Einzelunternehmers bzw der „Altgesellschafter" nicht in Erwägung gezogen wird, einen Ausgleich im Falle der Auflösung der Gesellschaft oder wirtschaftlich gleichartiger Umstände vorzusehen. Eine solche Regelung mit einem „Liquidations-Vorab" wird hauptsächlich bei Liegenschaften oder immateriellen Vermögensgegenständen in Frage kommen. Liegen die Umstände für die Anwendung beider Vorgehensweisen vor, so kann sowohl zum Teil der Ausgleich durch Gewinnvorempfang und zum Teil der Ausgleich im Falle der Auflösung der Gesellschaft bzw des Ausscheidens bestimmter Gesellschafter vorgesehen werden. Durch eine solche Regelung wird den Gesellschaftern vorerst keine gegebenenfalls hohe Einkommensteuerzahlung durch die Versteuerung der stillen Reserven auferlegt und somit eine komplizierte Regelung im Gesellschaftsvertrag wegen „Wiederzuführung" der Beträge, die für die stillen Reserven bezahlt wurden (abzüglich der zu bezahlenden Steuern) erspart.

Steuern

Wenn das zu übertragende Vermögen am Tage des Abschlusses des Zusammenschlußvertrages länger als zwei Jahre als Vermögen des Übertragenden besteht, so ist hinsichtlich des übertragenen Vermögens die Befreiung von der Kapitalverkehrssteuer gegeben.

Werden beim Zusammenschluß Tatbestände verwirklicht, die eine Grunderwerbsteuer auslösen, so ist diese vom 2fachen Einheitswert zu berechnen.

Eine Gebührenpflicht gemäß § 33 TP 16 und 21 des Gebührengesetzes besteht seit 6. 1. 1995 nicht mehr (EU-Anpassung).

Nach dem Erlaß des BMF GZ 068641/1-IV/6/92 vom 19. 3. 1993 ist im UmgrStG im Gegensatz zum StruktVG für umsatzsteuerliche Belange keine Rückwirkung vorgesehen.

Dr. MANFRED UMLAUFT, öffentl. Notar, Dornbirn

Das Formgebot für die Begründung eines Aufgriffsrechtes nach dem GmbHG

Anmerkungen zur OGHE 1 Ob 510/95 *)

Der wesentliche Inhalt der OGH-Entscheidung vom 17. 10. 1995, 1 Ob 510/95[1]), ist folgender: Bereits im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag einer GmbH bestand eine Abtretungsverpflichtung der Erben eines verstorbenen Gesellschafters und ein Aufgriffsrecht der überlebenden Gesellschafter. Dieses Aufgriffsrecht wurde später durch einen gemäß § 87 NO notariell beurkundeten Generalversammlungsbeschluß dahingehend abgeändert, daß anstelle der Generalversammlung, wo auch die Verlassenschaft nach dem verstorbenen Gesellschafter bzw. dessen Erben stimmberechtigt waren, nur noch die *verbleibenden* Gesellschafter entscheidungsberechtigt waren, ob das Aufgriffsrecht ausgeübt werden kann. Der Kläger stützt seinen Anspruch nunmehr auf das modifizierte Aufgriffsrecht. In rechtlicher Hinsicht hat der OGH ausgeführt, daß die Vereinbarung eines Aufgriffsrechtes im Gesellschaftsvertrag einer GmbH doppelt notariatsaktpflichtig ist, nämlich gemäß § 4 Abs 3 und § 76 Abs 2 GmbHG. Wenn, so der OGH, ein Aufgriffsrecht erst später durch Gesellschafterbeschluß in den Gesellschaftsvertrag der GmbH aufgenommen oder wesentlich abgeändert werde, so sei hiefür die Form des Notariatsaktes (§§ 52 NO) einzuhalten; ein bloß gemäß § 87 NO notariell beurkundeter Generalversammlungsbeschluß wäre demnach nicht ausreichend. Diese Ansicht hält einer näheren Überprüfung nicht stand.

Inhaltsübersicht

I. Gesetzeslage und Meinungsstand
II. Kritische Beurteilung der OGH-Entscheidung vom 17. 10. 1995, 1 Ob 510/95
1. Die Annahmen der Entscheidung
2. Zweck des § 76 Abs 2 GmbHG
3. Vergleich der Entscheidung mit anderer OGH-Judikatur
III. Lösung und Zusammenfassung

I. Gesetzeslage und Meinungsstand

Gemäß § 4 Abs 3 GmbHG muß der Gesellschaftsvertrag einer GmbH in Form eines Notariatsaktes errichtet werden. § 49 Abs 1 GmbHG normiert, daß eine Abänderung eines GmbH-Gesellschaftsvertrages

*) Veröffentlicht in diesem Heft auf Seiten 176 ff.
[1]) ecolex 1996, 172.

nur durch Gesellschafterbeschluß erfolgen kann, welcher notariell beurkundet werden muß. Schließlich wird in § 76 Abs 2 GmbHG bestimmt, daß es zur Übertragung von Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden eines Notariatsaktes bedarf und daß dieselbe Form beim Abschluß von Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles eingehalten werden muß. Die Notariatsaktpflicht iSd § 4 Abs 3 und § 76 Abs 2 GmbHG bedeutet, daß für solche Rechtsgeschäfte ein Notariatsakt nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 52 ff NO abgeschlossen werden muß[2]). Hingegen handelt es sich bei der notariellen Beurkundung iSd § 49 Abs 1 GmbHG um die Aufnahme eines notariellen Protokolles gemäß § 76 Abs 1 lit g, § 87 NO[3]).

