



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„INKONSISTENZEN DURCH § 11 FBG UND § 26 GMBHG“

eingereicht an der

**Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Wien**

Verfasserin

Mag. iur. Christine Huber

0400369

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, im September 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A – 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Zib

VORWORT

Nach Abschluss des Diplomstudiums im Sommer 2009 fasste ich den Beschluss, nach der Abfassung einer Dissertation den Doktorgrad zu erwerben. Da ich schon längere Zeit den Wunsch hegte, in das Notariat einzutreten, begab ich mich auf die Suche nach einem fachlich relevanten Dissertationsthema und stieß schließlich auf die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes. Im Zuge des Erstgespräches mit meinem Dissertationsbetreuer, Herrn Univ.-Prof. Dr. Christian Zib, welcher die hier behandelte Problematik an mich herangetragen hat, konnte die Themenstellung fixiert werden.

Mein besonderer Dank gilt an dieser Stelle meinem Dissertationsbetreuer, Herrn Univ.-Prof. Dr. Christian Zib, der durch seine aufwändige und zugleich profunde Prüfung meiner Entwürfe das Gelingen der Arbeit überhaupt erst ermöglicht hat. Seine Hinweise haben mir mehr als einmal den richtigen Blick auf die bestehenden rechtlichen Probleme geöffnet.

Weiters Dank möchte ich Herrn Priv.-Doz. Dr. Thomas Haberer für seine ergänzenden Anregungen sagen.

Dank aussprechen möchte ich auch Herrn Dr. Richard Forster, öffentlicher Notar, bei welchem ich nützliche Praxiserfahrungen im Notariat sammeln konnte und welcher mir in Fragestellungen zum praktischen Ablauf mit seinem Rat zur Seite stand.

Darüber hinaus bin ich meinem Ausbildungsnotar Mag. Peter Hellmann, der mir ein wichtiger Lehrmeister im Notariatsberuf ist, zu Dank verpflichtet.

Sodann danke ich Herrn Rechtsanwalt Dr. Marcel Pilshofer für die hilfreichen Diskussionen.

Ganz selbstverständlich schulde ich nicht zuletzt auch meinen Eltern Dank, die mich während der Jahre meines Studiums in jeder Hinsicht unterstützt und die stets an mich geglaubt haben.

Sollte die Arbeit dennoch Mängel im praktischen oder fachlichen Zugang aufweisen, so sind diese allein von mir zu verantworten.

Wien, im September 2011

Die Verfasserin

INHALTSVERZEICHNIS:

1. EINLEITUNG:	1
2. ALLGEMEINES ZUM FIRMBUCHVERFAHREN UND ZUR FIRMBUCHANMELDUNG:	4
2.1. ECKPFEILER DES FIRMBUCHVERFAHRENS:.....	4
2.2. DIE ANMELDUNG ZUM FIRMBUCH:	5
2.3. MUSTERZEICHNUNGSKLÄRUNGEN:	7
2.4. ZWECK DER FORMVORSCHRIFTEN:.....	7
2.5. INHALTSERFORDERNISSE EINES FIRMBUCHANTRAGES:.....	9
2.6. PRÜFPFLICHT DES FIRMBUCHGERICHTES:	10
2.6.1. <i>Grundsätzliches</i>	10
2.6.2. <i>Formelle Prüfung:</i>	12
2.6.3. <i>Materielle Prüfung:</i>	12
2.6.3.1. Grundsatz:.....	12
2.6.3.2. Verträge und Erklärungen:.....	13
2.6.3.3. Beschlüsse:	14
2.6.3.3.1. Aktueller Meinungsstand in Lehre und Judikatur zur die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes: ..	14
2.6.3.3.1.1. Herrschende Lehre:.....	14
2.6.3.3.1.2. Frühere Rechtsprechung:	15
2.6.3.3.1.3. Jüngere Rechtsprechung:	17
2.6.3.3.1.4. Lehrmeinungen zur jüngeren Judikatur:	18
2.6.3.4. Sacheinlagen und Umgründungen:	21
2.6.4. <i>Intensität und Umfang der Prüfung:</i>	23
2.6.5. <i>Fazit</i>	25
3. DIE VEREINFACHTE ANMELDUNG ZUM FIRMBUCH NACH § 11 FBG:	26
3.1. EINBRINGUNG VEREINFACHTER ANMELDUNGEN MITTELS E-GOVERNMENT:.....	28
3.2. VEREINFACHTE ANMELDUNGEN SIND VOM BESTIMMTHEITSGEBOT DES § 16 FBG ERFASST:	30
3.3. DIE EINZELNEN TATBESTÄNDE, FÜR DIE DIE MÖGLICHKEIT DER VEREINFACHTEN ANMELDUNG OFFENSTEHT:	31
3.3.1. <i>Die für Zustellungen maßgebliche Geschäftsanschrift:</i>	31
3.3.2. <i>Der Geschäftszweig:</i>	33
3.3.3. <i>Der Vorsitzende, seine Stellvertreter und die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats:</i>	35
3.3.4. <i>Die Gesellschafter einer GmbH, deren Stammeinlagen oder die darauf geleisteten Einzahlungen:</i>	37
3.4. DIE VEREINFACHUNGEN DES § 11 FBG IM EINZELNEN:.....	38
3.4.1. <i>Entfall des allgemeinen Beglaubigungserfordernisses des § 11 Abs 1 UGB:</i>	38
3.4.2. <i>Anmeldung durch den Rechtsträger lediglich in vertretungsbefugter Anzahl:</i>	39
3.4.3. <i>Halbierung der Pauschalgebühr nach TP 10 GGG:</i>	40

3.5.	ABSCHLIEßENDE AUFZÄHLUNG DER TATBESTÄNDE IN § 11 FBG?.....	41
3.5.1.	<i>Erleichterungen für Genossenschaften:</i>	41
3.5.2.	<i>Änderungen von Personendaten:</i>	43
3.6.	NORMZWECK DES § 11 FBG:.....	44
4.	DIE VERSTÄNDIGUNGSPFLICHT NACH § 18 FBG:	45
5.	GEWILLKÜRTE STELLVERTRETUNG BEI FB-ANMELDUNGEN:	50
5.1.	GRUNDSÄTZLICHE ZULÄSSIGKEIT DER GEWILLKÜRTE STELLVERTRETUNG:	50
5.2.	ANMELDUNGEN, BEI WELCHEN NACH H _L UND RSP EINE GEWILLKÜRTE STELLVERTRETUNG NICHT MÖGLICH IST:.....	51
6.	ABLEITUNGEN AUS § 11 FBG:.....	54
6.1.	MODIFIZIERUNG DER ALLGEMEINEN PRÜFPFLICHT DES FB-GERICHTES DURCH § 11 FBG IM ZUSAMMENHANG MIT DER HAFTUNGSREGEL DES § 26 GmbHG, EINE URKUNDENVORLAGE SEI NICHT ERFORDERLICH	54
6.1.1.	<i>Vorgebrachte Argumente für eine Einschränkung der Prüfpflicht und für die Nichterforderlichkeit der Urkundenvorlage:</i>	55
6.1.1.1.	Aus § 11 FBG ergebe sich eine eingeschränkte Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes:	55
6.1.1.2.	Aufgrund der erhöhten Verantwortlichkeit der GF sei im Falle der GmbH eine Vorlage des Abtretungsvertrages nicht erforderlich:.....	57
6.1.1.3.	Die Einzahlung auf die Stammeinlage sei nicht nachzuweisen:.....	58
6.1.2.	<i>Argumente, die gegen Einschränkung der Prüfpflicht und für die Urkundenvorlage sprechen:..</i>	<i>59</i>
6.1.2.1.	Aus § 11 FBG ergibt sich mE keine Einschränkung der Prüfpflicht:.....	59
6.1.2.2.	§ 11 FBG sagt nichts darüber aus, dass Urkunden nicht vorzulegen wären:.....	60
6.1.2.3.	Die Pflicht zur Vorlage des Abtretungsvertrages sollte sich aus der allgemeinen Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes ergeben:	61
6.1.2.4.	Analogie?.....	62
6.1.2.5.	Ebenso eingeschränkte Identitätsprüfung des Anmelders:	67
6.1.2.6.	Prüfung der Einhaltung der Notariatsaktsform und Inhalt kann ohne Sichtung des Abtretungsvertrages gar nicht erfolgen:	67
6.1.2.7.	Verschiebung der Kontrollinstanz weg vom Firmenbuchgericht, hin zum Geschäftsführer:	72
6.1.2.7.1.	Mangelhaftes Verfügungsgeschäft, Verstoß gegen Vinkulierungsklausel:	73
6.1.2.7.2.	Es besteht kein Notariatsakt über die Geschäftsanteilsabtretung:	74
6.1.2.7.2.1.	Der Notar errichtet keinen Notariatsakt:	74
6.1.2.7.2.2.	Die Parteien versuchen, die Geschäftsanteilsabtretung ohne Beteiligung des Notars durchzuführen:.....	76
6.1.2.8.	Derzeit ist ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nicht möglich:.....	77
6.1.2.8.1.	Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach zivil- und unternehmensrechtlichen Regeln:	77
6.1.2.8.2.	Folgen der Unmöglichkeit des gutgläubigen Erwerbes:	78
6.1.2.8.3.	Lösungsvorschläge:	78
6.1.2.9.	Vereinigung von Geschäftsführungs- und Kontrolltätigkeit in der Person des Geschäftsführers:	79
6.1.2.10.	Zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch:.....	80
6.1.2.11.	Eine Vorlage des Abtretungsvertrages wäre fast kostenneutral:	83

6.1.2.12.	Ratio des § 11 FBG: Erleichterungen für die Anmeldenden, nicht jedoch Arbeitersparnis für das FB-Gericht:	85
6.1.2.12.1.	Die Verfahrensvereinfachung und –beschleunigung bringt einerseits den Antragstellern:	85
6.1.2.12.2.	„Ersparnisse“, die sich für das FB-Gericht aus § 11 FBG ergeben:	85
6.1.2.13.	Kein häufiges Vorkommen der Eintragungstatbestände:	88
6.1.2.14.	Das Verfassen der Firmenbucheingabe kann für nicht rechtskundige Parteien durchaus kompliziert sein:	89
6.1.2.15.	Die Geschäftsanteilsabtretung ist ein durchaus bedeutsamer Vorgang:	90
6.1.3.	<i>Anmeldungen, die mit der eines Gesellschafterwechsels verbunden werden und Urkundenvorlage:</i>	92
6.1.3.1.	Ausgangsfall:	92
6.1.3.2.	Stellungnahme:	95
6.1.4.	<i>Eine allfällige Einzahlung einer Stammeinlage sollte geprüft werden:</i>	97
6.1.5.	<i>Zusatzvereinbarungen zur Anteilsabtretung außerhalb des Notariatsaktes, welche nicht geprüft werden:</i>	98
6.1.5.1.	Derzeitiger Meinungsstand in Lehre und Judikatur:	99
6.1.5.2.	Folgen für die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes:	102
6.2.	DIE VERSTÄNDIGUNGSPFLICHT NACH § 18 FBG SOLL BEI ANMELDUNG DER TATBESTÄNDE DES § 11 FBG ENTFALLEN	105
6.2.1.	<i>Vorgebrachte Argumente für einen Entfall der Verständigungspflicht nach § 18 FBG:</i>	<i>105</i>
6.2.1.1.1.	Bei Vorliegen einer „Vorwegzustimmung“ könne die Verständigungspflicht nach § 18 FBG entfallen:	105
6.2.1.2.	Aus der Ratio des § 11 FBG ergebe sich ein Entfall der Verständigungspflicht nach § 18 FBG:	106
6.2.2.	<i>Argumente gegen den Entfall der Verständigungspflicht nach § 18 FBG:</i>	<i>110</i>
6.2.2.1.	Keine praktische Relevanz der mE grundsätzlich zulässigen „Vorwegzustimmung“:	110
6.2.2.2.	Aus § 11 FBG ergibt sich kein Entfall der Verständigungspflicht nach § 18 FBG:	111
6.2.2.3.	Bei § 18 FBG handelt es sich um ein verfahrensrechtliches Grundrecht:	112
6.2.2.4.	Verlust sämtlicher Gesellschafterrechte der Betroffenen:	113
6.2.2.5.	Keine merkbaren Verfahrensverzögerungen durch Verständigung nach § 18 FBG, aber erheblicher Zeitverlust bei Rekurerhebung:	114
6.2.2.6.	Grundsätzlich keine mündliche Verhandlung im Firmenbuchverfahren:	115
6.2.2.7.	Mögliche Folgen, die sich aus § 11 FBG iVm § 18 FBG ergeben können:	116
6.2.2.7.1.	Gesellschaftsgläubiger fordern im Exekutionsweg offene Stammeinlage vom Nichtgesellschafter ein:	116
6.2.2.7.2.	„Ausschluss“ eines Gesellschafter-Geschäftsführers:	117
7.	DAS STELLVERTRETUNGSRECHT UND § 11 FBG:	125
7.1.	BEI ERKLÄRUNGEN BETREFFEND DIE KAPITALAUFBRINGUNG IST NACH HM EINE GEWILLKÜRTE STELLVERTRETUNG AUSGESCHLOSSEN:	125
7.2.	WIE FÜGT SICH § 11 FBG IN DIESES SYSTEM?	126
7.3.	STELLUNGNAHME:	129
8.	WAS IST SEIT DER EINFÜHRUNG DER VEREINFACHTEN ANMELDUNG AUS § 11 FBG GEWORDEN?	132

8.1.	AUFHEBUNG DER HALBIERUNG DER GERICHTLICHEN PAUSCHALGEBÜHR:	132
8.2.	HERANZIEHUNG DES § 11 FBG FÜR DIE UMSTELLUNG DER RECHTSFORMZUSÄTZE DURCH DAS HARÄG 2005:	132
8.3.	NEUERUNGEN IN § 11 FBG DURCH DAS GESRÄG 2011:	133
8.4.	FAZIT:	134
9.	ERGEBNIS	135
	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS:	I
	LITERATURVERZEICHNIS:	V
	ENTSCHEIDUNGS- UND FALLREGISTER:	VIII
	PARLAMENTARISCHE MATERIALIEN:	XIII
	ANHANG:	XIV

1. EINLEITUNG:

Das Firmenbuch ist ein von den Gerichten im Außerstreitverfahren zu führendes öffentliches Register und dient nach § 1 Abs 2 FBG der Offenlegung von Tatsachen, die nach dem FBG oder sonstigen gesetzlichen Vorschriften einzutragen sind. Das FB besteht aus dem Hauptbuch und der Urkundensammlung. Jedermann hat gemäß § 9 Abs 1 UGB das Recht, das FB (Hauptbuch und Urkundensammlung) einzusehen.

Grundsätzlich sind Anmeldungen gemäß § 11 Abs 1 UGB schriftlich und in öffentlich beglaubigter Form einzubringen. Schon im Zuge der Schaffung des FBG im Jahre 1991¹ wurde die Möglichkeit der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG geschaffen. § 11 FBG **befreit** einerseits bestimmte Anmeldungsvorgänge **vom Beglaubigungserfordernis** des § 11 UGB, andererseits muss die Anmeldung dieser in § 11 FBG normierter Vorgänge (sofern dies erforderlich ist), nicht von sämtlichen Organvertretern, sondern **lediglich in vertretungsbefugter Zahl unterzeichnet** werden.

Nach § 15 FBG sind die allgemeinen Bestimmungen des Außerstreitgesetzes, welche ua den Untersuchungsgrundsatz² für das Verfahren festlegen, auch auf das Firmenbuchverfahren anwendbar. Der Umfang der Prüfpflicht des FB-Gerichtes bei vorzunehmenden Eintragungen ist gesetzlich nicht explizit normiert, es ist aber davon auszugehen, dass alle Anmeldungen durch das zuständige Entscheidungsorgan (Richter oder Rechtspfleger, §§ 16, 22 RpflG) in formeller (ua hinsichtlich Zuständigkeit, Formvorschriften) und materieller Hinsicht zu prüfen sind³. Die materielle Prüfpflicht besteht nach hA in tatsächlicher Hinsicht und in rechtlicher Hinsicht.⁴

Durch die Möglichkeit der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG sollte sich an der Prüfpflicht des FB-Gerichtes grundsätzlich nichts ändern. In der Praxis beschränkt sich das Gericht jedoch meist auf eine Plausibilitätsprüfung⁵ oder unterlässt die Prüfung gänzlich.⁶

¹ BGBl 1991/10 über das Firmenbuch und damit zusammenhängende Regelungen.

² *Umfahrer*, GmbH⁶, Rz 161.

³ *Deu/Helm*, Die Anmeldung zum FB, 7; *Szöky*, Firmenbuchverfahren², 206 ff.

⁴ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 11 ff. mwN.

⁵ *Kodek/Nowotny*, NZ 2004/78; *Weigand*, NZ 2003/23.

⁶ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 11, Rz 9.

In der vorliegenden Arbeit soll das Hauptaugenmerk auf einen der Anwendungsfälle der vereinfachten Anmeldung gelegt werden, nämlich auf Anmeldungen, die die Gesellschafter einer GmbH, deren Stammeinlagen oder die darauf geleisteten Einzahlungen betreffen.

Der OGH judiziert, dass vereinfachte Anmeldungen betreffend den Gesellschafterstand der GmbH (§ 11 FBG, 4. Fall) „grundsätzlich nicht geprüft“ werden.⁷ Die Prüfung soll deshalb entbehrlich sein, weil die GF für einen allfälligen sich daraus ergebenden Schaden haften. Dies scheint im Hinblick auf die Richtigkeit des FB und den damit zusammenhängenden Vertrauensschutz der Einsicht nehmenden Verkehrskreise äußerst bedenklich.

Aufgrund dieser **aus § 11 FBG abgeleiteten eingeschränkten Prüfpflicht** durch das FB-Gericht wird weiters angenommen, dass bei der Anmeldung eines GmbH-Gesellschafterwechsels die **Vorlage des Abtretungsvertrages nicht erforderlich sei**.

In Anbetracht des nach Ansicht des JA „in häufiger Abfolge aktuell werdenden“⁸ Charakters der von § 11 FBG erfassten Anmeldungstatbestände und dem damit verbundenen weitgehenden Verzicht auf eine Prüfung durch das Firmenbuchgericht wird weiters von Teilen der Lehre ein **Entfall der Verständigungspflicht des § 18 FBG** abgeleitet, mit der Begründung, dass die Betroffenen durch die ohnehin offen stehende Rekursmöglichkeit ausreichend geschützt seien.

Weiters wird **durch die gesetzliche Regelung des § 11 FBG eine gewillkürte Stellvertretung bei der Anmeldung von Kapitalisierungskriterien der GmbH** (betreffend die Änderung von Stammeinlagen und der hierauf geleisteten Einzahlungen sowie des Überganges eines Geschäftsanteiles) **ermöglicht**. Dies stellt einen Bruch zur allgemeinen Regelung des Kapitalgesellschaftsrechts dar, wonach bei der Anmeldung von Kapitalisierungskriterien nach hA eine gewillkürte Stellvertretung unzulässig ist.

In der vorliegenden Arbeit wird nach einem kurzen allgemeinen Teil zum Firmenbuchverfahren (Kapitel 2) die gesetzliche Regelung der vereinfachten Anmeldung mit den einzelnen Tatbeständen und den Vereinfachungen erörtert und wird der Normzweck des § 11 FBG herausgearbeitet (Kapitel 3), bevor auf die Verständigungspflicht nach § 18 FBG (Kapitel 4) und die gewillkürte Stellvertretung (Kapitel 5) eingegangen wird.

⁷ OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t.

⁸ AB zum FBG BlgNR XVIII. GP 13.

Anschließend werden in Kapitel 6 bezüglich der drei Ableitungen aus § 11 FBG iVm § 26 GmbHG zunächst die vorgebrachten Argumente dargelegt, wie die Vertreter dieser Meinungen die abgeleitete eingeschränkte Prüfpflicht und in diesem Zusammenhang die Nichterforderlichkeit der Urkundenvorlage sowie den angenommenen Entfall der Verständigungspflicht rechtfertigen. Sodann wird als Hauptteil der Arbeit anhand von eigenen Argumenten dargestellt, warum diese Ableitungen nicht gerechtfertigt sind und welche Folgen sich daraus ergeben können. Weiters wird in einer rechtsökonomischen Zusammenschau dargelegt, welche Kostenersparnis sich aus den Erleichterungen, die die vereinfachte Anmeldung mit sich bringt, ergibt und wie sich die Kostenersparnis in Anbetracht auf die Rechtsunsicherheiten, die ebenfalls aus § 11 FBG resultieren, rechtfertigen lässt.

Sodann wird in Kapitel 7 auf die durch § 11 FBG eröffnete Möglichkeit der gewillkürten Stellvertretung bei der Anmeldung von Kapitalisierungskriterien eingegangen und diese Abweichung vom allgemeinen Stellvertretungsrecht besprochen.

Nach einem Rückblick, wie sich § 11 FBG seit seiner Einführung im Jahre 1991 entwickelt hat (Kapitel 8), werden schließlich in Kapitel 9 die Ergebnisse zusammengefasst und wird darauf eingegangen, wie sich § 11 FBG systematisch in das System der Firmenbuchanmeldungen fügt, welche Folgen sich aus seiner Anwendung ergeben und soll ein Lösungsvorschlag aufgezeigt werden.

2. ALLGEMEINES ZUM FIRMENBUCHVERFAHREN UND ZUR FIRMENBUCHANMELDUNG:

2.1. Eckpfeiler des Firmenbuchverfahrens:

§ 15 Abs 1 FBG idF Art XXIX AußStrBegleitG⁹ erklärt ausdrücklich das Außerstreitgesetz auf das Firmenbuchverfahren anwendbar.¹⁰ Somit sind – mit Ausnahme des Abänderungsverfahrens gemäß §§ 72 bis 77 AußStrG¹¹ – grundsätzlich die Bestimmungen des Außerstreitgesetzes auf das Firmenbuchverfahren anzuwenden.

Durch § 15 Abs 2 FBG ist klargestellt, dass im Firmenbuchverfahren auch Rechtsträger, die ihre Rechtsfähigkeit erst durch die Eintragung im FB erlangen würden, schon im Verfahren über ihre Eintragung parteifähig sind und von den vorgesehenen Organen vertreten werden (antizipierte Parteifähigkeit)¹².

Gemäß § 15 FBG iVm § 2 Abs 2 Z 5 AußStrG, welche den Untersuchungsgrundsatz für das Firmenbuchverfahren normieren,¹³ hat das Firmenbuchgericht jeden Antrag in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen. Weiters ist nach § 13 AußStrG das Verfahren so zu gestalten, dass eine erschöpfende und umfassende Erörterung und gründliche Beurteilung soweit möglich in einer möglichst kurzen Verfahrensdauer erfolgen können.¹⁴ Die Parteien haben das FB-Gericht bei der Wahrheitsfindung zu unterstützen. Es trifft sie diesbezüglich eine Prozessförderungspflicht. Eine Abwälzung der Prüfpflicht auf Verfahrensbeteiligte durch eine generelle Einholung einer Äußerung nach § 18 FBG ist allerdings nicht möglich.¹⁵ Das Entscheidungsorgan (Richter oder Rechtspfleger) kann nach eigenem Ermessen Beweise aufnehmen und ist dabei nicht an Anträge von Parteien gebunden.¹⁶ Die Antragsteller können

⁹ BGBl I 2003/112.

¹⁰ *Kodek/Nowotny*, NZ 2004/78.

¹¹ *Rauter*, JAP 2004/2005/34.

¹² *Burgstaller in Jabornegg*, HGB § 15 RZ 2; *Szöky*, Das Firmenbuchverfahren², 187; *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 RZ 68.

¹³ OGH 22.02.1994, 6 Ob 16/93; OGH 09.11.1995, 6 Ob 1023/95.

¹⁴ *Rauter*, JAP 2004/2005/36.

¹⁵ *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 RZ 15.

¹⁶ *Kodek/Nowotny*, NZ 2004/78.

zur Aufnahme von Beweisen geladen werden. Leisten sie dieser Ladung nicht Folge, ist die Verhängung von Ordnungsstrafen nach § 87 GOG möglich.¹⁷

Auf die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes wird in der Folge unter Punkt 2.6. genauer eingegangen werden.

Änderungen bereits eingetragener Tatsachen sind nach § 10 Abs 1 FBG unverzüglich beim zuständigen FB-Gericht anzumelden. Hier nimmt die hM im Hinblick auf die Publizitätswirkungen des Firmenbuches und in diesem Zusammenhang mit der Richtigkeitsgewähr des Firmenbuches einen Zeitraum von höchstens 14 Tagen an, innerhalb derer die geänderte Tatsache anzumelden sei.¹⁸

Die Rechtsprechung geht von einem **abgestuften Parteibegriff**¹⁹ nach dem Grad der Betroffenheit im Firmenbuchverfahren aus.

2.2. Die Anmeldung zum Firmenbuch:

Grundsätzlich sind gemäß § 11 Abs 1 UGB (vormals § 12 Abs 1 HGB) Anmeldungen zur Eintragung in das Firmenbuch sowie die zur Aufbewahrung bei Gericht bestimmten Musterzeichnungserklärungen (Unterschriftsproben) persönlich bei dem Gerichte zu bewirken oder schriftlich in öffentlich beglaubigter Form (durch einen öffentlichen Notar: § 79 NO oder durch das Bezirksgericht: § 188 AußStrG) einzureichen. Eine Beglaubigung durch Legislatoren (wie sie in Tirol und Vorarlberg existiert) reicht nicht aus.²⁰

Neben dem klassischen Fall der „Anmeldung“ zum Firmenbuch, welche ein an das Gericht gerichtetes Begehren enthält und dessen Entscheidungspflicht auslöst gibt es noch bloße „Mitteilungen“²¹ an das Firmenbuchgericht, die einfache Anregungen an das Gericht darstellen, eine Eintragung bzw. Löschung vorzunehmen, die jedoch mangels konkreten Begehrens nicht als

¹⁷ OLG Wien, 28.02.2005, 28 R 3/05z.

¹⁸ Szöky, Firmenbuchverfahren², 189.

¹⁹ OGH 13.02.1997, 6 Ob 2274/96x; OGH 13.09.2001, 6 Ob 183/01g; Burgstaller in Jabornegg, HGB § 15 FBG Rz 14 ff mwN; Schenk in Straube, HGB³, FBG § 18 mwN; Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 18 Rz 5.

²⁰ Feil, FBG § 11, Rz 1.

²¹ Deu/Helm, 5.

Anmeldung zu qualifizieren sind und somit auch keine Entscheidungspflicht des Gerichts auslösen²². Daneben kennt die österreichische Lehre und Rsp noch sog „**faktische Vorgänge**“ (z.B. die jährliche Einreichung des Jahresabschlusses), deren Eintragung von Amts wegen zu erfolgen hat und die deshalb nicht durch eine Anmeldung bedingt sind.²³ Auf diese tatsächlichen Vorgänge ist zu einem späteren Zeitpunkt noch genauer einzugehen. Das Beglaubigungserfordernis des § 11 Abs 1 UGB ist nur bei der ersterwähnten Form der Anmeldung „zur Eintragung“ (die ein Begehren enthält und die Entscheidungspflicht des Gerichtes auslöst) zu beachten. Bezweckt der Antrag oder die Anmeldung hingegen keine Firmenbucheintragung, ist eine einfache Unterschrift ausreichend.²⁴

Wer konkret zur Anmeldung verpflichtet ist und welche Tatbestände anzumelden sind, ergibt sich aus den jeweiligen materiellrechtlichen Vorschriften (GmbHG, AG, UGB, GenG etc.). An dieser Stelle ist auf § 24 FBG zu verweisen, welcher Anmeldepflichten durch Zwangsstrafen mittels eines abgestuften Verfahrens durchsetzbar macht.²⁵ Zunächst wird die Zwangsstrafe angedroht und erst in einem zweiten Schritt kann dessen Verhängung erfolgen. Auch eine Mehrfachverhängung ist möglich. Dies ist natürlich mit einem teilweise erheblichen Zeitverlust verbunden.

Wenngleich viele Eintragungen nur deklaratorischer Natur sind, besteht dennoch ein Interesse an einer raschen Eintragung, da Dritte im geschäftlichen Verkehr das Vorhandensein von Tatsachen (etwa einer Vertretungsbefugnis) erst bei Vorlage eines aktuellen Firmenbuchauszuges akzeptieren. In diesem Zusammenhang ist nicht nur die rasche Eintragung, sondern auch die rasche Löschung von Tatsachen (etwa die Beendigung einer Organfunktion bei Pensionsantritt) wünschenswert.²⁶

²² *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 16 RZ 8.

²³ OGH 25.09.1997, 6 Ob 97/97a.

²⁴ *Feil*, FBG § 11, Rz 1.

²⁵ *Auer*, RPfl 1990/2, 1.

²⁶ *Szöky*, Vermeidung von Verbesserungsaufträgen², 52.

2.3. Musterzeichnungserklärungen:

Die sog Musterzeichnungen, die bei Gericht (in der Urkundensammlung, § 12 FBG) aufbewahrt werden, dienen der Überprüfung der Echtheit von Unterschriften, die eingetragene Rechtsträger oder für sie handelnde natürliche Personen im Geschäftsverkehr leisten. Jedermann hat gemäß § 9 Abs 1 UGB das Recht, in die Urkundensammlung Einsicht zu nehmen.²⁷ Es kann sich also jeder potentielle Geschäftspartner ein Bild davon machen, ob die Unterschrift vom tatsächlich Vertretungsbefugten stammt. Für Musterzeichnungserklärungen gelten dieselben Formvorschriften wie für Firmenbuchanmeldungen. Wer zur Leistung einer Musterzeichnungserklärung verpflichtet ist, ergibt sich aus den materiellrechtlichen Vorschriften. Es soll derjenige Schriftzug in die Urkundensammlung aufgenommen werden, der auch im Geschäftsverkehr verwendet wird und es muss erkennbar sein, dass es sich um einen Namenszug handelt. Es ist also nicht erforderlich, das Geburtsdatum anzuführen, Vor- und Zunamen zu verwenden oder dass die Unterschrift gut leserlich ist.²⁸

2.4. Zweck der Formvorschriften:

Unstreitiger Zweck des Formerfordernisses ist die **Identitätsprüfung des Anmeldenden** bzw. die **Echtheitsüberprüfung der Unterschriften**, somit im Endeffekt die Gewährleistung der Richtigkeit des Firmenbuchs.²⁹

§ 11 Abs 1 UGB sieht neben der schriftlichen Anmeldung eine persönliche Anmeldung bei Gericht vor. In der Praxis werden jedoch persönliche Anmeldungen nicht oder nur äußerst selten zu Protokoll genommen, da einerseits § 16 Abs 1 FBG eine genaue Bezeichnung der begehrten Eintragung fordert und andererseits § 4 Abs 2 AußStrG vorsieht (wobei § 11 Abs 1 UGB als *lex specialis* zu § 4 Abs 2 AußStrG anzusehen ist), dass bei Gerichtshöfen erster

²⁷ *Kodek G.*, NZ 2006/44, 45.

²⁸ *Wagner*, NZ 1991, 113; *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, zu § 29 HGB, RZ 4; aA jedoch *Danzl*, 27, der für eine ordentliche Namensunterschrift Vor- und Zuname für erforderlich hält.

²⁹ *Schenk in Straube*, HGB I³ § 12 Rz 3; *Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, HGB § 12, Rz 1; *Burgstaller in Jabornegg*, HGB § 12, Rz 2; *Szöky*, Firmenbuchverfahren², 192.

Instanz Gesuche in der Regel schriftlich einzubringen sind und daher mündliche Anbringen „nur unter berücksichtigungswürdigen Umständen“ zu Protokoll zu nehmen seien.³⁰ *Zib* fügt noch hinzu, dass es sich bei der Zulässigkeit der persönlichen Bewirkung bei Gericht weitgehend um totes Recht handelte und in der deutschen Parallelvorschrift bereits 1969 aufgehoben wurde. Die Wendung „in der Regel“ indiziere, dass „nur unter berücksichtigungswürdigen Umständen eine Anmeldung zu Protokoll erklärt werden“ kann, um eine völlige Überlastung der Firmenbuchgerichte zu vermeiden.³¹

Ob die Beglaubigung durch Gericht (genauer gesagt durch Bezirksgericht, § 285 AußStrG, § 121 JN, § 56 GOG, §§ 426, 427 Geo) oder Notar (§§ 79 iVm 55, 82 NO) erfolgt, ist nicht maßgeblich, da beide Formen gleichwertig sind.³² Bei der Beglaubigung wird die Identität des Unterzeichnenden (Anmeldenden) geprüft und bestätigt. Eine einmalige Beglaubigung für alle künftigen Vorgänge ist nicht ausreichend.³³ Die Ausnahme hievon ist in § 7 GenG geregelt und wird später noch ausführlich zu erörtern sein.

Eine ausländische Beglaubigung bedarf für ihre Gültigkeit in Österreich der Anerkennung³⁴ (Apostille = Bestätigungsvermerk des ausländischen Staates für Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens³⁵ bzw. Überbeglaubigung oder diplomatische Beglaubigung für Nichtmitgliedsstaaten).

³⁰ OLG Wien 7.2. 1992, NZ 1992; 253; *Burgstaller in Jabornegg*, HGB § 12 Rz 17; *Schenk in Straube*. HGB I³ § 12 Rz 3; befürwortend allerdings *Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, HGB § 12 Rz 8, der sich dafür ausspricht, mündliche Anbringen sehr wohl zu Protokoll zu nehmen, da der von *Burgstaller* als „Hauptzweck“ des § 11 Abs 1 bezeichneten Identitätsprüfung dadurch kein Abbruch getan wird, als die Identitätsprüfung bei persönlichem Erscheinen bei Gericht selbst etwa durch Vorweisen eines Lichtbildausweises erfolgen kann. Nach *Burgstaller* erfüllt dieses Vorgehen gerade noch die Anforderungen des § 11 Abs 1, wenn er auch weiters anmerkt, dass die Identitätsprüfung nicht in den Geschäftsstellen des Firmenbuchgerichtes selbst, sondern in einer anderen Geschäftsstelle erfolgt. Abschließend dazu ist anzumerken, dass Protokollanträge in der Praxis ohnehin nur äußerst selten vorkommen.

³¹ *Zib/Verweijen*, Das neue UGB, 62.

³² OGH 25.11.1976, 6 Ob 575/76.

³³ OLG Wien 7.2.1992, 6 R 93/91.

³⁴ *Schenk in Straube*, HGB I³ § 12 Rz 3; *Burgstaller in Jabornegg*, HGB § 12 Rz 20; *Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 12 Rz 15f.

³⁵ Haager Übereinkommen vom 5.10.1961, BGBl 1968/27; *Szöky*, Firmenbuchverfahren², 193.

2.5. Inhaltserfordernisse eines Firmenbuchantrages:

Firmenbuchanmeldungen sind in deutscher Sprache einzubringen (§ 53 Geo, § 8 B-VG). Zur Verwendung der slowenischen und kroatischen Sprache sei auf das VolksgruppenG³⁶ und die V der Bundesregierung verwiesen, die die Verwendung der slowenischen und kroatischen Sprache neben der deutschen Sprache bei Gerichten, Verwaltungsbehörden und sonstigen Dienststellen vorsehen.

§ 16 Abs 1 FBG fordert, dass die Anmeldung die begehrte Eintragung bestimmt zu bezeichnen hat³⁷ und ist somit bezüglich der Anmeldung³⁸ (nicht aber auch bezüglich sonstiger Anträge) *lex specialis* zu § 9 Abs 1 AußStrG, wonach der Antrag kein bestimmtes Begehren enthalten muss, solange hinreichend erkennbar ist, welche Entscheidung oder sonstige Tätigkeit des Gerichtes vom Antragsteller begehrt wird. Die genaue Bezeichnung der Anmeldung dient der Rechtssicherheit und dem beschleunigten Verfahrensablauf. Es wird zwar keine bestimmte Form oder die Eintragung in gewisse Felder gefordert, es ist jedoch ratsam, soweit dies möglich ist, die „*verba legalia*“ zu verwenden.³⁹ An dieser Stelle ist noch auf die Möglichkeit des Verbesserungsverfahrens nach § 17 FBG zu verweisen.

³⁶ VolksgruppenG BGBl 1976/396 idF 1988/24, V der Bundesregierung BGBl 1977/307 und BGBl 1990/231.

³⁷ *Reich-Rohrwig/Kurschel*, *ecolex* 1991, 22.

³⁸ *Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 16, Rz 2, 5; *Kodek/Nowotny*, NZ 2004/78.

³⁹ *Schenk* in *Straube*, HGB I³ § 12 Rz 4; *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 16, Rz 2f. Das Modell des Firmenbuches sieht vor, dass Gesuche möglichst so zu gestalten sind, dass Kanzleibedienstete ohne weitere Nachforschungen anstellen zu müssen, die beantragte Eintragung in die Bildschirmmaske eingeben können. Diese vorbereitete Eingabe durch die Kanzleibediensteten soll nun das Entscheidungsorgan nach erfolgter Prüfung über diese Eingabe (durch Eingabe des Entscheidungscode) nur noch zu entscheiden haben (nach einer allenfalls erfolgenden Verbesserung).

2.6. Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes:

2.6.1. Grundsätzliches

Neben anderen Bestimmungen ergibt sich vor allem aus § 16 Abs 1 AußStrG der allgemeine Untersuchungsgrundsatz für das Außerstreitverfahren, woraus sich wiederum die Prüfungspflicht der FB-Gerichte bei Anmeldungen und Einreichungen ableitet. Sämtliche Anmeldungen (Eintragungen, Änderungen, Löschungen) sind nach hA beim örtlich und sachlich zuständigen Firmenbuchgericht durch das zuständige Entscheidungsorgan (Richter oder Rechtspfleger) von Amts wegen in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen.⁴⁰

Wie nun dieser Untersuchungsgrundsatz im Firmenbuchverfahren konkret ausgestaltet ist, ist vom jeweiligen Eintragungsgegenstand und vom Umfang der Prüfpflicht betreffend diesen Eintragungstatbestand abhängig. Abgesehen von der allgemeinen Regelung des § 16 AußStrG, wonach das Gericht „alle für seine Entscheidung maßgebenden Tatsachen“ aufzuklären hat, existiert keine generelle gesetzliche Normierung der Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes. Insbesondere bleibt unklar, was genau das Firmenbuchgericht zu prüfen hat. Vereinzelt ist im Gesetz vorgesehen, dass das Firmenbuchgericht speziell etwas zu prüfen hat. Etwa im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Firmenwortlauten wird normiert, dass eine Prüfpflicht dahingehend besteht, ob der Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit nach § 29 UGB beachtet ist.⁴¹

Auch wenn keine explizite Prüfpflicht im Gesetz angeordnet ist, geht die hM⁴² und Judikatur⁴³ davon aus, dass **aus dem allgemeinen Untersuchungsgrundsatz eine formelle und materielle Prüfungspflicht** des Firmenbuchgerichtes **abgeleitet** wird und dass somit alle formellen und materiellen Voraussetzungen der Anmeldung zu prüfen sind.

⁴⁰ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b; OGH 20.05.1999, 6 Ob 27/99; OGH 13.04.2000, 6 Ob 8/00w; OLG Wien 08.10.1996, 28 R 27/96; OLG Wien, 07.11.1995, 6 R 188/95.

⁴¹ OGH 13.02.1997, 6 Ob 2274/96x; *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 8.

⁴² *Zib* in *Zib/Dellinger*, Großkomm UGB § 15 FBG Rz 5f; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 11 Rz 4 ff; *Weigand*, NZ 2003/23, 67; *Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 31 Rz 11.

⁴³ OGH 22.02.1994, 6 Ob 16/93; OGH 19.05.1994, 6 Ob 19/93; OGH 19.05.1994, 6 Ob 7/94; OGH 09.11.1995, 6 Ob 1023/95; OGH 23.04.1996, 1 Ob 2014/96z; OGH 12.05.1997, 6 Ob 39/97x; OGH 25.09.1997, 6 Ob 174/97z; OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b; OGH 20.05.1999, 6 Ob 27/99k; OGH 05.07.2001, 6 Ob 317/00m; OGH 27.05.2004, 6 Ob 271/03a; OGH 07.11.2007, 6 Ob 235/07p.