Für die Aufnahme eines Notariatsaktes gelten die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 52 ff NO. Insbesondere besteht für den den Notariatsakt errichtenden Notar eine Belehrungspflicht gemäß § 52 NO. Der Notariatsakt ist von sämtlichen Parteien vor dem Notar zu unterfertigen (§ 68 NO); ein Mehrheitsbeschluß kann somit nicht mittels Notariatsaktes beurkundet werden. Demgegenüber gibt der Notar in einem Protokoll gemäß § 87 NO die vor ihm stattgefundene Versammlung schriftlich wieder. Es besteht keine Belehrungspflicht des Notars[4]). Außerdem ist das Protokoll neben dem Notar lediglich vom Vorsitzenden mitzuunterfertigen (§ 87 Abs 2 NO)[5]). Die Beurkundung von Mehrheitsbeschlüssen in Form eines solchen Protokolles ist somit möglich.

Der Meinungsstand zur Frage, welche Form für die nachträgliche Begründung eines Aufgriffsrechtes durch satzungsändernden Gesellschafterbeschluß einzuhalten ist, kann folgendermaßen wiedergegeben werden:

Vorerst ist festzuhalten, daß es sich bei einem im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Aufgriffsrecht um einen echten (materiellen) Satzungsbestandteil handelt[6]). Somit gelten für die (nachträgliche) Begründung und Abänderung solcher Regelungen grundsätzlich die Normen über die Änderung des Gesellschaftsvertrages[7]).

Bis vor kurzem war es offenbar unbestrittene Meinung, daß jede Änderung eines GmbH-Gesellschaftsvertrages, also offenbar auch, ohne daß dies allerdings ausdrücklich erwähnt wurde, eine solche, die die Begründung oder Änderung eines Aufgriffsrechtes zum Inhalt hat, mittels notariell beurkundetem Gesellschafterbeschluß gemäß § 49 Abs 1 GmbHG rechtswirksam vorgenommen werden kann, wobei unter notarieller Beurkundung die Aufnahme eines Protokolles gemäß § 87 NO zu verstehen ist. Sehr klar in diesem Sinne äußert sich *Wagner* in seinem Standardkommentar zur Notariatsordnung[8]). Er[9]) bezweifelt sogar, ob überhaupt ein Notariatsakt über die Änderung eines Gesellschaftsvertrages errichtet werden darf, da der Notar bei seiner Amtstätigkeit die in der Notariatsordnung vorgesehene Urkundsform zu wählen habe und diese sei bei Beschlüssen die Beurkundung gemäß § 87 NO[10]). Auch *Kostner–Umfahrer*[11]) vertreten diese Meinung.

Ebenso hat der OGH[12]) diese Ansicht vertreten, bis der 1. Senat mit der hier besprochenen Entscheidung das Gegenteil judiziert hat. Weiters ist zu vermerken, daß die einheitliche Praxis der Firmenbuchgerichte bisher in solchen Fällen gemäß § 87 NO beurkundete Gesellschafterbeschlüsse als formgültig anerkannt und ins Firmenbuch eingetragen hat.

Erstmals hat *Lux*[13]) die Ansicht vertreten, daß für die nachträgliche Begründung oder wesentliche Änderung eines Aufgriffsrechtes die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses gemäß § 87 NO nicht ausreiche, vielmehr müsse ein Notariatsakt iSd § 52 NO errichtet werden. Als Begründung führt er[14]) ins Treffen, daß die ursprüngliche Vereinbarung eines Aufgriffsrechtes im Gesellschaftsvertrag doppelt notariatsaktpflichtig sei, nämlich einmal gemäß § 4 Abs 3 GmbHG, weil es sich um eine Satzungsbestimmung handle, und zusätzlich gemäß § 76 Abs 2 GmbHG, weil in einer solchen Vereinbarung eine Abtretungsverpflichtung bezüglich eines Geschäftsanteiles enthalten sei. *Lux* sind gefolgt der 1. Senat des OGH mit der hier besprochenen Entscheidung sowie *Gellis–Feil*[15]), und zwar jeweils mit derselben Begründung.