Die **materielle Prüfung** hat die Prüfung der Rechtmäßigkeit und inhaltlichen Richtigkeit des Eintragungsgegenstandes zum Ziel und besteht sowohl in tatsächlicher, als auch in rechtlicher Hinsicht,⁴⁴ umfasst also Sachverhalts- und Rechtsfragen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, welche formellen und materiellen Umstände der Prüfung unterliegen, wie intensiv die Prüfung stattfinden soll und inwieweit überhaupt eine Ermittlungspflicht besteht.⁴⁵

Es existiert kein allgemeines Aufsichtsrecht des Firmenbuchgerichtes. Vorgesehen ist auch nicht, jede für eine Eintragung erhebliche Tatsache zu prüfen. Einigkeit besteht darüber, dass etwa die bloße Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit von Beschlüssen und Verträgen, die sprachliche Gestaltung von Urkunden, die Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die Erfüllung wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlicher Vorschriften nicht zu prüfen sind.⁴⁶ Ebenso hat das Firmenbuchgericht nicht die Einhaltung steuerrechtlicher Voraussetzungen zu prüfen.⁴⁷

Die Prüfpflicht liegt einerseits im **öffentlichen Interesse**, da der primäre Zweck der Prüfpflicht die Gewährleistung der Richtigkeit des Firmenbuches ist.⁴⁸ Dieses soll von unzulässigen und unrichtigen Eintragung freigehalten werden.⁴⁹ Andererseits dient die Prüfung dem Schutz von **Gläubiger- oder Gesellschaftsinteressen**. Nach *Burgstaller/Pilgerstorfer* sei in den letzten Jahren eine Verschärfung der materiellen Prüfpflicht, insbesondere bei Umgründungsvorgängen und möglichen Gefährdungen von Gläubigerinteressen zu beobachten.⁵⁰

Die formelle und materielle Prüfpflicht des FB-Gerichtes besteht grundsätzlich auch in den Fällen der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG. In der Praxis wird jedoch sehr wohl eine Einschränkung der allgemeinen Prüfpflicht durch § 11 FBG angenommen, worauf später in Punkt 6.1. noch genau einzugehen sein wird.⁵¹

⁴⁴ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 11; 15; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 73; *Weigand*, NZ 2003/23, 67; OGH 19.05.1994, 6 Ob 19/93; OGH 19.05.1994, 6 Ob 7/94; OLG Wien 26.05.2003, 28 R 305/02g.

⁴⁵ *Thöni*, FS *Koppensteiner* 232; *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², § 15 FBG Rz 9.

⁴⁶ *Weigand*, NZ 2003/23, 68; *Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 31 Rz 7; *Nowotny G.*, NZ 2006/64, 266.

⁴⁷ OGH 26.04.2001, 6 Ob 5/01f; OGH 26.04.2001, 6 Ob 4/01h; OGH 23.08.2001, 6 Ob 167/01d; OGH 23.01.2003, 6 Ob 81/02h; OGH 26.06.2003, 6 Ob 70/03t; OGH 27.05.2004, 6 Ob 271/03a.

⁴⁸ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 11; vgl auch § 10 Abs 2, § 14 Abs 1 FBG.

⁴⁹ *Weigand*, NZ 2003/23, 68; *Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 31 Rz 7.

⁵⁰ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², § 15 FBG Rz 10.

⁵¹ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 11 mwN.

2.6.2. Formelle Prüfung:

Die Formelle Prüfung zielt darauf ab, jede Anmeldung auf ihre Zulässigkeit zu prüfen. Insbesondere wird im Zuge der formellen Prüfung untersucht:⁵²

- sachliche und örtliche Zuständigkeit des FB-Gerichtes (§ 120 JN)
- Parteifähigkeit und Legitimation des Antragstellers und bei mehreren Anmeldenden deren Anmeldebefugnis in ausreichender Anzahl (§ 11 UGB)
- allenfalls Wirksamkeit und Zulässigkeit einer Vollmacht (§ 11 UGB)
- (abstrakte) Eingtragungsfähigkeit der Eingabe
- Erfüllung der Formerfordernisse des Antrages (Beglaubigung nach § 11 Abs 1 UGB oder vereinfachte Anmeldung nach § 11 FBG)
- Vollständigkeit der Anmeldung samt Beilagen
- Erfüllung der Inhaltserfordernisse des Antrages
- bestimmte Bezeichnung der begehrten Eintragung (§ 16 FBG)
- allenfalls Vorhandensein von erforderlichen Erklärungen (etwa § 10 Abs 3 GmbHG, § 29 Abs 1 AktG)

2.6.3. Materielle Prüfung:

2.6.3.1. Grundsatz:

Die materielle Prüfung umfasst in einem ersten Schritt die Prüfung des **wirksamen Zustandekommens** von Verträgen, Erklärungen und Beschlüssen als **Eintragungsgrundlagen** und in einem zweiten Schritt deren **inhaltliche Rechtfertigung**.⁵³

Das wirksame Zustandekommen der Eintragungsgrundlagen betreffend ist zu prüfen, ob die im Gesetz vorgesehenen Formerfordernisse (Notariatsaktsform oder notarielle Beurkundung) für den jeweiligen Rechtsakt eingehalten wurden. Wurde ein allfälliges Formerfordernis

⁵² Feil, FBG § 15, Rz 7; Krejci, Unternehmensrecht⁴, 73; Schenk in Straube, HGB I³, § 8 Rz 14.

⁵³ Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB², FBG § 15 Rz 12.

nicht erfüllt, so begründet dies die Nichtigkeit⁵⁴ des betroffenen Beschlusses oder Vertrages und ist die Eintragung abzulehnen. Das Eintragungshindernis kann jedoch nach hA durch eine dennoch erfolgende Eintragung geheilt werden.⁵⁵

Die inhaltlichen Voraussetzungen für eine Eintragung sind grundsätzlich den jeweiligen Materiengesetzen zu entnehmen. Darüber hinaus sind jedoch auch die allgemeinen, übergeordneten zivil-, gesellschafts- und unternehmensrechtlichen Grundsätze zu beachten.⁵⁶

Ein solcher allgemeiner Grundsatz, der in der vorliegenden Arbeit interessiert ist beispielsweise jener allgemeine Grundsatz, dass bei der Anmeldung von Kapitalisierungskriterien eine gewillkürte Stellvertretung ausgeschlossen ist und dass daher alle vertretungsbefugten Personen gemeinsam zur Anmeldung berufen sind, worauf später in Punkt 7. noch einzugehen sein wird.

Bei der **inhaltlichen Prüfung** ist zunächst danach zu differenzieren, welcher Rechtsakt Grundlage für die beantragte Eintragung ist. In Betracht kommen verschiedene **Verträge** (zB Gesellschaftsvertrag, Abtretungsvertrag, Einbringungsvertrag usw), **Erklärungen** (zB Rücktrittserklärungen, Errichtungserklärung usw) und **Beschlüsse**.

2.6.3.2. Verträge und Erklärungen:

Bei den meisten Erklärungen und Verträgen hat das Firmenbuchgericht zu prüfen, ob einerseits die in den Materiengesetzen vorgesehenen gesetzlichen Mindestinhalte (siehe §§ 4 Abs 1, 6 Abs 4 GmbHG, § 220 AktG) tatsächlich enthalten sind und dass andererseits keine Regelungen aufgenommen sind, die im Widerspruch zu zwingenden gesetzlichen Bestimmungen stehen (etwa § 4 Abs 2 GmbHG). Sind solche Bestimmungen enthalten,⁵⁷ ist der Inhalt sittenwidrig⁵⁸ oder liegt etwa ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor,⁵⁹ so darf das FB-Gericht nach hA die Anmeldungen, denen solche Verträge zugrunde liegen, nicht eintragen.

⁵⁴ OLG Wien 23.03.1992, 6 R 146/91.

⁵⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 4 Rz 26 mwN; *Jabornegg in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 16 Rz 13; *E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 16 Rz 52; *Zehetner in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 31 Rz 10.

⁵⁶ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 12.

⁵⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 4 Rz 27; *Zehetner in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 31 Rz 10; *Arnold*, PSG², § 13 Rz 6; OGH 30. 8. 2000, 6 Ob 167/00b.

⁵⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 4 Rz 27; OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h; OGH 23.10.2003, 6 Ob 196/03x.

⁵⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rz 19; OGH 22.10.2001, 3 Ob 287/02f; OGH 23.10.2003, 6 Ob 196/03x; OGH 12.03.1992, 6 Ob 5/91; OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b; OGH 20.01.2000, 6 Ob 288/99t; OGH 26.04.2001, 6 Ob 4/01h; OGH 26.04.2001, 6 Ob 5/01f; OGH 23.01.2003, 6 Ob 81/02h.

2.6.3.3. Beschlüsse:

Die Prüfpflicht bei Gesellschafterbeschlüssen ist großteils strittig, da es eine Vielzahl von Arten mangelhafter Beschlüsse gibt. Es werden einerseits Mängel des Zustandekommens und inhaltliche Mängel des Beschlusses unterschieden. Andererseits wird nach der Rechtsfolge differenziert, ob der Mangel die absolute Nichtigkeit oder die bloße Anfechtbarkeit des Beschlusses bewirkt. Teilweise wird auch von sog „Scheinbeschlüssen“, „unwirksamen Beschlüssen“ und „wirkungslosen Beschlüssen“ gesprochen.⁶⁰ Als Ausgangspunkt vieler Unklarheiten stellt sich die Frage, ob es auch bei der GmbH, wie dies bei der AG und bei der Genossenschaft der Fall ist, neben anfechtbaren auch die Kategorie absolut nichtiger Beschlüsse gibt.⁶¹

2.6.3.3.1. Aktueller Meinungsstand in Lehre und Judikatur zur die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes:

2.6.3.3.1.1. **Herrschende Lehre:**

Als maßgebliches Kriterium für die Reichweite der materiellen Prüfpflicht wird von der **herrschenden Lehre** die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen vorgebracht. Das Firmenbuchgericht dürfe nur die Eintragung nichtiger Beschlüsse ablehnen, wobei es lediglich anfechtbare Beschlüsse sehr wohl einzutragen habe. Bei anfechtbaren Beschlüssen stehe allerdings die Möglichkeit der Unterbrechung des Verfahrens nach § 19 FBG offen.⁶²

Die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit entspringt dem **Aktienrecht**. § 199 AktG sieht für bestimmte, taxativ aufgezählte Fälle Nichtigkeit vor, wobei Nichtigkeit bedeutet, dass der Beschluss von vornherein keine Wirkung entfaltet. Daneben gibt es Beschlüsse, die lediglich anfechtbar sind, wobei Anfechtbarkeit als Vernichtbarkeit verstanden wird.⁶³

⁶⁰ Eckert, GeS 2004, 228 ff; Artmann, GeS 2007, 3 ff.

⁶¹ Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB², FBG § 15 Rz 14.

⁶² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 195 Rz 7, § 199 Rz 2; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 41 Rz 18, 57, § 51 Rz 3; Enzinger in Straube, GmbHG § 41 Rz 31, 79, 81.

⁶³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 195 Rz 7, § 199 Rz 2.

Lehre⁶⁴ und Rsp⁶⁵ wenden auch bei der **Genossenschaft**, mangels eigener Regelungen betreffend Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, die aktienrechtlichen Bestimmungen analog an.

Im **GmbH-Recht** findet sich in § 41 Abs 1 GmbHG lediglich eine Regelung zur Anfechtung von fehlerhaften Beschlüssen, jedoch keine Bestimmung zur Nichtigklärung. Die **hL** qualifiziert dieses Fehlen einer Bestimmung als eine planwidrige Lückenhaftigkeit des GmbHG und bejaht die analoge Anwendung der Bestimmung des § 199 AktG hinsichtlich der Kategorie der (absolut) nichtigen Beschlüsse und deren Anfechtung.⁶⁶ Nichtigkeit des Inhalts liege immer dann vor, wenn dieser mit dem Wesen der GmbH unvereinbar ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, oder wenn er gegen die guten Sitten verstößt.⁶⁷

Auch bei der GmbH nimmt die **hL** im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen absolut nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen an, dass das Firmenbuchgericht nur den absolut nichtigen Beschlüssen die Eintragung verwehren dürfe, während bloß anfechtbare Beschlüsse sehr wohl einzutragen seien. Dies wird damit begründet, dass anfechtbare Beschlüsse bis zu ihrer (eventuell gar nicht erfolgenden) Anfechtung wirksam sind und auch hier die Möglichkeit einer Unterbrechung des Verfahrens gemäß § 19 FBG bestehe, solange die Anfechtungsfrist offen oder eine Anfechtungsklage anhängig ist.⁶⁸

2.6.3.3.1.2. Frühere Rechtsprechung:

Die **frühere Rechtsprechung** hat sich in einer Vielzahl von Entscheidungen dafür ausgesprochen, dass das Firmenbuchgericht anfechtbare Beschlüsse einzutragen habe.⁶⁹ Das Höchstgericht beantwortete wiederholt jene Frage nicht, ob es im GmbH-Recht neben den

⁶⁴ Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 5/105; *Siebenböck* in *Dellinger*, GenG § 30 Rz 17ff.

⁶⁵ OGH 29.06.1989, 6 Ob 605/89; OGH 20.06.1991, 6 Ob 6/91; OGH 21.12.1994, 6 Ob 1045/94; OGH 21.01.2002, 6 Ob 313/01z; aA jedoch OGH 26.01.1995, 6 Ob 635/94.

⁶⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 41 Rz 7 ff; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG § 41 Rz 12 ff; *Artmann*, GeS 2007, 3 ff.

⁶⁷ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 19.

⁶⁸ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG § 41 Rz 31, 79, 81; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 41 Rz 18, 57.

⁶⁹ OGH 10.11.1994, 6 Ob 31/94; OGH 16.09.1981, 6 Ob 6/81; OGH 22.06.1995, 8 Ob 515/95; OLG Wien 16.08.1995, 6 R 104/95; OLG Wien 12.11.1992, 6 R 90, 91/93; OLG Wien 20.10.1993, 6 R 67, 68, 69/93; OLG Wien 27.12.1993, 6 R 49/93; OLG Wien 08.10.1996, 28 R 27/96; OLG Wien 29.03.2001, 28 R 309/00t.

anfechtbaren Beschlüssen überhaupt absolut nichtige Beschlüsse gibt,⁷⁰ und verneinte dies sogar vereinzelt.⁷¹

Allerdings anerkannte der OGH sog „Scheinbeschlüsse“ (Nichtbeschlüsse), die gar keine rechtliche Wirkung entfalten, da sie mit so gravierenden Mängeln des Zustandekommens behaftet sind, dass von einer rechtlich unbeachtlichen Willensäußerung gesprochen werden müsse.⁷² Da diese Scheinbeschlüsse überhaupt keine rechtliche Wirkung entfalten, sei es naturgemäß auch nicht erforderlich, diese anzufechten.

Der OGH sprach allerdings aus, dass auch ein inhaltlicher Mangel Nichtigkeit begründen kann. Im betreffenden Fall verstieß ein Weisungsbeschluss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.⁷³ Es finden sich vereinzelt E, in denen der OGH sehr wohl die Existenz von **nichtigen** Beschlüssen annimmt, etwa wenn ein Auflösungsbeschluss nicht mit der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Stimmenmehrheit gefasst wurde,⁷⁴ oder in dem Fall, dass ein Generalversammlungsbeschluss bei einer Kapitalberichtigung die neuen Anteilsrechte entgegen dem KapBG den Gesellschaftern nicht im Verhältnis ihrer bisherigen Anteile zuweist.⁷⁵

Als „**unwirksam**“ wurde jener Beschluss qualifiziert, bei dem ohne Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter rückwirkend eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über die freie Verfügbarkeit des Geschäftsanteils geändert wurde, da dies einen Eingriff in „wohlerworbene Rechte der Gesellschafter“ darstelle.⁷⁶

Als lediglich **anfechtbar** wurde etwa jener Beschluss qualifiziert, der gegen eine Satzungsbestimmung über ein erhöhtes Präsenzquorum verstieß.⁷⁷

Eine bereits erfolgte Eintragung eines anfechtbaren Beschlusses könne nur durch ein rechtskräftiges Anfechtungsurteil aufgehoben werden.⁷⁸ Das Firmenbuchgericht könne, indem es seiner Prüfungspflicht nachkomme, die Sachlage zwar feststellen und rechtlich

⁷⁰ OGH 07.04.1976, 1 Ob 539/76; OGH 26.05.1983, 6 Ob 786/82; OGH 11.07.1991, 6 Ob 501/91; OGH 19.11.1991, 4 Ob 524/91; OGH 31.05.1994, 4 Ob 527/94.

⁷¹ OGH 28.01.1999, 6 Ob 290/98k mwN.

⁷² OGH 31.03.1977 6 Ob 575/77; OGH 10.12.1998, 7 Ob 284/98k; OGH 28.01.1999, 6 Ob 290/98k; OLG Wien 30.03.2000, 28 R 232/99i.

⁷³ OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f.

⁷⁴ OGH 19.11.1991, 524/91.

⁷⁵ OGH 12.12.1991, 6 Ob 17/91.

⁷⁶ OGH 10.11.1994, 6 Ob 31/94.

⁷⁷ OGH 21.12.2000, 8 Ob 233/99v.

⁷⁸ OGH 10.11.1994, 6 Ob 31/94.

beurteilen, nicht aber rechtsgestaltend hinsichtlich vorliegender Gesellschafterbeschlüsse verändern.⁷⁹ Erst das Vorliegen eines der Anfechtungsklage stattgebenden Urteils bewirke ex tunc die Nichtigkeit des Generalversammlungsbeschlusses.⁸⁰

Eintragungen in das Firmenbuch aufgrund von anfechtbaren Gesellschafterbeschlüssen können dementsprechend auch nicht im Verfahren außer Streitsachen mittels Rekurses gegen den Eintragungsbeschluss bekämpft werden.⁸¹ Solange der anfechtbare Beschluss nicht durch rechtskräftiges Anfechtungsurteil für nichtig erklärt worden ist, sei der Beschluss als gültig anzusehen.⁸² Unterbleibt die Erhebung einer fristgerechten Anfechtungsklage oder ist dieser kein Erfolg beschieden, so gelte der die Anfechtbarkeit begründende Mangel als geheilt⁸³ und könne der Beschluss nicht mehr umgestoßen werden, er bleibe ungeachtet seiner Gesetz- oder Satzungswidrigkeit wirksam.⁸⁴

Nach der Rsp des OLG Wien obliegt es dem Firmenbuchgericht grundsätzlich nicht, die Gesellschafterbeschlüsse auf die Rechtmäßigkeit ihres Zustandekommens zu überprüfen und dürfe daher die Eintragung dieser Beschlüsse nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass der Beschluss anfechtbar sei oder Anfechtungsklage erhoben worden ist.⁸⁵ Das OLG Wien führt in 6 R 104/95 aus, das Firmenbuchgericht habe sich bei der Prüfung darauf zu beschränken, ob der betreffende Beschluss Mängel aufweist, die zur Nichtigkeit führen. Lediglich anfechtbare Beschlüsse seien sehr wohl einzutragen. In einer späteren E des OLG Wien, 28 R 268/99 h wird hingegen doch eine Prüfpflicht dahingehend angenommen, ob im betreffenden Fall der Auflösungsbeschluss gültig zustande gekommen ist.

2.6.3.3.1.3. Jüngere Rechtsprechung:

Die **jüngere Judikatur** löste sich von der Frage, ob in der betreffenden Konstellation absolute Nichtigkeit vorliegt, sondern stellt bei der materiellen Prüfung darauf ab, ob zwingende Bestimmungen des GmbH-Gesetzes oder andere zwingende unternehmens- bzw. gesellschaftsrechtliche Normen (insbesondere auch Sacheinlage- und

⁷⁹ OLG Wien 12.11.1992, 6 R 90, 91/93.

⁸⁰ OLG Wien 16.08.1995, 6 R 104/95 mwN.

⁸¹ OGH 16.09.1981, 6 Ob 6/81; OGH 17.10.1979, 6 Ob 12/79; OGH 04.12.1957, 7 Ob 559/57; OGH 23.09.1975, 3 Ob 182/75.

⁸² OLG Wien 16.08.1995, 6 R 104/95 mwN.

⁸³ OGH 10.11.1994, 6 Ob 31/94; OLG Wien 08.10.1996, 28 R 27/96.

⁸⁴ OGH 16.09.1981, 6 Ob 6/81.

⁸⁵ OGH 16.09.1981, 6 Ob 6/81; OGH 17.10.1979, 6 Ob 12/79; OGH 10.11.1994, 6 Ob 31/94; OLG Wien 12.11.1992, 6 R 90, 91/93; OLG Wien 16.08.1995, 6 R 104/95.

Kapitalerhaltungsvorschriften) verletzt werden⁸⁶ und lehnt bei einer solchen Verletzung die Eintragung ab.⁸⁷

Der OGH führt aus, er wolle die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts nunmehr nicht von der strittigen Frage abhängig machen, ob es bei der GmbH neben anfechtbaren auch nichtige Beschlüsse gibt.⁸⁸ Vor allem die jüngeren E betonen, es sei auch insbesondere die Einhaltung von Gläubigerschutzvorschriften zu prüfen.⁸⁹

2.6.3.3.1.4. Lehrmeinungen zur jüngeren Judikatur:

Nunmehr ist nach **Teilen der Lehre** die Abgrenzung von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit bei der Frage nach der materiellen Prüfpflicht kein taugliches Kriterium mehr.

Nach der Ansicht von *Thöni*⁹⁰ sprechen systematische Überlegungen für eine rechtsfolgenorientierte Ausrichtung der Prüfbefugnis des FB-Gerichtes in der Art, dass eine Abweisung des Eintragungsbegehrens nur bei Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Gesellschafterbeschlusses in Betracht komme, nicht aber wenn der Beschluss lediglich die Anfechtbarkeit begründende Mängel aufweist.⁹¹

Das Firmenbuchgericht sei in besonderem Maße auf einfach zu handhabende, klare Kriterien angewiesen, da die Eintragungen nicht nur zuverlässig, sondern auch rasch erfolgen sollen. Die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit gebe jedoch erst dann ein taugliches Kriterium für die Bestimmung der Reichweite der Prüfpflicht ab, wenn im Einzelnen darüber Einigkeit bestehe, welche Voraussetzungen zur Nichtigkeit bzw zur Anfechtbarkeit führen, was bis dato nicht der Fall sei.⁹² Das zwingende Recht stecke die äußerste Grenze der materiellen Prüfungsbefugnis ab. Abzulehnen sei jedoch die Auffassung, dass das Firmenbuchgericht auch die Satzungswidrigkeit von Gesellschafterbeschlüssen aufzugreifen habe. Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages sei jeweils von den Gesellschaftern selbst mittels Anfechtungsklage aufzugreifen.⁹³

⁸⁶ *Thöni* in FS *Koppensteiner*, 235.

⁸⁷ OGH 25.09.1997, 6 Ob 174/97z; OGH 20.05.1999, 6 Ob 27/99k; OGH 05.07.2001, 6 Ob 317/00m.

⁸⁸ OGH 25.09.1997, 6 Ob 174/97z.

⁸⁹ OGH 26.04.2001, 6 Ob 4/01h; OGH 26.04.2001, 6 Ob 5/01f; OGH 23.01.2003, 6 Ob 81/02h; OGH 26.06.2003, 6 Ob 70/03t; OGH 27.05.2004, 6 Ob 271/03a; OGH 31.08.2006, 6 Ob 123/06s; OGH 01.10.2008, 6 Ob 132/08t.

⁹⁰ *Thöni* in FS *Koppensteiner*, 231 ff.

⁹¹ aaO 239.

⁹² aaO 240.

⁹³ aaO 242.

Verstößt der Beschluss gegen zwingendes Recht, so sei danach zu differenzieren, ob die Betroffenen ihre Interessen selbst wahren können. So könne kein Zweifel daran bestehen, dass das Firmenbuchgericht Verstöße gegen zwingende Vorschriften zum Schutz der Gläubiger von Amts wegen wahrzunehmen habe, da diese selbst keine Möglichkeit zur Anfechtung gemäß § 41 Abs 2 und 3 GmbHG haben. Verstöße allerdings ein Gesellschafterbeschluss gegen zwingendes Recht, das ausschließlich den Schutz der Gesellschafter bezwecke, so sei zu unterscheiden, ob die Interessen der gegenwärtigen oder auch der zukünftigen Gesellschafter betroffen sind. Nur in letzterem Falle habe das Firmenbuchgericht diesen Verstoß aufzugreifen. Auch bei einer Beeinträchtigung öffentlicher Interessen habe das Firmenbuchgericht den Verstoß gegen zwingende Vorschriften aufzugreifen.⁹⁴

*Weigand*⁹⁵ ist ebenso wie *Thöni* der Ansicht, dass die Differenzierung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen kein taugliches Kriterium zur Festlegung der Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichtes sei.⁹⁶ Ebenso legt er dar, dass die Geltendmachung der Anfechtung gemäß § 41 Abs 2 und 3 GmbHG der Initiative der berechtigten Personen überlassen bleibe und dem Firmenbuchgericht nicht die Aufgabe der Zensur privater Rechtsakte zukomme.⁹⁷ Vielmehr seien auch anfechtbare Beschlüsse wegen der allgemeinen Funktion des Firmenbuchs zum Schutz des Rechtsverkehrs dann zu beanstanden, wenn sie offensichtlich rechtswidrig sind.⁹⁸ Dem Vorschlag von *Thöni*, bei der Bestimmung der Prüfpflicht das Kriterium des betroffenen Gesellschafterkreises (gegenwärtige oder zukünftige) bei Verstößen gegen zwingendes Recht anzuwenden, sodass nur die Interessen zukünftiger Gesellschafter vom Firmenbuchgericht schützenswert seien, entgegnet *Weigand*, dass dieses Kriterium nicht einfach und klar zu handhaben sei.

Beschlüsse, die gegen zwingendes Recht verstoßen, seien vom Gericht jedenfalls aufzugreifen, denn ein Interesse der Allgemeinheit an dessen Einhaltung sei in aller Regel gegeben. Allerdings sollen **nur „offensichtliche Rechtswidrigkeiten“** eine Eintragung verhindern.⁹⁹

⁹⁴ aaO 243.

⁹⁵ *Weigand*, NZ 2003/23, 65.

⁹⁶ aaO 74.

⁹⁷ aaO 75.

⁹⁸ aaO 77 f.

⁹⁹ aaO 75, 77, 78.

*Koppensteiner/Rüffler*¹⁰⁰ sich jedoch dafür aus, dass das Kriterium der Abgrenzung von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit bei der Bestimmung der Prüfpflicht nicht aufgegeben werden dürfe. Es dürften nur nichtige Beschlüsse nicht in das Firmenbuch eingetragen werden, **wobei Nichtigkeit** des Inhalts analog zu § 199 Abs 1 Z 3 und 4 AktG anzunehmen sei und darüber hinaus aufgrund von § 4 Abs 2 GmbHG **immer dann Nichtigkeit vorliege, wenn satzungsändernde Beschlüsse mit zwingendem Recht kollidieren.**¹⁰¹ Lediglich anfechtbare Beschlüsse seien sehr wohl in das Firmenbuch einzutragen, da diese ja bis zu ihrer Anfechtung gültig seien und zum Schutz der Interessen ohnehin die Möglichkeit der Verfahrensunterbrechung nach § 19 FBG bestehe.¹⁰²

*Burgstaller/Pilgerstorfer*¹⁰³ sind der Ansicht, das Firmenbuchgericht habe das mangelfreie Zustandekommen eines Beschlusses immer zu prüfen und, ergebe die Prüfung, dass ein Mangel des Zustandekommens¹⁰⁴ vorliegt, der Nichtigkeit iSd § 199 Abs 1 Z 1 oder Z 2 AktG begründet, sei die Eintragung abzulehnen. Ist der Beschluss lediglich anfechtbar, sei dieser einzutragen.¹⁰⁵ Die Pflicht zur Prüfung des Inhaltes und zur Wahrnehmung inhaltlicher Mängel gehe aber weiter als die Pflicht zur Prüfung des rechtmäßigen Zustandekommens, weil die Einhaltung des zwingenden materiellen Rechts viel eher im öffentlichen Interesse und im Interesse schutzwürdiger Dritter (etwa Gläubiger) liege.¹⁰⁶

Burgstaller/Pilgerstorfer gehen in Übereinstimmung mit der jüngeren Judikatur und Teilen der Lehre grundsätzlich davon aus, dass das FB-Gericht die Eintragung inhaltlich rechtswidriger Beschlüsse bei Verletzung zwingender gesetzlicher Vorschriften (jedenfalls, wenn öffentliche Interessen oder der Schutz von Gesellschaftsgläubigern betroffen sind) abzulehnen hat.¹⁰⁷ Bei **satzungsändernden Beschlüssen** betreffend den Komplex der Gesellschaftsorganisation als Verbandsverfassung („korporative Regelungen“), die nach dem OGH nicht nur für derzeitige, sondern auch für zukünftige Gesellschafter und Dritte von Bedeutung sind, bestehe eine **sehr weitgehende Prüfpflicht** dahingehend, ob sie gegen zwingendes Recht verstoßen. Bloße individualrechtliche Satzungsbestimmungen unterliegen

¹⁰⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 41 Rz 18, 57.

¹⁰¹ aaO Rz 12 ff.

¹⁰² aaO Rz 21 ff.

¹⁰³ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 29 ff.

¹⁰⁴ etwa Einberufungsfehler, Beurkundungsmängel, Nichteinhaltung der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Mehrheiten bei der Beschlussfassung oder Verletzung von Zustimmungsrechten.

¹⁰⁵ aaO Rz 30.

¹⁰⁶ aaO Rz 31.

¹⁰⁷ aaO Rz 34.

nach Ansicht der Autoren mangels „Außenwirkung“ nicht der Prüfung durch das Firmenbuchgericht, sondern sind von den betroffenen Gesellschaftern selbst geltend zu machen.¹⁰⁸

2.6.3.4. Sacheinlagen und Umgründungen:

Wie bereits mehrfach erwähnt hat das Firmenbuchgericht das Eintragungsbegehren dahingehend zu prüfen, ob zwingende Bestimmungen wie Sacheinlagen-, Kapitalerhaltungs- und Gläubigerschutzvorschriften verletzt wurden.¹⁰⁹

Bei einer Kapitalaufbringung durch **Sacheinlagen** besteht die Gefahr der Überbewertung der Sacheinlage, was sich zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger auswirken kann. Das Gesetz verlangt in ihrem Interesse das Vorhandensein eines realen Befriedigungsfonds.¹¹⁰ Daher hat das Firmenbuchgericht insbesondere die Einhaltung der Vorschriften über die Kapitalaufbringung und die Werthaltigkeit der Sacheinlage zu prüfen.

Wurde die Sacheinlage überbewertet, ist die Eintragung abzulehnen.¹¹¹ Wurde zur Bewertung der Sacheinlage ein Gründungsprüfer bestellt, was teilweise im Gesetz vorgeschrieben ist, so bietet das Gutachten des Gründungsprüfers im Normalfall eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für das Gericht und ist die Eintragung abzulehnen, wenn die Prüfer erklären oder wenn es offensichtlich ist, dass der Wert der Sacheinlagen nicht unwesentlich hinter dem Ausgabebetrag der dafür gewährten Kapitalanteile zurückbleibt. Schreibt das Gesetz nicht vor, einen Gründungsprüfer zu bestellen, hat das FB-Gericht selbst die Werthaltigkeit der Sacheinlage und die Einhaltung der sonstigen Kapitalerhaltungsvorschriften zu prüfen.¹¹²

Eine qualifiziert unterkapitalisierte GmbH darf nicht in das FB eingetragen werden.¹¹³

Ebenso hat das FB-Gericht Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr aufzugreifen¹¹⁴ und ist bei deren Vorliegen der Einbringungsvertrag gemäß § 82 Abs 1

¹⁰⁸ aaO Rz 36.

¹⁰⁹ OGH 20.05.1999, 6 Ob 27/99k; OGH 05.07.2001, 6 Ob 317/00m; OGH 26.04.2001, 6 Ob 5/01f und 6 Ob 4/01h; OGH 23.01.2003, 6 Ob 81/02h; OGH 2.06.2003, 6 Ob 70/03t; OGH 27.05.2004, 6 Ob 271/03a.

¹¹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 6 Rz 18.

¹¹¹ OGH 25.09.1997, 6 Ob 264/97k; OGH 23.01.2003, 6 Ob 81/02h; OGH 31.08.2006, 6 Ob 123/06s.

¹¹² *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 46.

¹¹³ OGH 31.08.2006, 6 Ob 123/06s; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 11 Rz 11.

¹¹⁴ OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b; OGH 11.03.1999, 6 Ob 5/99z; OGH 10.06.1999, 6 Ob 6/99x; OGH 23.10.2003, 6 Ob 196/03x.

GmbHG bzw § 52 AktG iVm § 879 Abs 1 ABGB nichtig.¹¹⁵ Unzulässig ist jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, der den Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteilt.¹¹⁶

Weiters ist die korrekte Offenlegung der Sacheinlagen zu prüfen, die nach § 20 Abs 1 AktG und § 6 Abs 4 GmbHG in der Satzung bzw im Gesellschaftsvertrag genau und vollständig festgesetzt werden müssen. Eine Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes bestehe immer dann, wenn Zweifel an der korrekten Bewertung von Sacheinlagen auftreten.¹¹⁷

Der Meinungsstand in Lehre und Judikatur betreffend der Prüfpflicht bei **Umgründungsvorgängen** kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht wiedergegeben werden, es ist hier auf die ausführliche Darstellung bei *Nowotny G.* (NZ 2006, 257 ff) und bei *Burgstaller/Pilgerstorfer* (in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 53 ff) zu verweisen.

¹¹⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rz 19; OGH 23.10.2003, 6 Ob 196/03x; OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f.

¹¹⁶ *Nowotny G.*, NZ 2006/64, 259 mwN.

¹¹⁷ OGH 13.04.2000, 6 Ob 8/00w; OGH 28.06.2000, 6 Ob 7/00y; OGH 23.01.2003, 6 Ob 81/02h; OGH 11.09.2003, 6 Ob 103/03w.

2.6.4. Intensität und Umfang der Prüfung:

Die Rechtmäßigkeitskontrolle, also die Beurteilung von **Rechtsfragen**, bildet typischerweise den Schwerpunkt der materiellen Prüfung und erfolgt in der Regel im Rahmen einer Urkundeneinsicht.¹¹⁸ Nach der Rsp sind die Bestimmungen betreffend den Komplex der Gesellschaftsorganisation in Satzungen nicht wie Verträge (nach dem subjektiven Willen der Gesellschafter) auszulegen, sondern objektiv unter Anwendung der Auslegungsgrundsätze der §§ 6, 7 ABGB nach dem Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang.¹¹⁹

Neben Rechtsfragen kann es auch notwendig sein, **Sachverhaltsfragen** zu klären. Hierbei sei es vielfach ausreichend, (unbedenkliche) Wissenserklärungen der Anmeldenden als Tatsachengrundlagen anzunehmen, wie dies etwa bei einem Gesellschafterwechsel bei der GmbH der Fall ist und der GF dem FB-Gericht den ihm nachgewiesenen Gesellschafterwechsel darlegen muss. In anderen Fällen sind urkundliche Nachweise für bestimmte Vorgänge darzubringen, wie etwa die sog „§ 10-Erklärung“, mit der durch Bankbestätigung bei der Gründung der GmbH die Einzahlungen auf das Stammkapital nachgewiesen werden.¹²⁰

Es ist gesetzlich nicht normiert und es besteht auch keine Einigkeit darüber, wie intensiv die Prüfung vor sich zu gehen hat. Vereinzelt finden sich im Gesetz Anhaltspunkte für die Intensität der Prüfpflicht.

So hat das FB-Gericht etwa die Eintragung einer AG nach § 31 Abs 2 AktG dann abzulehnen, wenn Gründungs- oder Prüfberichte des Vorstands und/oder AR „offensichtlich“ unrichtig sind oder wenn Sacheinlagen „offensichtlich“ nicht werthaltig sind. Der Begriff „offensichtlich“ impliziert, dass sich das FB-Gericht im Normalfall auf die Richtigkeit der vorgelegten Berichte verlassen darf und aufgrund der Aktenlage seine Entscheidung fällen kann.¹²¹ Grundsätzlich sind vom Antragsteller glaubhaft vorgebrachte Angaben und Anträge

¹¹⁸ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB², FBG § 15 Rz 37.*

¹¹⁹ OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w; OGH 26.02.1998, 6 Ob 335/97a; OGH 19.05.1998, 7 Ob 38/98h; OGH 21.10.1999, 6 Ob 214/99k; OGH 06.06.2001, 6 Ob 116/01d.

¹²⁰ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB², FBG § 15 Rz 39.*

¹²¹ *Nowotny G., NZ 2006/64, 257; Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 31 Rz 15.*

als richtig anzunehmen, falls sich nicht begründete Zweifel an deren Wahrheit einstellen.¹²² Dies sei aus § 16 Abs 1 AußStrG iVm dem allgemeinen Grundsatz abzuleiten, dass unrichtige Eintragungen tunlichst zu unterbleiben haben.¹²³

Allgemein macht es keinen Unterschied, ob die Eintragung konstitutiven oder deklarativen Charakter hat, beide Arten der Eintragung müssen gleich intensiv geprüft werden, da auch im Hinblick auf die Publizitätswirkungen gemäß § 15 Abs 2 UGB keine Unterschiede bestehen.¹²⁴

Erhebungen des Firmenbuchgerichtes sind dabei jedoch grundsätzlich auf eine **Plausibilitätsprüfung** beschränkt.¹²⁵ Im Wesentlichen kommt es darauf an, ob der Sachverhalt schlüssig dargelegt und der Antrag nach der Lebenserfahrung des Entscheidungsorgans glaubwürdig und nachvollziehbar ist. Eine weitergehende **Prüfpflicht** (Ermittlungspflicht) und ein entsprechendes Prüfungsrecht bestehen aber **nur bei einem begründeten Verdacht**, dass die Anmeldung nicht den Tatsachen oder der Wahrheit entspricht,¹²⁶ wobei diese Prüfpflicht jedoch nicht überspannt werden soll.¹²⁷ Weigand gibt hier zu bedenken, dass es mit erheblichen Verfahrensverzögerungen verbunden wäre, müsste das FB-Gericht auf bloßen Verdacht bzw. Vermutungen hin von den Einschreibern Nachweise zum Beweis der Richtigkeit der angemeldeten Rechtstatsachen einfordern.

Zweifel an der Richtigkeit können sich etwas aus dem Amtswissen des Richters, aus der Unwahrscheinlichkeit des Eintragungsbegehrens (Zusammensetzung, Aufbau und Inhalt des Antrages), aus der Mitteilung anderer Gerichte oder von Interessenvertretungen oder Verwaltungsbehörden ergeben. Kodek weist noch darauf hin, dass sich ein Verdacht auch daraus ergeben kann, dass in verschiedenen Branchen „typischerweise vermehrt Missbräuche auftreten“ (wie etwa in der Baubranche).¹²⁸

Koppensteiner/Rüffler sind der Ansicht, dass wo auf Grund der Lebenserfahrung der Interessenlage der Beteiligten damit gerechnet werden kann, dass eine mitgeteilte Tatsache

¹²² Feil, FBG § 15 RZ 8 mwN; Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 15 RZ 16; Nowotny G., NZ 2006/64 mwN.

¹²³ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, GmbHG § 11, RZ 8.

¹²⁴ Weigand, NZ 2003/23.

¹²⁵ Kodek/Nowotny, NZ 2004/78; Weigand, NZ 2003/23, 65 (71).

¹²⁶ Zib in Zib/Auer, vom Handelsregister zum Firmenbuch, 73; Dew/Helm, 7; Krejci, Unternehmensrecht⁴, 73; Schenk in Straube, HGB I³, § 8 RZ 14; OGH 19.05.1994, 6 Ob 19/93; OGH 19.05.1994, 6 Ob 7/94; in beiden Konstellationen bestand der Verdacht der Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes.

¹²⁷ Weigand, NZ 2003/23; OLG Wien 30.12.1993, 6 R 64/93.

¹²⁸ Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 15 RZ 19.

zutrifft, weitere Prüfungsmaßnahmen nur notwendig sind, wenn das Gericht ausnahmsweise Zweifel an ihrer Richtigkeit hat.¹²⁹ Kann sich der FB-Richter allerdings gar kein Bild machen, ob eine für die Eintragung erhebliche Tatsache wahr ist oder nicht, so sei er zu weiteren Nachforschungen verpflichtet. In einem solchen Fall ist nämlich nicht einmal eine Plausibilitätsprüfung möglich und daher muss sich der FB-Richter durch eigene Erhebungen eine gewisse „Mindestsicherheit“ verschaffen, um das FB von unrichtigen Eintragungen freizuhalten.

Bestehen Zweifel oder kann sich das Gericht mangels ausreichender Sachverhaltsangaben kein ausreichendes Bild verschaffen, kann es die Vorlage von Nachweisen und Urkunden für die Richtigkeit des Antrages verlangen (etwa ein Abtretungsvertrag einen GmbH-Geschäftsanteil betreffend, bzw. den diesbezüglichen Notariatsakt).¹³⁰

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH ist eine Eintragung im Firmenbuch unter anderem dann unzulässig, wenn sie sachlich unrichtig ist.¹³¹

2.6.5. Fazit

Das Thema der Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit freilich nicht abschließend behandelt werden und sollen diese Ausführungen als Grundlagen für die wissenschaftliche Diskussion des vorgegebenen Themas genügen.