Eine klare Gegenposition zu *Lux* hat *Umfahrer*[16]) bezogen. Zusammenfassend führt er aus, daß ein satzungsändernder Beschluß nur in der Generalversammlung gefaßt werden könne, wobei die vom Gesetz geforderte notarielle Beurkundung eines solchen Generalversammlungsbeschlusses nur in der Form eines notariellen Protokolles gemäß § 87 NO erfolgen könne. Der Notariatsakt scheide als Urkundenform deshalb aus, weil er als schriftliche öffentliche Urkunde ein Rechtsgeschäft enthält, während das notarielle Protokoll ebenfalls als öffentliche Urkunde jene rechtserheblichen Tatsachen oder mündlichen Erklärungen wiedergebe, die sich in Gegenwart des Notars in der Generalversammlung ereignet haben.

---

[2]) *Koppensteiner,* GmbH-Gesetz Kommentar (1994) § 4 Rz 22.

[3]) *Koppensteiner,* GmbHG § 49 Rz 13.

[4]) Vgl den Gesetzestext des § 87 NO mit jenem des § 52 NO.

[5]) *Wagner,* Notariatsaktordnung[4] (1995) § 87 Rz 3.

[6]) *Umfahrer,* Formfragen bei Änderung des GmbH-Vertrages, ecolex 1996, 99 f; *Lux,* Zur Regelung statutarisch verankerter Aufgriffsrechte durch Mehrheitsbeschluß bei der GmbH, WBl 1995, 16 f; OGH SZ 38/87; WBl 1995, 37.

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht (1983) 421, ordnet diese Klauseln unter die „indifferenten" Satzungsbestimmungen ein.

HA ist jedenfalls, daß eine nicht eindeutig zum echten oder unechten Satzungsinhalt zuzuordnende Bestimmung iZw zum echten Satzungsinhalt gehört (*Umfahrer,* ecolex 1996, 100; *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 421).

[7]) *Koppensteiner,* GmbHG § 4 Rz 20; *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 421.

[8]) NO[4] § 87 Rz 1 und 3; ebenso auch schon in der 3. Auflage, Vor § 87 NO Rz 1.

[9]) NO[4] § 87 Rz 3.

[10]) NO[4] § 1 Rz 12 und § 87 Rz 1.

[11]) GmbHG § 76 Rz 21.

[12]) WBl 1995, 37.

[13]) WBl 1995, 16 ff.

[14]) WBl 1995, 17.

[15]) Kommentar zum GmbH-Gesetz[3] (1995) § 76 Rz 7.

[16]) ecolex 1996, 99 ff.

Zur Untermauerung seines Standpunktes verweist *Umfahrer* auf den Gesellschaftsvertrag einer im Zuge einer Spaltung erstmalig entstehenden GmbH. Obwohl hier eine GmbH neu entstehe und das Gesetz hiefür grundsätzlich Notariatsaktpflicht normiere (§ 4 Abs 3 GmbHG), werde ein solcher Gesellschaftsvertrag nach dem Willen des Gesetzes dennoch durch den notariell zu beurkundenden Spaltungsbeschluß selbst geschaffen, wobei es keiner gesonderten Errichtung in Notariatsaktform bedürfe. *Umfahrer* will damit zum Ausdruck bringen, daß also das notarielle Protokoll vom Gesetzgeber selbst in gewissen Fällen einen (gleichwertigen) Ersatz für den Notariatsakt darstellt.

Koppensteiner[17]) kann mE nicht als Gewährsmann für die Ansicht von *Lux* und *Gellis-Feil* angeführt werden[18]). *Koppensteiner* schreibt aaO, daß § 76 Abs 2 Satz 2 GmbHG dann nicht anwendbar ist, wenn sich die Übertragungsverpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt. Wollte man das von *Koppensteiner* verwendete Wort „Gesellschaftsvertrag" so verstehen, daß er damit nur die in Notariatsaktform errichtete Erstfassung des Gesellschaftsvertrages (§ 4 Abs 3 GmbHG) meint, so wäre dies eine triviale Selbstverständlichkeit: Wenn bereits ein Gesellschaftsvertrag in Notariatsaktform errichtet wurde, muß für ein in diesem enthaltenes Aufgriffsrecht trotz § 76 Abs 2 GmbHG nicht zusätzlich ein zweiter Notariatsakt errichtet werden. Diese Redundanz kann aber *Koppensteiner* nicht unterstellt werden. Vielmehr erhält sein soeben wiedergegebener Satz erst dann eine inhaltliche Aussagekraft, wenn man ihn umfassender versteht: Wenn ein Aufgriffsrecht in einem gemäß § 4 Abs 3 GmbHG in Notariatsaktform errichteten Gesellschaftsvertrag (Erstfassung) enthalten ist oder erst später durch notariell beurkundeten Gesellschafterbeschluß (§ 49 Abs 1 GmbHG, § 87 NO) begründet und zum Satzungsbestandteil wurde, muß das Formgebot gemäß § 76 Abs 2 GmbHG nicht eingehalten werden.