In der Folge interessiert vor allem die Prüfpflicht bei Verträgen, da Grundlage einer Geschäftsanteilsabtretung eben der Abtretungsvertrag über den betreffenden Geschäftsanteil darstellt.

Weiters interessiert die Erklärung des Geschäftsführers, dass ihm die Abtretung zur Kenntnis gebracht wurde und dass er den Vorgang geprüft hat.

¹²⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 11 RZ 9.

¹³⁰ OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b.

¹³¹ OGH 31.08.2006, 6 Ob 156/06v; OGH 13.09.2007, 6 Ob 132/07s; OGH 08.05.2008, 6 Ob 232/07x.

3. DIE VEREINFACHTE ANMELDUNG ZUM FIRMENBUCH NACH § 11 FBG:

§ 11 FBG lautet:

Anmeldungen, die

- die für die Zustellung maßgebliche Geschäftsanschrift,
- den Geschäftszweig,
- den Vorsitzenden, seine Stellvertreter und die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats
- sowie die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Stammeinlagen oder die darauf geleisteten Einzahlungen betreffen,

bedürfen nicht der beglaubigten Form. Es genügt die Unterfertigung namens des Rechtsträgers durch vertretungsbefugte Personen in der zur Vertretung notwendigen Anzahl.

Im Interesse der Verfahrensvereinfachung¹³² und da nach der Ansicht des Justizausschusses die genannten Eintragungen „in der Praxis in häufiger Abfolge aktuell werden können“,¹³³ können diese Eintragungen bei bereits eingetragenen Rechtsträgern gemäß § 11 FBG in vereinfachter Form erfolgen.

Die Vereinfachungen bestehen nach dem Wortlaut darin, dass

- erstens dass das grundsätzliche **Beglaubigungserfordernis** des § 11 Abs 1 UGB **entfällt** (§ 11 erster Satz FBG) und dass
- zweitens Anmeldungen für die aufgezählten Angelegenheiten von den vertretungsbefugten Personen **lediglich in vertretungsbefugter Anzahl** vorgenommen werden können und daher nicht alle vertretungsbefugten die Anmeldung gemeinsam bewirken müssen (§ 11 zweiter Satz FBG).

¹³² Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 11 Rz 1.

¹³³ AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 11.

Eine dritte, nicht in FBG selbst erwähnte Erleichterung war noch darin zu sehen, dass für die Fälle vereinfachter Anmeldung aufgrund der Anmerkung 3b zur Tarifpost 10 GGG die vorgesehene Pauschalgebühr halbiert wurde.¹³⁴

Diese Anmerkung wurde inzwischen aus TP 10 wieder entfernt und ist somit die gerichtliche Pauschalgebühr wieder in voller Höhe zu entrichten.

Selbstverständlich ist es auch zulässig, in den Fällen, für welche die vereinfachte Anmeldung offensteht, auch weiterhin die erhöhten Formerfordernisse des § 11 Abs 1 UGB zu erfüllen (soweit dies § 16 Abs 1 FBG nicht zuwiderläuft), also die Unterlagen in beglaubigter Form einzureichen bzw die Anmeldung durch alle vertretungsbefugten Personen bei dem Gericht zu bewirken.¹³⁵

Grundsätzlich sind alle Rechtsformen von § 11 erfasst (es wird das Wort „Rechtsträger“ in Satz 2 *leg cit* und im AB verwendet), jedoch hinsichtlich der Gesellschafterdaten (Stammeinlagen und deren Einzahlung) bezieht sich die vereinfachte Anmeldung nur auf die GmbH.¹³⁶ Bei den Anmeldungstatbeständen betreffend den Aufsichtsrat greift die vereinfachte Anmeldung nicht nur bei den Kapitalgesellschaften (GmbH, AG), sondern auch bei Privatstiftungen (§ 13 Abs 3 Z 4 PSG), und Versicherungsvereinen, natürlich nur soweit diese aufsichtsratspflichtig sind.¹³⁷ Betreffend die Geschäftsanschrift und den Geschäftszweig sind alle Rechtsträger von § 11 FBG erfasst.¹³⁸

¹³⁴ AB (23 BlgNR XVIII. GP), TP 10 GGG, Anm 3b.

¹³⁵ *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 11 Rz 2.

¹³⁶ *Zib*, wbl 1991, 44; *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 11 Rz 3.

¹³⁷ *Zib in Zib/Dellinger*, FBG § 11 Rz 4.

¹³⁸ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 3, *Zib in Zib/Dellinger*, FBG § 11 Rz 4.

3.1. Einbringung vereinfachter Anmeldungen mittels E-Government:

Das Bundesministerium für Justiz stellt über das Portal www.help.gv.at Online-Formulare für vereinfachte Anmeldungen und Verbesserungen zu derartigen Anträgen zur Verfügung.¹³⁹

Es ist den Unternehmen daher ermöglicht, folgende Anträge iSd § 11 FBG gemäß § 8a Abs 1 a ERV¹⁴⁰ auf elektronischem Weg über den elektronischen Rechtsverkehr einzubringen:¹⁴¹

- Bearbeitung von Gesellschafterdaten (Geschäftsanschrift und/oder Geschäftszweig)
- Änderungen der persönlichen Daten einer natürlichen Person
- Änderung der Daten einer inländischen juristischen Person
- Änderung der Daten einer ausländischen juristischen Person
- Gesellschafter einer GmbH und/oder Stammeinlage eintragen/löschen
- Aufsichtsrat eintragen/löschen und/oder Funktion ändern.

Um den Antrag online einbringen zu können, benötigt der Anwender jedoch

- eine Bürgerkarte¹⁴² (zB die e-card¹⁴³ oder eine Bankomatkarte, bei der die Bürgerkartenfunktion aktiviert ist, oder eine Signaturkarte von a-trust¹⁴⁴),
- ein Kartenlesegerät mit den dazugehörigen Treibern,
- die Bürgerkartensoftware und
- die Adobe Acrobat-Reader Software.

¹³⁹ https://www.formularservice.gv.at/forms/fscasp/content/bin/fscvext.dll?ax=COO.1.1001.1.83288&dx=COO.3000.550.1.15004&sol_createclass=COO.3000.550.1.16134&caTarget=COO.3000.550.1.14881, abgerufen am 1. Dez 2009, 15:11 Uhr.

¹⁴⁰ idF BGBl II 2009/343.

¹⁴¹ § 8a Abs 1a der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr (ERV 2006).

¹⁴² <http://www.buergerkarte.at/de/voraussetzungen/index.html>, abgerufen am 1. Dez 2009, 15:38 Uhr.

¹⁴³ http://www.chipkarte.at/portal/index.html?ctrl:cmd=render&ctrl>window=ecardportal.channel_content.cms.Window&p_menuid=51924&p_tabid=4, abgerufen am 1. Dez 2009, 16:16 Uhr.

¹⁴⁴ <http://www.a-trust.at/default.asp?node=702&lang=GE&ch=1>, abgerufen am 1. Dez 2009, 16:18 Uhr.

Mittels E-Government kann nur eine für die jeweilige Firma selbständig zeichnungsberechtigte Person oder ein Parteienvertreter Anträge einbringen. Falls jedoch mehrere Personen nur gemeinsam vertretungsbefugt sind, kann das Online-Formular nur vom Parteienvertreter verwendet werden.¹⁴⁵

Die anfallenden Eintragungsgebühren werden direkt von dem im Online-Antrag angegebenen Konto des Einschreiters abgebucht, womit sich dieser durch Verwendung des Online-Formulars einverstanden erklärt.

Ausdrücklich erwähnt wird weiters, dass alle Eingaben vom FB-Gericht geprüft werden, allenfalls ein Verbesserungsauftrag erteilt wird und der Einschreiter sodann von der Eintragung oder Abweisung des Antrages informiert wird.

Es sind vom Einschreiter insgesamt neun Seiten auszufüllen, bis der Antrag vollständig eingebracht ist.

ME ist es fraglich, wie viele Unternehmen in der Praxis von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Es ist mit Arbeits- und Kostenaufwand verbunden, die Bürgerkartenfunktion zu aktivieren, das Kartenlesegerät zu erwerben und zu installieren. Für die Zukunft ist die Möglichkeit der Antragstellung mittels E-Government sicher eine äußerst begrüßenswerte Entwicklung, nur bislang wurde die Bürgerkarte mE nach von der Bevölkerung noch nicht in ausreichendem Maße angenommen.¹⁴⁶

¹⁴⁵ <http://www.formularservice.gv.at/info.php?id=34>, abgerufen am 1. Dez 2009, 16:25 Uhr.

¹⁴⁶ ebenso die ehemalige Wissenschaftsministerin *Beatrix Karl*, „E-Voting wird 2011 nicht mehr eingesetzt“, Der Standard vom 3./4./5. April 2010, Seite 10.

3.2. Vereinfachte Anmeldungen sind vom Bestimmtheitsgebot des § 16 FBG erfasst:

Auch vereinfachte Anmeldungen haben ein bestimmtes Begehren, wie bereits oben erörtert wurde und von § 16 Abs 1 FBG verlangt wird, zu enthalten.¹⁴⁷ Es ist fraglich, ob sich aus den §§ 11 und 16 Abs 1 FBG, die beide eine Verfahrensbeschleunigung bezwecken, auch im Endeffekt eine Beschleunigung ergibt. Durchaus denkbar ist, dass im Falle der Erstellung der Eingabe ohne einen Parteienvertreter das Begehren des Antrages nicht bestimmt genug iSd § 16 Abs 1 FBG bezeichnet ist, dass etwa eine bloße Sachverhaltsdarstellung ohne konkretes Begehren eingebracht wird. Das Gericht ist an den Antrag gebunden und darf nur eintragen, was beantragt wird. Es darf keine vom Eintragungsbegehren ganz oder teilweise abweichende Eintragungen bewilligen. Entspricht der Antrag bzw das Begehren nicht den gesetzlichen Anforderungen, ist zunächst ein Verbesserungsauftrag nach § 17 FBG zu erteilen und bei dessen Nichtbefolgung ist das Begehren sogar abzuweisen. Wenn man nun nicht vom schlimmsten Fall ausgeht, dass das Begehren abzuweisen ist, ist doch anzumerken, dass auch ein Verbesserungsverfahren mit zusätzlichem Aufwand verbunden ist und natürlich auch eine Verfahrensverzögerung mit sich bringt. Eine doppelte Gebührenbelastung fällt nicht an, da die Eingabegebühr nach TP10 GGG auch im Falle der Zurückstellung zur Verbesserung und der neuerlichen Einbringung nur einmal zu entrichten ist.¹⁴⁸

Es ist durchaus denkbar, dass etwa die Gesellschafter einer kleinen Personengesellschaft oder auch einer kleinen GmbH nicht über ausreichend Rechtskenntnis verfügen, um einen Antrag an das Firmenbuch, wenn auch „nur“ für die Tatbestände der vereinfachten Anmeldung korrekt und im Sinne der gesetzlichen Anforderungen (insbesondere § 16 Abs 1 FBG) einzubringen. Weiters erfolgt eine Einbringung durch einen Notar oder Anwalt sicher deutlich schneller, da das Gericht weniger Arbeitsaufwand hat. Der Notar bzw Anwalt bereitet den Antrag korrekt vor und überträgt diesen mittels ERV¹⁴⁹ (CyberDOC bzw Archivium) an das FB-Gericht, welches den Antrag nur noch prüfen und bewilligen muss, aber keine händischen Eingaben mehr zu erfolgen haben.

¹⁴⁷ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 4; *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 16 Rz 2; *Schenk in Straube*, HGB I³, FBG § 11; *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 11 Rz 5.

¹⁴⁸ *Stabentheiner*⁸, TP 10 GGG Bemerkung 7.

¹⁴⁹ § 89c Abs 5 GOG

Weiters kann ich die Meinung des JA nicht teilen, dass die Tatbestände des § 11 FBG in der Praxis häufig so vorgenommen werden. Ich denke nicht, dass ein Rechtsträger beispielsweise oft die Geschäftsanschrift oder gar den Geschäftszweig wechseln wird.

ME sind die Online-Formulare ehestens noch für Änderungen des Geschäftszweiges oder der Geschäftsanschrift zweckmäßig. Eine selbständige Anmeldung von Gesellschafterwechseln wird in der Praxis wohl kaum vorkommen, da ohnehin ein Notariatsakt zu errichten ist und die Firmenbucheingabe meist vom Notar mit erledigt wird. Auf diesen Punkt wird zu einem späteren Zeitpunkt noch genauer eingegangen werden.

3.3. Die einzelnen Tatbestände, für die die Möglichkeit der vereinfachten Anmeldung offensteht:

3.3.1. Die für Zustellungen maßgebliche Geschäftsanschrift:

Zahlreiche Gesetzesbestimmungen (§§ 3 Z 4 und 11 FBG, § 26 GmbHG) verlangen die Angabe einer zustellfähigen Geschäftsanschrift. Nach der Rsp des OGH ist eine solche auch noch dann erforderlich, wenn die Gesellschaft (im vorliegenden Fall eine GmbH) über keinen laufenden Geschäftsbetrieb mehr verfügt, ja sogar noch im Stadium der Liquidation.¹⁵⁰

Auch ist nach dem Zustellgesetz eine taugliche Zustelladresse (Abgabestelle oder elektronische Zustelladresse) für Zustellung der von Gerichten und Verwaltungsbehörden in Vollziehung der Gesetze zu übermittelnden Dokumente und für die Zustellung von Dokumenten ausländischer Behörden anzugeben (§ 1 iVm § 2 Z 3 bis 5 ZustellG).

Der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten bestimmt sich bei natürlichen Personen nach deren Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt, bei juristischen Personen nach deren Sitz. Da in der Praxis die bloße Angabe des Sitzes nicht ausreichend war¹⁵¹ erschien es zweckmäßig, auch eine für Zustellungen maßgebliche Geschäftsanschrift in das FB einzutragen, um Zustellungen sicherzustellen. Die für die Zustellungen maßgebliche Geschäftsanschrift ist als Abgabestelle iSd § 2 Z 4 ZustellG zu qualifizieren.

¹⁵⁰ OGH 17.12.1997, 6 Ob 356/97i.

¹⁵¹ *Danzl*, FBG § 3, Z 4.

Gemäß § 3 Z 4 FBG ist die Geschäftsanschrift zum FB anzumelden und ist nach § 10 Abs 1 FBG auch eine Änderung dieser eingetragenen Tatsache bei Gericht unverzüglich anzumelden. Soweit sich der Sitz nicht in der gleichen politischen Gemeinde befindet, ist auch dieser anzugeben. § 10 Abs 1 FBG sieht zur Wahrung der Aktualität des Firmenbuches eine allgemeine Verpflichtung zur Anmeldung von Änderungen eingetragener Tatsachen vor.¹⁵² Diese Bestimmung ergänzt alle gesetzlichen Anmeldeverpflichtungen. Auch die Eintragung der Änderung dieser Tatsachen ist mittels Verhängung von Zwangsstrafen nach § 24 FBG durchsetzbar.

In diesem Zusammenhang ist noch einmal genau der Sitz (die Hauptniederlassung) der Gesellschaft, welcher Bestandteil des Gesellschaftsvertrages ist und den „wirtschaftlichen Mittelpunkt“ des Unternehmens, das „Machtzentrum“¹⁵³ bildet und deren „bloße“ Zustellanschrift zu unterscheiden. Die Angabe der für Zustellungen maßgeblichen Geschäftsanschrift hat die genaue Anschrift zu enthalten, da andernfalls naturgemäß gar keine Zustellung möglich ist, während für die Angabe des Sitzes der Gesellschaft die politische Gemeinde ausreichend ist. Als Änderung der Zustellanschrift ist eine Adressenänderung innerhalb des Sitzes (also der politischen Gemeinde) zu verstehen, oder ein Auseinanderfallen von Zustellanschrift und Sitz, was für zulässig erachtet wird.¹⁵⁴

Für die Änderung der für Zustellungen maßgeblichen Geschäftsanschrift steht die Möglichkeit der vereinfachten Anmeldung offen. Diese Anmeldung kann auch durch einen Vertreter erfolgen.¹⁵⁵ Grundsätzlich ist nach hM eine Vertretung bei solchen Anmeldung ausgeschlossen, bei denen der Anmeldende für den Inhalt der Anmeldung haftet.¹⁵⁶

Da bei der bloßen Änderung der für Zustellungen maßgeblichen Geschäftsanschrift jedoch keine Haftung des Anmeldenden vorgesehen ist, ist eine Anmeldung durch Vertreter durchaus zulässig.

Ich kann die Meinung des JA nicht teilen, dass in der Praxis häufig die Geschäftsanschrift gewechselt wird¹⁵⁷ und dass daher die Qualifikation als Tatbestand der vereinfachten

¹⁵² OLG Wien 31.03.1995, 6 R 99, 100/94.

¹⁵³ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 129.

¹⁵⁴ *Deu/Helm*, 101.

¹⁵⁵ OLG Wien 15.10.1998, 28 R 62/98p.

¹⁵⁶ *Schenk in Straube*, HGB I³ § 12 RZ 7, *Burgstaller/Pilgerstrofer in Jabornegg/Artmann*, UGB², § 11 UGB Rz 44, *Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, HGB § 12 RZ 22, jeweils mwN; OLG Wien 15.10.1998, 28 R 62/98p; OLG Wien 17.01.2000, 28 R 120/99v; OLG Wien 30.04.2001, 28 R 10/01y.

¹⁵⁷ AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 11.

Anmeldung gerechtfertigt sei. Eine Änderung der Geschäftsanschrift ist für die Unternehmen mit Kosten und Mühen verbunden (Umzugskosten, Änderung der Homepage, Information der Geschäftspartner etc). Ein häufiger Wechsel der Geschäftsanschrift wirkt auch nicht etwa seriös.

Es besteht auch Missbrauchsgefahr, wenn etwa eine falsche Geschäftsanschrift angegeben wird. Dadurch kann etwa eine Klagszustellung durch das Gericht verhindert oder zumindest verzögert werden. Wenn das Schriftstück nicht an der nach dem ZustellG vorgesehenen Abgabestelle oder elektronischer Zustelladresse zugestellt werden kann, kann das Schriftstück dem Beklagten Unternehmen gar nicht zugehen.

Daher liegt mE der Verdacht nahe, dass der Gesetzgeber diesen Anmeldungstatbestand als nicht ausreichend wichtig ansieht, um für die Eintragung dieser Tatsache ein ordentliches Firmenbuchverfahren vorzusehen.

3.3.2. Der Geschäftsweig:

Nach § 3 Z 5 FBG ist eine kurze Bezeichnung des Geschäftszweiges **nach eigener Angabe** vorzunehmen und ist wiederum gemäß § 10 Abs 1 FBG auch eine Änderung dieser eingetragenen Tatsache unverzüglich zum Firmenbuch anzumelden.

Es erschien zweckmäßig, den Rechtsträgern die Möglichkeit einer schlagwortartigen Darstellung ihres Tätigkeitsbereiches zu eröffnen.¹⁵⁸ Dies dient der Information der Einsicht nehmenden Verkehrskreise und durfte aufgrund der dafür vorgesehenen ADV-Maske nicht mehr als 40 Zeichen umfassen.¹⁵⁹ Die Einschränkung auf 40 Zeichen besteht nicht mehr. Um allerdings zu ausufernde Darstellungen zu vermeiden, sind die 40 Zeichen weiterhin als Richtwert anzusehen.

Der Geschäftszweig ist vom Unternehmensgegenstand (als zwingender Bestandteil der Satzung) auseinander zu halten, welcher regelmäßig weiter gefasst ist als der Geschäftszweig. Der Geschäftszweig hat sich also innerhalb des Unternehmensgegenstandes zu bewegen. Bei Divergenzen ist nach *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* dem Unternehmensgegenstand der

¹⁵⁸ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 3 Rz 9.

¹⁵⁹ AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 3 Z 5.

Vorrang einzuräumen.¹⁶⁰ Der Unternehmensgegenstand ist seit der Umstellung auf das ADV-Firmenbuch, im Gegensatz zur Rechtslage vor Einführung des FBG, nicht mehr einzutragen.¹⁶¹ Die Angabe des Geschäftszweigs erfolgt nach hM freiwillig¹⁶² und kann „nach eigener Angabe“, also vom Unternehmen selbst frei formuliert werden. *Auer* zieht daraus den Schluss, dass diese Angabe „freiwillig, unüberprüft und unverbindlich“ ist.¹⁶³

Graff empfiehlt in diesem Zusammenhang, die vom österreichischen statistischen Zentralamt verwendeten Kategorien (ÖNACE-Code¹⁶⁴) zu verwenden.¹⁶⁵

Nach der Ansicht des JA steht auch das Verbesserungsverfahren nach § 17 FBG für die Angabe des Geschäftszweiges offen, wenn etwa dieser gar nicht zum FB angemeldet wird, oder wenn nicht Angabe zu lang ist (über 40 Zeichen).¹⁶⁶ Der JA betonte, der Rsp nicht vorgreifen zu wollen, empfiehlt jedoch bei Nichtbefolgung des Verbesserungsauftrages das Gesuch nicht deshalb abzuweisen, sondern diesen Eintragungstatbestand schlicht unausgefüllt bleiben zu lassen. In der Praxis wird die Anmeldung eines Rechtsträgers regelmäßig ohne die Angabe des Geschäftszweiges vorgenommen. Es erscheint meiner Ansicht nach auch nicht geboten zu versuchen, eine ohnehin freiwillige Angabe im Zuge eines Verbesserungsverfahrens dennoch zur Eintragung bringen zu wollen. Das Verbesserungsverfahren ist wiederum mit einem Zeitverlust verbunden und sollte mE nur für solche Fälle Anwendung finden, in denen wirklich eine fehlerhafte Angabe gemacht wurde oder eine zwingende Angabe nicht gemacht wurde, nicht aber für lediglich freiwillig einzutragende Tatsachen.

Bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften kann der Unternehmensgegenstand und damit auch Informationen über den Geschäftszweig (falls dieser nicht explizit angegeben wurde) der in der Urkundensammlung erliegenden Satzung entnommen werden.¹⁶⁷

¹⁶⁰ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 3 Rz 9.

¹⁶¹ *Umfahrer*, GmbH⁶, Rz 96.

¹⁶² *Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 3 Rz 11, AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 3 Z 5, *Danzl*, FBG § 3, zur Z 5, aA jedoch *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, die in der „imperativen Anordnung“ des Einleitungssatzes des § 3, „Bei allen Rechtsträgern sind einzutragen“ entnehmen, dass die Eintragung zwingend zu erfolgen hat, obwohl die dazugehörigen materiellen Anmeldungsvorschriften (UGB, AktG, GmbHG und GenG) diese Anmeldung nicht ausdrücklich vorschreiben.

¹⁶³ *Auer*, RPfl 1990/2, 1.

¹⁶⁴ *Szöky/Szoka*, Kap. 5, 1.

¹⁶⁵ *Graff*, RdW 1991, 5.

¹⁶⁶ AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 3 Z 5.

¹⁶⁷ *Szöky*, Das Firmenbuchverfahren², 90.

Nach *Szöky* sei zumindest bei Einzelunternehmen (§ 28 UGB), Offenen Gesellschaften (§ 106 UGB) und Kommanditgesellschaften (§ 161 Abs 2 UGB) in der Anmeldung zur Neueintragung auch der Geschäftszweig verpflichtend anzugeben.¹⁶⁸

3.3.3. Der Vorsitzende, seine Stellvertreter und die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats:

Die vereinfachte Anmeldung gilt neben der GmbH auch für Aufsichtsratsmitglieder von AG, Privatstiftungen¹⁶⁹ und „sonstigen Rechtsträgern“ iSd § 2 Z 13 FBG, sofern dort eine Eintragung der Aufsichtsratsmitglieder sondergesetzlich vorgesehen ist.¹⁷⁰

Lediglich *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* sind der Ansicht, die vereinfachte Anmeldung sei gemäß § 11 iVm § 5 Z 1 FBG¹⁷¹ nur auf die AG und die GmbH, wenn diese einen AR eingerichtet hat, anzuwenden.¹⁷²

Für Genossenschaften findet sich eine Sonderregelung in § 7 Abs 1 GenG, wonach bei allen Anmeldungen zum FB die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung entfallen kann, wenn die Anmeldung oder die Vollmacht mit der firmenmäßigen Zeichnung der Genossenschaft versehen ist und die Unterschriften der Zeichnenden bei den Akten des Gerichtes bereits in beglaubigter Form erliegen. Betreffend den AR wurde im Zuge der Schaffung des FBG ein neuer § 24b GenG eingeführt, welcher normiert, dass Änderungen betreffend der Mitglieder des AR „zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden“ seien.¹⁷³ Bei dieser Formulierung handelt es sich jedoch um ein Redaktionsversehen,¹⁷⁴ da gar keine Firmenbuchanmeldung beabsichtigt war. Im Zuge des GenRevRÄG wurde in § 24b GenG klargestellt, dass lediglich die Einreichung der Veröffentlichung zur Hinterlegung in der Urkundensammlung erforderlich ist. Der AR von Genossenschaften ist also nicht zum FB anzumelden und wird auch nicht ins FB eingetragen.

¹⁶⁸ *Szöky*, Das Firmenbuchverfahren², 90.

¹⁶⁹ *Arnold*, PSG², § 24 Rz 39.

¹⁷⁰ *Zib* in *Zib/Dellinger*, FBG § 11 Rz 4; *Schenk/Völkl* in *Straube*, UGB², FBG § 5 Rz 1; *Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 5 Rz 1.

¹⁷¹ Nach der Ansicht des JA sind diese Daten betreffend den AR „zumindest bei den Kapitalgesellschaften AG und GmbH“ in das FB einzutragen, AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 5 Z 1.

¹⁷² *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 3.

¹⁷³ § 24b GenG idF vor dem GenRevRÄG 1997.

¹⁷⁴ *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Genossenschaftsrecht, 82, ErlRV zu § 24b GenG.

Um die Richtigkeit des Firmenbuches zu gewährleisten bzw um einen möglichst aktuellen Stand des FB betreffend der AR-Mitglieder zu erreichen, sollen die zur Eintragung verpflichteten Geschäftsführer der GmbH bzw der Vorstand der AG durch die Möglichkeit der vereinfachten Anmeldung dazu angehalten werden, eine solche Änderung betreffend die Mitglieder des Aufsichtsrates möglichst rasch zur Anmeldung zu bringen.¹⁷⁵

Aufsichtsräte ausländischer Kapitalgesellschaften, die mit ihrer inländischen Zweigniederlassung im FB eingetragen sind, sind allerdings nicht ins FB einzutragen (§ 254 Abs 5 AktG, § 107 GmbHG).¹⁷⁶

Gemäß § 110 ArbVG sind auch Arbeitnehmervertreter im AR im Firmenbuch einzutragen.¹⁷⁷

Explizit nur für die GmbH erklärt § 30 f Abs 2 GmbHG die Haftungsbestimmung in § 26 Abs 2 GmbHG für anwendbar. Demnach haften die Geschäftsführer bei Verschulden solidarisch für einen Schaden, der durch schuldhaft verzögerte oder falsche Angaben entsteht. Diese Bestimmung ist als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu qualifizieren.¹⁷⁸ Daher besteht die Haftung auch Dritten gegenüber.

Entsprechende Haftungsbestimmungen für AG und Genossenschaften wurden jedoch bemerkenswerter Weise nicht geschaffen. Es stehen hier nur die allgemeinen Haftungsregeln für Vorstandsmitglieder in § 84 AktG und § 23 GenG zur Verfügung.¹⁷⁹

¹⁷⁵ AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 5 Z 1.

¹⁷⁶ Schenk in Straube, HGB I³, § 8 Anh I FBG § 5 Rz 1.

¹⁷⁷ Schenk in Straube, HGB I³, § 8 Anh I FBG § 5 Rz 1.

¹⁷⁸ AB (23 BlgNR XVIII. GP), GmbHG § 26, Punkt 2.2; Zib in Zib/Dellinger, FBG § 7 Rz 132; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 26 Rz 15; zur früheren Fassung des § 26 GmbHG W. Jud, NZ 1983, 75.

¹⁷⁹ Gruber/Schoibl, wbl 1991, 109.

3.3.4. Die Gesellschafter einer GmbH, deren Stammeinlagen oder die darauf geleisteten Einzahlungen:

Gemäß § 5 Z 6 FBG iVm § 26 Abs 1 GmbHG sind Änderungen über im FB eingetragene Angaben betreffend die Gesellschafter einer GmbH, ihrer übernommenen Einlagen und der darauf geleisteten Anzahlungen in vereinfachter Form zum FB anzumelden und sind wiederum nach § 10 Abs 1 FBG alle Änderungen dieser eingetragenen Tatsachen unverzüglich anzumelden.

§ 26 GmbHG ersetzte das Anteilbuch als Verzeichnis sämtlicher Gesellschafter mit der Jännerliste, die letztmals im Jänner 1991 vorzulegen war. Das jährliche Einreichen der Jännerliste wurde von den Unternehmen oft „vernachlässigt“ und auch vom Registergericht „nur lückenhaft“ überwacht.¹⁸⁰ Durch die Jännerliste wurde das FB zusätzlich durch belanglose Schriftstücke belastet, wenn sich im Gesellschafterstand nichts geändert hat.

Zur unverzüglichen persönlichen Anmeldung dieser Änderungstatbestände verpflichtet sind nunmehr gemäß § 26 Abs 1 GmbHG der oder die Geschäftsführer (in der zur Vertretung notwendigen Zahl), wenn ihm oder ihnen dieser Vorgang nachgewiesen wird.¹⁸¹

Der/den Geschäftsführern ist der Gesellschafterwechsel daher zumindest glaubhaft zu machen.¹⁸² Sie haben die formelle und materielle Richtigkeit dieser Änderung und ihre Wirksamkeit zu prüfen.¹⁸³

Die GF haften gemäß § 26 Abs 2 für einen Schaden zur ungeteilten Hand, wenn der Schaden durch schuldhaft falsche Angaben oder eine schuldhaft verzögerte Einreichung der Angaben verursacht wurde. Die vom GF persönlich abzugebende Erklärung über den Gesellschafterwechsel wird von der hM als Wissenserklärung¹⁸⁴ qualifiziert, dass dem GF der Gesellschafterwechsel zur Kenntnis gebracht wurde und dass er diese auf ihre Richtigkeit überprüft hat.

¹⁸⁰ AB (23 BlgNR XVIII. GP), GmbHG § 26, Punkt 2.1, *Koppensteiner*, GmbHG³, GmbHG § 26 RZ 2.

¹⁸¹ *Gellis*, GmbHG⁷, GmbHG § 26, Rz 2.

¹⁸² OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b.

¹⁸³ OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b; OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y.

¹⁸⁴ *Feil*, FBG § 11, Rz 13; OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

Durch diese Prüfpflicht der GF und deren Haftung wird nach der Rsp eine eingeschränkte Prüfpflicht des FB-Gerichtes begründet.¹⁸⁵ In der Praxis entfällt die Prüfung meist zur Gänze. Nach hM besteht eine Prüfpflicht des FB-Gerichtes nur dann, wenn Zweifel an der Rechtmäßigkeit der einzutragenden Tatsache vorliegen.¹⁸⁶ Es müssen auch grundsätzlich keine Urkunden (insb der Abtretungsvertrag) vorgelegt werden,¹⁸⁷ außer es bestehen Zweifel an deren Richtigkeit. Diese Einschränkung der materiellen Prüfpflicht des FB ist äußerst bedenklich.

Bei der Gründung der GmbH ist die sog „§10-Erklärung“ der Anmeldung beizuschließen, also die Erklärung der GF, dass die bar zu leistenden Stammeinlagen einbezahlt wurden (§ 10 Abs 3 S 1 GmbHG) und die freie Verfügungsmöglichkeit der GF über die bar eingezahlten Beträge und Sacheinlagen besteht. Dieser Erklärung ist der Nachweis der Einzahlungen durch eine Bankbestätigung über die Einzahlung der Bareinlagen beizufügen (§ 10 Abs 3 S 3).

Es ist nun zu fragen, ob eine solche Erklärung nicht nur bei der Gründung, sondern auch bei einem Gesellschafterwechsel bei einer bestehenden GmbH vorgelegt werden muss. Nach *Kodek* ist die Einzahlung der Stammeinlage nur bei der Gründung durch Bankbestätigung nachzuweisen.¹⁸⁸ Meiner Ansicht nach sollte in allen Fällen, in denen eine Einzahlung auf die Stammeinlage zu leisten ist, diese analog zu § 10 Abs 3 GmbHG nachgewiesen werden.

3.4. Die Vereinfachungen des § 11 FBG im Einzelnen:

3.4.1. Entfall des allgemeinen Beglaubigungserfordernisses des § 11

Abs 1 UGB:

Das in § 11 Abs 1 UGB angeordnete Beglaubigungserfordernis dient der Prüfung der Identität des Anmeldenden. Den Gerichten soll durch die Vereinfachung die

¹⁸⁵ OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b.

¹⁸⁶ OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m; OGH 17.12.1997, 6 Ob 342/97f.

¹⁸⁷ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 11 Rz 3; OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v;

Eiselsberg/Schenk/Weißmann, FBG § 11 Rz 6.

¹⁸⁸ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 11 Rz 3.

Identitätsprüfung abgenommen werden, denn sie dürfen im Regelfall darauf vertrauen, dass die Urkunde von der darin als Antragsteller genannten Person herrührt.¹⁸⁹

Der JA erachtet dies als angemessen, da seiner Ansicht nach diese Anmeldungstatbestände in der Praxis häufig auftreten.¹⁹⁰

Der Antrag bedarf also nicht der beglaubigten Form.

Ob auch Protokollanträge bei vereinfachten Anmeldungen zulässig sind, lässt § 11 FBG offen.

3.4.2. Anmeldung durch den Rechtsträger lediglich in vertretungsbefugter Anzahl:

Bei Personengesellschaften sind zur Anmeldung der Gesellschaft selbst und Änderungen des Gesellschaftsvertrages alle Gesellschafter (also alle Komplementäre und auch alle Kommanditisten) zur Anmeldung berufen, auch solche, die sonst nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugt sind. Sonstige Anmeldungen, die nicht den Gesellschaftsvertrag selbst betreffen, sind im Falle der OG von den vertretungsbefugten Komplementären zu bewirken, bei der KG sind ebenfalls die Komplementäre nach Maßgabe ihrer Vertretungsbefugnis zur Anmeldung berufen.¹⁹¹

Im Hinblick auf die AG sind nach § 28 Abs 1 AktG zur Anmeldung der Gesellschaft selbst alle Gründer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder berufen. Sonstige Anmeldungen hat der Vorstand in vertretungsbefugter Zahl zu bewirken. Anmeldungen, die Kapitalisierungskriterien der AG betreffen, hat der Vorstand zusammen mit dem Vorsitzenden des AR (oder seinem Stellvertreter) anzumelden (siehe §§ 151, 162, 176, 180, 182, 192 AktG).

Die GmbH ist gemäß § 9 Abs 1 GmbHG von sämtlichen Geschäftsführern anzumelden. Nach § 11 FBG sind jedoch Anmeldungen, die den Gesellschafterstand betreffen (insbesondere deren Stammeinlagen und die darauf geleisteten Einzahlungen betreffen, also Anmeldungen, die das Kapital der Gesellschaft selbst betreffen) nur von den GF in der vertretungsbefugten Zahl vorzunehmen. Dies ist bedenklich, da ja gemäß § 26 Abs 2 GmbHG alle GF für einen

¹⁸⁹ OLG Wien 07.02.1992, 6 R 93/91.

¹⁹⁰ AB (23 B1gNR XVIII. GP), FBG § 11.

¹⁹¹ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 68 ff.

Schaden haften, der aus einer schuldhaft falschen Angabe oder verspäteten Einreichung beim FB verursacht wurde.

Auch beim Vergleich mit der AG, bei der bei der Anmeldung von Kapitalisierungskriterien (siehe oben genannte Verweise ins AktG), der gesamte Vorstand, nicht nur in vertretungsbefugter Anzahl, zusammen mit dem Vorsitzenden des AR (oder seinem Stellvertreter) zur Anmeldung berufen ist, ist bemerkenswert, dass § 11 FBG dies ermöglicht. Es ist nicht davon auszugehen, dass Anmeldungen betreffend Kapitalisierungskriterien bei der GmbH weniger gefährlich sind als bei der AG und dass daher weniger strenge Vorschriften für die Anmeldung gelten sollen.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass (auch vereinfachte) Anmeldungen zum FB nicht durch Prokuristen bewirkt werden können, da Firmenbuchanmeldungen nicht zum Betrieb eines Unternehmens gehören (sondern Grundlagengeschäfte darstellen)¹⁹² und daher von der Prokura nicht umfasst sind. Prokuristen sind nicht als vertretungsbefugte Personen iSd § 11 FBG anzusehen.¹⁹³ Firmenbuchanmeldungen sind ganz grundsätzlich von den Vertretungsorganen zu bewirken. Prokuristen sind zur Anmeldung nur berechtigt, wenn sie eine Spezialvollmacht iSd § 11 Abs 2 UGB vorweisen können.

Auf die sich aus § 11 FBG ergebenden Folgen der Vertretungsbefugnis wird später unter Punkt 7. noch gesondert eingegangen.

3.4.3. Halbierung der Pauschalgebühr nach TP 10 GGG:

Für alle Anmeldungen zum Firmenbuch ist aufgrund von Tarifpost 10 GGG eine Pauschalgebühr zu entrichten. Betraf die Eintragung jedoch einen Tatbestand der vereinfachten Anmeldung, war zur Zeit der Einführung des FBG eine Gebührenbegünstigung in dem Sinne vorgesehen, dass die zu entrichtende Pauschalgebühr nach dem GGG auf die Hälfte reduziert wurde. Der JA rechtfertigte diese Gebührenhalbierung wiederum mit dem seiner Ansicht nach häufigen Auftreten der Eintragungstatbestände des § 11 FBG.¹⁹⁴

Die Anmerkung 3b zu TP 10 GGG wurde inzwischen wieder beseitigt, sodass nun auch für vereinfachte Anmeldungen die volle Pauschalgebühr zu entrichten ist.

¹⁹² *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 238 f; *Stern*, RdW 1998, 451.

¹⁹³ OLG Linz 02.12.1993, 6 R 247/93.

¹⁹⁴ AB (23 BlgNR XVIII. GP), GGG TP 10.

Welche Kosten bei einer Geschäftsanteilsabtretung anfallen, wird später unter Punkt 6.1.2.11. detailliert dargelegt.

3.5. Abschließende Aufzählung der Tatbestände in § 11 FBG?

Nach hM ist die Aufzählung in § 11 FBG taxativ.¹⁹⁵

Schon im Zuge der Schaffung des FBG 1991 wurde jedoch in § 7 GenG ebenfalls eine Möglichkeit der unbeglaubigten Anmeldung geschaffen, auf die sogleich eingegangen wird.

Das Höchstgericht entschied im Jahre 2000, dass auch die Anmeldung der Änderung des Namens eines Gesellschafters einer GmbH vom Geschäftsführer in der vereinfachten Form des § 11 FBG vorgenommen werden kann.¹⁹⁶

Neben den vier in § 11 FBG erwähnten Fällen existieren also noch weitere Anmeldungstatbestände, die vom Beglaubigungserfordernis des § 11 Abs 1 UGB ausgenommen sind:

3.5.1. Erleichterungen für Genossenschaften:

Neben den allgemeinen Eintragungen nach § 3 FBG sind für Gen in § 6 FBG zusätzliche Eintragungen vorgesehen, wie etwa die Zugehörigkeit zu einem Revisionsverband oder die Befreiung von der Verbandspflicht, Daten zur Durchführung der Revision. Auch bei Gen sind Änderungen eingetragener Tatsachen nach § 10 Abs 1 FBG zum Firmenbuch anzumelden.

Für Genossenschaften findet sich in § 7 GenG eine Erleichterung bei der Firmenbuchanmeldung.

Für die Frage, welche Formerfordernisse die Anmeldung einer Genossenschaft aufweisen muss, kommt der Musterunterschrift große Bedeutung zu.¹⁹⁷ Liegen nämlich die Musterunterschriften der eine FB-Anmeldung zeichnenden Vorstandsmitglieder bzw

¹⁹⁵ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, § 11 FBG Rz 5 arg „nur für die hier ausdrücklich erwähnten Fälle..., für alle anderen Anmeldungen gilt die generelle Norm des § 12 HGB“; *Schenk in Straube*, HGB I³, 119; *Nowotny*, RdW 1998, 53; OLG Wien 30.04.2008, 28 R 3/08d; OLG Wien 31.03.2005, 28 R 15/05i; *Birnbauer*, GeS 2003, 52.

¹⁹⁶ OGH 29.03.2000, 6 Ob 64/00f.

¹⁹⁷ *Wagner*, NZ 1991, 113.

Liquidatoren dem Gericht bereits vor, so reicht nach § 7 Abs 1 GenG eine unbeglaubigte, firmenmäßig gezeichnete Anmeldung aus.¹⁹⁸

Das FB-Gericht hat gemäß § 7 Abs 3 GenG die Identitätsprüfung dergestalt durchzuführen, dass die bereits erliegenden Musterzeichnungserklärungen mit den Unterschriften der Anmeldenden zu vergleichen sind.¹⁹⁹

Da in § 7 GenG keine Beschränkung dieser Erleichterung auf einzelne Tatbestände (wie in § 11 FBG) erfolgt und in Abs 1 von „allen Anmeldungen“ gesprochen wird ist anzunehmen, dass grundsätzlich alle Eintragungstatbestände von dieser Erleichterung erfasst sind und dass das Beglaubigungserfordernis bei allen Anmeldungstatbeständen entfallen kann, soweit dem FB-Gericht die Musterzeichnung des die FB-Anmeldung Zeichnenden vorliegt.

Betrifft die Anmeldung jedoch die für die Zustellung maßgebliche Geschäftsanschrift und den Geschäftszweig iSd § 11 FBG, ist eine unbeglaubigte Anmeldung sogar auch dann möglich, wenn dem Gericht keine beglaubigte Musterzeichnung vorliegt.²⁰⁰

Bei Genossenschaften wird bemerkenswerter Weise sogar noch zwischen den einzelnen Tatbeständen, die einer unbeglaubigten Anmeldung offen stehen, differenziert. Die für Zustellungen maßgebliche Geschäftsanschrift und der Geschäftszweig sind offensichtlich nicht so wichtig wie alle anderen Anmeldungstatbestände, da in Bezug auf die beiden erstgenannte Anmeldungstatbestände grundsätzlich das Formerfordernis entfällt, während bei den beiden letztgenannten Tatbeständen bereits eine beglaubigte Firmenzeichnung vorliegen muss, dass eine Anmeldung ohne Beglaubigung erfolgen kann.

§ 7 GenG wurde, ebenso wie das FBG, durch BGBl Nr. 10/1991 geschaffen und blieb bis heute unverändert. Das Genossenschaftsregister wurde im Jahre 1991 durch das FB ersetzt.²⁰¹

Die verfahrensrechtlichen Bevorzugungen der Genossenschaften wurden allerdings aufrechterhalten.²⁰²

Es ist zu überlegen, ob es zweckmäßig wäre, diese Erleichterung für Gen auch in § 11 FBG aufzunehmen, oder zumindest auf die Sonderregelung des § 7 GenG hinzuweisen. Dies könnte einen raschen Überblick verschaffen und wäre klargestellt, dass neben den

¹⁹⁸ Astl/Pfalz/Steinböck in Dellinger, GenG § 7 Rz 1.

¹⁹⁹ Reich-Rohrwig, eolex 1991, 93.

²⁰⁰ Astl/Pfalz/Steinböck in Dellinger, GenG § 7 Rz 1.

²⁰¹ AB (23 B1gNR XVIII. GP), GenG § 7.

²⁰² Eiselsberg/Schenk/Weißmann, GenG § 7 Rz 2.

Tatbeständen des § 11 FBG noch eine weitere Ausnahme vom Beglaubigungserfordernis besteht.

Aus Überlegungen der Übersichtlichkeit wäre anzudenken, alle Ausnahmen vom Beglaubigungserfordernis in § 11 FBG aufzunehmen, wobei wiederum zu bedenken ist, dass die Möglichkeit der Anmeldung lediglich in vertretungsbefugter Anzahl nicht für alle Anmeldungen zulässig ist, bei denen das Beglaubigungserfordernis entfallen kann.

3.5.2. Änderungen von Personendaten:

Auch Änderungen bei Personendaten, also Änderungen „die Gesellschafter betreffend“, werden zum Teil unter § 11 FBG subsumiert.

Unter der Namensänderung eines Gesellschafters ist allgemein die Namensänderung etwa nach einer Eheschließung oder die Bekanntgabe von Firmenwortlautänderungen eines Gesellschafters zu verstehen, nicht jedoch die Eintragung einer neuen Person, da dies einen Gesellschafterwechsel darstellen würde. Auch fallen in diese Kategorie Änderungen der Adressen von Gesellschaftern (nicht der Gesellschaft selbst), wobei nach einer E des OLG Wien kein Postfach als Adresse eines Gesellschafters eingetragen werden kann.²⁰³

Das Höchstgericht sprach aus, die Änderung des Namens eines Gesellschafters sei ein von einem Gesellschafterwechsel zu unterscheidender, eigener anmeldungspflichtiger Tatbestand, obwohl beides in § 26 GmbHG angeführt ist.²⁰⁴

Allerdings besteht für die Richtigkeit der angemeldeten Namensänderung eines Gesellschafters nach der Strafbestimmung des § 122 Abs 2 Z 2 GmbHG keine Haftung des GF, da *leg cit* nach seinem Wortlaut lediglich auf eine unrichtige Wiedergabe der Vermögenslage abstellt.

Bei einer persönlichen Anmeldung der Namensänderung genüge die einfache Fertigung des Organs der Gesellschaft. Das Erfordernis der bloßen Schriftlichkeit bedeute noch nicht den Ausschluss des Handelns durch einen Vertreter. Die Anmeldung sei auch nicht vertretungsfeindlich. Eine Vollmacht sei schriftlich zu erteilen, sie bedürfe auch nicht der beglaubigten Form.²⁰⁵

²⁰³ OLG Wien 11.03.2008, 28 R 1/08k.

²⁰⁴ OGH 29.03.2000, 6 Ob 64/00f.

²⁰⁵ OGH 29.03.2000, 6 Ob 64/00f.

3.6. Normzweck des § 11 FBG:

§ 11 FBG schafft **Verfahrenserleichterungen** dahingehend, dass einerseits die Beglaubigung nicht erforderlich ist und andererseits die Anmeldung lediglich von vertretungsbefugten Personen in der zur Vertretung notwendigen Anzahl vorgenommen werden kann. Zum Zeitpunkt der Einführung des § 11 FBG war als Dritte Erleichterung die Halbierung der gerichtlichen Pauschalgebühr normiert, was inzwischen wieder aufgehoben wurde.

Sämtliche dem § 11 FBG unterliegenden Anmeldungen wurden mit der Einführung des FBG als zwingende Eintragungstatbestände geschaffen, mit Ausnahme der Anmeldung des Geschäftszweiges, welche freiwillig erfolgen kann.

Da diese Anmeldungen nach der Ansicht des JA „in häufiger Folge aktuell werden können“, war der JA der Ansicht, dass in diesen Fällen das strenge Formerfordernis der Beglaubigung durchbrochen werden könne und eine Anmeldung durch vertretungsbefugte Personen in der zur Vertretung befugten Anzahl ausreichen.

Zusammenfassend gesagt sollten die zur Anmeldung berufenen Personen **durch diese Verfahrenserleichterungen dazu angehalten werden, Änderungen der betroffenen Tatsachen möglichst rasch zur Anmeldung zu bringen**, was ja grundsätzlich zu begrüßen ist.

Allerdings wird später noch besprochen werden, ob die Umsetzung dieses Normzweckes gelungen ist, oder ob inzwischen andere Gründe im Vordergrund stehen, die die bestehende Regelung rechtfertigen.

4. DIE VERSTÄNDIGUNGSPFLICHT NACH § 18 FBG:

Gemäß § 18 FBG hat das Gericht in das Firmenbuch Eingetragene zu verständigen, wenn durch eine Verfügung des Gerichts und dessen Eintragung in deren Rechte eingegriffenen werden soll. Das Gericht hat den betroffenen Eingetragenen unter Setzung einer angemessenen, mindestens vierzehntägigen²⁰⁶ Frist zur Äußerung aufzufordern und kann im Falle der Nichtäußerung annehmen, dass dieser der beabsichtigten Verfügung keine Einwendungen entgegengesetzt (Zustimmungsfiktion).²⁰⁷

Feil hingegen legt dar, dass eine Nichtäußerung nicht schlechthin als Zustimmung gewertet werden könne und dass in der Folge die Beschwer eines allenfalls erfolglos Aufgeforderten nicht wegfalle.²⁰⁸ Auch *Schoibl* weist darauf hin, dass sich eine konkrete, unwiderlegbare Zustimmung aus der Nichtäußerung nicht ableiten lasse.²⁰⁹

Voraussetzungen für den Eintritt der Zustimmungsfiktion sind eine ordentliche Zustellung der Aufforderung zur Äußerung und der Hinweis auf die Rechtsfolgen im Falle der Nichtäußerung.²¹⁰

Nach § 18 letzter Satz FBG sind die §§ 8 Abs 2 und 15 AußStrG nicht anzuwenden. Im gegebenen Zusammenhang bedeutet das, dass von der amtswegigen Verfahrenseinleitung nur die Betroffenen, nicht aber alle aktenkundigen Parteien (§ 8 Abs 2 AußStrG) zu verständigen sind und dass das Recht auf rechtliches Gehör nach § 15 AußStrG nur den Betroffenen und nicht allen Parteien zusteht.²¹¹ Jene Personen, die nach § 18 FBG von einer beabsichtigten Verfügung vom Firmenbuchgericht zu verständigen und derart am Firmenbuchverfahren zu beteiligen sind, haben jedenfalls volle Parteistellung.²¹²

²⁰⁶ Minimalfrist, die verlängerbar ist, wenn etwa eine österreichweite Begutachtung erforderlich ist, *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* FBG § 18 Rz 3 iVm FBG § 14 Rz 4.

²⁰⁷ OGH 20.02.2003, 6 Ob 23/03f.

²⁰⁸ *Feil*, FBG § 18 Rz 14.

²⁰⁹ *Schoibl*, FS *Matscher*, 416.

²¹⁰ AB (23 B1gNR XVIII. GP), FBG § 18; *Schoibl*, FS *Matscher* 417.

²¹¹ *Szöky/Szoka*, Reg 1, Kap. 9.2, Seite 2.

²¹² *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 2.

Durch § 18 FBG wird der **Grundsatz des rechtlichen Gehörs**²¹³ im Firmenbuchverfahren verankert. Das Gehör ist vor der zu erlassenden Entscheidung zu gewähren (vorrangiges Gehör).

Reagiert ein Betroffener auf die Aufforderung zur Äußerung nicht, so wird ihm in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren betreffend den Eintragungsbeschluss keine Beschwer mehr zugebilligt.²¹⁴

Nach einer Entscheidung des OLG Wien hat der Aufforderung zur Äußerung nach § 18 FBG eine **materielle Prüfung durch das Firmenbuchgericht voranzugehen**.²¹⁵ Das FB-Gericht hat sich also vor der Aufforderung zur Äußerung Klarheit über die Voraussetzungen der beabsichtigten Maßnahme zu schaffen (ob etwa im Falle einer Löschung einer GmbH von Amts wegen nach der überprüften Sachlage überhaupt davon auszugehen ist, dass die GmbH kein Vermögen besitzt). Äußert sich der Berechtigte trotz Aufforderung nicht, entbindet dies das Firmenbuchgericht nicht von seiner amtswegigen Prüfpflicht. Es hat vielmehr weiterhin alle erforderlichen Prüfungen gewissenhaft vorzunehmen. *Feil* schlägt in diesem Zusammenhang vor, potentiell Beteiligte im Interesse der Verfahrensbeschleunigung schon in einem früheren Verfahrensstadium beizuziehen.²¹⁶ Auch stellen bereits zugestandene Tatsachenbehauptungen keine zwingende Entscheidungsgrundlage dar. Wenn das Gericht konkrete Bedenken gegen deren Richtigkeit habe, seien die Tatsachen im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes weiter zu prüfen.²¹⁷

Der Wortlaut des § 18 FBG legt nahe, dass **Eingriffe in alle denkbaren Rechte** eines im Firmenbuch Eingetragenen zur Verständigungspflicht führen, was schon im Zuge der Schaffung des FBG vom JA als **überschießend** empfunden wurde und klargestellt wurde, dass nur ein Eingriff in in das Firmenbuch eingetragene Rechte die Verständigungspflicht nach sich zieht.²¹⁸ Die heute hA folgt dieser Auffassung.²¹⁹ Die Rsp schränkt noch dahingehend ein, dass jede, sei es als Rechtsträger oder auch nur in ihrer Beziehung zu einem solchen, in das Firmenbuch eingetragene Person zu verständigen sei, die aus ihrer Eintragung

²¹³ Szöky/Szoka, Reg 1, Kap. 9.2, Seite 1 mwN; Szöky, Firmenbuchverfahren², 213; Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 18 Rz 1; Zib in Zib/Dellinger, FBG § 18 Rz 2.

²¹⁴ Eiselsberg/Schenk/Weißmann, FBG § 18 Rz 8.

²¹⁵ OLG Wien 17.09.1992, 6 R 29/92.

²¹⁶ Feil, FBG § 18 Rz 3.

²¹⁷ EBRV 224 BlgNR 22. GP 33.

²¹⁸ AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 18.

²¹⁹ Burgstaller in Jabornegg, HGB § 18 FBG Rz 2; Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 18 Rz 7; OGH 03.02.1994, 6 Ob 2/94; OGH 22.10.1998, 8 ObA 2344/96f, ebenso Kohlegger, NZ 2009/11.

eine Rechtsstellung ableitet, wenn das Firmenbuchgericht von Amts wegen oder auf Antrag eine Maßnahme beabsichtige, die auf einen Eingriff in die erwähnte Rechtsstellung abzielt oder als Nebenwirkung einen solchen Eingriff zwingend nach sich ziehe.²²⁰ **Nur derjenige** sei zu verständigen, **der** nach dem Verfahrensgegenstand **in seiner auf der Firmenbucheintragung beruhenden Rechtsstellung beschränkt werden soll**. Ratio dieser Einschränkung ist, dass nur unmittelbar Betroffene iSd § 18 FBG berücksichtigt werden sollen und dass **bloße Reflexwirkungen zur Begründung einer Parteistellung nicht ausreichen** sollen.²²¹ Betroffener iSd § 18 FBG sei nur derjenige, in dessen Rechtsstellung einzugreifen objektiv gerade das gewollte oder doch unvermeidlich bewusste Ziel der gerichtlichen Verfügung sei.²²² Es komme also auf das Ziel der beabsichtigten Verfügung und den unmittelbaren Eingriff in ein eingetragenes Recht an und nicht auf die bloß mittelbar eintretenden, über den eigentlichen Verfahrensgegenstand hinausgehenden Rechtsfolgen.²²³

Burgstaller/Pilgerstorfer sprechen sich für eine enge Auslegung des Wortlauts des § 18 FBG aus, da sie der Ansicht sind, dass Rechte, die sich nicht aus den Eintragungen im FB ergeben oder dort zumindest beurkundet sind, besser im ordentlichen Zivilprozess zu klären seien und dies auch eine Reduktion der Verfahrensbeteiligten bewirke, was wiederum prozessökonomischer sei. Weiters sei die Intention der Institution Firmenbuch nicht primär der Schutz aller möglichen Rechte von eingetragenen Personen, sondern die Offenlegung von erheblichen Tatsachen und Rechtsverhältnissen im Interesse der im Firmenbuch einzutragenden Unternehmer und Rechtsträger selbst, sowie der Öffentlichkeit.²²⁴

Burgstaller/Pilgerstorfer ziehen zunächst in Erwägung, dass sog „eingetragene Rechte“ auch solche sein können, die im FB „nur“ beurkundet sind. Dieser Ansicht nach könnten sich Rechtsstellungen auch aus Eintragungen ergeben, bei denen im Firmenbuch (Hauptbuch) nur ein formeller Hinweis auf ein Dokument zu finden ist, welches nicht im Hauptbuch selbst, sondern in der Urkundensammlung ersichtlich ist, wie etwa ein Ehepakt.²²⁵ Sie ziehen im Ergebnis jedoch die Auslegung vor, die der AB nahe legt: „in dessen (**in das Firmenbuch – genauer gesagt Hauptbuch) eingetragene Rechte** durch eine vorgesehene Verfügung

²²⁰ OGH 03.02.1994, 6 Ob 2/94.

²²¹ *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 8; *Schenk in Straube*, HGB³ FBG § 18 mwN; OGH 17.01.2001, 6 Ob 121/00p; OGH 23.02.1995, 6 Ob 3/95, OGH 03.02.1994, 6 Ob 2/94.

²²² OGH 21.10.1993, 6 Ob 1014/93; OGH 08.05.1996, 6 Ob 2040/96k.

²²³ OGH 13.09.2001, 6 Ob 183/01g.

²²⁴ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 6.

²²⁵ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 6.

eingegriffen werden soll“.²²⁶ Demnach können nur Veränderungen im Hauptbuch die Verständigungspflicht auslösen, nicht jedoch Änderungen in der Urkundensammlung. Dies hat weit reichende Konsequenzen, etwa bei Satzungsänderungen, die sich nicht inhaltlich, sondern nur mit einem Hinweis im Hauptbuch niederschlagen. Diese führen zu keiner Verständigungspflicht der in satzungsmäßigen Rechten betroffenen Gesellschafter, da es sich nicht um ein im Hauptbuch eingetragenes Recht handle. Im Gegensatz dazu sei ein Gesellschafter jedoch sehr wohl zu verständigen, wenn etwa sein im Hauptbuch eingetragener Anteil verändert wird.²²⁷

An dieser Stelle ist klarzustellen, dass der Kreis der nach § 18 FBG zu verständigenden Betroffenen jedenfalls enger ist als der Kreis der materiellen Parteien iSd § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG. Die Verständigung nach § 18 FBG setzt einen beabsichtigten unmittelbaren Eingriff in ein in das Firmenbuch eingetragenes Recht voraus (zB amtswegige Löschung einer Kapitalgesellschaft), während materielle Parteistellung nach § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG alle Personen genießen, deren „rechtlich geschützte Stellung“ durch die gerichtliche Entscheidung „unmittelbar beeinflusst“ würde. Die Betroffenen iSd § 18 FBG erfüllen daher jedenfalls den materiellen Parteibegriff iSd § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG.²²⁸

Darüber hinaus sind noch Personen denkbar, denen zwar keine Beteiligtenstellung nach § 18 FBG zukommt, die aber dennoch dem materiellen Parteibegriff des § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG entsprechen, weil durch eine Eintragung oder Löschung ihre rechtlich geschützte Stellung unmittelbar beeinflusst wird. Nach *Burgstaller/Pilgerstorfer* stehe diesen Personen ein **Beitrittsrecht** zu, **welches auch durch Rekurs ausgeübt werden kann**.²²⁹ Anders ausgedrückt sei gemäß § 18 FBG zu verständigen, in wessen eingetragene Rechte gezielt durch eine Firmenbucheintragung eingegriffen werden soll. Wer hingegen durch den Ausgang des Verfahrens „nur“ in einer sonstigen (nicht im Hauptbuch eingetragenen) rechtlich geschützten Stellung unmittelbar beeinflusst würde, brauche nicht verständigt zu werden, habe aber ein Beitrittsrecht.

Auch der OGH spricht bisweilen – obiter – von einem „Beitrittsrecht“ zum anhängigen Firmenbuchverfahren. Wenn bestimmte Personen zwar nicht iSd § 18 FBG zu verständigen

²²⁶ so auch *Burgstaller*, RZ 1996, 36; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 10.

²²⁷ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 12; *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 13.

²²⁸ OGH 16.02.2006, 6 Ob 13/06i.

²²⁹ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 7.

sind, sie aber dennoch dem materiellen Parteibegriff entsprechen, sei ihnen der Beitritt zum Verfahren in der jeweils aktuellen Lage (also auch schon in der ersten Instanz) zu gestatten.²³⁰

Kodek hingegen ist unter der Berufung auf das neue AußStrG²³¹ der Ansicht, dass ein „förmlicher Beitritt (einer Nebenintervention vergleichbar)“ einer materiellen Partei, die kein Verständigungsrecht nach § 18 FBG hat, nicht zulässig sei.²³² Allerdings sei materiellen Parteien, die – mangels unmittelbaren Eingriffs in ihre Firmenbuchrechte – nicht nach § 18 FBG zu verständigen sind, denen aber nach der Rsp die Rekurslegitimation zukommt, aufgrund eines Größenschlusses bereits im erstinstanzlichen Verfahren eine freiwillige Äußerung zu gestatten.²³³

Die Einzutragenden seien dann nicht zu verständigen, wenn sie selbst den Antrag stellen, der auf den bevorstehenden Eingriff in die eingetragenen Rechte abzielt.²³⁴ Hier wird vor allem an Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder gedacht, welche die Anmeldung selbst vornehmen oder zumindest ihre Unterschrift vor dem Gericht zeichnen bzw. die Zeichnung in beglaubigter Form vorlegen,²³⁵ worin jedenfalls eine (konkludente) Zustimmung zu sehen sei.

In diesem Zusammenhang ist noch zu klären, dass eine Verständigung nach § 18 FBG bei jenen Anmeldungstatbeständen nicht erforderlich ist, welche gar nicht der Zustimmung des Einzutragenden bedürfen (etwa bei einer Ersteintragung von GmbH-Gesellschaftern, Alleinaktionären und Aufsichtsratsmitgliedern). Richtigerweise muss eine Verständigung in solchen Fällen unterbleiben können, da etwa durch die erstmalige Eintragung der genannten Personen naturgemäß in ihre in das Firmenbuch eingetragenen Rechte gar nicht eingegriffen werden kann, da noch kein bereits eingetragene Recht besteht, in welches eingegriffen werden kann.²³⁶

²³⁰ OGH 17.01.2001, 6 Ob 121/00p; OGH 13.09.2001, 6 Ob 183/01g; OGH 29.08.2002, 6 Ob 168/02b.

²³¹ EBRV 224 BlgNR 22. GP 23 mit dem Hinweis, dass der Gesetzgeber des neuen AußStrG für die Einführung des Instituts der Nebenintervention im Außerstreitverfahren angesichts des materiellen Parteibegriffs des § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG keinen Anlass sah.

²³² *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 79.

²³³ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 6.

²³⁴ *Burgstaller*, RZ 1996, 38; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 17, 22;

Burgstaller/Pilgerstorfer in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 26.

²³⁵ § 17 Abs 1 GmbHG; § 73 Abs 3 AktG; § 15 Abs 1 PSG.

²³⁶ so auch *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 27.

5. GEWILLKÜRTE STELLVERTRETUNG BEI FB-ANMELDUNGEN:

5.1. Grundsätzliche Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung:

Bei Firmenbuchanmeldungen ist **grundsätzlich die Vertretung durch Bevollmächtigte möglich.**²³⁷ Das wird in § 11 Abs 2 UGB, der die Form der Vollmacht regelt, vorausgesetzt und folgt auch aus § 4 Abs 1 AußStrG.

Grundsätzlich hat die Vollmacht dieselbe Form aufzuweisen wie die Anmeldung selbst, bedarf also der öffentlich beglaubigten Form. Von diesem Formerfordernis bestehen jedoch Ausnahmen:

- Vereinfachte Anmeldung: Da die vereinfachte Anmeldung selbst nicht der Beglaubigung bedarf, wird davon ausgegangen, dass auch die Vollmacht zur Anmeldung nicht beglaubigt sein muss.²³⁸
- Vermutete Vollmacht des Notars: Nach § 23 FBG gilt der Notar, der die zur Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt hat, auch als ermächtigt, die Eintragung zu beantragen, Zustellungen in Empfang zu nehmen und Rechtsmittel zu erheben.
- Berufung auf die Vollmacht: Anwälte und Notare können sich gemäß § 8 Abs 1 RAO, § 5 Abs 4 a NO, § 30 Abs 2 ZPO auf die ihnen erteilte Vollmacht formfrei berufen. Der OGH anerkannte diese Möglichkeit bei Firmenbuchanmeldungen allerdings erst bei den Anmeldungen nach § 11 FBG.²³⁹

Nach hL genügt eine **Generalvollmacht**.²⁴⁰

Von Teilen der Lehre wird allerdings vertreten, dass eine Generalvollmacht zur Besorgung aller Geschäfte nicht ausreiche und argumentiert werden könne, dass man eine

²³⁷ OLG Wien 18.09.2003, 28 R 33/03h; OGH 21.05.2003, 6 Ob 229/02y.

²³⁸ Nowotny in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, HGB § 12 Rz 28; OGH 29.03.2000, 6 Ob 64/00f; OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; OGH 21.05.2003, 6 Ob 229/02y; OGH 11.09.2003, 6 Ob 64/00f.

²³⁹ OGH 29.03.2000, 6 Ob 64/00f.

²⁴⁰ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 11 Rz 57; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 108; *Szöky/Szoka*, Reg. 2, Kap. 5.2.1, *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 11 UGB Rz 35.

Gattungsvollmacht „zu sämtlichen Anmeldungen zum Firmenbuch“ oder zur Bewirkung „aller die Gesellschaft betreffenden Eintragungen“ verlangen könne.²⁴¹

5.2. Anmeldungen, bei welchen nach hL und Rsp eine gewillkürte Stellvertretung nicht möglich ist:

Die hM²⁴² nimmt an, dass die rechtsgeschäftliche Einräumung einer Vertretungsmacht vor allem dann **unzulässig sein soll, wenn der Anmeldende für den Inhalt der Anmeldung haftet** (zB die Gründer einer AG, Gesellschafter der GmbH bei deren Gründung oder Vorstandsmitglieder bei der Anmeldung einer Privatstiftung).²⁴³

Das Kriterium der Haftung sei nach *Burgstaller/Pilgerstorfer* deshalb aussagekräftig, weil typischerweise bei der Stellvertretung Haftungsfolgen nur für die vertretene juristische Person ausgelöst werden.²⁴⁴ Ebenso sprächen die strafrechtlichen Haftungsdrohungen in den §§ 39 AktG, §§ 10 Abs 4, 122 Abs 2 GmbHG für eine höchstpersönliche Anmeldungspflicht.

Es herrscht auch die Ansicht vor, die Anmeldung enthalten zum Teil Wissenserklärungen.²⁴⁵ Dabei handelt es sich um Erklärungen der Anmeldenden, die das Vorliegen bestimmter Umstände zu enthalten haben, etwa ob die Einlage geleistet wurde. Die Vertretungsfeindlichkeit wird im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Richtigkeit dieser Umstände angenommen.²⁴⁶

Auch der OGH fordert, dass eine **Erklärung von den Anmeldepflichtigen persönlich abgegeben werden muss**, wenn diese Erklärung den sonst erforderlichen Nachweis der Voraussetzungen für die angemeldete Eintragung ersetzt und **der Anmeldende für deren Inhalt haftet**. Dies betreffe insbesondere die nach § 26 GmbHG anzumeldenden Übergänge eines GmbH-Geschäftsanteiles aufgrund der Tatsache, dass der OGH annimmt, dass in diesen

²⁴¹ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², § 11 UGB Rz 35; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 11 Rz 57.

²⁴² *Zib* in *Fasching/Konecny*², § 30 ZPO, RZ 36; *Szőky*, Das FB-Verfahren², 190; *Hofmann*, NZ 2005/58.

²⁴³ *Schenk* in *Straube*, HGB I³ § 12 RZ 7, *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², § 11 UGB Rz 44, *Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, HGB § 12 RZ 22, jeweils mwN; OLG Wien 15.10.1998, 28 R 62/98p; OLG Wien 17.01.2000, 28 R 120/99v; OLG Wien 30.04.2001, 28 R 10/01y.

²⁴⁴ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², § 11 UGB Rz 44.

²⁴⁵ *Hofmann*, NZ 2005/58.

²⁴⁶ aA *Hofmann*, der allgemein aus § 11 Abs 2 UGB die Vertretungsmöglichkeit ableitet und auf § 23 FBG verweist, aufgrund dessen ebenfalls eine Vertretung in diesen Fällen möglich ist.

Fällen die Anmeldung nicht nur eine reine Willenserklärung, sondern auch eine **Wissenserklärung** enthalte, für die der GF hafte.²⁴⁷

In diesen Fällen sei die Anmeldung durch einen Vertreter nur dann zulässig, wenn der Anmeldepflichtige dem Einschreiter eine die Abgabe dieser Erklärung deckende **Spezialvollmacht** erteilt hat.²⁴⁸ Die Spezialvollmacht hat die gleiche Form wie die Anmeldung aufzuweisen, also bei vereinfachten Anmeldungen iSd § 11 FBG lediglich die Schriftform, bei den anderen Anmeldungen die beglaubigte Form nach § 11 Abs 2 UGB.²⁴⁹

Der Grund liege darin, dass der GF für die Richtigkeit der (im Wege der Spezialvollmacht abgegebenen) Erklärung hafte und dass nur bei Vorliegen einer persönlichen Erklärung oder derjenigen eines dazu speziell Bevollmächtigten eine nähere Prüfung des Sachverhalts durch das Firmenbuchgericht entbehrlich sei.²⁵⁰

Fälle der Unzulässigkeit jedweder Vertretung:

Neben den Anträgen auf Neueintragung einer AG durch sämtliche Gründer, Vorstandsmitglieder und AR-Mitglieder nach § 28 Abs 1 AktG²⁵¹ und Anträgen auf Neueintragung einer GmbH durch sämtliche Geschäftsführer nach § 9 Abs 1 GmbHG²⁵² sei bei der GmbH **wegen der in § 122 GmbHG normierten Straftatbestände eine Vertretung bei der Abgabe folgender Erklärungen und Anmeldungen unzulässig:**²⁵³

- Erklärungen nach §§ 9 Abs 2 Z 2 und 10 Abs 3 GmbHG (die bei Anmeldung der GmbH beizufügende Gesellschafterliste sowie die sog. „§ 10-Erklärung“)
- Erklärungen nach § 53 Abs 2 Z 2 GmbHG (die einem Antrag auf Eintragung einer Kapitalerhöhung beizuschließende Liste der Übernehmer neuer Stammeinlagen samt näheren Informationen)
- Erklärungen nach § 56 Abs 2 GmbHG (die dem Antrag auf Eintragung der Durchführung einer Kapitalherabsetzung beizuschließende Erklärungen über die

²⁴⁷ OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

²⁴⁸ OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t; OGH 21.05.2003, 6 Ob 229/02y; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k; eher noch offen lassend OGH 15.12.1999, 6 Ob 205/99m.

²⁴⁹ OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

²⁵⁰ OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t.

²⁵¹ *Heidinger in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, RZ 3.

²⁵² *Petrasch/Verweijen in Straube*, GmbHG, § 9 RZ 10; *Zehetner/Zehetner*, GBU 2005/03/09; *Zehetner/Zehetner*, GBU 2006/10/09; *Umfahrer*, GmbH⁶, RZ 145; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 9 Rz 8f.

²⁵³ OGH 24.11.1997, 6 Ob 321/97t; *Szöky/Szoka*, Reg 2, Kap 5.2.2., Seite 3.

Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger sowie die neuen Verhältnisse der Gesellschafter: Gesellschafterliste)

- Anmeldung der Änderung von Stammeinlagen oder der geleisteten Einzahlungen gemäß § 26 GmbHG
- Anmeldung des Überganges eines Geschäftsanteiles bzw eines Gesellschafterwechsels gemäß § 26 GmbHG
- Antrag auf Eintragung einer Kapitalerhöhung gemäß § 53 GmbHG bzw einer Kapitalherabsetzung gemäß § 56 GmbHG
- Antrag auf Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrages bzw der Errichtungserklärung einer GmbH durch sämtliche Geschäftsführer nach § 51 Abs 1 GmbHG²⁵⁴
- Einforderung von Einzahlungen auf das Stammkapital nach § 64 Abs 1 GmbHG²⁵⁵

Aus dieser Auflistung ist ersichtlich, dass nach dieser Ansicht **bei kapitalbezogenen Anmeldungen wegen der in § 122 GmbHG normierten Straftatbestände eine gewillkürte Stellvertretung unzulässig** ist.

Diese Meinung widerspricht der gesetzlichen Normierung in § 11 FBG und in § 26 Abs 1 GmbHG, welche eben eine gewillkürte Stellvertretung ausdrücklich ermöglichen.

Betrachtet man die Rsp, so finden sich für die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung bei der Anmeldung des Überganges eines Geschäftsanteiles Entscheidungen des Höchstgerichtes,²⁵⁶ allerdings existiert diesbezüglich auch eine gegenteilige E des OLG Wien, welche sich gegen eine solche Zulässigkeit ausspricht.²⁵⁷

Daher ist wiederum erkennbar, dass sich § 11 FBG und § 26 GmbHG nicht problemlos in das System fügen und zu Widersprüchen in Lehre und Rsp führen.

²⁵⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³: § 51 Rz 2, *Umfahrer*, GmbH⁶, Rz 534.

²⁵⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³: § 64 Rz 2 mit Verweis auf § 9 Rz 8; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 652; *Schopper in Straube*, GmbHG § 64 Rz 7.

²⁵⁶ OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

²⁵⁷ OLG Wien 30.04.2001, 28 R 10/01y.

6. ABLEITUNGEN AUS § 11 FBG:

6.1. Modifizierung der allgemeinen Prüfpflicht des FB-Gerichtes durch § 11 FBG im Zusammenhang mit der Haftungsregel des § 26 GmbHG, eine Urkundenvorlage sei nicht erforderlich

Grundsätzlich besteht auch in den Fällen der vereinfachten Anmeldung eine formelle und materielle Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes. Es sollte sich also an der Prüfbefugnis und Prüfpflicht durch § 11 FBG nichts ändern.²⁵⁸

Lehre und Rsp gehen aber dennoch davon aus, dass bei der **Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen** lediglich eine **eingeschränkte Prüfpflicht** bestehe.

So müsse der **Notariatsakt nicht zum Nachweis der Abtretung vorgelegt werden**, es sei denn, das Firmenbuchgericht hätte Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Gesuch zu Grunde liegenden Tatsachen.²⁵⁹

Im Allgemeinen könne sich die Prüfung darauf beschränken, ob die mit der vorliegenden Anmeldung angezeigte Übertragung von Geschäftsanteilen nach dem Gesetz und der Satzung überhaupt zulässig sei.²⁶⁰

²⁵⁸ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 7; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 11; *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 11 Rz 8.

²⁵⁹ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m; OGH 17.12.1997, 6 Ob 342/97f; OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b; OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v.

²⁶⁰ OGH 17.12.1997, 6 Ob 243/97f.

6.1.1. Vorgebrachte Argumente für eine Einschränkung der Prüfpflicht und für die Nichterforderlichkeit der Urkundenvorlage:

6.1.1.1. Aus § 11 FBG ergebe sich eine eingeschränkte Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes:

Die eingeschränkte Prüfpflicht und das Absehen von der generellen Vorlage des Abtretungsvertrages ergibt sich nach Teilen der Lehre und der Judikatur daraus, dass die Geschäftsanteilsabtretung im Rahmen einer vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG angemeldet werden kann.²⁶¹

Ein anderer Teil der Lehre weist, wie sogleich in Punkt 6.1.2.1. ausgeführt, zu Recht darauf hin, dass sich **allein aus § 11 FBG keine Einschränkung der materiellen Prüfpflicht ergeben kann**. Dieser beziehe sich rein auf das Verfahren und nicht auf die inhaltliche Prüfung des angemeldeten Vorganges. Ebenso sage § 11 FBG nichts über beizufügende Urkunden aus. Eine Nichterforderlichkeit, Urkunden vorzulegen könne sich nur daraus ergeben, dass § 26 GmbHG im Unterschied zu anderen Bestimmungen wie etwa § 51 GmbHG (betreffend Änderungen des Gesellschaftsvertrages) die Vorlage von Urkunden nicht vorschreibt,²⁶² was *Zib* als rechtspolitisch kritikwürdig beurteilt.²⁶³

Besteht der Verdacht, dass eine Geschäftsanteilsabtretung wegen eines im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Vorerwerbsrechtes eines anderen Gesellschafters unwirksam sein könnte, so ist das Firmenbuchgericht verpflichtet zu prüfen, ob das Abtretungsverbot durch den Verzicht oder die Nichtausübung des Vorerwerbsrechtes des in Frage kommenden Gesellschafters bereits erloschen ist.²⁶⁴ Ebenso wird bei Vorliegen eines im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Zustimmungsrechtes der Generalversammlung zur

²⁶¹ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 6; *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 36; *Weigand*, NZ 2003/23, 70; OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 17.12.1997, 6 Ob 243/97f.

²⁶² *Zib in Zib/Dellinger*, UGB § 15 Rz 9; *Zib in FS Woschnak*, 648; *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 59; *Petrasch/Verweijen in Straube*, GmbHG § 26 Rz 12, *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 8.

²⁶³ *Zib in Zib/Dellinger*, FBG § 15 Rz 9.

²⁶⁴ OLG Wien 27.11.1996, 28 R 84/96w.

Geschäftsanteilsübertragung das FB-Gericht das Vorliegen der erforderlichen Zustimmung zu überprüfen haben.²⁶⁵

Gegen eine generelle Prüfpflicht des FB-Gerichtes, ob bei einem Abtretungsvertrag **gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen** wie Vorerwerbsrechte oder Aufgriffsrechte eingehalten wurden wenden *Weigand*²⁶⁶ und *Burgstaller/Pilgerstorfer*²⁶⁷ ein, dass dem Firmenbuchgericht mit einer solchen Prüfung eine beträchtliche Erhebungsarbeit aufgelastet werden würde, nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass in GmbH-Gesellschaftsverträgen regelmäßig Vorerwerbsrechte vereinbart werden. Dies stehe im klaren Widerspruch mit dem Zweck der vereinfachten Anmeldung gemäß § 11 FBG, welcher doch eine rasche Bearbeitung der Anträge zum Ziel habe. Außerdem spreche auch vor allem die Tatsache, dass die Lösung solcher strittigen Tat- und Rechtsfragen mit den Mitteln des Außerstreitverfahrens nicht oder nur unter großem Aufwand bewerkstelligt werden kann, gegen eine gerichtliche Prüfung.²⁶⁸

Nach *Weigand* ist **die von den GF zu erfüllende Prüfungspflicht sehr weit zu verstehen**. Neben der Einhaltung der Notariatsaktsform des Abtretungsvertrages sei auch das Vorliegen der erforderlichen Zustimmung der Berechtigten zur Übertragung bei vinkulierten Anteilen und die Durchführung eines gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Anbotverfahrens oder den Verzicht auf die Ausübung allfälliger gesellschaftsvertraglich gewährter Aufgriffsrechte zu prüfen.²⁶⁹ Anzumelden sei erst, wenn die Änderungstatsache der Gesellschaft, genauer gesagt dem GF gegenüber nachgewiesen ist.²⁷⁰ Die Reduktion der Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts betreffend gesellschaftsvertraglichen Übertragungsbeschränkungen sei nach *Weigand* aufgrund der vorgelagerten Prüfpflicht der GF gerechtfertigt.²⁷¹

Weigand spricht sich im Ergebnis dafür aus, dass die firmenbuchrechtliche Prüfpflicht bei einer GmbH-Geschäftsanteilsabtretung die Einhaltung der Notariatsaktsform des Abtretungsvertrages²⁷² und bei der Teilung von Geschäftsanteilen deren gesellschaftsvertraglich vereinbarte Teilbarkeit²⁷³ zu umfassen habe.

²⁶⁵ OLG Wien 24.03.2006, 28 R 16/06p.

²⁶⁶ *Weigand*, NZ 2003/23, 70.

²⁶⁷ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 59.

²⁶⁸ *Weigand*, NZ 2003/23, 70.

²⁶⁹ *Weigand*, NZ 2003/23, 69.

²⁷⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 26 Rz 6.

²⁷¹ *Weigand*, NZ 2003/23, 70.

²⁷² OLG Wien 30.12.1993, 6 R 64/93 mwN.

²⁷³ OGH 17.12.1997, 6 Ob 342/97f.

6.1.1.2. Aufgrund der erhöhten Verantwortlichkeit der GF sei im Falle der GmbH eine Vorlage des Abtretungsvertrages nicht erforderlich:

Der Geschäftsführer hat nach § 26 Abs 1 GmbHG vor der Anmeldung eines Gesellschafterwechsels die formelle und materielle Richtigkeit des Übertragungsaktes und dessen Rechtswirksamkeit zu prüfen und trifft ihn nach §§ 26 Abs 2, 122 Abs 2 Z 2 GmbHG eine besondere Haftung für die Richtigkeit seiner Angaben in der Firmenbuchanmeldung.

Daher könne sich das Firmenbuchgericht grundsätzlich auf die Richtigkeit dieser Wissenserklärung verlassen. Das wird von einem Teil der Lehre²⁷⁴ und von der Judikatur²⁷⁵ als weiteres Argument für eine Einschränkung der Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes gesehen.