II. Kritische Beurteilung der OGH-Entscheidung vom 17. 10. 1995, 1 Ob 510/95

1. Die Annahmen der Entscheidung

Der OGH geht in dieser Entscheidung[19]) davon aus, daß gemäß § 76 Abs 2 Satz 2 GmbHG Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles – bei sonstiger Unwirksamkeit – eines Notariatsaktes bedürfen. Daraus folgert der OGH in Anlehnung an *Lux*, daß ein Aufgriffsrecht hinsichtlich eines Geschäftsanteiles doppelt notariatsaktpflichtig ist, und zwar einerseits gemäß § 4 Abs 3 GmbHG, weil es sich um eine Satzungsbestimmung handelt, und andererseits wegen des im § 76 Abs 2 GmbHG enthaltenen Formgebots. Demnach wäre bei einer Satzungsänderung der § 49 Abs 1 GmbHG die Generalnorm, nach welcher die Beurkundung der Änderung des Gesellschaftsvertrages in Form eines notariellen Protokolles gemäß § 87 NO vorzunehmen ist. Die diese Norm durchbrechende lex specialis sehen der OGH und *Lux* (jeweils aaO) im § 76 Abs 2 GmbHG, wonach dann, wenn Gegenstand einer solchen Satzungsbestimmung eine Abtretungsverpflichtung ist, das notarielle Protokoll nicht ausreicht, sondern zwingend ein Notariatsakt zu errichten ist.

Diese Annahmen sind jedoch keineswegs zwingend. Genausogut ist nämlich denkbar, daß beide Bestimmungen (§ 49 Abs 1, § 76 Abs 2 GmbHG) unterschiedliche Sachverhalte – aus umgekehrter Richtung betrachtet – regeln, nämlich:

- § 76 Abs 2 GmbHG die *außerhalb des Gesellschaftsvertrages* getroffene Vereinbarung über die Abtretung bzw. Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteiles und
- § 49 Abs 1 GmbHG jede Satzungsänderung, also auch eine solche, deren Gegenstand die Begründung oder wesentliche Abänderung eines Aufgriffsrechtes ist, mit dem natürlich korrespondierend eine Abtretungsverpflichtung einhergeht.

Bei dieser Sichtweise wäre also § 76 Abs 2 GmbHG die lex generalis und § 49 Abs 1 GmbHG die lex specialis.

Ein erster Anhaltspunkt für die letztgenannte Interpretationsvariante ergibt sich aus der Gesetzessystematik: Das GmbH-Gesetz ist untergliedert in VIII Hauptstücke. Das I. Hauptstück enthält „Organisatorische Bestimmungen" und ist untergliedert in 3 Abschnitte („Errichtung der Gesellschaft", „Die gesellschaftlichen Organe" und „Abänderungen des Gesellschaftsvertrages"). Der 3. Abschnitt („Abänderungen des Gesellschaftsvertrages") umfaßt die §§ 49 bis 58; die mehrfach erwähnte Bestimmung des § 49 GmbHG ist also in diesem 3. Abschnitt enthalten. An ganz anderer Stelle, nämlich im 4. Abschnitt („Die Geschäftsanteile") des II. Hauptstückes („Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter") finden wir das Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG. Die systematische Stellung dieser Bestimmungen deutet also eher in die Richtung, daß der Gesetzgeber bei der Bestimmung des § 76 Abs 2 GmbHG nicht eine Abtretungsverpflichtung vor Augen hatte, die im Gesellschaftsvertrag enthalten ist. Und wenn das Gesetz in diesem Abschnitt ausnahmsweise eine *gesellschaftsvertragliche* Bestimmung meint, dann kommt dies expressis verbis zum Ausdruck, was uns der § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG zeigt[20]).

[17]) GmbHG § 76 Rz 21.

[18]) Vgl *Lux*, WBl 1995, 17; *Gellis-Feil*[3], GmbHG § 76 Rz 7.

[19]) ecolex 1996, 172.

[20]) Die ersten beiden Sätze des § 76 Abs 2 GmbHG lauten: „Zur Übertragung von Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden bedarf es eines Notariatsaktes. Der gleichen Form bedürfen Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles." Sodann fährt das Gesetz in dem unmittelbar anschließenden 3. Satz des § 76 Abs 2 GmbHG weiter wie folgt: „Im Gesellschaftsvertrage (Sperrung von mir) kann die Übertragung von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden." Aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber den 3. Satz des § 76 Abs 2 GmbHG mit „Im Gesellschaftsvertrage" einleitet, darf wohl geschlossen werden, daß dies

Freilich war die bisherige Argumentation formal und noch keineswegs geeignet, die gestellte Frage befriedigend zu beantworten, welche Form für einen satzungsändernden Gesellschafterbeschluß über die nachträgliche Begründung oder Abänderung eines Aufgriffsrechtes gesetzlich vorgeschrieben ist. Allerdings sind diese gesetzessystematischen Argumente geeignet, uns die Notwendigkeit weitergehender Überlegungen bewußt zu machen. Schließlich leidet ja auch die von *Lux* und vom OGH ins Treffen geführte Begründung – ohne weitere Reflexion wird unter Hinweis auf § 4 Abs 3, § 76 Abs 2 GmbHG die doppelte Notariatsaktpflicht behauptet – an ihrem sehr formalen Charakter.