Koppensteiner/Rüffler treten dem gegenüber bei der Übertragung von Geschäftsanteilen generell für die Vorlage des Abtretungsvertrages ein. Zudem spreche die Klarstellungsfunktion der Notariatsaktpflicht dafür, dass das Übertragungsdokument vorzulegen sei. Wenn der Notariatsakt eine sichere Eintragungsgrundlage schaffen soll, damit im Interesse der Rechtssicherheit unrichtige Eintragungen vermieden werden, müsse der Firmenbuchrichter die Einhaltung der Form prüfen.²⁷⁶

Dieser Ansicht folgen *Petrasch/Verweijen*, die noch hinzufügen, dass ohne Vorlage des Abtretungsvertrages gar keine vollständige Prüfung erfolgen könne. Das Firmenbuchgericht könne seiner amtswegigen Prüfpflicht nur dann in ausreichendem Maße nachkommen, wenn der Abtretungsvertrag vorgelegt wird und dass sich Bedenken auch uU erst aus der Sichtung des Abtretungsvertrages ergeben können. Speziell im Falle der Anteilsabtretung aufgrund von § 11 FBG eine eingeschränkte Prüfpflicht anzunehmen, sei auch im Hinblick auf die involvierten Vermögenswerte nicht angebracht.²⁷⁷

Einigkeit besteht darüber, dass in dem Fall des Fehlens konkreter Angaben des GF im Eintragungsbegehren, wann, wie und wo die Abtretung der Geschäftsanteile des Gesellschafters erfolgt sein soll, nicht einmal eine eingeschränkte Prüfung durch das Firmenbuchgericht vorgenommen werden kann, da es in diesem Fall gar keine Angaben des

²⁷⁴ Weigand, NZ 2003/23, 69; Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 15 Rz 36.

²⁷⁵ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m; OGH 17.12.1997, 6 Ob 342/97f; OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b; OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t.

²⁷⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 26 Rz 8.

²⁷⁷ *Petrasch/Verweijen* in *Straube*, GmbHG § 26 Rz 12.

Geschäftsführers gibt, für deren Richtigkeit er zu einer allfälligen Haftung herangezogen werden kann. In einem solchen Fall könne von einem Wegfall der amtswegigen Prüfungspflicht aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes keine Rede sein und könne das Firmenbuchgericht dem Antragsteller die Vorlage des Abtretungsvertrages auftragen.²⁷⁸

Nach der Ansicht des OLG Wien hat das Firmenbuchgericht den Sachverhalt sogar selbst zu ermitteln, wenn die Anmeldung keine Angaben über den Zugang der Annahmeerklärung an den abtretenden Gesellschafter enthält.²⁷⁹ Dazu habe es zweckdienliche Erhebungen anzustellen, etwa die Einvernahme der am Rechtsgeschäft Beteiligten und des den Notariatsakt errichtenden Notars vorzunehmen. *Burgstaller/Pilgerstorfer* beurteilen diese Judikatur als überschießend, da dies nicht generell verlangt werden könne. In erster Linie seien die gemäß § 26 Abs 1 GmbHG Anmeldepflichtigen zu ergänzenden Angaben oder zu urkundlichen Nachweisen aufzufordern. Nur wenn sich auf diesem Weg eine wirksame Anteilsabtretung nicht überprüfen lässt und das FB-Gericht immer noch begründete Bedenken habe, könne ausnahmsweise eine Einvernahme von Beteiligten angedacht werden.²⁸⁰ Ganz allgemein sei es die Sache desjenigen, der eine Eintragung im Firmenbuch anstrebt, das Vorliegen ihrer Voraussetzungen nachzuweisen.²⁸¹

Wird der Abtretungsvertrag **freiwillig vorgelegt**, so ist dieser jedenfalls auf seine Rechtswirksamkeit zu prüfen.²⁸²

6.1.1.3. Die Einzahlung auf die Stammeinlage sei nicht nachzuweisen:

Aufgrund von § 10 Abs 3 und § 52 Abs 6 GmbHG ist bei der Neueintragung der GmbH und bei der Kapitalerhöhung die geleistete **Einzahlung auf die Stammeinlage durch Bankbestätigung** iSd § 10 Abs 2 GmbHG nachzuweisen.

Im Falle einer Geschäftsanteilsabtretung (§§ 26 Abs 1 GmbHG iVm § 11 FBG) wird dieser Nachweis bemerkenswerter Weise nicht verlangt, obwohl gleichfalls (bei noch nicht voll eingezahlter Stammeinlage) Einzahlungen, oft in nicht zu vernachlässigender Höhe, zu tätigen sind. Hier könne das FB-Gericht, wiederum aufgrund der erhöhten Verantwortung des

²⁷⁸ OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b.

²⁷⁹ OLG Wien 31.05.2001, 28 R 49/01h.

²⁸⁰ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 59.

²⁸¹ OGH 31.08.2008, 6 Ob 123/06s.

²⁸² OGH 17.12.1997, 6 Ob 342/97f.

GF, von einer generellen Vorlage urkundlicher Nachweise der Einzahlungen absehen, da diesen aufgrund der §§ 26 Abs 2, 122 Abs 2 Z 2 GmbHG eine besondere Haftung für die Richtigkeit dieser Angaben trifft.

Nach *Weigand* muss nur dann ein urkundlicher Nachweis erbracht werden, wenn die Angaben im Antrag nicht ausreichen oder das Gericht gegen deren Richtigkeit Bedenken hat.²⁸³

6.1.2. Argumente, die gegen Einschränkung der Prüfpflicht und für die Urkundenvorlage sprechen:

6.1.2.1. Aus § 11 FBG ergibt sich mE keine Einschränkung der Prüfpflicht:

Grundsätzlich hat das Firmenbuchgericht nach hM formell und, wie bereits ausgeführt, (eingeschränkt) auch materiell zu prüfen. Diese Prüfungspflicht besteht auch in den Fällen der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG,²⁸⁴ explizit auch bei der Anmeldung des Übergangs eines GmbH-Geschäftsanteils²⁸⁵ und sollte sich durch die vereinfachte Anmeldung an der allgemeinen inhaltlichen Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts nichts ändern.²⁸⁶

Die Ansicht der Gegenmeinung und der Judikatur²⁸⁷, dass sich die angenommene eingeschränkte Prüfpflicht und das Absehen von der generellen Vorlage des Abtretungsvertrages allein aus dem Umstand ergebe, dass es sich bei der Geschäftsanteilsabtretung um eine vereinfachte Anmeldung iSd § 11 FBG handelt, ist meiner Ansicht nach gänzlich abzulehnen.

§ 11 FBG vereinfacht lediglich die Form der Anmeldung (Entfall des Beglaubigungserfordernisses) und reduziert die erforderliche Anzahl der Anmeldebefugten (es genügt die vertretungsbefugte Anzahl).

²⁸³ *Weigand*, NZ 2003/23, 70.

²⁸⁴ *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 11; *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 7.

²⁸⁵ OGH 20.01.2000, 6 Ob 313/99v.

²⁸⁶ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 11 Rz 8; OLG Wien 01.10.2007, 28 R 93/07p.

²⁸⁷ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 6; *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 36; *Weigand*, NZ 2003/23, 70; OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 17.12.1997, 6 Ob 243/97f.

Schon *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* sprechen sich dafür aus, dass die vereinfachte Anmeldung an der grundsätzlichen Prüfbefugnis und Prüfpflicht des FB-Gerichtes nichts ändern soll.²⁸⁸ Dieser Ansicht folgen weitere Stimmen in der Lehre.²⁸⁹ Aus meiner Sicht ist es nicht nachvollziehbar, warum, trotz dieser Aussagen und trotz des klaren Gesetzeswortlautes eine Einschränkung der (ohnehin eingeschränkten) Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts angenommen wird und interpretiere ich die Regelung des § 11 FBG auch nicht als Rechtfertigung für eine Einschränkung der Prüfpflicht.

Es kann meiner Ansicht nach weder aus einer Wortinterpretation des § 11 FBG, noch aus einer historischen, systematischen oder teleologischen Interpretation zu diesem Ergebnis gelangt werden.

6.1.2.2. § 11 FBG sagt nichts darüber aus, dass Urkunden nicht vorzulegen wären:²⁹⁰

Trotzdem wird von mehreren Seiten mE fälschlicherweise angenommen, dass die Tatbestände des § 11 FBG eben aufgrund der Tatsache, dass sie vereinfacht anzumelden sind, nur einer eingeschränkten Prüfung durch das FB-Gericht zugänglich seien und dass im Falle der Anmeldung eines Tatbestandes des § 11 FBG der Anmeldung grundsätzlich beizufügende Urkunden nicht vorzulegen seien. Lediglich wenn das Firmenbuchgericht Bedenken gegen die Angaben in der Eingabe habe oder wenn diese nicht schlüssig sind, könne es nach hA die Vorlage des der Anmeldung zugrunde liegenden Notariatsaktes verlangen.²⁹¹

Eine Nichterforderlichkeit, Urkunden vorzulegen, könne sich aber nach *Burgstaller/Pilgerstorfer* und *Zib* aus der Verbindung von § 11 FBG mit § 26 Abs 1 GmbHG ergeben,²⁹² da in § 26 GmbHG, im Unterschied zu anderen gesetzlichen Anmeldeordnungen wie etwa § 51 Abs 1 GmbHG (für Änderungen des Gesellschaftsvertrages) oder § 17 Abs 1 GmbHG (für Änderungen im Stande der Geschäftsführer bzw. deren Vertretungsbefugnis) eine Urkundenvorlage nicht explizit angeordnet ist.

²⁸⁸ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 7.

²⁸⁹ *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 11; *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 11 Rz 8; *Zib in FS Woschnak*, 648.

²⁹⁰ *Zib in FS Woschnak*, 648; *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 11 Rz 8.

²⁹¹ OGH 6 Ob 2371/96m; OGH 6 Ob 342/97f; OGH 6 Ob 57/01b; OGH 6 Ob 111/01v.

²⁹² *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 11 Rz 9; *Zib in FS Woschnak*, 648.

Auch nach *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* sind Sachverhalte, die Gegenstand der vereinfachten Anmeldung sind, in der Regel nicht durch Urkunden oder sonstige Nachweise zu belegen. Allerdings könne in Ausnahmefällen bei einem Gesellschafterwechsel die Beibringung eines urkundlichen Nachweises im Hinblick auf §§ 26 und 78 GmbHG notwendig werden.²⁹³

Ich bin der Ansicht, dass aufgrund der Tatsache, dass die Erforderlichkeit der Urkundenvorlage in § 26 GmbHG nicht ausdrücklich angeordnet ist, *nicht ohne weiteres* e contrario davon ausgegangen werden kann, dass die Urkundenvorlage nicht erforderlich sein soll.

§ 26 Abs 1 GmbHG wird sogleich unter Punkt 6.1.2.4. diesbezüglich noch eingehender betrachtet werden.

Aus § 11 FBG allein ergibt sich jedenfalls keine Nichterforderlichkeit der Urkundenvorlage.

6.1.2.3. Die Pflicht zur Vorlage des Abtretungsvertrages sollte sich aus der allgemeinen Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes ergeben:

Im Rahmen der materiellen Prüfpflicht hat das Firmenbuchgericht zunächst das fehlerfreie Zustandekommen der Eintragungsgrundlagen zu prüfen. Sohin bedeutet das, dass das Firmenbuchgericht zu verifizieren hat, ob etwa eine erforderliche Notariatsaktsform bzw. notarielle Beurkundung eingehalten wurde. Die Nichteinhaltung der **Formvorschrift** begründet Nichtigkeit des Vertrages bzw. Beschlusses und bildet daher ein Eintragungshindernis.²⁹⁴

Schon daraus ergibt sich mE die Erforderlichkeit, den Abtretungsvertrag vorzulegen und denselben zu prüfen. Wenn das Firmenbuchgericht mangels Vorlage der Eintragungsgrundlage nicht einmal ermitteln kann, ob betreffender Vertrag oder Beschluss überhaupt rechtliche Wirkung entfaltet hat, muss es sozusagen „blind“ eine Eintragung vornehmen, ohne überhaupt zu wissen, ob der betreffende Vorgang überhaupt rechtlich existent ist. Aus dem Hinweis in der Anmeldung „Mit notariellem Abtretungsvertrag vom

²⁹³ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 12 Rz 6.

²⁹⁴ *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 12.

25.02.2008²⁹⁵ lässt sich die Existenz des Notariatsaktes und somit die Einhaltung der Formvorschrift jedenfalls nicht verifizieren.

Nach der Kontrolle der Einhaltung eines allfälligen Formzwanges der Eintragungsgrundlage hat sich das Firmenbuchgericht mit deren Inhalt auseinanderzusetzen.

Die später im Punkt 6.1.2.6. dargelegten spärlichen Angaben, die aus **der reinen Firmenbucheingabe ohne Beilagen** ersichtlich sind,²⁹⁶ unterstreichen die Tatsache, dass der reinen Eingabe betreffend obgenannter Punkte **keine (ausreichenden) Informationen zu entnehmen sind, sodass eine zuverlässige Prüfung ohne Vorlage des Abtretungsvertrages gar nicht erfolgen kann.**

Es ist weiters zu fragen, ob aus den Prinzipien des Firmenbuchrechts ein allgemeiner Grundsatz ableitbar ist, welcher besagt, dass man für alles was man behauptet, Urkunden zum Beweis vorlegen muss.

Dies würde freilich nicht für Urkunden gelten, die dem Firmenbuchgericht bereits vorliegen. Bei der AG beispielsweise liegt dem Firmenbuchgericht die Abschrift der notariellen Niederschrift über die Hauptversammlung vor (§ 120 Abs 4 AktG). Daher erscheint es gerechtfertigt, im Falle der Anmeldung der Bestellung und Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern die entsprechenden Gesellschafterbeschlüsse – anders als bei der Ersteintragung – nicht vorlegen zu müssen.²⁹⁷ Das Firmenbuchgericht hat diesfalls nur die Einhaltung der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Mindest- und Höchstzahlen und Wählbarkeitskriterien zu prüfen.²⁹⁸

6.1.2.4. Analogie?

Gelangt man zu der Ansicht, dass aus der allgemeinen Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes keine grundsätzliche Pflicht zur Vorlage der Eintragungsgrundlage ableitbar ist, ist weiter zu prüfen, ob eine andere Möglichkeit denkbar ist, um im Falle der Geschäftsanteilsabtretung eine allgemeine Pflicht zur Vorlage des Abtretungsvertrages herleiten zu können.

²⁹⁵ *Scheibenpflug* in *Schimkowsky*⁹, Muster 568.

²⁹⁶ *Scheibenpflug* in *Schimkowsky*⁹, Muster 568.

²⁹⁷ *Weigand*, NZ 2003/23; für die GmbH auch *Umfahrer*, GmbH⁶, Muster Nr. 146, 147; *Deu/Helm*, 107.

²⁹⁸ *Weigand*, NZ 2003/23.

Wie vorhin unter Punkt 6.1.2.2. erörtert ist dem § 11 FBG nicht zu entnehmen, dass Urkunden nicht vorzulegen sind. Allerdings ist in diesem Zusammenhang die Regelung des § 26 Abs 1 GmbHG zu diskutieren, welche keine Pflicht zur Vorlage des Abtretungsvertrages (Notariatsaktes) statuiert.

Ein Vergleich etwa mit § 17 Abs 1 GmbHG zeigt, dass bei der Anmeldung eines Geschäftsführerwechsels der Nachweis der Bestellung dem Firmenbuchgericht in beglaubigter Form sehr wohl vorzulegen ist.²⁹⁹

Zur Veranschaulichung sind an dieser Stelle beide Anmeldungsvorgänge, einerseits die Geschäftsanteilsabtretung und andererseits der Geschäftsführerwechsel kurz darzulegen:

Geschäftsanteilsabtretung:

Nach § 76 Abs 2 erster Satz GmbHG bedarf es zur Übertragung von Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden eines Notariatsaktes. Die Firmenbuchanmeldung kann aufgrund des § 11 FBG unbeglaubigt eingebracht werden kann.

Geschäftsführerwechsel:

§ 15 Abs 1 dritter Satz GmbHG verlangt einen Beschluss der Gesellschafter und ist nach § 17 Abs 1 zweiter Satz der Nachweis der Bestellung in beglaubigter Form darzubringen. Folgende Urkundenformen stellen den Nachweis der Beschlussfassung in beglaubigter Form dar:³⁰⁰

- das notarielle Protokoll gemäß § 87 NO,³⁰¹
- das private Protokoll mit Beglaubigung sämtlicher Unterschriften,
- der Bestellungsbeschluss in Form der Privaturkunde mit Beglaubigung sämtlicher Unterschriften oder
- die Privaturkunde über die Beschlussfassung gemäß § 34 GmbHG mit Beglaubigungen sämtlicher Unterschriften.³⁰²

²⁹⁹ Auch im Falle einer Satzungsänderung ist gemäß § 51 Abs 1 GmbHG der Firmenbuchanmeldung der notariell beurkundete Abänderungsbeschluss mit dem Nachweis des gültigen Zustandekommens anzuschließen.

³⁰⁰ *Umfahrer, GmbH*⁶, RZ 186.

³⁰¹ OGH 22.10.1987, 6 Ob 17/87.

³⁰² OGH 22.10.1987, 6 Ob 17/87.

Die Firmenbuchanmeldung³⁰³ ist von den GF in vertretungsbefugter Zahl beglaubigt zu unterfertigen. Der Eingabe ist gemäß § 17 Abs 1 zweiter Satz GmbHG der Nachweis der Bestellung, Abberufung oder Änderung der Vertretungsbefugnis anzufügen. Für die Anmeldung der Neubestellung von GF oder der Änderung deren Vertretungsbefugnis ist der Nachweis in beglaubigter Form darzubringen.

Es ist nun zu fragen, warum das Gesetz im Falle der Anmeldung eines Geschäftsführerwechsels die Vorlage der Eintragungsgrundlage vorschreibt, im Falle des Gesellschafterwechsels jedoch nicht, wobei hier zu erwähnen ist, dass bei der Ersteintragung der GmbH der die Gesellschafter betreffende Notariatsakt sehr wohl vorzulegen ist. Auch *W. Jud* bemängelte schon, dass der Notariatsakt über die Geschäftsanteilsabtretung nicht vorzulegen ist und sah darin einen aus unersichtlichen Gründen erfolgenden Bruch des Gesetzes mit den Publizitätsanforderungen für den vergleichbaren Akt bei der Gründung der Gesellschaft.³⁰⁴

§ 26 Abs 1 GmbHG normiert keine Vorlage des Abtretungsvertrages. In § 26 Abs 2 GmbHG ist eine Haftung der GF für einen Schaden normiert, der durch schuldhaft falsche bzw. schuldhaft verzögerte Angaben entsteht. Die derzeitige Regelung lässt sich historisch begründen:

Bis zur Einführung des FBG verpflichtete § 26 GmbHG die Geschäftsführer, ein Verzeichnis der Gesellschafter (Anteilbuch) zu führen, in welchem Namen, Beruf, Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt jedes Gesellschafters sowie der Betrag der von ihm übernommenen Stammeinlagen und der hierauf geleisteten Einzahlungen einzutragen waren (Abs 1). Änderungen der wichtigsten dieser Umstände waren nach Abs 2 ebenfalls in das Anteilbuch einzutragen. Auf seiner Grundlage musste jährlich im Monat Jänner eine Gesellschafterliste mit Angaben betreffend die Stammeinlagen eines jeden Gesellschafters, der hierauf geleisteten Einzahlungen sowie allfällige Zurückzahlungen zum Handelsgericht eingereicht werden.³⁰⁵

Die praktischen Erfahrungen mit dieser Regelung waren ungünstig. Viele Gesellschaften führten kein Anteilbuch. Auch die Einreichung der Jännerliste wurde häufig

³⁰³ *Umfahrer*, GmbH⁶, Rz 215.

³⁰⁴ *W. Jud*, NZ 1983, 75.

³⁰⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 26 Rz 1 f.

vernachlässigt.³⁰⁶ Die Einführung des FBG hat den Gesetzgeber, trotz dieser mE schlechten Lösung und der schlechten Erfahrungen aber nicht dazu bewogen, § 26 GmbHG grundlegend zu reformieren.

Es ist zu überlegen, ob in § 26 Abs 1 GmbHG eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes dahingehend vorliegt, dass der Gesetzgeber auch normieren wollte, dass bei der Geschäftsanteilsabtretung die Eintragungsgrundlage (Abtretungsvertrag) dem FB-Gericht vorzulegen ist. Bejaht man dies, ist zu erwägen, ob die Möglichkeit besteht, die in § 17 Abs 1 GmbHG normierte Verpflichtung zur Vorlage des Nachweises analog auf die Geschäftsanteilsabtretung anzuwenden. Es ist zu fragen, ob gerade für das anstehende Problem eine dem Gesetzestext zu entnehmende anwendbare Vorschrift fehlt, die aber vorhanden wäre, wenn der Gesetzgeber seinem Plan oder Entwurf für die Rechtsordnung nur konsequent gefolgt wäre.³⁰⁷

Es ist zunächst festzustellen, dass in § 26 Abs 1 GmbHG, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung, eine planwidrige Lücke dahingehend besteht, dass **eine Regelung fehlt, ob der Abtretungsvertrag vorzulegen ist oder nicht**. Ich bin der Ansicht, wie bereits oben in Punkt 6.1.2.2. erwähnt, dass man rein aufgrund der Tatsache, dass eine Vorlage des Abtretungsvertrages nicht normiert ist, nicht ohne weiteres e contrario davon ausgehen kann, dass die Vorlage deswegen nicht erforderlich ist. Es kann auch die Haftungsregelung mE nicht darüber hinweghelfen, dass nicht normiert ist, ob der Abtretungsvertrag vorzulegen ist.

Daher ist zu prüfen, ob eine Gesetzesanalogie zu § 17 Abs 1 GmbHG dahingehend möglich ist, dass die in § 17 GmbHG angeordnete Vorlage der Eintragungsgrundlage analog auf § 26 GmbHG anwendbar ist. Durch eine Gesetzesanalogie wird die für einen bestimmten Einzeltatbestand angeordnete Rechtsfolge auf einen dem Wortlaut nach nicht geregelten Sachverhalt erstreckt, weil nach der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Wertung anzunehmen ist, dass der geregelte und der ungeregelte Fall in den maßgeblichen Voraussetzungen übereinstimmen.³⁰⁸ Der Gesetzgeber hätte den Fall geregelt, wenn er ihn

³⁰⁶ *Jud*, NZ 1983, 75; *Schönherr*, NZ 1983, 131 f.

³⁰⁷ *Bydlinski*, Methodenlehre 60.

³⁰⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 28 f.

bedacht hätte.³⁰⁹ Die Abweichungen werden als unerheblich gewertet. Daher ist zu prüfen, ob §§ 17 und 26 GmbHG die gleichen Wertungen zu Grunde liegen:

Im ersten Fall wird ein Wechsel in der Geschäftsführung angemeldet, im zweiten Fall ein Wechsel im Gesellschafterbestand. **Eine Analogie scheitert jedoch mE schon an der Verschiedenheit der Eintragungsgrundlagen.** Im Fall der Geschäftsanteilsabtretung ist ein Notariatsakt zu errichten, im Falle des GF-Wechsels sind wie erwähnt mehrere Eintragungsgrundlagen denkbar, welche jedoch alle im Wesentlichen auf eine bloße Beurkundung des tatsächlichen Vorganges der Beschlussfassung und auf eine Beglaubigung der Unterschriften hinauslaufen.

Festzustellen ist also, dass der Gesetzgeber diese beiden Vorgänge mit einer unterschiedlichen Sicherheit ausgestaltet hat und daher eine Analogie scheitern muss. Bemerkenswert ist mE allerdings trotzdem, dass aufgrund der Tatsache, dass für die Wirksamkeit einer Geschäftsanteilsabtretung ein Notariatsakt erforderlich ist, für die Wirksamkeit eines GF-Wechsels hingegen ein notarielles Protokoll ausreicht, davon ausgegangen werden darf, dass der Gesetzgeber rein aus der Sicht des Formzwanges die Geschäftsanteilsabtretung als „gefährlicheren“ Vorgang ansieht als den GF-Wechsel, da im ersteren Vorgang ein Notariatsakt errichtet werden muss.

Daher erscheint es merkwürdig, unter der Prämisse der potentiellen Gefährlichkeit als Form für die Abtretung einen Notariatsakt zu verlangen, die Einhaltung der Form dann aber nicht bei der Anmeldung zum Firmenbuch auch zu überprüfen.³¹⁰ Andererseits wird für den anscheinend weniger gefährlichen Vorgang des GF-Wechsels für die Wirksamkeit lediglich ein notarielles Protokoll verlangt. Dieses ist aber aufgrund von § 17 Abs 1 zweiter Satz GmbHG der Anmeldung sehr wohl beizufügen. Darüber hinaus ist im Falle der Geschäftsanteilsabtretung eine vereinfachte und daher unbeglaubigte Eingabe möglich, im Falle des GF-Wechsels haben die GF die Firmenbucheingabe beglaubigt mit ihrer persönlichen Unterschrift zu unterfertigen.

Anhand dieser Ausführungen wird erkennbar, dass sich § 26 GmbHG nicht ohne Probleme in das System fügt und daher mE dessen Gesamtkonzeption, auch im Hinblick auf die erörterten Konsequenzen die sich aus der Regelung ergeben, einer Überprüfung bedarf.

³⁰⁹ Welser, Fachwörterbuch, 433.

³¹⁰ so auch Koppstein/Rüffler, GmbHG³, § 26 Rz 8.

Im Ergebnis ist es somit nicht möglich, die in § 17 Abs 1 GmbHG normierte Verpflichtung zur Vorlage der Eintragungsgrundlage analog auf § 26 GmbHG und somit auf die Geschäftsanteilsabtretung anzuwenden.

6.1.2.5. Ebenso eingeschränkte Identitätsprüfung des Anmelders:

Wie bereits unter Punkt 2.4. dargelegt dient die Beglaubigung der Unterschrift der Identitätsprüfung des Anmeldenden und der Echtheitsprüfung der Unterschrift.³¹¹ Bei der Anmeldung der Tatbestände des § 11 FBG ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Beglaubigung der Unterschrift des Anmeldenden nicht erforderlich.

Unter Bedachtnahme auf diese durchaus bedenkliche eingeschränkte Identitätsprüfung des Anmelders (bei schriftlicher Anmeldung lediglich Unterschriftsvergleich) nach § 11 FBG erscheint eine Einschränkung auch der inhaltlichen Prüfung des Vorganges nicht geboten.

ME können die meiner Ansicht nach weniger gefährlichen Anmeldungstatbestände des § 11 FBG betreffend den Geschäftszweig und die Geschäftsanschrift durchaus unbeglaubigt angemeldet werden, wenn im Gegenzug eine inhaltliche Prüfung erfolgt.

Dass aber im Falle der Geschäftsanteilsabtretung auf die Identitätsprüfung des Anmelders und auf die inhaltliche Prüfung des Abtretungsvorgangs verzichtet wird, ist mE gänzlich abzulehnen.

6.1.2.6. Prüfung der Einhaltung der Notariatsaktsform und Inhalt kann ohne Sichtung des Abtretungsvertrages gar nicht erfolgen:

Weiters ist nicht recht verständlich, dass der Gesetzgeber die Geschäftsanteilsabtretung mit der Sicherheit eines Notariatsaktes ausstattet, dann aber das Firmenbuchgericht die Form der Einhaltung gar nicht prüfen kann oder soll, da der Abtretungsvertrag nicht vorzulegen ist. Lediglich wenn das Firmenbuchgericht Bedenken gegen die Angaben in der Eingabe hat oder

³¹¹ Schenk in Straube, HGB I³ § 12 Rz 3; Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer, HGB § 12, Rz 1, Burgstaller in Jabornegg, HGB § 12, Rz 2, Szöky, Firmenbuchverfahren², 192.

wenn diese nicht schlüssig sind, kann es nach hA die Vorlage des der Anmeldung zugrunde liegenden Notariatsaktes verlangen.³¹²

Daher ist zu erforschen, welche Angaben überhaupt einer Eingabe stehen, bzw. welche Informationen betreffend den Abtretungsvorgang das Firmenbuchgericht der Eingabe ohne Beilagen entnehmen kann und woraus allfällige Bedenken entstehen können.

Aus der bloßen Eingabe ist ersichtlich:³¹³

- Firmenbuchnummer der betreffenden GmbH
- Antragstellender GF samt Geburtsdatum und Adresse, allenfalls vertreten durch *
- Hinweis auf die Vertretungsbefugnis des GF
- Name der GmbH samt Sitz und Geschäftsanschrift
- Hinweis auf den Abtretungsvertrag mit Datum, ohne zwingenden Hinweis auf dessen Geschäftszahl³¹⁴
- Sachverhaltsdarstellung: Angabe, wer an wen (Personendaten, allenfalls FB-Nummer) welchen Geschäftsanteil mit einer Stammeinlage in welcher Höhe abgetreten hat
- Antrag auf Löschung des Altgesellschafters
- Antrag auf Eintragung des neuen Gesellschafters samt Personendaten (allenfalls FB-Nummer) mit der Höhe der übernommenen Stammeinlage und der Höhe der darauf geleisteten Einzahlung
- Datum der Antragstellung
- Eigenhändige Unterschrift des anmeldenden Geschäftsführers.

Aus dieser Aufzählung wird ersichtlich, wie wenige Informationen das Firmenbuchgericht aus einer solchen Eingabe ohne Beilegung des Abtretungsvertrages bekommt. Neben den ersichtlichen Daten zu Geschäftsanteil und Vertragsparteien,³¹⁵ also *wer wann an wen*

³¹² OGH 6 Ob 2371/96m; OGH 6 Ob 342/97f; OGH 6 Ob 57/01b; OGH 6 Ob 111/01v.

³¹³ *Scheibenpflug* in *Schimkowsky*⁹, Muster 569.

³¹⁴ nach *Scheibenpflug* in *Schimkowsky*⁹, Muster 568, wird verschiedentlich die Anführung der Geschäftszahl des Abtretungsvertrages und des beurkundenden Notars als Nachweis dafür verlangt, dass es sich tatsächlich um einen als Notariatsakt errichteten Abtretungsvertrag handelt.

³¹⁵ *Bydlinski D.*, *ecolex* 2010, 1071.

welchen Anteil abgetreten hat, sind überhaupt keine Informationen ersichtlich, *wie* der betreffende Anteil bzw zu welchen Konditionen der Anteil abgetreten wurde.

Für das Firmenbuchgericht wären mE beispielsweise folgende Informationen von großer Wichtigkeit bzw. essentiell, um die Geschäftsanteilsübertragung verlässlich prüfen zu können:

- **GZ des Notariatsaktes** (Abtretungsvertrages): ME ist die Information, dass es einen Notariatsakt gibt und dessen Datum zu wenig, wenn dieser Vertrag nicht vorzulegen ist.
- **Nachweis der auf die Einlage geleisteten Zahlung:** Aus der Eingabe ist lediglich ersichtlich, in welcher Höhe die Stammeinlage übernommen wird und wie viel darauf einbezahlt wurde. Dies kann jedoch nicht verifiziert werden, da nicht zu beweisen bzw. beizulegen ist, dass die Einlage wirklich geleistet wurde. Daher sollte, um die Interessen der Gläubiger ausreichend zu wahren, immer dann analog zu § 10 Abs 3 GmbHG der Nachweis der Einzahlung erbracht werden, wenn eine solche geleistet wird.
- **Kaufpreis:** Denkbar und wohl nicht unüblich wird sein, dass der Geschäftsanteil um einen höheren Preis als der Wert der übernommenen Stammeinlage verkauft wird, da etwa ein Firmenwert besteht. In diesem Fall wird ein Abtretungs- und Kaufvertrag abgeschlossen, da ein allfälliger Firmenwert vom Übernehmer des Anteiles auch abgegolten werden muss. Wenn nun angenommen ein völlig überhöhter Preis für den Geschäftsanteil gezahlt wird, so ist das mE im Hinblick etwa auf eine mögliche Anfechtung wegen *laesio enormis* eine interessante Information für das Firmenbuchgericht. Da bei der Abgeltung eines Firmenwertes auch durchaus beträchtliche Summen verschoben werden, ist dies für verschiedenste Bereiche interessant, nicht zuletzt auch im Hinblick auf mögliche Geldwäschevorgänge.
- **Hinweis auf Zustimmungserklärung bei vinkulierten Anteilen:** Wenn im Falle von vinkulierten Geschäftsanteilen gemäß § 76 Abs 2 GmbHG von den anderen Gesellschaftern ihre Zustimmung zu erteilen ist, hat das Firmenbuchgericht meiner Ansicht nach zu prüfen, ob für die Gültigkeit der Übertragung alle Gesellschafter ihre Zustimmung erteilt haben. Dazu bestehen, wie bereits unter Punkt 6.1.1.1. erwähnt, verschiedene Meinungen. Gänzlich abzulehnen ist mE die Ansicht von *Weigand*, dass nur der GF das Vorliegen der erforderlichen Zustimmung der Berechtigten zur

Übertragung bei vinkulierten Anteilen zu prüfen habe und diese vorgelagerte Prüfung des GF die diesbezügliche Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichtes reduziere,³¹⁶ sodass das Firmenbuchgericht dies nicht mehr zu prüfen habe. Das Firmenbuchgericht hat im Rahmen seiner allgemeinen Prüfpflicht die grundsätzliche Zulässigkeit einer Anteilsübertragung (Vinkulierung bzw. Aufgriffsrechte) anhand des Gesellschaftsvertrages zu prüfen und hat es bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der Eingabe den Abtretungsvertrag bzw. Nachweise wie eben Zustimmungserklärungen abzufordern.³¹⁷ Da jedoch in der Praxis zum Teil die Meinung vorherrscht, dass Firmenbuchanmeldungen, die von einem Rechtsanwalt oder Notar eingebracht werden, überhaupt nicht zu prüfen seien, stellt sich die Frage, ob auch bei einer Anmeldung, die von einem Parteienvertreter stammt, die entsprechenden Zustimmungserklärungen verlangt werden.

- **Hinweis auf allfällige Vorkaufsrechte/Aufgriffsrechte:** Häufig werden Vereinbarungen über Aufgriffsrechte für den Fall getroffen, dass bei Ausscheiden eines von mehreren Gesellschaftern ausscheidet, den verbleibenden Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht zustehen soll. Aus der bloßen Eingabe erfährt das Firmenbuchgericht – wiederum – nichts vom Vorliegen eines solchen Vorerwerbsrechtes. Denkbar sind in diesem Zusammenhang auch noch andere dubiose Konstruktionen, dass etwa ein Alleingesellschafter seinen Geschäftsanteil einem neuen Alleingesellschafter schenkt, sich im Gegenzug aber ein Aufgriffsrecht vorbehält, wobei aber seinerseits als Gegenleistung der volle Verkehrswert des Geschäftsanteiles zu bezahlen ist. Die Interessen hinter so einer Konstruktion sind fraglich, das Firmenbuchgericht kann in einem solchen Fall nur dann hellhörig werden, wenn es bemerkt dass der den Anteil aufgreifende schon einmal Gesellschafter war. Wiederum ergibt sich aus der Firmenbucheingabe dazu nichts.
- **Fälligkeit Kaufpreis und Zahlungsbedingungen**
- **Garantien**

Nach dem OGH ist der Abtretungsvertrag nur dann doch vorzulegen, wenn sich Bedenken an der Richtigkeit einstellen.³¹⁸

³¹⁶ Weigand, NZ 2003/23, 69 f.

³¹⁷ Zib in Zib/Dellinger, UGB, FBG § 15 Rz 9 mwN.

³¹⁸ OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b.

Aus der obigen beispielhaften Aufzählung ist wieder ersichtlich, dass in der bloßen Firmenbuchanmeldung essentielle Informationen über die Abtretung fehlen, sodass sich Bedenken je nach der Betrachtungsweise eigentlich in jedem Fall oder aber in keinem Fall einstellen können bzw sollten.

Begnügt sich das Firmenbuchgericht mit den Angaben in der Anmeldung, wer wann an wen welchen Anteil abgetreten hat, so können sich daraus allein wohl kaum Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Anmeldung einstellen. Wenn man allerdings von dem Standpunkt ausgeht, dass ohnehin die essentialia negotii fehlen, so müsste bei jeder Anmeldung der Abtretungsvertrag verlangt werden. Daher ist meiner Ansicht nach diese ausnahmsweise Vorlage des Abtretungsvertrages bei Bedenken des Firmenbuchgerichtes, wie es der OGH ausführt,³¹⁹ kein taugliches Kriterium. Dieses Ergebnis ist äußerst unbefriedigend.

Insofern ist *Koppensteiner/Rüffler* zu folgen, wenn sie sagen, dass sich allfällige Bedenken oft erst nach Prüfung des Abtretungsvertrages selbst ergeben können.³²⁰

Eine jüngste Entscheidung des OLG Linz, wonach in der Firmenbucheingabe einer Anteilsabtretung eine Aussage dazu aufzunehmen ist, ob die Abtretung aufschiebend bedingt ist,³²¹ regt weiters zum Nachdenken an. Dass der Antrag konkret iSd § 16 FBG ausgestaltet sein muss, steht fest. Wie bereits erwähnt, sind nach hM wichtige inhaltliche Angaben in der Firmenbucheingabe nicht aufzunehmen. Ist nun das OLG Linz der Ansicht, es müsse die Information aufgenommen werden, dass keine aufschiebende Bedingung vorliegt, die Vorlage des Abtretungsvertrages sei aber weiterhin nicht erforderlich, so entsteht der Eindruck, dass man auch ohne Beilage des Notariatsaktes zu einer inhaltlichen Wiedergabe der Eintragungsgrundlage in der Firmenbucheingabe kommt, wodurch sich wiederum die Frage nach der Sinnhaftigkeit dieser Regelung stellt. Es bleibt abzuwarten, ob diese E des OLG Linz ein Einzelfall bleiben wird oder ob die Rechtsprechung nun doch zur Aufnahme von mehr Informationen in der Firmenbucheingabe tendiert.

In diesem Zusammenhang taucht ein weiteres Problem auf. Es ist gängige Praxis, dass neben dem errichteten Notariatsakt über die Geschäftsanteilsabtretung **Zusatzvereinbarungen**

³¹⁹ OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b.

³²⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 26 Rz 8.

³²¹ OLG Linz 31.03.2010, 6 R 30/10i, 6 R 35/10z.

außerhalb des Notariatsaktes getroffen werden,³²² die dem Firmenbuchgericht nichtvorgelegt werden müssen, was sehr bedenklich erscheint.

Auf die Problematik von Zusatzvereinbarungen wird später unter Punkt 6.1.5. eingegangen werden.

6.1.2.7. Verschiebung der Kontrollinstanz weg vom Firmenbuchgericht, hin zum Geschäftsführer:

Bemerkenswert ist die Tatsache, dass in der Praxis nicht mehr das Firmenbuchgericht, sondern der/die GF der GmbH den Abtretungsvorgang, speziell den Abtretungsvertrag prüfen.³²³ § 26 Abs 1 GmbHG normiert, dass dem GF der Übergang eines Geschäftsanteils, die Änderung des Namens, der für Zustellungen maßgeblichen Anschrift, einer Stammeinlage oder der geleisteten Einzahlungen eines Gesellschafters nachzuweisen ist und der/die GF dann diese Tatsachen unverzüglich zum Firmenbuch anzumelden haben. Die Anmeldung dieser Tatbestände wird deswegen in die Hand des GF gelegt, da dieser das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der Gesellschaft ist.

Im Gesetz, weder in § 11 FBG noch in § 26 GmbHG, findet sich nirgendwo ein Hinweis darauf, dass diese vorgelagerte „**Tatsachenprüfung**“ **des GF** eine Einschränkung der Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes begründen kann. In diesem Zusammenhang ist es mE gerechtfertigt, meist nur von einer Prüfung der Tatsachen zu sprechen, denn viele GmbH-Geschäftsführer werden keinen juristischen Hintergrund haben und daher auch die rechtlichen Umstände der ihnen nachgewiesenen Geschäftsanteilsabtretung nicht abschließend prüfen können.

Auch ist mE der **GF kein neutrales Organ, der alle involvierten Interessen gleich wahrnehmen kann oder will**. Oft handelt es sich um einen Gesellschafter-Geschäftsführer, der neben den Interessen der Gesellschaft natürlich auch eigene Interessen verfolgt, oder es handelt sich um einen Fremdgeschäftsführer, der zwar nicht selbst Gesellschafter ist, aber dennoch manchen Gesellschaftern näher steht als anderen.³²⁴

³²² OGH 11.09.1985, 3 Ob 544, 545/85; OGH 15.05.2001, 5 Ob 41/01t; OGH 19.10.1999, 4 Ob 255/99z; OGH 21.01.1998, 7 Ob 375/97s.

³²³ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m; OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b; OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

³²⁴ so auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht. Rechtfertigung und Grenzen, S. 79.

An dieser Stelle möchte ich folgende Fallkonstellationen schildern, anhand derer, hypothetisch betrachtet, ersichtlich ist, dass der GF kein geeignetes Organ ist, dem die allgemeine Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes vollständig übertragen sein sollte:

6.1.2.7.1. Mangelhaftes Verfügungsgeschäft, Verstoß gegen Vinkulierungsklausel:

Sind im Gesellschaftsvertrag Übertragungsbeschränkungen gemäß § 76 Abs 2 dritter Satz GmbHG (Vinkulierung) angeordnet, so ist die Übertragung von Geschäftsanteilen von der „Zustimmung der Gesellschaft“ abhängig. Gesellschaftsvertraglich im Sinn des § 76 Abs 2 dritter Satz vereinbarte Aufgriffsrechte und Anbotsverpflichtungen entsprechen im Ergebnis Abtretungsverboten und haben absolute Wirkung.³²⁵ Auch der gutgläubige Vertragspartner erwirbt mangels Rechtswirksamkeit des Verfügungsgeschäfts den Geschäftsanteil nicht, falls gegen solche Satzungsbestimmungen verstoßen wird.³²⁶

Nach derzeitigem Recht ist ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nicht möglich,³²⁷ was sogleich unter Punkt 6.1.2.8. erörtert werden wird. Das Firmenbuchgericht hat bei der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG bei der nur deklarativ wirkenden Eintragung die Angaben des Geschäftsführers über einen Abtretungsvorgang nicht zu prüfen.³²⁸ Die Prüfung des satzungskonformen Gesellschafterwechsels hat durch die Geschäftsführer zu erfolgen!³²⁹

Das Firmenbuchgericht hat im Rahmen seiner allgemeinen Prüfpflicht die grundsätzliche Zulässigkeit einer Anteilsübertragung (Vinkulierung bzw. Aufgriffsrechte) anhand des Gesellschaftsvertrages zu prüfen und hat es bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der Eingabe den Abtretungsvertrag bzw. Nachweise wie eben Zustimmungserklärungen abzufordern.³³⁰ Da jedoch in der Praxis zum Teil die Meinung vorherrscht, dass Firmenbuchanmeldungen, die von einem Rechtsanwalt oder Notar eingebracht werden, überhaupt nicht zu prüfen seien, stellt sich die Frage, ob auch bei einer Anmeldung, die von

³²⁵ OGH 22.02.2000, 1 Ob 8/00h; *Geist* weist allerdings darauf hin, dass solche Regelungen auch in Nebenverträgen vereinbart werden können und dann nicht zwingend die Unwirksamkeit des Übertragungsvorganges nach sich ziehen, ÖJZ 1996, 414.

³²⁶ OGH 09.04.1992, 8 Ob 631/90.

³²⁷ OGH 07.09.1971, 4 Ob 588/71; OGH 08.11.1995, 3 Ob 186/94; OLG Wien 26.08.2004, 28 R 28/04z; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH³, § 76 Rz 11; *Gellis/Feil*, GmbH⁶, § 78 Rz 6, *Haberer*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008, 423.

³²⁸ OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v.

³²⁹ OGH 26.11.2002, 6 Ob 163/02t.

³³⁰ *Zib in Zib/Dellinger*, UGB, FBG § 15 Rz 9 mwN.

einem Parteienvertreter stammt, die entsprechenden Zustimmungserklärungen verlangt werden.

Angenommen der GF übergeht – wissentlich oder nicht wissentlich – ein Übertragungsverbot, so kann, wie eben erwähnt, nicht einmal der gutgläubige Vertragspartner den Geschäftsanteil erwerben. Da das Firmenbuchgericht in dieser Sache dem GF fahrlässigerweise „blind vertraut“, ist denkbar, dass ein Gesellschafter, der den Geschäftsanteil aufgrund eines Übertragungsverbotes nicht erwerben konnte, nun als Gesellschafter ins Firmenbuch eingetragen wird und der „rechtmäßige“ (weil mangels gültigem Übertragungsvorganges immer noch) Gesellschafter, aus dem Firmenbuch gelöscht wird. Würde das Firmenbuchgericht diese Anmeldung prüfen, so würde eine allenfalls vereinbarte Vinkulierung sicher wahrgenommen werden und eine solche ungültige Anteilsveräußerung nicht eingetragen werden. Auch kann man mE nicht, wie es der OGH macht,³³¹ von allen GF pauschal die Rechtskenntnisse voraussetzen, die zur Prüfung eines „satzungskonformen Gesellschafterwechsels“ erforderlich sind.

6.1.2.7.2. Es besteht kein Notariatsakt über die Geschäftsanteilsabtretung:

6.1.2.7.2.1. Der Notar errichtet keinen Notariatsakt:

Ein GmbH-GF, der gleichzeitig auch Gesellschafter ist, möchte seinen eigenen Geschäftsanteil rasch veräußern, da er beispielsweise zukünftige Haftungen befürchtet. Daher schließt er einen anfechtbaren oder sogar nichtigen Geschäftsanteilsabtretungsvertrag ab, indem er den Erwerber arglistig täuscht oder seinen Anteil an einen Geschäftsunfähigen (etwa an einen Geisteskranken) veräußert und diesen Anteilsverkauf dann zum Firmenbuch anmeldet, obwohl er **dubios** ist.

Der Notar hat zwar aufgrund von § 52 NO die augenblickliche Geschäftsfähigkeit bei Errichtung des Notariatsaktes nach Möglichkeit festzustellen, wobei aber eingehende Nachforschungen nicht erforderlich sind. Die Entscheidung über das Bestehen der Geschäftsfähigkeit bei Urkundenerrichtung liegt beim Notar.³³²

Entgeht dem Notar allerdings eine allenfalls vorliegende fehlende Geschäftsfähigkeit, möglicherweise aufgrund der Tatsache, dass im Notariatsakt über die

³³¹ OGH 26.11.2002, 6 Ob 163/02t.

³³² *Wagner/Knechtel*, NO⁶, § 52 Rz 2.

Geschäftsanteilsabtretung nur aufgenommen ist, *wer an wen welche Stammeinlage* abtritt, die restlichen Abtretungsvereinbarungen aber in einer Zusatzvereinbarung außerhalb des Notariatsaktes³³³ (wie später unter Punkt 6.1.5. zu erörtern sein wird) getroffen werden, an der der Notar nicht beteiligt ist, so ist denkbar, dass der Notar gar nicht prüfen kann, ob der Anteilserwerber den Abtretungsvorgang in seiner Gesamtheit verstanden hat, da wichtige Vertragspunkte zum Teil gar nicht besprochen werden, weil diese Gegenstand einer separaten Vereinbarung sind. Denkbar ist weiters, dass es sich um einen „Grenzfall“ handelt, wonach die Geschäftsfähigkeit zum Teil besteht und der Termin beim Notar zu einem Zeitpunkt stattfindet, an welchem die allfällige Geschäftsunfähigkeit nicht auffällt. Zu bedenken ist, dass der Notar kein Arzt ist und ihm daher auch nicht alle möglichen Krankheitsbilder bekannt sein können.

Daher ist mE denkbar, dass derart anfechtbare oder nichtige Abtretungsvorgänge entstehen können, auch wenn der Notar teilweise involviert ist.

Wenn nun in einem ähnlich gelagerten Fall der Notar der Ansicht ist, dass **offenkundig** die **Geschäftsunfähigkeit** des Erwerbers vorliegt oder gar der Geschäftsanteil an eine in Wirklichkeit **nicht existierende Person** abgetreten werden soll, so wird er keinen Notariatsakt erstellen und natürlich auch keine Firmenbucheingabe veranlassen. Die Anteilsabtretung ist aufgrund des Formmangels nicht erfolgt und der Erwerber konnte den Geschäftsanteil nicht gültig erwerben. Versucht der GF dennoch, entweder auf eigene Faust oder mit Hilfe eines Rechtsanwaltes, den er ebenfalls über das Bestehen des Notariatsaktes getäuscht hat, die Geschäftsanteilsabtretung zum Firmenbuch anzumelden, so könnte dem Gericht dieser Mangel auffallen, wenn es die Vorlage des Notariatsaktes abverlangt, der in Wirklichkeit gar nicht existiert.

Weitere vorstellbare, wenn auch wohl selten vorkommende Fälle, in welchen der Notar die Erstellung eines Notariatsaktes verweigern wird, wären denkbare Konstellationen, in welchen Drohung oder Irrtum vorliegen.

Als Beispiel für **Drohung** wäre der Fall vorstellbar, in dem ein Elternteil sein Kind (das offensichtlich geschäftsfähig ist), etwa unter Androhung der Vorenthaltung eines anderen Vorteiles dazu drängt, seinen Geschäftsanteil zu erwerben. Natürlich wird dies für den Notar nicht immer offensichtlich bzw. sehr schwer durchschaubar sein, doch wenn er dennoch

³³³ OGH 11.09.1985, 3 Ob 544, 545/85; OGH 15.05.2001, 5 Ob 41/01t; OGH 19.10.1999, 4 Ob 255/99z; OGH 21.01.1998, 7 Ob 375/97s.

bemerkt, dass das Kind den Geschäftsanteil nicht aus freiem Willen übernimmt, wird er allenfalls die Erstellung des Notariatsaktes ablehnen.

Als Fall, in dem der Anteilserwerber einem **offenkundigen Irrtum** unterliegt, wäre die Situation vorstellbar, in der der Erwerber bei der Besprechung beim Notar seine Motive erklärt, warum er den Anteil erwerben möchte. Sind diese Motive beispielsweise völlig realitätsfremd, so wird der Notar darüber selbstverständlich aufklären. Will der potentielle Erwerber den Geschäftsanteil jedoch dennoch erwerben, so wird der Notar eventuell auch hier keinen Notariatsakt errichten.

6.1.2.7.2.2. Die Parteien versuchen, die Geschäftsanteilsabtretung ohne Beteiligung des Notars durchzuführen:

Denkbar ist weiters, dass sich GmbH-GF, im Wissen um die von Lehre und Rsp nicht verlangte Vorlage des Notariatsaktes, die Kosten der Erstellung des Notariatsaktes ersparen möchten und versuchen, die Geschäftsanteilsabtretung ohne Bestehen eines Notariatsaktes anzumelden.

Würde in all diesen Fällen, in denen keinen Notariatsakt besteht, vom Firmenbuchgericht die Vorlage des Notariatsaktes verlangt werden, so könnte jeweils die Ungültigkeit der Abtretung aufgrund des Nichtbestehens eines Notariatsaktes aufgedeckt werden und würde diesfalls die Eintragung verweigert werden.

Es erscheint kritikwürdig, dass sich das Firmenbuchgericht bei der Prüfung von Geschäftsanteilsabtretungen so zurücknimmt. Zieht man einen Vergleich zu anderen Anmeldungstatbeständen, wie beispielsweise im Firmenrecht, so zeigt sich, dass das Firmenbuchgericht in diesen Fällen penibel genau jedes einzelne Zeichen des Firmennamens etwa auf Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft prüft.³³⁴ Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Geschäftsanteilsabtretung eine im Vergleich minder gefährliche Eingabe ist und daher weniger genau geprüft werden muss.

³³⁴ vgl die in *Umfahrer, GmbH*⁶ ausführlich dargestellte Judikatur zu den Rz 53 – 57.

6.1.2.8. Derzeit ist ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nicht möglich:

Das Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005³³⁵ brachte mit Wirksamkeit ab dem 01.01.2007 eine Neuregelung der bis dahin bestehenden Regelungen zum Gutgläubenserwerb und einen damit zusammenhängenden Abbau von Wertungswidersprüchen der aus dem deutschen Recht kommenden handelsrechtlichen Regelung zum österreichischen Zivilrecht. Dabei setzte sich die österreichische zivilrechtliche Regelung durch, wobei die Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs adäquate Berücksichtigung fanden.

6.1.2.8.1. Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach zivil- und unternehmensrechtlichen Regeln:

Ein Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen ist de lege lata nicht möglich:

Der Erwerb nach § 367 ABGB scheitert vor allem an der **mangelnden Körperlichkeit des GmbH-Geschäftsanteiles**. Die Anwendung sachenrechtlicher Regelungen im Sinne des Pandektensystems setze die Körperlichkeit voraus.

Die Publizitätswirkung des § 15 UGB bezwecke allgemein den Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit der Gesellschaft, nicht aber auch den Schutz potentieller Gesellschafter.³³⁷

§ 15 Abs 1 UGB setze voraus, dass der Rechtsschein von dem wahren Berechtigten in irgendeiner Weise zurechenbar verursacht wurde. Da aber die Firmenbucheintragung des Gesellschafterwechsels vom GF und nicht vom veräußernden Gesellschafter vorgenommen wird, wird diese Voraussetzung des § 15 Abs 1 UGB nicht erfüllt.

Nach dem durch das HaRÄG 2005 neu eingeführten § 15 Abs 3 UGB muss derjenige, der eine unrichtige Eintragung veranlasst oder eine von ihm als unrichtig erkannte oder erkennbare Eintragung aus Verschulden nicht löschen lässt, diese unrichtige Eintragung gegen sich gelten lassen, wenn er nicht beweist, dass der Dritte nicht im Vertrauen auf

³³⁵ BGBl 120/2005.

³³⁶ vgl die ausführliche Darstellung bei *Haberer*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 423 ff; OGH 07.09.1971, 4 Ob 588/71; OGH 08.11.1995, 3 Ob 186/94; OLG Wien 26.08.2004, 28 R 28/04z; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH³, § 76 Rz 11; *Gellis/Feil*, GmbH⁶, § 78 Rz 6.

³³⁷ *P. Bydlinksi*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, 81; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH³, § 76 Rz 11.

die Eintragung gehandelt hat oder deren Unrichtigkeit kannte oder grob fahrlässig nicht kannte. Hier kommen im gegebenen Zusammenhang als Anwendungsfälle beispielsweise von Anfang an unrichtige Eintragungen, etwa aus Gründen eines mangelhaften Titelgeschäfts oder der Nichtbeachtung von Vinkulierungsklauseln, in Betracht. Allerdings begegnet man auch hier dem Problem, dass wiederum nicht der wahre Berechtigte die Eintragung veranlasst hat, sondern der Geschäftsführer. Zusammenfassend **scheitert ein gutgläubiger Erwerb** nach firmenbuchrechtlichen Grundsätzen an der Tatsache, dass der **Geschäftsführer** – da dieser die Firmenbucheintragung veranlasst - **den Rechtsschein erzeugt, und nicht der Veräußerer des Geschäftsanteils.**

6.1.2.8.2. Folgen der Unmöglichkeit des gutgläubigen Erwerbes:

Wie bereits unter Punkt 6.1.2.7. dargelegt sind zahlreiche Konstellationen denkbar, bei denen der Käufer des Geschäftsanteil diesen nicht erwerben kann, wenn sein Vormann nicht materiell berechtigt war und somit dem Erwerber gemäß dem Grundsatz *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* nicht die gewünschte Position verschaffen kann.

Nach *Haberer* wird in der Anwaltlichen Praxis die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen im Rahmen einer strengen Due Diligence Prüfung, die letztlich bis zur Gründung der Gesellschaft zurückzuführen ist, geprüft.³³⁸ Weiters behelfe sich die Praxis mit der Vereinbarung von umfassenden Garantien der tatsächlichen Berechtigung des Veräußerers im Zusammenhang mit einer Vertragsstrafe.³³⁹

Haberer kommt richtigerweise zu dem Ergebnis, dass dadurch letztlich nur eine finanzielle Entschädigung erfolgen kann, allerdings die materielle Stellung als Gesellschafter freilich nicht erreicht werden kann.

6.1.2.8.3. Lösungsvorschläge:

Als Lösungsmöglichkeiten zur ex ante Vermeidung von solchen Erwerben schlägt *Haberer* zunächst vor, dass – wie es bei manchen Gerichten praktisch der Fall sei – **auf der Firmenbucheingabe betreffend die Geschäftsanteilsabtretung nicht nur der dazu berufene GF unterfertigt, sondern auch der veräußernde Gesellschafter.**

³³⁸ aaO, 431.

³³⁹ aaO, 431; *Umfahrer*, GmbH⁶, Muster 267.

Zweitens wäre nach *Haberer* die **zwingende Vorlage des Notariatsaktes** ein geeigneter Weg, um aus der Sicht der Verhinderung des Auseinanderfallens von wahren und scheinbar Berechtigtem, Verkäufe durch Nichtberechtigte zu vermeiden.³⁴⁰

Im Ergebnis ist *Haberer* der Ansicht, dass eine **Erweiterung der Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes**, also eine über die bloße Plausibilitätsprüfung hinausgehende, zwar **den Erwerb vom Nichtberechtigten erschwere**, allerdings praktisch Verzögerungen mit sich bringe und daher nicht sinnvoll sei.

Im vorliegenden Rahmen kann freilich keine abschließende Diskussion über die Zulässigkeit des gutgläubigen Erwerbes von GmbH-Geschäftsanteilen erfolgen. Es galt im gegebenen Zusammenhang auf die durch die bestehende Regelung ermöglichten Konstellationen und Probleme hinzuweisen.

6.1.2.9. Vereinigung von Geschäftsführungs- und Kontrolltätigkeit in der Person des Geschäftsführers:

Problematisch ist mE weiters, dass man dem GF, der ja das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der GmbH ist, auch die **Prüfung des Abtretungsvorganges**, die mE eine **Kontrolltätigkeit** darstellt, in die Hand gibt. Kontroll- und Überwachungstätigkeiten sind grundsätzlich die Aufgabe eines Aufsichtsrates. Im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht gilt das Prinzip der Trennung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsfunktionen. Für die GmbH ist diese Unvereinbarkeit explizit in § 30 e GmbHG verankert. Aufsichtsratsmitglieder können nicht zugleich Geschäftsführer oder dauernde Vertreter von Geschäftsführern der Gesellschaft oder ihrer Tochterunternehmen sein.³⁴¹

Wie bereits dargelegt, bin ich der Ansicht, dass es sich bei der Prüfung (der Satzungsmäßigkeit) eines Abtretungsvorganges um eine Aufsichtstätigkeit handelt, die nicht in die Hände der Geschäftsführungsorgane sondern in jene der Aufsichtsorgane gelegt werden sollte. Nun kann man im Falle der GmbH natürlich einwenden, dass im Regelfall mangels entsprechender Größenmerkmale der GmbH nach § 29 GmbHG kein Aufsichtsrat zu bestellen ist. Dies rechtfertigt jedoch keine **Vermischung von Geschäftsführungs- und Aufsichtstätigkeit in der Person des GF**, der neben den Interessen der Gesellschaft

³⁴⁰ aaO, 435.

³⁴¹ OGH 13.09.2007, 6 Ob 20/07w.

durchaus auch eigene Interessen vertritt und daher meiner Ansicht nach kein geeignetes, neutrales Organ ist, einen Abtretungsvorgang zu prüfen und sollte diese Prüfung in den Fällen, in denen ein Aufsichtsrat besteht, zumindest vorab, von diesem vorgenommen werden.

Allerdings bleibt mE eine Prüfpflicht durch das Firmenbuchgericht auch in diesem Fall bestehen, da diese angedachte Vorabprüfung durch einen Aufsichtsrat im Falle der GmbH keine praktikable Lösung sein wird, da bei vielen GmbHs kein Aufsichtsrat eingerichtet ist.

6.1.2.10. Zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch:

§ 26 Abs 2 GmbHG will durch einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch gegen den anmeldenden GF die Richtigkeitsgewähr der durch den GF geprüften Anmeldung erhöhen.

ME erscheint dies auf den ersten Blick etwas sonderbar. Bei näherer Betrachtung ergibt sich allerdings, dass § 26 GmbHG als Schutzgesetz zugunsten von Gläubigern verstanden wird und § 26 Abs 2 GmbHG den **Schutzgesetzcharakter** der in § 26 Abs 1 GmbHG enthaltenen Anmeldepflichten verdeutlicht.³⁴² Schutzgesetze sind konkrete Verhaltensvorschriften, die ein Verhalten schon wegen seiner abstrakten Gefährlichkeit verbieten.³⁴³

Der Schutzgesetzcharakter wurde in § 26 Abs 2 GmbHG dadurch umgesetzt, dass es sich bei der Haftung nach § 26 um eine Verschuldenshaftung handelt, die Haftung also ein Verschulden seitens der GF voraussetzt. Für diese „gesetzliche Verbindlichkeit“ greift daher im Haftungsfall auch die **Beweislastumkehrregel** des § 1298 ABGB.³⁴⁴ Der Kläger hat zu beweisen, dass eine falsche Angabe oder eine verzögerte Anmeldung vorliegt. Verletzt jedoch ein GF diese Vorschrift, so liegt es an ihm zu beweisen, dass ihn an dieser Verletzung kein Verschulden traf, oder dass auch bei rechtmäßigem Verhalten der Schaden eingetreten wäre.³⁴⁵ Zu bedenken ist weiters, dass der GF gemäß § 122 Abs 2 Z 2 GmbHG eine gerichtlich strafbare Handlung begeht, wenn er als Geschäftsführer bei Angaben nach § 26 GmbHG die Vermögenslage unrichtig wiedergibt oder erhebliche Umstände verschweigt.³⁴⁶

³⁴² *Zib in Zib/Dellinger*, FBG § 7 Rz 132; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 15; zur früheren Fassung des § 26 GmbHG *W. Jud*, NZ 1983, 75.

³⁴³ *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*², ABGB § 1311 Rz 3.

³⁴⁴ AB (23 BlgNR XVIII. GP), zu § 26 GmbHG.

³⁴⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 14.

³⁴⁶ OLG Wien 21.10.1993, 6 R 67, 68, 69/93.

Anspruchsvoraussetzung für den Schadenersatzanspruch ist weiters der Eintritt eines **Schadens**.

Nach *Koppensteiner*³⁴⁷ sind folgende Schäden denkbar: Die Gesellschaft könne dadurch geschädigt werden, dass sie als Folge der Verletzung von Abs 1 S 2 (Änderung der für Zustellungen an die Gesellschaft maßgebliche Anschrift) nichts von einer Geschäftsmöglichkeit erfährt. Ein Gesellschafterschaden könne sich als Konsequenz von § 78 GmbHG ergeben. Gläubiger der Gesellschaft können einen Nachteil erleiden, wenn sie wegen des unzutreffenden Ausweises von Forderungen der Gesellschaft auf die Stammeinlagen zu Unrecht auf die Bonität der Gesellschaft vertrauen oder sich Ansprüche pfänden und überweisen lassen, die in Wahrheit nicht existieren.

Trotz des Schutzgesetzcharakters und der Beweislastumkehr des § 26 Abs 2 GmbHG **wird es den Betroffenen mE nicht immer möglich sein, eine erfolgreiche Schadenersatzklage anzustellen**. Oft wird es schon nicht möglich sein, den Eintritt eines in Geld messbaren Schadens nachzuweisen.

Eine (erfolgreiche) Schadenersatzklage bringt einen gewissen finanziellen Ausgleich für den Geschädigten. Ist der Geschädigte aber in der Position, dass er beispielsweise, trotz Erwerb des Geschäftsanteils, vom GF nicht zum Firmenbuch als neuer Gesellschafter angemeldet wurde und daher nicht als Gesellschafter im Firmenbuch aufscheint, kann der Schadenersatzanspruch die **fehlende Stellung als Gesellschafter nicht vermitteln**.

§ 26 GmbHG ist zwar inhaltlich korrekt ausgestaltet, jedoch stellt sich an dieser Stelle die Frage nach dessen **Systemkonformität, vor allem unter dem Aspekt, dass der Gesetzgeber mittels eines zivilrechtlichen Anspruches ein öffentliches Interesse, nämlich die Offenlegung richtiger Tatsachen im Firmenbuches, durchsetzen möchte**.

Schon vor fast 30 Jahren hat sich *Waldemar Jud* kritisch zu dieser Schadenersatzbestimmung geäußert:

„Grundsätzlich wirken zwar die zivilrechtliche Haftung der Geschäftsführer und der Straftatbestand des § 122 Z 2 GmbHG auf einen richtigen Listeninhalt ein, doch erfolgt weder eine zwingende Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit noch findet eine Eintragung in das Handelsregister statt. Daraus

³⁴⁷*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 26 Rz 15.

folgt, dass sich ein Dritter auf sein Vertrauen in die Richtigkeit der Listenangaben nicht berufen kann.³⁴⁸

Wie bereits erörtert erscheint es sonderbar, dass sich das Firmenbuchgericht bei der Prüfung von Geschäftsanteilsabtretungen zurückzieht und die Verantwortung dem GF, einer Person, die neben den Interessen der Gesellschaft durchaus eigene Interessen verfolgt, zuschiebt. Aus der allgemeinen Prüfungspflicht sollte sich ergeben, dass das Firmenbuchgericht alle Eintragungsvorgänge und deren Grundlagen prüft. **Dadurch könnten allfällige zukünftige Haftungen bzw. allfällige Schadenersatzansprüche schon in einem früheren Stadium entdeckt und dadurch gelöst werden, dass der angemeldete Vorgang nicht oder nicht in der angemeldeten Form eingetragen wird.** Sollten sich nach erfolgter Eintragung dennoch Schäden manifestieren, greift immer noch § 26 Abs 2 GmbHG.

Das Firmenbuch dient der Offenlegung unternehmensbezogener Tatsachen zur Information der Verkehrsteilnehmer. Das Firmenbuch ist mit negativer (§ 15 Abs 1 UGB) und positiver Publizitätswirkung (§ 15 Abs 3 UGB) ausgestattet und **besteht die formelle und materielle Prüfungspflicht gerade eben zum Schutz der Verkehrsteilnehmer vor Unrichtigkeiten!**³⁴⁹

Von diesem Standpunkt aus gesehen erscheint es paradox, für die in § 26 Abs 1 GmbHG angeführten Anmeldungstatbestände diese eben zum Schutz der betroffenen Verkehrskreise existierende allgemeine Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes mit der Begründung auszuschalten, dass es sich um Tatbestände handelt, die nach § 11 FBG vereinfacht angemeldet werden können und da ja ohnehin, wiederum zum Schutz der Verkehrsteilnehmer, die Geschäftsführerhaftung nach § 26 Abs 2 GmbHG besteht. Diese Argumentation ist nicht nachvollziehbar, da ja offenbar das gleiche Ziel verfolgt wird, nämlich die Verkehrsteilnehmer zu schützen.

³⁴⁸ W. Jud, NZ 1983, 73.

³⁴⁹ Zib in Zib/Dellinger, FBG § 7 Rz 8 f.

6.1.2.11. Eine Vorlage des Abtretungsvertrages wäre fast kostenneutral:

Nach der Judikatur sind neben der Haftungsbestimmung in § 26 Abs 2 GmbHG auch deshalb bei der Geschäftsanteilsabtretung keine urkundlichen Nachweise vorzulegen, weil es Zweck der vereinfachten Anmeldung sei, „durch Erleichterungen bei der Anmeldung (durch Geringhaltung der Kosten, des Aufwandes und im Sinne einer ökonomischen Aktenführung) einen möglichst aktuellen Firmenbuchstand zu erzielen“.³⁵⁰ Hiezu ist zu bemerken, dass allein durch die Vorlage eines urkundlichen Nachweises kaum zusätzlichen Kosten entstehen können.

Die größte Kostenbelastung, die die Unternehmen trifft, ist ohnehin die **Errichtung des Notariatsaktes**, welcher für die Zulässigkeit einer Geschäftsanteilsabtretung jedenfalls errichtet werden muss. Für die Errichtung eines Notariatsaktes als Urkunde über ein zweiseitiges Rechtsgeschäft wird der Tarif nach § 18 NTG verrechnet.³⁵¹ Bemessungsgrundlage für den Tarif ist der Wert der übernommenen Stammeinlage, bei einem allenfalls höheren Kaufpreis aufgrund eines Firmenwertes ist dieser erhöhte Kaufpreis als Bemessungsgrundlage heranzuziehen. Für die Abtretung eines Anteiles beispielsweise in der Höhe von €35.000,-- ist also nach § 18 NTG ein Normaltarif von €1.092,70, allenfalls ein Landtarif von €913,40 zu verrechnen.³⁵²

Daneben entstehen im Falle der Anteilsabtretung jedenfalls **Gerichtsgebühren** nach TP 10 GGG. Im vorliegenden Beispielfall ist die Gebühr für Eingaben betreffend eine GmbH gemäß TP 10 Z I lit a Z 7 in Höhe von €36,-- zu entrichten. Dieser Betrag ermäßigt sich aufgrund der Anmerkung 3 a zu Z I lit a um €7,--, wenn sämtliche Urkunden, die aufgrund der mit der Eingabe beantragten Eintragung oder sonst zur Aufbewahrung bei Gericht in die Urkundensammlung des Firmenbuches aufzunehmen sind, in elektronischer Form übermittelt werden. Darüber hinaus ist der abtretende Gesellschafter zu löschen und der erwerbende Gesellschafter neu einzutragen, was gemäß TP 10 Z I lit. C Z 8 pro Vorgang € 18,--, ausmacht. Sohin ergibt sich einen Gesamtbetrag an Gerichtsgebühren von €65,--.

Nimmt der Notar neben der Errichtung des Notariatsaktes auch die **Firmenbucheingabe** vor (was im Großteil der Fälle so sein wird), kann der Notar für die Eingabe einen Tarif nach TP

³⁵⁰ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m.

³⁵¹ *Michalek/Tades*²⁴, NTG § 18 FN 2.

³⁵² *Michalek/Tades*²⁴, Anhang Tabellen zum Notariatstarifgesetz A (I/1) über zweiseitige Rechtsgeschäfte gemäß § 18 Abs 1 und 2 NTG, S. 21.

2 RATG verrechnen, da § 1 Abs 2 RATG besagt, dass die Vorschriften des RATG auch dann gelten, wenn die im RATG bezeichneten Leistungen von Notaren verrichtet werden, sofern der Notar zu einer solchen Leistung befugt und die Entlohnung nicht im Notariatstarif oder im Tarif über die Entlohnung der Notare als Beauftragte des Gerichtes geregelt ist. Bemessungsgrundlage ist wiederum der Wert der übernommenen Stammeinlage. Bei einem allenfalls höheren Kaufpreis aufgrund eines Firmenwertes ist dieser erhöhte Kaufpreis als Bemessungsgrundlage heranzuziehen. Nimmt man als Wert des Geschäftsanteiles wieder € 35.000,- an, so ergibt sich als tarifmäßiges Honorar nach TP 2 RATG ein Betrag von € 368,60. Dazu ist zu erwähnen, dass dieser Betrag recht hoch ist und im Regelfall von den Notaren das Honorar für die Firmenbucheingabe stark reduziert wird. Es wird in einer Gesamtschau der Tätigkeiten in der betreffenden Anteilsabtretung betrachtet, was sich für ein Arbeitsaufwand ergeben hat, wie hoch der Wert des abgetretenen Anteiles war, wie viel Gebühr sich aus § 18 NTG ergibt und wird dementsprechend für die Eingabe nicht der volle Tarif nach TP 2 RATG verrechnet.

Sind dem Firmenbuchgericht mit der Eingabe **Beilagen** zu übermitteln, so wird die betreffende Urkunde im elektronischen Urkundenarchiv des österreichischen Notariats (CyberDoc) registriert und fallen pro Urkunde €7,- an.³⁵³

Aus dieser Darstellung der anfallenden Kosten ist klar ersichtlich, dass im Falle einer zwingenden Vorlage des Abtretungsvertrages **Mehrkosten in Höhe von lediglich €7,-** für die Registrierung in CyberDoc entstehen würden.

Anhand des Beispiels einer Geschäftsanteilsabtretung ist erkennbar, dass sich aus § 11 FBG gar keine nennenswerte Kostenersparnis ergibt. § 11 FBG ermöglicht lediglich, die Firmenbucheingabe ohne die Beteiligung eines Notars einzubringen. Es ist davon auszugehen, dass das, im Falle einer Geschäftsanteilsabtretung, in der Praxis kaum so gemacht werden wird.

³⁵³ Gemäß Preisblatt Gebühren ÖZTR, THR, ÖZVV, PatVR, cyberDOC 07/webERV, Verrechnungsstelle, Seite 2, Archivierung einer eigenen notariellen Urkunde, Speicherdauer unbegrenzt (mit oder ohne gleichzeitige GOG-Freigabe, Stand per 30.04.2011

6.1.2.12. Ratio des § 11 FBG: Erleichterungen für die Anmeldenden, nicht jedoch Arbeitersparnis für das FB-Gericht:

Die Tatbestände des § 11 FBG können nach der Ansicht des Justizausschusses „in der Praxis in häufiger Abfolge aktuell werden“³⁵⁴ und können diese daher, im Interesse der Verfahrensvereinfachung, in vereinfachter Form angemeldet werden.³⁵⁵ Nach der Judikatur ist es Zweck des § 11 FBG, durch Erleichterungen bei der Anmeldung (durch Geringhaltung der Kosten, des Aufwandes und im Sinne einer ökonomischen Aktenführung) einen möglichst aktuellen Firmenbuchstand zu erzielen und die geringeren Formerfordernisse durch eine verschärfte Haftung der GF im Sinne einer Richtigkeitsgewähr auszugleichen.³⁵⁶

An dieser Stelle ist zu prüfen, **wem diese Verfahrensvereinfachung zu Gute kommen soll.**

6.1.2.12.1. Die Verfahrensvereinfachung und –beschleunigung bringt einerseits den Antragstellern:

- eine Kostenersparnis aufgrund der Nichterforderlichkeit der Beglaubigung (§ 11 FBG erster Satz),
- den Vorteil, die Anmeldungen bloß in vertretungsbefugter Anzahl vornehmen zu können (§ 11 FBG zweiter Satz) sowie
- eine Zeitersparnis, da aufgrund der Nichterforderlichkeit der Vorlage des Abtretungsvertrages³⁵⁷ nicht die Prüfung desselben abgewartet werden muss und somit die Firmenbucheintragung rascher erfolgen sollte.

Andererseits darf nicht übersehen werden, dass sich **auch das Firmenbuchgericht** durch die vereinfachte Anmeldung **Arbeit bzw Ressourcen erspart.**

6.1.2.12.2. „Ersparnisse“, die sich für das FB-Gericht aus § 11 FBG ergeben:

- Erstens soll den Gerichten durch den Entfall des Beglaubigungserfordernisses die Identitätsprüfung des Anmelders abgenommen werden. Sie dürfen im Regelfall

³⁵⁴ AB (23 B1gNR XVIII. GP), FBG § 11.

³⁵⁵ *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 11 RZ 1.

³⁵⁶ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m.

³⁵⁷ OGH 6 Ob 2371/96m; OGH 6 Ob 342/97f; OGH 6 Ob 57/01b; OGH 6 Ob 111/01v.

darauf vertrauen, dass die Urkunde von der darin als Antragsteller genannten Person herrührt.³⁵⁸

- Zweitens prüft wie unter Punkt 6.1.2.7. dargelegt, nicht das Firmenbuchgericht, sondern im Endeffekt lediglich der GF den Abtretungsvorgang, was dem Firmenbuchgericht wiederum Arbeit erspart.³⁵⁹ Dies erscheine durch den zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch nach § 26 Abs 2 GmbHG gerechtfertigt, welcher der Prüfung durch den GF erhöhte Richtigkeitsgewähr verschaffe.³⁶⁰
- Drittens hat das Firmenbuchgericht die Vorlage des Abtretungsvertrag nur dann zu verlangen und diesen nur dann zu prüfen, wenn sich aus der Eingabe Bedenken einstellen,³⁶¹ wodurch sich das Gericht wiederum Arbeit erspart, da sich, wie oben unter Punkt 6.1.2.6. dargelegt allein aus der Sichtung der Eingabe oft keine ausreichend stichhaltigen Bedenken ergeben werden. In der Praxis werden bei Eingaben von Geschäftsanteilsabtretungen die Abtretungsverträge regelmäßig nicht geprüft, wenn sich aus der Eingabe selbst keine Bedenken ergeben und wenn die Eingabe von einem Rechtsanwalt oder Notar stammt, da das Firmenbuchgericht davon ausgeht, dass der Vertragsrichter ohnehin die Voraussetzungen geprüft und die Parteien belehrt hat.

Unter Betrachtung dieser drei Punkte fragt man sich an dieser Stelle, was das Firmenbuchgericht bei einer Geschäftsanteilsübertragung überhaupt noch prüft und ob dieses Ergebnis von der Teleologie des § 11 FBG noch erfasst ist.

Keinesfalls zu vertreten ist es mE, aufgrund der Tatsache, dass eine Anmeldung „in der Praxis in häufiger Abfolge aktuell wird“,³⁶² die Prüfbefugnis des Firmenbuchgerichtes und die von den Anmeldenden zu erbringenden Voraussetzungen zu minimieren. Das käme der Aussage annähernd gleich, dass man bei neu gegründeten GmbHs die Anmeldungserklärung und die vorgelegten Urkunden nicht prüfen müsse, da es eben häufig vorkommt, dass eine GmbH neu angemeldet wird.

³⁵⁸ OLG Wien 07.02.1992, 6 R 93/91.

³⁵⁹ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m; OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b; OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

³⁶⁰ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m.

³⁶¹ OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b.

³⁶² AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 11.

Es ist nun zu fragen, ob nach der Intention des § 11 FBG nun den Anmeldenden oder dem Firmenbuchgericht die Erledigung der Anmeldung erleichtert werden soll.

Meiner Ansicht nach sollten nach der Grundkonzeption des § 11 FBG die zur Anmeldung Verpflichteten dazu angehalten werden, die Anmeldungen möglichst rasch vorzunehmen, nicht aber sollte das Eintragungsverfahren dadurch stark beschleunigt werden. Die beiden normierten Verfahrenserleichterungen (Entfall der Beglaubigung, Anmeldung in vertretungsbefugter Anzahl) sollen mE nach der Intention des § 11 FBG den Anmeldenden zu Gute kommen, denn für das Gericht ändert sich nicht viel an der Prüfung, ob nun alle vertretungsbefugten Personen oder lediglich eine vertretungsbefugte Zahl an GF die Eintragung vornimmt.

Aus der Aussage des OGH („durch Geringhaltung der Kosten und des Aufwandes im Sinne einer ökonomischen Aktenführung soll ein möglichst aktueller Firmenbuchstand beibehalten werden“)³⁶³ ergibt sich der Verdacht, dass durch die vereinfachte Anmeldung eher dem Gericht als den Anmeldenden entgegengekommen werden soll. Dies schließe ich vor allem aus den Argumenten der „ökonomischen Aktenführung“ und der Geringhaltung der Kosten. Dass eine „ökonomische Aktenführung“ im Interesse der Gerichte ist, liegt wohl auf der Hand. Was den Punkt „Geringhaltung der Kosten“ anbelangt, so habe ich unter Punkt 6.1.2.11. bereits erörtert, dass die vereinfachte Anmeldung den Anmeldenden kaum Kosten erspart.

Andererseits ersparen die Schlussfolgerungen aus § 11 FBG, etwa dass der Anmeldungsvorgang nicht in jedem Fall geprüft werden muss und die von der bevorstehenden Eintragung Betroffenen nicht verständigt werden müssen, den Firmenbuchgerichten durchaus Zeit. Was das Argument der Geringhaltung des Aufwandes anbelangt, so bin ebenfalls der Ansicht, dass eher der Aufwand des Firmenbuchgerichtes minimiert wird, weniger aber der Aufwand der Anmeldenden.

Aus den eben erwähnten Argumenten liegt für mich der Verdacht nahe, dass durch die Ableitungen aus § 11 FBG die vereinfachte Anmeldung am Ende des Tages eher den Firmenbuchgerichten Aufwand bzw. Kosten erspart als den Anmeldenden und ist fraglich, ob dieses Ergebnis mit der Teleologie des § 11 FBG vereinbar ist.

³⁶³ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m.

6.1.2.13. Kein häufiges Vorkommen der Eintragungstatbestände:

Die Tatbestände der vereinfachten Anmeldung treten in der Praxis meiner Meinung nach längst nicht so oft auf, wie dies der JA vermutet.³⁶⁴

Der wahrscheinlich praxisrelevanteste Anmeldungstatbestand ist in der Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteiles zu sehen, wobei hier die Firmenbuchanmeldung meist gar nicht von den Unternehmen selbst vorgenommen werden. Im FB-Antrag ist nämlich auf den der Abtretung zugrunde liegenden Notariatsakt hinzuweisen, etwa mit der Formulierung „mit Notariatsakt vom heutigen Tage“.³⁶⁵ Da ohnehin die Verpflichtung besteht, für die Zulässigkeit der Geschäftsanteilsabtretung einen Notariatsakt zu errichten, bleibt der Weg zum Notar nicht erspart. Im Zuge der Errichtung des Notariatsaktes wird in den meisten Fällen der FB-Antrag auch gleich vom Notar mit erledigt. Es wird wohl nicht häufig vorkommen, dass die Unternehmen den Notariatsakt über die Geschäftsanteilsabtretung unterschreiben, diesen dann „mitnehmen“ um dann selbst die Firmenbucheingabe zu formulieren und die Anmeldung selbst zu veranlassen.

Die Kosten für die Errichtung des Notariatsaktes sind ohnehin entstanden. Die unter Punkt 6.1.2.11. dargelegten Mehrkosten, die im Falle einer zusätzlich durchgeführten Anmeldung zum Firmenbuch anfallen, werden von den Anmeldenden meist in Kauf genommen. Auch stehen vor allem größere Unternehmen oft in einer ständigen Geschäftsbeziehung zu ihrem „Hausnotar“, der ihnen ohnehin nicht jede einzelne Eingabe weiterverrechnet sondern wie erwähnt allenfalls einen Pauschalpreis verrechnet oder die tarifmäßige Gebühr kürzt, wenn wirklich oft etwas anzumelden ist. Daher fallen in dem vom JA gedachten Fall, dass oft etwas angemeldet werden muss, wahrscheinlich längst nicht so viele zusätzliche Kosten an, wie dies der JA vermutet.