Wenn die Tragweite einer Gesetzesbestimmung unklar ist, so ist es nach den allgemein anerkannten Interpretationsregeln geboten, nach dem Zweck einer gesetzlichen Bestimmung zu fragen[21]).

2. *Zweck des § 76 Abs 2 GmbHG*

Nach den Gesetzesmaterialien wird mit der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG die Immobilisierung der Geschäftsanteile angestrebt, da deren Zirkulationsfähigkeit ausgeschlossen werden sollte; die Form des Notariatsakts erschwere die Veräußerung der Anteile[22]). Ein Teil der LuRsp mißt jedoch der Notariatsaktform eine dreifache Funktion zu, nämlich die Immobilisierung der Geschäftsanteile, weiters der Zwang zu reiflicher Überlegung und schließlich die sichere Möglichkeit der Identitätsfeststellung der Gesellschafter[23]). Wie jedoch *Koppensteiner*[24]) überzeugend ausführt, widerspricht es den Gesetzesmaterialien, daß ein Zweck dieses Formgebotes im Schutz vor Übereilung besteht; dies gehe auch daraus hervor, daß der viel gefährlichere Erwerb eines OHG-Anteiles formfrei möglich ist. An der jederzeitigen Identifizierbarkeit der Gesellschafter (Klarstellungsfunktion der Form) gibt es nach *Koppensteiner* (aaO) ein offensichtliches Interesse, weshalb gegen die Annahme auch eines diesbezüglichen Sinnes des Formgebotes keine durchgreifenden Bedenken bestehen. Als mit dem Formgebot gemäß § 76 Abs 2 GmbHG verbundener Zweck lassen sich somit nur die Immobilisierung der Geschäftsanteile und die jederzeitige Identifizierbarkeit der Gesellschafter feststellen. Auch *Lux*[25]) selbst sieht den – offenbar einzigen – Zweck des § 76 Abs 2 GmbHG in der Immobilisierung der Geschäftsanteile.

Hier sind wir nun an einem entscheidenden Punkt angelangt: Die Immobilisierung der Geschäftsanteile läßt sich durch eine notarielle Beurkundung gemäß § 87 NO ebensogut erreichen wie durch die Errichtung eines Notariatsaktes. In der einen wie in der anderen Beurkundungsart wird der gesamte Vorgang vom Notar wahrgenommen und festgeschrieben und nicht etwa nur – wie bei der Legalisierung gemäß § 77 NO – die Unterschrift beglaubigt. Lediglich die Belehrungspflicht ist bei den beiden Beurkundungsvarianten unterschiedlich geregelt. Dieser Umstand ist jedoch in bezug auf die hier erörterte Frage ohne Bedeutung, da bei richtigem Verständnis das im § 76 Abs 2 GmbHG enthaltene Formgebot – wie soeben dargestellt – keinen Belehrungszweck verfolgt.

Auch der mit dem Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG verbundene Zweck, die jederzeitige sichere Identifizierbarkeit der Gesellschafter zu gewährleisten (Klarstellungsfunktion), ist in gleicher Weise wie beim Notariatsakt gegeben: Aufgrund des in der Satzung enthaltenen Aufgriffsrechtes allein – sei es durch Notariatsakt oder durch notarielle Beurkundung begründet – können die jeweiligen Gesellschafter nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Liegt nämlich ein Aufgriffsfall vor, so ist vorerst zu klären, wer von den Aufgriffsberechtigten das Aufgriffsrecht überhaupt ausübt. Wird dann das Aufgriffsrecht konkret geltend gemacht, so vollzieht sich der Übergang des Geschäftsanteiles nicht eo ipso, sondern es ist hiefür ein Abtretungsvertrag zu errichten, für den nach hM *jedenfalls* die Notariatsaktform zwingend vorgeschrieben ist[26]). Dadurch ist die sichere Identifizierbarkeit der Gesellschafter in einem wie im anderen Fall gewährleistet.