Die anderen Tatbestände der vereinfachten Anmeldung (Änderung des Geschäftszweigs, der Geschäftsanschrift bzw. der Zusammensetzung des AR) werden meiner Ansicht ebenso wohl kaum häufig anmeldet werden. Ein Unternehmen wird nicht oft den Geschäftszweig ändern, und wohl noch weniger häufig die Geschäftsanschrift.

³⁶⁴ so auch Zib in FS Woschnak, 645.

³⁶⁵ Scheibenpflug in Schimkowsky⁹, Muster 569.

Somit ist mE die Rechtfertigung des JA, dass diese Tatbestände so häufig angemeldet werden³⁶⁶ entkräftet, da sogar der wohl noch „häufigste“ angemeldete Vorgang, die GmbH-Geschäftsanteilsabtretung, in der Praxis nicht so häufig vorkommt bzw von den Unternehmen die Firmenbucheingabe, die durch § 11 FBG erleichtert wird, ohnehin im Löwenanteil der Fälle nicht selbst vorgenommen wird.

Darüber hinaus rechtfertigt meiner Ansicht nach ein häufiges Vorkommen einer Anmeldungstatsache wie schon erwähnt keine Herabsetzung der Sicherheitsstandards.

6.1.2.14. Das Verfassen der Firmenbucheingabe kann für nicht rechtskundige Parteien durchaus kompliziert sein:

Für vereinfachte Anmeldungen gibt es keine vorgedruckten Formblätter wie sie es zB für Mahnklagen gibt. Dadurch kann es für ein kleines Unternehmen sehr schwierig sein, den Antrag korrekt iSd § 16 Abs 1 FBG zu stellen. Es ist fraglich, ob es einem Unternehmen möglich ist, einen FB-Antrag ohne Unterstützung eines Rechtsanwaltes oder Notars inhaltlich überhaupt korrekt einzubringen.

Die einzige Hilfestellung, die es für die Unternehmen gibt, ist die Antragstellung mittels der Online-Formulare über die Plattform www.justiz.gv.at, wobei hier bislang noch zu bezweifeln ist, inwieweit diese Möglichkeit der Antragstellung mittels der Bürgerkarte überhaupt in Anspruch genommen wird.

In der Praxis werden die Online-Formulare ehestens für Anmeldungen von Änderungen der Geschäftsanschrift oder des Geschäftszweiges verwendet werden. Für Anmeldungen von Geschäftsanteilsabtretungen ist diese Möglichkeit sicherlich kaum relevant, da, wie erwähnt, ohnehin ein Notariatsakt errichtet werden muss und die Firmenbucheingabe typischerweise auch gleich vom Notar mit erledigt wird.

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass bei einer Anmeldung mittels der Online-Formulare nicht die Möglichkeit besteht, Beilagen zu übermitteln. Daher müssen allfällige Beilagen wie etwa Vollmachten oder Musterzeichnungserklärungen weiterhin schriftlich beim Firmenbuchgericht eingebracht werden.

³⁶⁶ AB (23 B1gNR XVIII. GP), FBG § 11.

6.1.2.15. Die Geschäftsanteilsabtretung ist ein durchaus bedeutsamer Vorgang:

§ 76 Abs 2 GmbHG schreibt für die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen unter Lebenden die Form des Notariatsaktes vor.

Dem Formzwang liegt der Gedanke möglichst weitgehender Immobilisierung der Beteiligung zugrunde. Aufgrund der Konstruktion der GmbH als Zweckvermögen stehen einem gänzlichen Ausschluss einer Übertragung von Geschäftsanteilen unter Lebenden oder ein gesetzliches Erfordernis, die Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig zu machen, praktische Bedürfnisse entgegen. Die Notariatsaktsform sei geeignet, die Geschäftsanteile dem Handel mit umso größerer Sicherheit zu entziehen. Es gehe darum, die Zirkulationsfähigkeit und Negoziabilität von Geschäftsanteilen auszuschließen, sodass sie nicht auf die Börse oder den Markt gebracht werden, also auch keinen Börse- oder Marktpreis haben werden und erschwere der Formzwang die Veräußerung der Anteile so, dass sie beinahe immobilisiert seien.³⁶⁷

*Haberer*³⁶⁸ weist darauf hin, dass zwar bei der GmbH, die wie auch die AG vom Grundsatz der Drittorganschaft geprägt ist, doch die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter viel umfassender sind. Dies zeige sich unter anderem am Recht der Gesellschafter, die GF zu bestellen und auch wieder abzuberufen. Die GF seien nach der gesetzgeberischen Konzeption permanent auf die Billigung durch die Gesellschafter(mehrheit) angewiesen und können problemlos eliminiert werden. Weiters haben die GF keine Entscheidungsbefugnis über die Gewinnausschüttung, da die Feststellung des JA gemäß § 35 Abs 1 Z 1 iVm § 35 Abs 2 GmbHG zwingend in den Händen der Generalversammlung liegt. Daraus ergebe sich die Gesetzgeberische Konzeption der Gesellschafterversammlung als höchstes Organ der GmbH.

Wie *Petrasch/Verweijen*³⁶⁹ schon darlegten, handelt es sich, speziell beim Fall der GmbH-Geschäftsanteilsabtretung keinesfalls um Kleinigkeiten, um Tatbestände, die zu vernachlässigen wären. Im Falle der Anteilsabtretung können durchaus beträchtliche Vermögenswerte betroffen sein.

Es darf nicht übersehen werden, dass die Tatbestände des § 11 vierter Fall FBG die wesentlichen Kapitalisierungsmerkmale der GmbH betreffen.

³⁶⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 76 Rz 16 mwN.

³⁶⁸ *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht. Rechtfertigung und Grenzen, S. 97.

³⁶⁹ *Petrasch/Verweijen* in *Straube*, GmbHG § 26 Rz 12.

Aus der gesetzgeberischen Konzeption der GmbH als personalistische Kapitalgesellschaft und aus der Stellung der Gesellschafter im Zusammenhang mit dem Formerfordernis zur Übertragung der Geschäftsanteile und der möglichen Werte dieser Geschäftsanteile, erscheint es nicht angebracht, die firmenbuchrechtliche Prüfung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen derart zu vernachlässigen.

Auch ist nicht auf den ersten Blick zu ergründen, warum die durchaus bedeutsamen Anmeldungen im Stande der Gesellschafter einer GmbH, deren Stammeinlagen oder die darauf geleisteten Einzahlungen in § 11 FBG mit weniger bedeutsamen Anmeldungstatbeständen wie etwa der Änderung des Geschäftszweiges in einen Topf geworfen wird. Auf die Zusammensetzung der Tatbestände des § 11 FBG und deren Rechtfertigung wird später im Punkt 8. eingegangen werden.

6.1.3. Anmeldungen, die mit der eines Gesellschafterwechsels verbunden werden und Urkundenvorlage:

6.1.3.1. Ausgangsfall:

Weigand zeigt auf, dass das FB-Gericht in ständiger Rsp dem Antragsteller bei Anmeldungen, die mit der eines Gesellschafterwechsels **verbunden werden**³⁷⁰ (meist sei dies die Bestellung einer neuen Geschäftsführung), die Vorlage der zugrunde liegenden Abtretungsverträge aufträgt, obwohl die anmeldenden (bisherigen) GF die Einhaltung der Notariatsaktspflicht und das Abtretungsdatum in der Sachverhaltsschilderung der Firmenbucheingabe vorbringen und sieht darin einen Widerspruch zur jüngeren höchstgerichtlichen Rsp und dem Zweck des vereinfachten Anmeldeverfahrens gemäß § 11 FBG, da ja bei der Anmeldung einer Geschäftsanteilsabtretung grundsätzlich keine Urkunden vorzulegen sind.

Die bei einer vorgesehenen gemeinsamen Anmeldung von Änderungen im Stande der Gesellschafter und in der Geschäftsführung grundsätzlich geforderte Vorlage des Abtretungsvertrages werde von manchen Antragstellern erfolgreich dadurch konterkariert, dass in zwei getrennten und hintereinander eingereichten Anmeldungen zunächst der Gesellschafterwechsel durch die alten GF und dann die Änderungen in der Geschäftsführung angemeldet werden ohne dass bei einer der beiden Anmeldungen der Abtretungsvertrag angeschlossen werde. Es sei sogar mancherorts üblich, dass nach der Abtretung der Geschäftsanteile bei der Beschlussfassung über die Bestellung der neuen GF neben den neuen GF noch die alten GF notariell beglaubigt mitunterschreiben, da diese Vorgangsweise im Lichte der erwähnten Praxis eine zweite Eingabe erspare.³⁷¹

Die Prüfung sei hier wiederum wegen der persönlichen Haftung der GF eingeschränkt. Die Vorlage des Abtretungsvertrages sei bei vereinfachten Anmeldungen auch deshalb entbehrlich, weil § 78 GmbHG keine Schutzwirkungen für die im Rechtsverkehr beteiligten Dritten entfalte. Für diesen wären nicht die Gesellschafter, sondern die juristische Person selbst und deren vertretungsbefugte Organe maßgeblich. Die lediglich deklarative Eintragung des Gesellschafterwechsels regle bloß das Verhältnis der Gesellschafter untereinander.

³⁷⁰ *Weigand*, NZ 2003/23, 68 ff.

³⁷¹ aaO, 69.

Zusammenfassend sei also nach *Weigand* bei der Anmeldung eines Gesellschafterwechsels auch zusammen mit anderen Anträgen der Abtretungsvertrag nicht vorzulegen, weil trotz des vereinfachten Verfahrens die Richtigkeitsgewähr durch eine besondere Haftung hergestellt sei und die Eintragung ohnehin nur gesellschaftsintern wirke.

Das Gericht habe sich bei ausreichend konkretisierter Sachverhaltsschilderung auf die Prüfung der Einhaltung der Notariatsaktsform und allenfalls den Zeitpunkt der Abtretung zu beschränken, wenn die Anmeldung des Gesellschafterwechsels zusammen mit anderen Eintragungsanträgen **durch bereits im FB eingetragene GF in vertretungsbefugter Anzahl** erfolge. Bestehen nicht begründete Zweifel in konkreten Ausnahmefällen, haben weitere Erhebungen des Gerichts zu unterbleiben.

Anders verhalte es sich in dem Fall, in dem die Abtretung sämtlicher Geschäftsanteile sowie die Löschung der bisherigen GF durch die neuen GF in derselben Eingabe erfolgt. Hier sei, obwohl es sich auch um einen Anwendungsfall der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG handelt, bei dem gleichfalls die persönliche Haftung nach § 26 GmbHG besteht, die Vorlage des Abtretungsvertrages keineswegs unumgänglich, da sich in dieser Fallkonstellation eher begründete Zweifel an der Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen ergeben können, wie in den Fällen, in denen bereits eingetragene Gesellschafter und GF an der Beschlussfassung und Anmeldung mitwirken.

Es sei zur Klarstellung erwähnt, dass *Weigand* von dem Ausgangsfall ausgeht, dass der neue, zukünftige GF zuerst als neuer Gesellschafter eingetragen wird, um dann bei seiner eigenen Wahl zum GF sein Stimmrecht ausüben zu können.

Angesprochen ist das Problem des **Nachweises der Gesellschafterstellung** des neuen Gesellschafters und ob dieser auch dann schon bei seiner Wahl zum GF mit abstimmen darf, wenn er noch nicht als Gesellschafter im FB eingetragen ist, da nach **§ 78 Abs 1 GmbHG** im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter gilt, der im FB als solcher aufscheint. Ein noch nicht eingetragener Gesellschafter kann nach § 78 Abs 1 GmbHG grundsätzlich der Gesellschaft gegenüber, trotz der lediglich deklarativ wirkenden Firmenbucheintragung, seine Gesellschafterrechte noch nicht ausüben, da er ja der Gesellschaft gegenüber noch nicht als Gesellschafter gilt.

Im Wesentlichen existieren zu § 78 GmbHG zwei Lehrmeinungen:

Die eine Ansicht **nimmt § 78 Abs 1 ernst und hält am genauen Wortlaut fest.**³⁷² Legt man § 78 GmbHG streng aus, kommt man zu dem Ergebnis, dass der neue Gesellschafter erst nach vollzogener FB-Eintragung seine Gesellschafterrechte ausüben kann.

Die Gegenansicht geht davon aus, dass es grundsätzlich **ausreichte, wenn der Gesellschaft der Gesellschafterwechsel und der neue Gesellschafter nachgewiesen wird** und könne der noch nicht eingetragene Gesellschafter bei entsprechendem Nachweis seine Rechte auch ohne erfolgte Firmenbucheintragung ausüben.³⁷³ Nach *Petrasch/Verweijen* spricht für diese Ansicht auch § 26 Abs 1 GmbHG, der die GF verpflichtet, den ihnen nachgewiesenen Gesellschafterwechsel zum Firmenbuch anzumelden.³⁷⁴ Auch wurde schon vor der Einführung des FBG nicht auf eine konstitutive Wirkung der Eintragung in das Anteilbuch abgestellt. Der Erwerb der Gesellschafterrechte wurde also schon mit Abschluss des Notariatsaktes angenommen und nicht erst mit erfolgter Firmenbucheintragung.³⁷⁵ Auch liefen die Konsequenzen der erstgenannten Ansicht den Bedürfnissen eines immer schnelllebigeren Wirtschaftsalltags zuwider.

Koppensteiner hat zu dieser Frage eine **vermittelnde Lösung** gefunden. Der Wortlaut des Abs 1 hindere die Gesellschaft nicht, einen Gesellschafter, der als solcher noch nicht im Firmenbuch eingetragen ist, dessen Gesellschafterstellung aber unzweifelhaft gegeben ist, bereits als solchen zu behandeln. Allerdings habe der neue Gesellschafter bis zur Eintragung im Firmenbuch keinen Rechtsanspruch darauf.³⁷⁶

Es sollte mit Bedacht auf den Schutz der betroffenen Verkehrskreise nachvollziehbar sein, ob die an der Wahl des neuen GF Beteiligten überhaupt wahlberechtigt waren, und wie die Wahl vor sich ging.

Schon *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* wiesen darauf hin, dass die Anmeldung von Eintragungen so zu reihen und zu gestalten sei, dass – ähnlich wie beim Grundbuch – die antragsgemäße Erledigung des ersten Antrages die weiteren Eintragungen zulässig und

³⁷² *Petrasch/Verweijen* in *Straube*, GmbHG § 78 Rz 4 mwN.

³⁷³ *Bittner*, NZ 1991, 100; *Wagner*, NZ 1991, 101; *Umfahrer*, GmbH⁶, RZ 753 f.

³⁷⁴ *Petrasch/Verweijen* in *Straube*, GmbHG § 78 Rz 4.

³⁷⁵ OGH 05.10.1994, 7 Ob 614/93; *Bittner*, NZ 1991, 100; *Wagner*, NZ 1991, 101.

³⁷⁶ *Koppensteiner/Rüffler*³, GmbHG § 78 Rz 5.

möglich mache. Um Zweifelsfälle auszuschalten, würde es sich empfehlen, in den Urkunden und bei Beschlussfassungen auf den Schwebzustand Bedacht zu nehmen.³⁷⁷

Unter Zugrundelegung dieser Gedanken ist nunmehr die von Weigand aufgezeigte Firmenbuchpraxis zu erörtern.

6.1.3.2. Stellungnahme:

Wird nun nach der Geschäftsanteilsabtretung, jedoch vor der Firmenbucheintragung des neuen Gesellschafters eine Generalversammlung abgehalten und wird der neue Gesellschafter zum GF gewählt, wobei er bei der Abstimmung teilnimmt, stellt sich die Frage, wie nun der neue Gesellschafter als solcher und als neuer GF eingetragen werden kann.

Für den bloßen Gesellschafterwechsel ist wie erwähnt nach hM aufgrund von § 11 FBG im Zusammenhang mit der Geschäftsführerhaftung eine vereinfachte Anmeldung ausreichend und wird die Vorlage des Abtretungsvertrages grundsätzlich nicht verlangt.³⁷⁸

Meldet man jedoch den Gesellschafterwechsel gemeinsam mit der GF-Bestellung an, verlangt das Firmenbuchgericht, entgegen der grundsätzlichen Praxis bei Geschäftsanteilsabtretungen, regelmäßig die Vorlage des Abtretungsvertrages, um prüfen zu können, ob der neue Gesellschafter, der ja noch nicht im Firmenbuch aufscheint, überhaupt Gesellschafter ist und daher seine Gesellschafterrechte ausüben darf.

Weigand hat nun die Möglichkeit aufgezeigt, diese vom Gericht in den betreffenden Fällen geforderte Vorlage des Abtretungsvertrages dadurch abzuwenden, dass die beiden Anmeldevorgänge nicht in einer Eingabe, sondern in zwei getrennten Eingaben erfolgen.

Die Parteien erscheinen in der Praxis einmal beim Notar und unterfertigen beide Eingaben (Gesellschafterwechsel und GF-Wechsel). Der Notar meldet zunächst lediglich die Anteilsabtretung an und wartet die Eintragung des neuen Gesellschafters im Firmenbuch ab.

Nach erfolgter Eintragung als Gesellschafter kann der Notar den Geschäftsführerwechsel anmelden und hat das Firmenbuchgericht den Abtretungsvertrag nicht mehr zu prüfen, da ja der nunmehr neue Gesellschafter bereits als Gesellschafter aufscheint und kann sohin die Eintragung des neuen Geschäftsführers ohne Vorlage des Abtretungsvertrages, der ja für die Geschäftsführerbestellung nicht vorzulegen ist, durchgeführt werden.

³⁷⁷ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, GmbHG § 78 Rz 4.

³⁷⁸ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 6; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 36; *Weigand*, NZ 2003/23, 70; OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 17.12.1997, 6 Ob 243/97f.

Diese Vorgangsweise erscheint etwas merkwürdig, da ja das Firmenbuchgericht auch sehen wird, dass der Abtretungsvertrag und der Gesellschafterbeschluss am gleichen Tag unterfertigt wurden. Dieser Weg ist dennoch zulässig und auch nachvollziehbar.

Allerdings wird durch dieses Beispiel wiederum deutlich, zu welchen Konsequenzen und Ergebnissen die vereinfachte Anmeldung im Zusammenhang mit der angenommenen Nichterforderlichkeit der Urkundenvorlage führt.

Dass dieser Ablauf nicht ideal ist, liegt auf der Hand und stellt sich auch hier wieder die Frage nach der Systemkonformität der bemängelten Gesetzeslage.

6.1.4. Eine allfällige Einzahlung einer Stammeinlage sollte geprüft werden:

Im Zusammenhang mit der Frage, ob bei der Geschäftsanteilsabtretung der Notariatsakt vorzulegen ist, taucht auch die Lehrmeinung auf, dass im Falle der Geschäftsanteilsabtretung nicht nachzuweisen sei, dass die (spätere) Einzahlung auf die (teilweise ausständige) Stammeinlage in der erforderlichen Höhe erfolgt ist. Es wird auch aus dem Fehlern einer Verpflichtung zur Vorlage der Urkundenvorlage in § 26 Abs 1 GmbHG abgeleitet, dass die Einzahlung nicht nachzuweisen sei und dass ja ohnehin der GF für allfällige Schäden hafte.³⁷⁹

Bei der Anmeldung der Neueintragung der GmbH und bei Kapitalerhöhungen sind geleistete Einzahlungen auf die Stammeinlagen gemäß §§ 10 Abs 3 und 52 Abs 6 GmbHG durch Bankbestätigungen iSd § 10 Abs 2 GmbHG nachzuweisen. Auch hier ist nicht verständlich, warum bei der Gründung und Kapitalerhöhung die Einzahlung nachzuweisen ist, bei einem Gesellschafterwechsel aber nicht. **Es sind ja in allem Fällen die wesentlichen Kapitalisierungskriterien der GmbH und im Endeffekt der Haftungsfonds der Gesellschaft betroffen.**

Von der Intention des Gesetzes, den Haftungsfonds der GmbH zu sichern, kann kein Unterschied bestehen, ob etwa bei einer Kapitalerhöhung alle Gesellschafter etwas einzahlen müssen, oder ob beim Gesellschafterwechsel allenfalls nur ein Gesellschafter etwas einzahlen muss. **Hier wird mE die Bestimmung des § 10 Abs 3 GmbHG analog anzuwenden sein, sodass auch bei einem Gesellschafterwechsel die Einzahlung auf die Stammeinlage nachzuweisen sein wird.**³⁸⁰

³⁷⁹ Kodek in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 11 Rz 3; *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 15 Rz 60.

³⁸⁰ so auch *Zib* in *FS Woschnak*, 648.

6.1.5. Zusatzvereinbarungen zur Anteilsabtretung außerhalb des Notariatsaktes, welche nicht geprüft werden:

Um sich dem Problem zu nähern ist zunächst festzustellen, dass § 76 Abs 2 GmbHG für die „Übertragung von Geschäftsanteilen“ sowie für „Vereinbarungen über die Verpflichtung (...) zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles“ die Form des Notariatsaktes anordnet. Nach dem Wortlaut ist daher jedenfalls das Verfügungsgeschäft (Modus) notariatsaktspflichtig.

In Lehre und Rsp bestehen jedoch Auffassungsunterschiede dahingehend, ob auch das Verpflichtungsgeschäft (Titel) der Formpflicht des Notariatsaktes unterliegt.

Dies interessiert im vorliegenden Zusammenhang vor allem deshalb, da es gängige Praxis ist, neben dem errichteten Notariatsakt über die Geschäftsanteilsabtretung (Modus) das Titelgeschäft mit **Zusatzvereinbarungen zur Anteilsabtretung nicht in der Form des Notariatsaktes** zu errichten.³⁸¹ Diese Zusatzvereinbarungen sind dem Firmenbuchgericht nicht vorzulegen, was mE sehr bedenklich erscheint.

Daher erscheint es geboten zu prüfen, ob es anhand der zahlreich vorliegenden Lehrmeinungen und Judikatur zulässig ist, das Titelgeschäft formfrei abzuschließen und ob verneinendenfalls dem Firmenbuchgericht beide Notariatsakte (Titel und Modus) zur Prüfung vorzulegen sind.

Es sei noch vorausgeschickt, dass regelmäßig einheitliche Kauf- und Abtretungsverträge über GmbH-Geschäftsanteile in Form eines einzigen Notariatsaktes errichtet werden³⁸² und dass sich die Frage nach dem Formzwang für Titel und Modus freilich nur dann stellt, wenn Kaufvertrag und Übertragungsakt zeitlich auseinander fallen.

³⁸¹ OGH 11.09.1985, 3 Ob 544, 545/85; OGH 15.05.2001, 5 Ob 41/01t; OGH 19.10.1999, 4 Ob 255/99z; OGH 21.01.1998, 7 Ob 375/97s.

³⁸² *Bydlinksi D.*, *ecolex* 2010, 1069; *Schummer*, *ecolex* 1991, 319.

6.1.5.1. Derzeitiger Meinungsstand in Lehre und Judikatur:

Mit der Notariatsaktspflicht werden nach hL nachstehende **Zwecke** verfolgt:³⁸³

- Immobilisierung der GmbH-Geschäftsanteile, um deren Zirkulationsfähigkeit und Negoziabilität zu unterbinden,
- Sicherung eines genau überlegten Entschlusses, Schutz vor übereilem Erwerb eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft,
- Feststellung der Identität der Vertragsparteien sowie
- Klarstellungs- bzw. Publizitätsfunktion zur Erleichterung des beweiskräftigen Nachweises der Gesellschaftereigenschaft.

Bruckbauer weist mE zutreffend darauf hin, dass als Formzweck nicht nur dem Erwerber sondern auch dem Veräußerer bei Abschluss von Verträgen über die Übertragung von Mehrheitsbeteiligungen als Unternehmenskauf wegen der hohen Risiken aus Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen, betreffend Unternehmensmängel, und wegen der Größenordnung der Wertverhältnisse für den Austausch von Leistung und Gegenleistung ein erhöhtes Schutzbedürfnis zuerkannt werden sollte.³⁸⁴

Die **Judikatur** behandelt die Frage, ob für Titel und Modus oder lediglich für den Modus ein Notariatsakt erforderlich ist, durchaus kontrovers. Die älteren Entscheidungen³⁸⁵ verlangten nur für das Verfügungsgeschäft die Form des Notariatsaktes, nicht aber für das Verpflichtungsgeschäft. Die aktuelleren Entscheidungen³⁸⁶ gehen „nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes“ davon aus, dass das Formgebot sowohl für das Verpflichtungs- als auch für das Verfügungsgeschäft erforderlich sei, sowie für Rechtsgeschäfte, die auf die künftige Abtretung von Geschäftsanteilen gerichtet sind. Dies bezwecke ua den Übereilungsschutz des Erwerbers, dem die mit dem Erwerb verbundenen

³⁸³ *Umfahrer*, GmbH⁶ RZ 717 mwN; *Schummer*, *ecolex* 1991, 319; *Bruckbauer*, *ecolex* 2002, 589; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 76 Rz 16.

³⁸⁴ *Bruckbauer*, *ecolex* 2002, 591.

³⁸⁵ OGH 28.06.2000, 6 Ob 18/00s; OGH 11.09.1985, 3 Ob 544/85; OGH 19.06.1997, 6 Ob 100/97t; OGH 07.09.1999, 10 Ob 40/99a; RIS-Justiz RS0060201 mwN.

³⁸⁶ OGH 29.11.2007, 2 Ob 134/07f; OGH 15.05.2001, 5 Ob 41/01t; OGH 20.10.2004, 7 Ob 110/04h; OGH 20.12.2006, 7 Ob 203/06p, je mwN.

Risiken bewusst gemacht werden sollen.³⁸⁷ Formfreie Einigungen über die Abtretung von Geschäftsanteilen seien daher unwirksam.³⁸⁸

Die **Kommentare** zum GmbHG sind sich grundsätzlich einig, das sich das Formgebot sowohl auf das Verpflichtungs- als auch auf das Verfügungsgeschäft bezieht. *Rauter* in *Straube*³⁸⁹ fügt allerdings die relativierenden Zusätze „nach hM in der Lit (...) und überwiegender Rsp“ sowie „grundsätzlich“ hinzu. *Koppensteiner* formuliert schon klarer, dass „nach heute ganz herrschender Auffassung“ § 76 Abs 2 Satz 2 im Sinne der Formbedürftigkeit nicht nur von Verfügungs- sondern auch von Verpflichtungsgeschäften aufzufassen sei und gelte dies ausdrücklich auch für beide Erklärungen, wenn Angebot und Annahme nicht in ein- und demselben Notariatsakt beurkundet werden.³⁹⁰

Reich-Rohrwig hat § 76 Abs 2 Satz 1 GmbHG dahingehend verstanden, dass dem Notariatsakt als sachenrechtlichem Übertragungsakt bloß ein „gültiges Rechtsgeschäft“ zugrunde liegen müsse.³⁹¹ Daneben sollen von der Reichweite des Formgebots des zweiten Satzes ausschließlich solche schuldrechtlichen Vereinbarungen umfasst sein, die den Abschluss ebenfalls schuldrechtlicher Vereinbarungen in der Zukunft zum Inhalt haben.³⁹²

Schauer ist der Ansicht, dass diese Interpretation zumindest zulässig sei.³⁹³

Schummer erachtet im Hinblick auf die Publizitätswirkungen des Firmenbuchs die Einhaltung der Notariatsaktform beim Verpflichtungsgeschäft als ausreichend. Bei Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bedürfe das Verfügungsgeschäft nicht der Form des Notariatsaktes.³⁹⁴

P. Bydlsinski zeigt auf, dass sich die unklare Formulierung der Regelung daraus ergibt, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Österreichischen Regelung die Formulierung des § 15 dGmbHG weitgehend übernommen hat, obwohl im deutschen Recht, anders als im Österreichischen, der Grundsatz der sog. abstrakten Tradition gilt. Im Ergebnis ist *P.*

³⁸⁷ OGH 15.05.2001, 5 Ob 41/01t.

³⁸⁸ OGH 15.12.2005, 6 Ob 121/05w; RIS-Justiz; RS0059900.

³⁸⁹ *Rauter* in *Straube*, GmbHG § 76 Rz 188.

³⁹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*³, GmbHG § 76 Rz 17 f.

³⁹¹ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983), 626, wurde zum RS 0060201 erhoben.

³⁹² *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983), 626.

³⁹³ *Schauer*, RdW 1986, 358.

³⁹⁴ *Schummer*, ecolex 1991, 320.

Bydlinski der Ansicht, dass die Notariatsaktpflicht für Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft gelte.³⁹⁵

D. Bydlinski empfiehlt angesichts der Problematik, die Errichtung getrennter Urkunden zu vermeiden und einen Notariatsakt zu errichten. Sollte daran jedoch kein Weg vorbeiführen, so könne redlicherweise nur die Empfehlung abgegeben werden, beiden Urkunden die Form des Notariatsaktes zu geben.³⁹⁶

Im vorliegenden Zusammenhang taucht die „**Lehre vom unvollkommen beurkundenden Geschäft**“ auf, wonach der Willensentschluss der Vertragsparteien über den Kaufpreis aus der Formpflicht auszunehmen sei. Diese sei nach der Ansicht *Bruckbauers* jedoch abzulehnen, da der Kauf durch Willensübereinstimmung der Parteien über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis als rechtliche Einheit zustande komme und jede andere Wertung die unbegrenzte Möglichkeit von Scheingeschäften eröffne, die nach § 916 ABGB nichtig sind.³⁹⁷ Andererseits stößt sich *Bruckbauer* nicht daran, sich im Rahmen einer formlosen Nebenabrede zum Notariatsakt auf einen „zusätzlich vereinbarten weiteren Kaufpreis“ zu einigen, was nicht ganz konsequent erscheint.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die früheren E und Lehrmeinungen davon ausgegangen sind, dass lediglich das Verfügungsgeschäft von der Notariatsaktpflicht erfasst sei. Mittlerweile herrscht jedoch die Ansicht vor, dass für beide Geschäfte ein Notariatsakt zu errichten ist.³⁹⁸ Einzig die Ansicht *Schummers* widerspricht allen anderen Meinungen, da er der Ansicht ist, dass das *Verfügungsgeschäft* nicht der Form des Notariatsaktes bedürfe, das Verpflichtungsgeschäft hingegen schon.³⁹⁹ Die anderen Stimmen sind sich zumindest dahingehend einig, dass das Verfügungsgeschäft formpflichtig ist und bestehen Auffassungsunterschiede lediglich hinsichtlich der Formpflicht des Verpflichtungsgeschäftes.

Die Frage nach der Formpflicht kann an dieser Stelle freilich nicht abschließend erörtert werden. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert jedoch sehr wohl, welche

³⁹⁵ *P. Bydlinski*, NZ 1986, 245.

³⁹⁶ *D. Bydlinski*, *ecolex* 2010, 1069.

³⁹⁷ *Bruckbauer*, *ecolex* 2002, 589.

³⁹⁸ So auch *Umfahrer*, GmbH⁶, RZ 716 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

³⁹⁹ *Schummer*, *ecolex* 1991, 319.

Konsequenzen formfreie Titelgeschäfte bzw. Nebenabreden für die Prüfung von Geschäftsanteilsabtretungen haben, welche sogleich dargelegt werden.

6.1.5.2. Folgen für die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes:

Die sicherste und zugleich einfachste Lösung wäre wohl, einen einzigen Notariatsakt zu errichten, indem Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft zusammenfallen und die Geschäftsanteilsabtretung anhand dieses Notariatsaktes vom Firmenbuchgericht zu prüfen wäre.

Eine solche Vorgangsweise ist allerdings von den am Abtretungsgeschäft beteiligten Vertragspartnern überlicherweise nicht wünschenswert, da Kaufpreis, Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen sowie sonstige Regelungen, die das Gesellschaftsverhältnis betreffen üblicherweise nicht für die Öffentlichkeit gedacht sind. Bei Vorlage des Abtretungsvertrages wird dieser vom Gericht gescannt und in die Urkundensammlung aufgenommen.

Christian Fritz empfiehlt in diesem Zusammenhang eine auszugsweise beglaubigte Kopie des Abtretungsvertrages vorzulegen, um eine unerwünschte Publizität zu vermeiden.⁴⁰⁰

Die derzeit herrschende Meinung und gängige Firmenbuchpraxis bedient diesen Wunsch der Praxis, da der Abtretungsvertrag derzeit lediglich in Ausnahmefällen vorzulegen ist.⁴⁰¹ Ist der Notariatsakt (bei getrennten Urkunden lediglich das Verfügungsgeschäft) nun wirklich vorzulegen, so werden dennoch nicht viele Informationen preisgegeben, da dem vorzulegenden Notariatsakt aufgrund des geringen geforderten Mindestinhaltes, wie bereits unter Punkt 6.1.2.6. dargelegt, kaum Informationen zu entnehmen sind.⁴⁰² Daher ist auch evident dass - wenn man auch von einer Notariatsaktspflicht des Verpflichtungsgeschäftes ausgeht - die Einhaltung der Form nicht geprüft wird, da schon nicht einmal in allen Fällen die Form und der Inhalt des Verfügungsgeschäftes geprüft werden.

Zu bedenken ist mE, dass wohl **eher der Inhalt des Verpflichtungsgeschäftes als jener des Verfügungsgeschäftes für die beteiligten Verkehrskreise interessant sein wird**. Wie oben unter Punkt 6.1.2.6. bereits ausgeführt, sind dem Verfügungsgeschäft lediglich Informationen den Geschäftsanteil und die Vertragsparteien betreffend zu entnehmen,⁴⁰³ wobei weitere

⁴⁰⁰ *Fritz*, Die GmbH in der Praxis, 304.

⁴⁰¹ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m; OGH 6 Ob 342/97f; OGH 6 Ob 57/01b; OGH 6 Ob 111/01v.

⁴⁰² *Scheibenpflug* in *Schimkowsky*⁹, Muster 569; *Bydlinski D.*, *ecolex* 2010, 1069.

⁴⁰³ *Scheibenpflug* in *Schimkowsky*⁹, Muster 569; *Bydlinski D.*, *ecolex* 2010, 1069.

essentialia negotii wie etwa der Rechtsgrund der Abtretung sowie der Abtretungspreis und dessen Fälligkeit oder andere Gültigkeitserfordernisse einer Abtretung wie etwa Zustimmungserklärungen bei vinkulierten Anteilen oder allfällige weitere Vereinbarungen wie ein Rückkaufsrecht des abtretenden Gesellschafter in einer formlosen Nebenabrede geregelt werden können.⁴⁰⁴

Geht man davon aus, dass Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft in der Form des Notariatsaktes zu errichten sind, so wäre es nur konsequent, wenn bei zeitlichem Auseinanderfallen beide Notariatsakte dem Firmenbuchgericht vorzulegen wären, da wie bereits erwähnt mE das Firmenbuchgericht alleine mit den Informationen zu Geschäftsanteil und Vertragsparteien keine verlässliche Prüfung durchführen kann.

Man könnte nun dahingehend argumentieren, dass erst mit dem Verfügungsgeschäft unmittelbar auf das Recht eingewirkt wird und dass deshalb nur der Notariatsakt über den Modus vorzulegen sein sollte. Dem ist zu entgegnen, dass in Österreich das Prinzip der kausalen Tradition gilt und daher, falls ein Abtretungsvertrag etwa wegen Sittenwidrigkeit oder eines Willensmangels ungültig ist, auch das Verfügungsgeschäft unwirksam ist und daher der Abtretungsvorgang nicht abgeschlossen werden kann, und zwar unabhängig davon, ob das Verfügungsgeschäft selbst mangelfrei war oder nicht.

Es kann letztlich dahingestellt bleiben, ob nun neben dem Verfügungsgeschäft als Notariatsakt auch das Verpflichtungsgeschäft als Notariatsakt oder formfrei errichtet wird. Das Kernproblem liegt mE darin, dass dem Firmenbuchgericht, wenn überhaupt, nur Informationen den Geschäftsanteil und die Vertragsparteien betreffend, vorliegen. **Die anderen Vereinbarungen über die Geschäftsanteilsübertragung, die außerhalb des Notariatsaktes getroffen werden, müssen jedoch nicht vorgelegt werden und können daher auch nicht geprüft werden!**

Außerdem prüft, wie bereits unter Punkt 6.1.2.7 dargelegt, zunächst der **GF den gesamten Abtretungsvorgang**⁴⁰⁵ und kann deshalb nach hM die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes entfallen. **Der GF hat den Abtretungsvorgang mE auch in einer Gesamtschau zu prüfen, die Titel, Modus und sämtliche weitere Vereinbarungen umfasst.**

⁴⁰⁴ Rauter in Straube, GmbHG § 76 Rz 208 f; OGH 11.09.1985, 3 Ob 544, 545/85; OGH 15.05.2001, 5 Ob 41/01t; OGH 19.10.1999, 4 Ob 255/99z; OGH 21.01.1998, 7 Ob 375/97s.

⁴⁰⁵ OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m; OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b; OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

Falls das Gericht die Vorlage des „Abtretungsvertrages“ nun wirklich ausnahmsweise verlangt, so sind mE konsequenterweise auch alle Teile der Abtretung zu prüfen, nämlich der Notariatsakt über das Verfügungsgeschäft und, je nach vertretener Ansicht, der Notariatsakt oder formlose Vertrag über das Verpflichtungsgeschäft sowie sämtliche formlosen Abreden.

Gerade aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber die Prüfpflicht fast zur Gänze auf den GF abwälzt und diesem in hohem Maße vertraut, ist es mE durchaus problematisch, dass formlose Nebenabreden zur Anteilsabtretung für zulässig erachtet werden und diese dem Firmenbuchgericht nicht zur Prüfung vorzulegen sind.

6.2. Die Verständigungspflicht nach § 18 FBG soll bei Anmeldung der Tatbestände des § 11 FBG entfallen

6.2.1. Vorgebrachte Argumente für einen Entfall der Verständigungspflicht nach § 18 FBG:

6.2.1.1.1. Bei Vorliegen einer „Vorwegzustimmung“ könne die Verständigungspflicht nach § 18 FBG entfallen:

Kodek ist der Ansicht, dass als Einschränkung der allgemeinen Verständigungspflicht nach § 18 FBG eine sog „**Vorwegzustimmung**“ möglich sein soll, dass also von einer Anhörung eines Betroffenen abgesehen werden könne, wenn dieser dem Eingriff in seine Rechtsstellung vorab zugestimmt hat und diese Zustimmung dem Firmenbuchgericht nachgewiesen wurde.⁴⁰⁶ Der Betroffene habe dieser Ansicht nach kein Bedürfnis mehr nach einer Verteidigung seiner Rechte, da er bereits in qualifizierter Form, zB etwa in dem Notariatsakt, der im Fall einer Geschäftsanteilsübertragung errichtet wird, der einzutragenden Rechtsänderung zugestimmt hat.

Burgstaller/Pilgerstorfer bezweifeln allerdings, ob alleine die Vorlage des Notariatsaktes über die Abtretung des Geschäftsanteils mit der FB-Anmeldung einen urkundlichen Nachweis der Zustimmung des Gesellschafters zu seiner Löschung bzw zur Änderung seines Anteils darstellt.⁴⁰⁷

Allerdings empfehlen schon *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Einverständnis- und Verzichtserklärungen allenfalls betroffener Eingetragener vorzulegen oder in das Gesuch mit aufzunehmen.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 15.

⁴⁰⁷ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 28.

⁴⁰⁸ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 18 Rz 7.

6.2.1.2. Aus der Ratio des § 11 FBG ergebe sich ein Entfall der Verständigungspflicht nach § 18 FBG:

Die Firmenbuchpraxis unterlässt vielfach bei Anmeldungen von Gesellschafterwechseln oder Änderungen der Stammeinlagen weitgehend die Verständigung der betroffenen Gesellschafter vor dem bevorstehenden Eingriff in ihre Rechtsstellung.⁴⁰⁹

Kodek leitet aus der Ratio des § 11 FBG ab, dass in den Fällen der vereinfachten Anmeldung die Verständigungspflicht nach § 18 FBG entfallen könne und führt dazu aus, dass eine generelle Einholung von Äußerungen iSd § 18 FBG „mit dem Zweck des Firmenbuchs, eine möglichst aktuelle Information zu bieten, nicht vereinbar“ sei.⁴¹⁰ Er verweist auf die allgemeine Rechtsansicht, dass die Tatbestände der vereinfachten Anmeldung Routineangelegenheiten seien, bei denen (sogar) das Gesetz bewusst auf eine Überprüfung durch das Firmenbuchgericht weitgehend verzichte.⁴¹¹ Seiner Ansicht nach ist eine generelle Verständigungspflicht und Aufforderungspflicht zur Äußerung, wie dies § 18 FBG verlangt, mit dem Zweck der vereinfachten Anmeldung nicht vereinbar, da § 11 FBG Verfahrenserleichterungen normiere und die Verständigung der Betroffenen einen zusätzlichen Verfahrensschritt und dadurch eine Verfahrensverzögerung mit sich bringe.⁴¹²

Es sei daher zu erwägen, in den Fällen der vereinfachten Anmeldung von der vorherigen Anhörung des zu löschenden Gesellschafters abzusehen.⁴¹³ Für die ausreichende Wahrnehmung ihrer Rechte verweist *Kodek* die Betroffenen auf die Möglichkeit der Rekurerhebung.⁴¹⁴

Burgstaller/Pilgerstorfer weisen zunächst darauf hin, dass ihrer Ansicht nach die Erleichterungen der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG nur im Entfall der Beglaubigungsform der Anmeldung und in Erleichterungen bei der Vertretung, nicht aber im Bezug auf die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes oder beim Erbringen urkundlicher Nachweise bestehen⁴¹⁵ und gehen bei dieser Frage somit nicht von der gleichen Ausgangsposition aus wie *Kodek*.