Mit dem im Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG innewohnenden Gesetzeszweck (Immobilisierung der Geschäftsanteile und Klarstellungsfunktion) läßt sich somit die Ansicht, wonach die nachträgliche Begründung oder wesentliche Abänderung eines Aufgriffsrechtes in einem Gesellschaftsvertrag einer bereits bestehenden GmbH nur mittels Notariatsaktes rechtswirksam erfolgen könne, nicht rechtfertigen. Vielmehr genügt für einen solchen satzungsändernden Gesellschafterbeschluß nach dem klaren Wortlaut des § 49 Abs 1 GmbHG dessen notarielle Beurkundung iSd § 87 NO. Es sei an dieser Stelle nochmals auf *Umfahrer*[27]) verwiesen, der anhand des Spaltungsgesetzes nachgewiesen hat, daß der Gesetzgeber in gewissen Fällen in der notariellen Beurkundung (§ 87 NO) einen durchaus gleichwertigen Ersatz für den Notariatsakt erblickt. Dies offenbar dann, wenn – wie hier, wo kein Schutzzweck „im Spiel" ist – der Zweck des Formgebotes dem nicht entgegensteht.

---

einen gewissen Gegensatz zu den vorherigen Sätzen kennzeichnet und der Gesetzgeber somit im vorangehenden 2. Satz vor Augen hatte, daß die dort normierte Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteiles eben nicht im Gesellschaftsvertrag, sondern außerhalb desselben verankert ist.

[21]) *Koziol–Welser*, Grundriß[10] I 22 f.

[22]) Nachweise bei *Koppensteiner*, GmbHG § 76 Rz 16.

[23]) *Kostner–Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[4] Rz 714; *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Anteilen: zugleich ein Beitrag zur Notariatspflicht (1991) 34 ff; OGH SZ 62/28; ecolex 1992; 634; NZ 1990, 279; ecolex 1990, 551; JBl 1990, 715.

[24]) GmbHG § 76 Rz 16. Ebenso *Reich-Rohrwig*, Zur Heilung formwirksamer Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, ecolex 1990, 546 (548); *Lessiak*, Formgebundenheit der Übertragung von GmbH-Anteilen im Treuhandverhältnis, GesRZ 1988, 217 (222); *Thiery*, ecolex 1992, 634 f (Entscheidungsbesprechung).

[25]) WBl 1995, 18.

[26]) Vgl *Kostner–Umfahrer*[4], GmbHG Rz 713; *Koppensteiner*, GmbHG § 76 Rz 17 und 26; OGH ecolex 1992, 634; JBl 1990, 715 ua.

[27]) ecolex 1996, 101.

3. Vergleich der Entscheidung mit anderer OGH-Judikatur

Nach der OGH-E vom 20. 5. 1965[28]) ist für die nachträgliche Begründung eines Aufgriffsrechtes im Gesellschaftsvertrag einer bereits bestehenden GmbH ein *Mehrheitsbeschluß* ausreichend[29]). Es handelt sich dabei um einen satzungsändernden Beschluß, für den – mangels eines im Gesellschaftsvertrag festgesetzten höheren Mehrheitserfordernisses – $^3/_4$-Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreicht. Ist dieses Mehrheitserfordernis erfüllt, so gilt ein allgemeines Aufgriffsrecht als Satzungsbestandteil für und gegen alle Gesellschafter. Auch *Koppensteiner*[30]) läßt einen Mehrheitsbeschluß genügen, wenn die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit eingehalten sind.

Mit diesen Ansichten ist allerdings die hier besprochene OGH-Entscheidung nicht in Einklang zu bringen. Wird nämlich für die nachträgliche Begründung eines Aufgriffsrechtes die Notariatsaktpflicht bejaht, so führt dies zwingend dazu, daß *sämtliche Gesellschafter* einverstanden sein und den Notariatsakt unterfertigen müssen. Ein Notariatsakt kommt nämlich nach der einschlägigen Bestimmung der Notariatsordnung (§ 68 NO) nur dann rechtswirksam zustande, wenn der Notariatsakt von sämtlichen Vertragsparteien, das sind in diesem Falle alle Gesellschafter, unterschrieben wird. Nachdem der 1. Senat über diese doch gravierende „Meinungskollision" mit einem anderen OGH-Senat und mit *Koppensteiner* kein einziges Wort verliert, ist wohl anzunehmen, daß ihm die volle Tragweite dieser Entscheidung gar nicht bewußt geworden ist.

Auch die vom OGH in der hier besprochenen Entscheidung als vermeintliche Belegstellen zitierten weiteren Entscheidungen vermögen den Standpunkt des OGH nicht zu unterstützen[31]).

4. Praktische Auswirkungen der besprochenen Entscheidung

Abschließend sei noch erwähnt, daß die hier erörterte Frage von größter praktischer Bedeutung ist. In der notariellen Praxis hat man sich über weite Strecken an die einheitliche Meinung von *Wagner*[32]), *Kostner*[33]) und *Kostner–Umfahrer*[34]) gehalten, wonach die einzige in Betracht kommende Form für die Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses über die Änderung eines Gesellschaftsvertrages einer bereits bestehenden GmbH das Protokoll gemäß § 87 NO ist. Nachdem Aufgriffsrechte in Gesellschaftsverträgen sehr häufig, ja fast regelmäßig vorkommen und auch oft nachträglich durch Gesellschafterbeschluß begründet oder wesentlich abgeändert werden, muß angenommen werden, daß, sollte die hier besprochene Entscheidung richtig sein, unzählige gesellschaftsvertragliche Bestimmungen über Aufgriffsrechte nichtig sind. Selbstverständlich ist dies für sich allein betrachtet kein Argument für oder gegen die eine oder andere Ansicht. Dieser Umstand möge aber die Notwendigkeit bewußt machen, daß die Erörterung und Entscheidung dieser Frage mit besonderer Gründlichkeit und Gewissenhaftigkeit erfolgen muß. Diese Gründlichkeit vermisse ich aber sowohl bei *Lux* als auch beim OGH, wo nur sehr formal unter Hinweis auf die beiden diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen (§ 4 Abs 3, § 76 Abs 2 GmbHG) die doppelte Notariatsaktpflicht behauptet wird. Gesetzessystematische, vor allem aber teleologische Überlegungen wurden nicht angestellt bzw. nicht entsprechend berücksichtigt, was dann aber eine erschöpfende Beurteilung dieser Angelegenheit nicht zuläßt.

III. Lösung und Zusammenfassung

Die Begründung eines Aufgriffsrechtes *außerhalb des Gesellschaftsvertrages* bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit der Errichtung eines Notariatsaktes (§ 76 Abs 2 GmbHG); in diesem Falle wäre eine notarielle Beurkundung gemäß § 87 NO nicht ausreichend und nach den Bestimmungen der Notariatsordnung auch gar nicht möglich.

Wird hingegen ein Aufgriffsrecht durch Gesellschafterbeschluß *nachträglich in die Satzung einer GmbH aufgenommen oder wesentlich geändert* – es handelt sich dabei um einen echten (materiellen) Satzungsbestandteil –, so ist dieser Beschluß im Sinne des § 87 NO notariell zu beurkunden (§ 49 Abs 1 GmbHG). Damit sind die gesetzlichen Formvorschriften eingehalten. Das Gesetz (§ 49 Abs 1 GmbHG, § 87 NO) sieht für satzungsändernde Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH die notarielle Beurkundung

---

[28]) SZ 38/87.

[29]) AA in bezug auf die Aktiengesellschaft OGH SZ 40/73.

[30]) GmbHG § 76 Rz 4.

[31]) Einerseits wird auf OGH ecolex 1990, 551, verwiesen. Soweit aus dem diesbezüglichen Sachverhalt erkennbar ist, geht es dort um ein außerhalb des Gesellschaftsvertrages abgeschlossenes Verpflichtungsgeschäft über die Abtretung eines Geschäftsanteiles, für welches selbstverständlich Notariatsaktpflicht besteht. Außerdem wird ausgesprochen, daß die Notariatsaktpflicht auch dann gilt, wenn aufgrund eines im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Aufgriffsrecht anläßlich eines Aufgriffsfalles das Aufgriffsrecht ausgeübt und im Rahmen dessen der Geschäftsanteil übertragen wird. Dies ist selbstverständlich richtig und wurde auch von mir in dieser Arbeit schon ausgeführt. Es sagt jedoch nichts darüber aus, welche Form für die Begründung des *Aufgriffsrechtes im Gesellschaftsvertrag* einzuhalten ist.

In der E OGH GesRZ 1980, 147, wird ausgeführt, daß eine (außerhalb des Gesellschaftsvertrages) abgegebene Verpflichtungserklärung, einen Geschäftsanteil zu übernehmen, zu ihrer Rechtswirksamkeit eines Notariatsaktes bedarf. Schließlich kann auch der Hinweis auf OGH JBl 1958, 153, nicht weiter helfen: Dort wird ausgeführt, daß die Änderung eines GmbH-Gesellschaftsvertrages *vor* dessen Eintragung ins (damalige) Handelsregister nur mittels Notariatsaktes erfolgen könne, während hiefür eine notarielle Beurkundung gemäß § 87 NO nicht ausreiche. Dies ist unbestritten richtig (*Umfahrer*, ecolex 1990, 100 mwN), hat aber mit unserer Problemstellung nichts zu tun, da es hier um die Frage der Änderung des Gesellschaftsvertrages einer bereits *ins Firmenbuch eingetragenen* GmbH geht; nur für einen solchen Fall gilt die Beurkundungsvorschrift gemäß § 49 Abs 1 GmbHG.

[32]) NO[4] § 87 Rz 1 und 3.

[33]) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[3] (1981) 95.

[34]) *Kostner–Umfahrer*, GmbH[4] Rz 476.

vor. Die mit dem Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG hauptsächlich verfolgten Zwecke (Immobilisierung der Geschäftsanteile und Klarstellungsfunktion) werden im Rahmen der Änderung eines Gesellschaftsvertrages in gleicher Weise durch notarielle Beurkundung gemäß § 87 NO erreicht. § 49 Abs 1 GmbHG ist somit die lex specialis zur Generalnorm des § 76 Abs 2 GmbHG.

Dies ist das Ergebnis einer systematisch-teleologischen Interpretation.

Schließlich harmonisiert diese Meinung mit jener Ansicht, wonach die nachträgliche Begründung oder wesentliche Änderung von Aufgriffsrechten im Gesellschaftsvertrag mit Gesellschafterbeschluß möglich ist, für den nicht Einstimmigkeit verlangt wird, sondern satzungsändernde Mehrheit ausreicht.

Univ.-Ass. Mag. Dr. FRIEDRICH FRABERGER, Wirtschaftsuniversität Wien

§ 221 Abs 5 letzter Halbsatz iVm § 244 Abs 3 letzter Halbsatz HGB idF EU-GesRÄG 1996: Überschießende Regelungen?

Durch das EU-GesRÄG 1996 wurden die Vorschriften der 4. und der 7. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der EU in das österreichische Recht resttransformiert. In diesem Beitrag klärt der Autor, welche Gesellschaftsformen bzw. -kombinationen der erweiterten Rechnungslegungspflicht für Kapitalgesellschaften (§ 221 Abs 5 HGB) bzw. der Konzernrechnungslegungspflicht (§ 244 Abs 3 HGB) unterworfen werden sollen. Der Wortlaut der Neuregelungen könnte nämlich auch Gesellschaftsformen erfassen, bei denen – in teleologischer Interpretation – kein Bedarf für verschärfte Rechnungslegungsvorschriften bzw. für die Erstellung eines Konzernabschlusses gegeben ist.

1. Die Neuregelung durch das EU-GesRÄG

§ 221 Abs 5 iVm § 244 Abs 3 HGB idF EU-GesRÄG 1996 regeln typischerweise die Eingliederung der Kapitalgesellschaft & Co KG in die Rechnungslegungsvorschriften des Dritten Buches des HGB. Durch die ausführlichen Gesetzesvorschriften sollten insbesondere die Unklarheiten in der Rechtslage nach BGBl 1990/475 beseitigt werden, die sich hinsichtlich der Einstufung der doppelstöckigen Kapitalgesellschaft & Co als Kapitalgesellschaft im Sinne der Rechnungslegungsvorschriften nach § 221 Abs 3 HGB aF ergeben hatten[1]).

Die nunmehrigen Vorschriften betreffend Prüfungs- und Offenlegungspflicht nach § 221 Abs 5 HGB nF und die Normierung der Konzernrechnungslegungspflicht nach § 244 Abs 3 HGB nF bereinigen die Zweifel, die sich vor allem hinsichtlich der doppelstöckigen GmbH & Co ergeben hatten, schießen aber mit ihrem Wortlaut über das Ziel hinaus. § 221 Abs 5 iVm § 244 Abs 3 HGB nF sehen nunmehr vor, daß „... *eine Personengesellschaft des Handelsrechts, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist, hinsichtlich der in den §§ 222 bis 243 und §§ 268–283 (§ 221 Abs 5 HGB nF) bzw. der in den §§ 244 bis 267 geregelten Tatbeständen (§ 244 Abs 3 HGB nF) den der Rechtsform ihres vertretungsbefugten Gesellschafters entsprechenden Rechtsformen unterliegt;* ***ist dieser keine Kapitalgesellschaft, so gelten die Vorschriften für Gesellschaften mit beschränkter Haftung.***" Sinn und Zweck dieser Regelungen ist nach den EBRV, in klarstellender Weise nicht nur die doppelstöckige GmbH & Co den erweiterten Pflichten zu unterwerfen, sondern auch jene Personengesellschaften, bei denen etwa eine Genossenschaft oder ein Verein die Komplementärstellung innehat[2]). Der Gesetzgeber folgte damit der Anregung von *Schummer*[3]), all jene Gesellschaftsformen den erweiterten Pflichten der § 221 Abs 5 iVm § 244 Abs 3 HGB nF zu unterwerfen, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt haftet.

2. Zweifelsfall

Der letzte Satz des § 221 Abs 5 iVm § 244 Abs 3 HGB nF könnte jedoch Zweifel bei folgender Gesellschaftskonstruktion aufwerfen:

[1]) Für eine analoge Anwendung des § 221 Abs 3 HGB: *Nowotny*, in: Straube (Hrsg), HGB II, Wien 1992, § 221 Rz 38, sowie *Rief*, Prüfungs- und Offenlegungspflicht der Kapitalgesellschaft & Co EEG?, RWZ 1993, 2 (3) und *Schummer*, Zur Rechnungslegung der Kapitalgesellschaft & Co, RWZ 1993, 7 (8).

[2]) Zur Anwendung des § 221 Abs 3 HGB aF auf Gen & Co bzw. Verein & Co vgl *Schummer*, Zur Rechnungslegung der Kapitalgesellschaft & Co, RWZ 1993, 7 (9).

[3]) Vgl *Schummer*, RWZ 1993, 7 (10).