⁴⁰⁹ vgl. *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 19, RZ 21.

⁴¹⁰ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 18 f.

⁴¹¹ AB (23 BlgNR XVIII. GP), FBG § 11.

⁴¹² *Kodek/Nowotny G.*, NZ 2004/78, 263.

⁴¹³ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 25; offen lassend OGH 25.05.2007, 6 Ob 77/07b.

⁴¹⁴ so auch OGH 25.02.1993, 6 Ob 27/92.

⁴¹⁵ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 30.

Im Bezug auf die letztgenannten Punkte (Prüfpflicht des FB-Gerichtes und Erbringen urkundlicher Nachweise) können sich ihrer Ansicht nach materielle Erleichterungen ergeben, jedoch nur in Verbindung mit § 26 GmbHG.

Bei der Anmeldung des Übergangs von GmbH-Geschäftsanteilen nach § 26 GmbHG muss nach hA der zugrunde liegende Abtretungsvertrag grundsätzlich nicht zum Nachweis der Abtretung vorgelegt werden. In der Regel könne sich das Firmenbuchgericht mit der Wissenserklärung der GF über die Abtretung begnügen, weil diese schadenersatzrechtlich für die Richtigkeit ihrer Angaben haften. Daher könne sich die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes darauf beschränken, ob der mit der vorliegenden Anmeldung angezeigte Vorgang (etwa der Übergang von GmbH-Geschäftsanteilen) nach dem Gesetz und der Satzung überhaupt zulässig ist.

***Burgstaller/Pilgerstorfer* sind im Ergebnis der Ansicht, dass es durchaus argumentierbar sei, dass § 26 GmbHG nicht nur die materielle Prüfpflicht des FB-Gerichtes beschränke, sondern als *lex specialis* auch die Verständigungspflicht nach § 18 FBG einschränke bzw teleologisch reduziere.⁴¹⁶**

Weiters schreibe § 26 GmbHG die „unverzügliche Anmeldung“ vor, sobald der Gesellschaft der Übergang eines Geschäftsanteils oder die Änderung einer Stammeinlage eines Gesellschafters nachgewiesen wird, wobei mit der Anmeldung keine Urkunden vorgelegt werden müssen und daher auch die Prüfpflicht des FB-Gerichtes beschränkt sei. Es solle nicht nur die Anmeldung, sondern wohl auch die Eintragung im Firmenbuch „unverzüglich“ erfolgen. Daher nehme es das Gesetz bewusst in Kauf, dass mangels Vorlage von Urkunden und mangels Prüfung durch das FB-Gericht uU auch unrichtige Eintragungen vorgenommen werden können, sehe aber als Ausgleich dafür eine strenge Haftung der GF für die Richtigkeit ihrer Angaben (Wissenserklärungen) vor.

Burgstaller/Pilgerstorfer stimmen in dem Punkt mit *Kodek*⁴¹⁷ überein, dass es mit den Zielsetzungen der vereinfachten Anmeldung des § 11 FBG iVm § 26 GmbHG (Verfahrensvereinfachung und –beschleunigung) nur schwer in Einklang zu bringen wäre, würde man bei Anmeldungen von Änderungen im Gesellschafterstand immer die Verständigung der betroffenen Gesellschafter nach § 18 FBG verlangen. Dies deshalb, da die vorherige Verständigung der betroffenen Gesellschafter das Eintragungsverfahren erheblich

⁴¹⁶ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 30.

⁴¹⁷ *Kodek/Nowotny G.*, NZ 2004/78, 263; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 19.

verzögern könne, etwa wenn Gesellschafter sich im Ausland aufhalten oder wenn ihre aktenkundigen Adressen nicht mehr aktuell sind bzw wenn gar keine Adressen der Gesellschafter überhaupt aktenkundig sind.

Somit gehen *Burgstaller/Pilgerstorfer* mit *Kodek* davon aus, dass keine Verständigung des betroffenen Gesellschafters vor der Eintragung erforderlich sei, allerdings nur in dem Fall, wenn die Gesellschaft (die GF) nach § 26 GmbHG einen Gesellschafterwechsel oder eine Änderung der Stammeinlagen zur Eintragung anmelden. Außerdem sei der Rechtsschutz der Betroffenen ohnehin nicht gefährdet, da in diesen Fällen die Möglichkeit des Beitrittes und der Rekurerhebung offen stehe.

Andererseits könne nicht darauf verzichtet werden, dem Gesellschafter, in dessen eingetragene Rechte iSd § 18 FBG eingegriffen wurde, den Eintragungsbeschluss jedenfalls individuell nach § 21 Abs 1 FBG zuzustellen, und zwar sogar dann, wenn im Anwendungsbereich des § 26 GmbHG keine vorherige Verständigung nach § 18 FBG erforderlich war. Der Zweck der §§ 26 GmbHG und 11 FBG möge zwar eine Einschränkung der Verständigungspflicht nach § 18 FBG rechtfertigen, nicht jedoch das Unterbleiben der individuellen Zustellung, wenn ein „Eingriff“ iSd § 18 FBG stattgefunden hat, da § 21 Abs 1 FBG nicht durch § 26 GmbHG oder § 11 FBG verdrängt oder teleologisch reduziert werde. Für den Fall, dass ein Gesellschafter mangels Verständigung am Verfahren erster Instanz nicht beteiligt war, werde dieser idR volle Neuerungserlaubnis im Rekursverfahren haben und zudem stehe ihm auch der streitige Zivilrechtsweg offen, um gegen die Gesellschaft vorzugehen (zB Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit eines behaupteten Abtretungsvertrages; Klage auf Anmeldung einer bestimmten Eintragung) und könne der Betroffene schließlich auch einen Schadenersatzanspruch nach § 26 Abs 2 GmbHG gegen die Geschäftsführer geltend machen.⁴¹⁸

Im Ergebnis gehen *Burgstaller/Pilgerstorfer* von einer teleologischen Einschränkung der Verständigungspflicht nach § 18 FBG in den Fällen der Anmeldung von Tatbeständen des § 11 4. Fall FBG in Verbindung mit § 26 GmbHG aus und sind sie der Ansicht, dass eine Pflicht zur Verständigung in diesen Fällen entfallen kann.⁴¹⁹

Sie geben jedoch keine Stellungnahme ab, ob auch in den **anderen Anwendungsfällen der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG** die Verständigungspflicht entfallen kann.

⁴¹⁸ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 30.

⁴¹⁹ vgl OGH 25.08.2005, 6 Ob 121/05w.

Da sie den Entfall der Verständigungspflicht aus der Verbindung von § 11 FBG mit § 26 GmbHG ableiten, ist anzunehmen, dass sie bei den anderen Tatbeständen des § 11 FBG das Unterbleiben der Verständigung nach § 18 FBG nicht für zulässig erachtet.

Kodek, der die Diskussion um die Möglichkeit der Einschränkung der Verständigungspflicht begonnen hat, spricht sich ja dafür aus, dass neben den Anmeldungstatbeständen des § 11 4. Fall FBG „vor allem die Eintragung von Änderungen in der Zusammensetzung des AR“ in Betracht kommen sollen.⁴²⁰ Aus dieser Aussage ist zu schließen, dass nach *Kodek* in allen Fällen des § 11 FBG die Verständigung unterbleiben kann.

Das **Höchstgericht** lässt bislang eine einheitliche Rechtsprechung vermissen. Eine jüngere Entscheidung lässt diese Frage ganz offen. Der OGH stellt lediglich fest, dass eine Einholung der Äußerung des Betroffenen zur Folge hätte, dass es zunächst - bis zum Abschluss der eigenen Erhebungen des Firmenbuchgerichts oder dem Abschluss eines präjudiziellen Verfahrens, dessen Ausgang das Firmenbuchgericht iSd § 19 FBG abzuwarten beschließt - beim bisherigen Firmenbuchstand verbleibt.⁴²¹

Im vorliegenden Zusammenhang spielt auch die Unterscheidung zwischen konstitutiver und deklarativer Eintragung eine Rolle. So wird etwa einem zu löschenden GmbH-GF eine materielle Parteistellung verwehrt, da die Eintragung lediglich deklarativ erfolgt.⁴²² Andererseits bejahte der OGH bei der ebenfalls deklarativ wirkenden Löschung eines GmbH-Gesellschafters sowohl dessen Beteiligtenstellung nach §§ 18, 21 FBG als auch dessen Rechtsmittelbefugnis gegen seine Löschung.⁴²³

⁴²⁰ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 18.

⁴²¹ OGH 25.05.2007, 6 Ob 77/07b.

⁴²² OGH 15.02.2007, 6 Ob 14/07p; OGH 16.03.2007, 6 Ob 35/07a; OGH 13.09.2007, 6 Ob 167/07p; OGH 13.09.2007, 6 Ob 168/07k.

⁴²³ OGH 25.08.2005, 6 Ob 121/05w.

6.2.2. Argumente gegen den Entfall der Verständigungspflicht nach § 18 FBG:

6.2.2.1. Keine praktische Relevanz der mE grundsätzlich zulässigen „Vorwegzustimmung“:

Zunächst ist zu klären, wie eine solche „Vorwegzustimmung in qualifizierter Form“ überhaupt ausgestaltet werden muss, um als solche Gültigkeit zu entfalten. Es wird wohl ein expliziter Hinweis im Abtretungsvertrag gemeint sein, dass der Abtretende und zu löschende Gesellschafter seiner Löschung keine Einwände entgegensetzen wird. Alleine das Argument, dass lediglich die Unterfertigung des Abtretungsvertrages ohne eben eine solche explizite Zustimmung zum bevorstehenden Eingriff in die bestehende Rechtsstellung eine (konkludente) Vorwegzustimmung darstellt, kann mE nicht ausreichen, da diesfalls jeder Abtretungsvertrag eine solche Vorwegzustimmung enthalten würde.

Auch *Burgstaller/Pilgerstorfer* sind der Ansicht, dass alleine die Vorlage des Notariatsaktes über die Abtretung eines Geschäftsanteils mit der FB-Anmeldung keinen urkundlichen Nachweis der Zustimmung des Gesellschafters zu seiner Löschung bzw Änderung seines Geschäftsanteils darstellen kann.⁴²⁴

Auch wenn der notarielle Abtretungsvertrag wie schon ausgeführt kritikwürdigerweise im Löwenanteil der Fälle dem Firmenbuchgericht nicht vorzulegen ist und demnach vom Firmenbuchgericht auch nicht geprüft wird, so **kann darin mE eine explizite Vorwegzustimmung erteilt werden**. Allerdings kann wieder bemängelt werden, dass wiederum auf Grund der Tatsache, dass das **Firmenbuchgericht bis dato keine Vorlage des Abtretungsvertrages verlangt**, in dem Fall, dass im Notariatsakt allenfalls eine **Vorwegzustimmung** erteilt wurde, diese **vom Firmenbuchgericht nicht überprüft wird**.

Auch kann mE davon ausgegangen werden, dass in kaum einem Notariatsakt ein expliziter Hinweis des abtretenden Gesellschafters aufgenommen werden wird, dass er gegen Eingriff in seine eingetragenen Rechte keine Einwände entgegensetzt. Das Institut der Vorwegzustimmung wird daher **in der Praxis wohl kaum relevant sein**.

⁴²⁴ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 28.

6.2.2.2. Aus § 11 FBG ergibt sich kein Entfall der Verständigungspflicht nach § 18 FBG:

Die Ansicht *Kodeks*, dass sich aus der Ratio des § 11 FBG ableiten lasse, dass in den Fällen der vereinfachten Anmeldung die Verständigung nach § 18 FBG unterbleiben könne,⁴²⁵ ist mE gänzlich abzulehnen.

Alleine aus § 11 FBG kann sich mE keinesfalls ein Entfall der Verständigungspflicht ergeben.

*Kodek*⁴²⁶ und *Burgstaller/Pilgerstorfer*⁴²⁷ argumentieren, dass aufgrund der (ebenfalls bereits lediglich abgeleiteten, aber nicht gesetzlich normierten) angenommenen Einschränkung der Prüfpflicht, die sich ihrer Ansicht nach aus § 11 FBG iVm § 26 GmbHG ergebe, auch ein Entfall der Verständigungspflicht resultiere, um der Intention des § 11 FBG gerecht zu werden, der eine Verfahrensvereinfachung und –beschleunigung bezwecke.

Hierzu ist anzumerken, dass mE schon die angenommene Einschränkung der Prüfpflicht in diesen Fällen nicht gerechtfertigt ist und somit konsequenterweise auch die Verständigung der Betroffenen nach § 18 FBG nicht entfallen kann. Wenn schon bei der Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes solche Abstriche gemacht werden, sollte wohl noch vehementer vertreten werden, den Betroffenen zumindest die Möglichkeit einer Äußerung zu geben, bevor sie sämtliche Gesellschafterrechte (wie sogleich unter Punkt 6.2.2.4. dargelegt wird) verlieren.

⁴²⁵ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 18 f.

⁴²⁶ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 18 f, 25.

⁴²⁷ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 30.

6.2.2.3. Bei § 18 FBG handelt es sich um ein verfahrensrechtliches Grundrecht:

Die Verständigung nach § 18 FBG stellt das Recht derjenigen Eingetragenen auf rechtliches Gehör nach Art 6 Abs 1 EMRK und nach § 2 Abs 2 Z 5 AußStrG sicher, in deren eingetragene Rechte möglicherweise eingegriffen werden soll.⁴²⁸

Es handelt sich bei der Verständigung nach § 18 FBG um ein **verfahrensrechtliches Grundrecht** der Betroffenen.

Art 6 der in Österreich im Verfassungsrang stehenden Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 04.11.1950⁴²⁹ hat den Justizgewährungsanspruch als subjektives öffentliches Recht des Einzelnen gegen den Staat auf Entscheidung seines Privatrechtsstreites normiert: *„Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen . . . zu entscheiden hat.“*

Hier wird mE fälschlicherweise von einem Teil der Lehre den Betroffenen dieses Recht auf **Verständigung durch das Firmenbuchgericht, das einen öffentlich-rechtlichen Anspruch dem Staat gegenüber darstellt**, teilweise abgesprochen, und ihnen „im Gegenzug“ ein **privatrechtlicher Schadenersatzanspruch gegen den GF** eingeräumt.

Dieses verfahrensrechtliche Grundrecht auf rechtliches Gehör ist eine Befugnis des öffentlichen Rechts, welches vom Bestehen eines behaupteten Privatrechtsanspruchs unabhängig ist.⁴³⁰

Diese Lösung erscheint sonderbar und kann es meiner Ansicht nach nicht möglich sein, den Betroffenen einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Staat auf Verständigung nach § 18 FBG zu verwehren und ihnen im Gegenzug einen privatrechtlichen

⁴²⁸ Schoibl in FS Matscher, 412 f; Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 18 Rz 1; Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB², FBG § 18 Rz 1.

⁴²⁹ BGBl 1958/210.

⁴³⁰ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶, Rz 13 mwN.

Schadenersatzanspruch einzuräumen. Der privatrechtliche Anspruch sollte mE neben dem öffentlich-rechtlichen Anspruch bestehen.

Auch besagt die heute allgemein anerkannte Theorie der mittelbaren Wirkung der Grundrechte, dass Grundrechte bei der Auslegung von Privatrechtsvorschriften mit heranzuziehen sind. Grundrechte sollen insb bei der Konkretisierung von Generalklauseln und bei der Lückefüllung wertvolle Dienste leisten.⁴³¹

Da es sich bei der Verständigung nach § 18 FBG wie erwähnt um ein prozessuales Grundrecht handelt, bin ich auch der Ansicht, dass man dieses, will man ein ordnungsgemäßes Firmenbuchverfahren führen, nicht einfach so von der Hand weisen kann, wenn sich weder in § 11 FBG noch in § 26 GmbHG auch nur irgendein Hinweis darauf findet.

6.2.2.4. Verlust sämtlicher Gesellschafterrechte der Betroffenen:

Kodek ist der Ansicht, dass sich ein Entfall der Verständigungspflicht nicht zu Lasten der Betroffenen auswirken könne, da die Möglichkeit der Rekurerhebung und die Möglichkeit der Erhebung einer Schadenersatzklage gegen die GF besteht und daher der Rechtsschutz der Betroffenen ausreichend gewährleistet sei.⁴³²

Nach *Burgstaller/Pilgerstorfer* ist der Eintragungsbeschluss nach § 21 Abs 1 FBG individuell zuzustellen, da der Zweck der §§ 26 GmbHG und 11 FBG (Vereinfachung und Beschleunigung) zwar eine Einschränkung der Verständigungspflicht nach § 18 FBG rechtfertigt, nicht jedoch das Unterbleiben der individuellen Zustellung des Eintragungsbeschlusses an den Betroffenen, wenn ein „Eingriff“ iSd § 18 FBG stattgefunden hat.⁴³³

Diese **Behelfe stehen jedoch erst nach dem abgeschlossenen Eintragungsverfahren** (bzw nach erfolgter Löschung des Gesellschafters) zur Verfügung. Der Rechtsschutz der Betroffenen ist mit diesen Behelfen zwar gewährleistet, jedoch ist mE zu bedenken, dass diese sich in einer schlechteren Position wieder finden wenn sie Rekurs erheben müssen als

⁴³¹ *Koziol/Welser I*¹³, 34.

⁴³² *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 19.

⁴³³ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 30.

wenn sie schon im Zuge des Eintragungsverfahrens Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte gehabt hätten.

Auch ist nicht von der Hand zu weisen, wie *Zib* bereits ausgeführt hat, dass es für den Rechtsschutz der betroffenen „bisherigen“ GmbH-Gesellschafter nicht ausreicht, wenn man ihnen die Möglichkeit der Rekurerhebung offen lasse, da sie ja bis zur Entscheidung über den Rekurs ihre Eintragung und daraus folgend wegen § 78 GmbHG auch ihre Gesellschafterrechte gegenüber der Gesellschaft verlieren.⁴³⁴

Dieses Ergebnis kann mE vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen sein und ist im Hinblick auf die Folgen, die sich aus dem angenommenen Entfall der Verständigungspflicht ergeben, diese Auslegung nicht gerechtfertigt. Durch die Löschung aus dem Firmenbuch verlieren die Gesellschafter aufgrund von § 78 GmbHG sämtliche Gesellschafterrechte (etwa das Recht auf Gewinnausschüttung und das Recht auf Ausübung des Stimmrechts uvm) und können sie diese nur durch eine Rekurerhebung wieder zurückerlangen.

6.2.2.5. Keine merkbaren Verfahrensverzögerungen durch Verständigung nach § 18 FBG, aber erheblicher Zeitverlust bei Rekurerhebung:

Meiner Ansicht nach sollte die oberste Maxime die Richtigkeit des Firmenbuches sein, nicht aber die Gewährleistung eines möglichst schnellen und einfachen Verfahrensablauf. Es gereicht niemanden zum Vorteil, wenn die Anmeldungstatbestände so rasch wie möglich eingetragen werden, weder den Einsicht nehmenden Verkehrskreisen, die sich nicht mehr auf die Richtigkeit des Firmenbuches verlassen können, wenn „bewusst unrichtige Eintragungen in Kauf genommen werden“⁴³⁵ und noch weniger ist das für die von der Eintragung Betroffenen vorteilhaft, wenn aufgrund von vereinfachten Anmeldungen, die nicht vom FB-Gericht geprüft werden, diese betreffende Tatsachen eingetragen werden und wenn dann die Betroffenen vor der Eintragung nicht einmal mehr nach § 18 FBG verständigt werden sollen.

⁴³⁴ *Zib* in *Zib/Dellinger*, FBG § 11 Rz 8.

⁴³⁵ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 30.

ME darf sich eine Verfahrensbeschleunigung nicht zu Lasten der von der beabsichtigten Eintragung Betroffenen auswirken.

Andererseits ist durchaus denkbar, dass sich durch eine Äußerung eines Betroffenen eine raschere Aufklärung des Sachverhalts ergeben kann.⁴³⁶

Des Weiteren ist es sogar mit erheblichen Verfahrensverzögerungen verbunden, wenn die Betroffenen wirklich Rekurs erheben, da sie etwa aufgrund von § 78 GmbHG ihre Stellung als Gesellschafter verloren haben. Es ist mE nicht zweckmäßig, das Eintragungsverfahren so rasch wie möglich abzuschließen, wenn man bedenkt, dass allenfalls wirklich Rekurs wegen eines Einwandes erhoben wird, der im Eintragungsverfahren schon geklärt hätte werden können.

Ebenso ist nicht nachvollziehbar, dass, wenn schon nicht einmal der Abtretungsvertrag geprüft wird, also in der Praxis bereits eine eingeschränkte Vorabkontrolle besteht, auch noch die betroffenen Gesellschafter nicht mit einzubeziehen sind.

Auch bringt die Verständigung und Äußerung nach § 18 FBG mE keine gravierende Verfahrensverzögerung mit sich, da die Aufforderung zur Äußerung an den Betroffenen mittels standardisiertem Schreiben ergeht und dieser dann ohnehin nur 14 Tage Zeit hat, Einwendungen zu erheben.

Im Ergebnis sollte meines Erachtens bei der Abwägung zügiger Verfahrensablauf oder Richtigkeit des Firmenbuches jedenfalls letzterer der Vortritt gegeben werden.

6.2.2.6. Grundsätzlich keine mündliche Verhandlung im Firmenbuchverfahren:

Nach § 18 AußStrG ist eine **mündliche Verhandlung** nur dann durchzuführen, wenn dies zwingend vorgeschrieben ist. Ist dies nicht der Fall, steht es dem Gericht frei, eine mündliche Verhandlung anzuordnen, wenn es dies zur Beschleunigung des Verfahrens, zur Erhebung des Sachverhalts oder zur Erörterung von Rechtsfragen für zweckmäßig erachtet. § 18 AußStrG verankert somit den Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch im Firmenbuchverfahren.

⁴³⁶ So auch *Schoibl* in *FS Matscher*, 413.

Eine mündliche Verhandlung wird jedoch im Firmenbuchverfahren wohl regelmäßig nicht erforderlich und zweckmäßig sein und daher nicht abgehalten werden. Wird eine mündliche Verhandlung aber durchgeführt, ist diese grundsätzlich öffentlich (§ 19 Abs 1 AußStrG), doch kann auf Antrag einer Partei aus berücksichtigungswürdigen Gründen die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden (§ 19 Abs 3 AußStrG).

Eine mündliche Verhandlung wird im Gegensatz zum Eintragungsverfahren kontradiktorisch abgehalten.⁴³⁷

Auch unter dem Gesichtspunkt, dass eine mündliche Verhandlung regelmäßig nicht stattfindet und daher nicht alle Parteien vor Gericht vorsprechen können, kann mE, um dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ausreichend gerecht zu werden, die Verständigung des Betroffenen und die Einholung dessen Äußerung nach § 18 FBG nicht unterbleiben.

6.2.2.7. Mögliche Folgen, die sich aus § 11 FBG iVm § 18 FBG ergeben können:

Nunmehr soll anhand von möglichen Fallkonstellationen dargestellt werden, welche Gefahren sich aus einem Unterbleiben der Verständigung des Betroffenen von seiner Löschung aus dem Firmenbuch ergeben können:

6.2.2.7.1. Gesellschaftsgläubiger fordern im Exekutionsweg offene Stammeinlage vom Nichtgesellschafter ein:

Es wäre nun denkbar, dass jemand einen GmbH-Geschäftsanteil nicht wirksam erwirbt, etwa weil der Abtretungsvertrag mangels Geschäftsfähigkeit unwirksam ist. Wird dies bei der Eintragung des Gesellschafterwechsels im Firmenbuchverfahren aufgrund der nicht durchgeführten Prüfung nicht bemerkt, so würde diese Person als Gesellschafter im Firmenbuch aufscheinen, obwohl die Gesellschafterstellung in Wirklichkeit nicht erlangt wurde.

Der Gesellschaft gegenüber gilt jedoch aufgrund von § 78 GmbHG immer derjenige als Gesellschafter, der als solcher im Firmenbuch eingetragen ist, also auch ein eingetragener

⁴³⁷ Szöky, Firmenbuchverfahren², 208.

Gesellschafter, welcher in Wirklichkeit mangels einer ungültigen Abtretung nicht die Gesellschafterstellung erlangen konnte.

Dies könnte grundsätzlich zur Folge haben, dass **Gesellschaftsgläubiger, etwa wegen einer nicht voll einbezahlten Stammeinlage, im Wege der Drittschuldnerexekution auf einen solchen „Nichtgesellschafter“ greifen**. Im Rahmen einer Drittschuldnerexekution lassen sich Gesellschaftsgläubiger den Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf Leistung der Stammeinlage pfänden und überweisen und können so auf einen Nichtgesellschafter greifen.

Nun könnte man freilich einwenden, dass ein Nichtgesellschafter immer dann, wenn ihm aus einer solchen unrichtigen Firmenbucheintragung ein Vorwurf gemacht werden kann, weil er etwa die Ungültigkeit des Abtretungsvertrages durch arglistige Täuschung verschuldet hat, oder aber sich trotz Kenntnis der Geschäftsunfähigkeit des Abtretenden eintragen lassen hat, nicht schützenswert sei. Aber auch wer keine Kenntnis von der Unwirksamkeit des Abtretungsvorganges hat, könnte aufgrund der Publizität des Firmenbuchs erkennen, dass er sich dem Risiko einer Stammeinlagen-Einforderung aussetzen wird. Wird ein Nichtgesellschafter zur Einzahlung einer nicht voll entrichteten Stammeinlage herangezogen, so bliebe ihm jedenfalls der Rückgriff beim Abtretenden im Zuge der Rückabwicklung des unwirksamen Rechtsgeschäfts.

Dem wäre auch beizupflichten, allerdings könnten solche Ergebnisse vermieden werden, wenn der zu löschende Gesellschafter vorab nach § 18 FBG zu verständigen wäre und somit die Vorabkontrolle durch die Beiziehung der Betroffenen bestehen bliebe.

6.2.2.7.2. „Ausschluss“ eines Gesellschafter-Geschäftsführers:

In einer GmbH mit mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern will sich die Mehrheit ebendieser eines ungeliebten Gesellschafter-GF entledigen.

Neben dem Fall der freiwilligen Beendigung der Geschäftsführertätigkeit durch den GF selbst kann grundsätzlich nach § 16 Abs 1 GmbHG die Bestellung zum GF jederzeit⁴³⁸ entweder in der Generalversammlung oder durch Umlaufbeschluss, ja sogar ohne schriftliche Abstimmung formlos, wenn sämtliche Gesellschafter in ihrem Willen

⁴³⁸ Eckert, Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, 4 mwN.

übereinstimmen und dies erklären, widerrufen werden.⁴³⁹ Dies gilt auch für Gesellschafter-Geschäftsführer. Eine Begründung ist nicht erforderlich, auch nicht dann, wenn ein langjährig tätiger und verdienter GF abberufen werden soll.⁴⁴⁰ Für diesen Beschluss reicht die einfache Mehrheit der Stimmen aus (falls der Gesellschaftsvertrag keine größere Mehrheit vorsieht)⁴⁴¹ und ist eine notarielle Beurkundung nicht erforderlich.⁴⁴² Der Abberufungsbeschluss wirkt idR konstitutiv und unabhängig von der Eintragung in das Firmenbuch.⁴⁴³ Mit gefasstem Beschluss verliert daher der GF seine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse und alle aus der Geschäftsführung abgeleiteten Rechte, wie etwa seinen Entlohnungsanspruch.

Geht man davon aus, dass der nunmehr gelöschte GF der Beschlussfassung über seine Abberufung als Gesellschafter nicht beigezogen wurde, so kann zwar gemäß § 41 GmbHG der Abberufungsbeschluss durch Nichtigkeitsklage von ihm bekämpft werden, der Widerruf der Bestellung bleibt allerdings so lange wirksam, als nicht über seine Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden wurde (§ 16 Abs 3 zweiter Satz GmbHG).

Gemäß § 39 Abs 5 GmbHG ist der betroffene Gesellschafter (entgegen der allgemeinen Regelung in § 39 Abs 4 GmbHG) bei der Beschlussfassung über den Widerruf der Geschäftsführung stimmberechtigt,⁴⁴⁴ wie er auch bei seiner Bestellung zum Geschäftsführer nicht ausgeschlossen ist. Der Widerruf wird nach hA mit seiner Erklärung an den GF wirksam,⁴⁴⁵ wobei es ausreicht, wenn der Beschluss in Anwesenheit des betroffenen GF gefasst wurde.⁴⁴⁶ Es genügt jedoch nicht, wenn der Betroffene nur zufällig vom Beschlussergebnis Kenntnis erlangt.⁴⁴⁷

Die Abberufung des GF hängt - anders als seine Bestellung - nicht von seiner Zustimmung ab, weiters liegen auch nach *Nowotny* keine schützenswerten Interessen vor, welche ein Erfordernis der Mitteilung der Abberufung rechtfertigen.⁴⁴⁸

Es ist jedoch strittig, ob ein Geschäftsführer, der gelöscht werden soll, vorher nach § 18 FBG zu verständigen ist.⁴⁴⁹ So spricht sich *Burgstaller* für eine Verständigung aus, jedoch ohne

⁴³⁹ OGH 29.04.1998, 9 ObA 36/98d.

⁴⁴⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 16 Rz. 3.

⁴⁴¹ OGH 07.11.1978, 5 Ob 611/78; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, 4/159 mwN.

⁴⁴² OGH 21.12.2000, 8 Ob 223/99v.

⁴⁴³ *Umfahrer*, GmbH⁶, Rz 200, mwN zur Judikatur.

⁴⁴⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 16 Rz. 3.

⁴⁴⁵ OGH 21.12.2000, 8 Ob 233/99v.

⁴⁴⁶ *Eckert*, Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, 16.

⁴⁴⁷ *Eckert*, Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, 16.

⁴⁴⁸ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, 4/160.

dies näher zu begründen.⁴⁵⁰ *Kodek* hingegen lehnt eine Verständigungspflicht mit dem Argument ab, dass es hier nicht um ein firmenbuchrechtliches (eigenes) Recht des Geschäftsführers, sondern ausschließlich darum gehe, die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft offen zu legen.⁴⁵¹ Die Judikatur äußerte sich diesbezüglich jüngst dahingehend, dass die Argumentation von *Kodek* „durchaus beachtlich“ sei, beantwortet die vorliegende Frage jedoch nicht abschließend.⁴⁵²

Soll nun ein GmbH-Geschäftsführer abberufen oder die Art seiner Vertretungsbefugnis geändert werden, so stellt dies mE sehr wohl einen Eingriff in dessen in das Firmenbuch eingetragene Rechte (nämlich jene auf Geschäftsführung und Vertretung) dar und ist als Konsequenz aus dem Eingriff in diese eingetragenen Rechte der GF gemäß § 18 FBG von der vorzunehmenden Eintragung zu verständigen.⁴⁵³

Weiters ausgehend von der Konstellation, dass der Betroffene nicht nur von seiner Position als GF enthoben wurde, sondern darüber hinaus noch „aus wichtigem Grund“ als Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird und daher seine Rechte als Gesellschafter verliert, so ist er, wie bereits erwähnt, nach *Kodek*⁴⁵⁴ und *Burgstaller/Pilgerstorfer*⁴⁵⁵ nicht von seiner Löschung als Gesellschafter zu verständigen.

Im Gesetz selbst ist nicht geregelt, ob ein Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund möglich ist, ohne dass diesbezüglich etwas im Gesellschaftsvertrag geregelt ist. Die **beinahe einhellige Lehre**⁴⁵⁶ spricht sich für einen solchen **Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund** aus, ähnlich wie das bei einer Personengesellschaft möglich ist und im Hinblick auf die eher personalistische Gesellschafterstruktur der GmbH auch vertretbar sei.

Die Judikatur ist dieser Argumentationslinie bis dato noch nicht gefolgt,⁴⁵⁷ es wird jedoch in einer jüngeren Entscheidung⁴⁵⁸ angesprochen, dass der Gesetzgeber trotz Kenntnis der bisherigen Nichtregelung diesbezüglich noch

⁴⁴⁹ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 25.

⁴⁵⁰ *Burgstaller*, RZ 1996, 38; *Burgstaller* in *Jabornegg*, HGB, FBG § 18 Rz 15.

⁴⁵¹ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 27.

⁴⁵² OGH 13.09.2007, 6 Ob 167/07p.

⁴⁵³ so auch OLG Wien 16.08.1995, 6 R 104/95.

⁴⁵⁴ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 18 f.

⁴⁵⁵ *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², FBG § 18 Rz 30.

⁴⁵⁶ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2007/120; *Umfahrer*, GmbH⁶, 658 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Rz 11 zu Anh § 71.

⁴⁵⁷ OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53; OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v.

⁴⁵⁸ OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v.

nichts normiert hat⁴⁵⁹ und es wurde die Diskussion aufgeworfen, ob das Schweigen des Gesetzgebers ein bewusstes ist, das eine allfällige Lückenfüllung ausschließen würde.⁴⁶⁰ Zuletzt wurde die Zulässigkeit eines Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund bei Vorhandensein einer entsprechenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag angenommen.⁴⁶¹

Es besteht keine Einigkeit darüber, wie der **Ausschluss aus wichtigem Grund** vor sich geht bzw. wann die **Wirkungen** desselben eintreten.

Nach *Reich-Rohrwig* sind die allgemeinen **Regeln über die Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses** heranzuziehen.⁴⁶² Ein Dauerschuldverhältnis kann, sofern es nicht terminlich beschränkt ist, von beiden Seiten durch Kündigung gelöst werden. Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die das Schuldverhältnis durch ihre rechtsgestaltende Wirkung auflöst. Neben dieser „ordentlichen Kündigung“, die an Termin und Frist gebunden ist, nimmt die hL die Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund an, aufgrund derer das Dauerschuldverhältnis sofort aufgelöst werden kann.⁴⁶³ Die Kündigung wird also dann wirksam, wenn sie in die Sphäre des Adressaten gelangt, bzw. sobald sie in seinen „Machtbereich“ gelangt, er unter normalen Umständen Kenntnis von ihrem Inhalt verschaffen kann.

Andere sprechen sich für die Vorgangsweise aus, dass ein Gesellschafter **analog zu § 140 UGB im Weg der Ausschlussklage** zu eliminieren sei.⁴⁶⁴

Paschinger lehnt in Anbetracht der kapitalistisch-körperschaftlichen Konstruktion der GmbH die Auflösungsklage ab.⁴⁶⁵

Nach *Koppensteiner* kann der Gesellschaftsvertrag, wie auch bei § 140 UGB, andere Modi des Ausschlusses festsetzen. Es sei etwa zulässig, einen **Gesellschafterbeschluss**, auch mit einfacher Mehrheit, vorzusehen. Im Zweifel sollte der Eintritt der Ausschlusswirkung wie bei den

⁴⁵⁹ kritisch *Kalss/Eckert*, 292 f; ausdrücklich aA OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v, wonach ein GmbH-Gesellschafter nur dann aus wichtigem Grund zwangsweise ausgeschlossen werden kann, wenn dies im GV vorgesehen ist.

⁴⁶⁰ OGH 25.09.2001, 4 Ob 216/01w, wobei sich das Höchstgericht gegen die Annahme einer planwidrigen Gesetzeslücke ausspricht.

⁴⁶¹ OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95.

⁴⁶² *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2007/120.

⁴⁶³ *Koziol/Welser II*¹³, 109, 9 mwN.

⁴⁶⁴ *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB², UGB § 140 Rz 38 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Rz 21 zu Anh § 71; *Umfahrer*, GmbH⁶, Rz 658, wonach die entsprechenden Bestimmungen des Personengesellschaftsrechts für sinngemäß anwendbar seien.

⁴⁶⁵ *Paschinger*, GesRZ 1983, 182 (188 f).

Personengesellschaften vom Zugang der Ausschlusserklärung abhängig gemacht werden.⁴⁶⁶

Bei all diesen Meinungen könnte man allerdings wiederum einwenden, dass die Möglichkeit besteht, dass sich der ausgeschlossene Gesellschafter bewusst der Mitteilung seines Ausschlusses entzieht.⁴⁶⁷

Anhand dieser kurzen, nicht den Anspruch der Vollständigkeit erfüllenden Darstellung ist ersichtlich, dass keine Einigkeit betreffend die Geltendmachung und Wirkung des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund besteht.

Geht man nun von dem Fall aus, dass dem GF im GV kein Sonderrecht auf Geschäftsführung eingeräumt wurde, und wird er entweder durch Umlaufbeschluss (bei dem er selbst ausgeschlossen ist) oder Beschluss der Generalversammlung, für welchen auch nur eine einfache Mehrheit erforderlich ist und kein Notariatsakt errichtet werden muss, abberufen, so ist denkbar, dass der Abberufene vom Ende seiner Geschäftsführertätigkeit gar nicht Kenntnis erlangt.

Auch vom Ende seiner Gesellschafterstellung erfährt er nichts, da er ja nach der Ansicht von *Kodek* und *Burgstaller/Pilgerstorfer* nicht von seiner bevorstehenden Löschung als Gesellschafter zu verständigen sei.

Wirksam wird die Abberufung als Geschäftsführer, wenn der (ehemalige) GF von seiner Abberufung informiert wird.⁴⁶⁸ *Nowotny* geht sogar so weit, dass er in Zweifel zieht, dass das Erfordernis des Zugangs der Abberufungserklärung Wirksamkeitsvoraussetzung der Abberufung ist, da er der Ansicht ist, dass die Abberufung sowieso nicht von der Zustimmung des Abberufenen abhängt und auch sonst keine berücksichtigungswürdigen Interessen dafür sprächen, den Abberufenen von seiner Abberufung zu informieren.⁴⁶⁹

Weiters argumentiert *Nowotny* dahingehend, dass der Zeitpunkt der Beendigung der Geschäftsführertätigkeit allein von der Gesellschafterversammlung (bzw. mit dem Abberufungsbeschluss) bestimmt werden soll. Wenn noch abgewartet werden müsste, dass dem Abberufenen seine Abberufung mitgeteilt wird, so stelle dies eine Hürde für die GmbH dar, die ihren bisherigen GF „loswerden“ möchte, da durchaus auch denkbar sei, dass der

⁴⁶⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Rz 22 zu Anh § 71.

⁴⁶⁷ so auch *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, 4/160 im Falle der Abberufung des GF.

⁴⁶⁸ OGH 21.12.2000, 8 Ob 233/99v.

⁴⁶⁹ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, 4/160.

ehemalige GF durch Umwege von seiner Abberufung erfährt und sich bewusst der Mitteilung von seiner Abberufung entzieht.

Denkt man nun den Gedanken zu Ende, dass, wie oben im Beispielfall erwähnt, der GF dem Beschluss über seine Abberufung nicht beigezogen wird und mit *Nowotny* für das Wirksamwerden der Abberufung nicht einmal der Zugang der Abberufungserklärung an den GF erforderlich sei und in weiterer Folge mit Kodek die Verständigungspflicht nach § 18 FBG entfallen soll und auch nach der Judikatur der Mangel der Verständigungspflicht nach § 18 FBG heilbar sein soll, so ist es denkbar, dass der abberufene GF durch einen Beschluss, bei dem er selbst nicht anwesend war und für den auch kein Notariatsakt errichtet werden muss, im Zuge einer zwar beglaubigten Firmenbucheingabe (bei welcher nur die Unterschriften, nicht jedoch der Inhalt beglaubigt wird), bei welcher es jedoch ausreicht, als Beilage den unbeglaubigten Abberufungsbeschluss (als Nachweis der Abberufung) beizufügen, gelöscht wird.

Untechnisch gesagt kann somit der GF zwar im Zuge einer beglaubigten Firmenbucheingabe, jedoch aufgrund eines unbeglaubigten Nachweises der Abberufung aus dem FB gelöscht werden und ist er von dieser Löschung nicht einmal mehr zu verständigen, da es nach der Judikatur ausreicht, wenn der Mangel der Verständigung nach § 18 FBG durch spätere Kenntnisnahme bzw. durch die Möglichkeit der Rekurerhebung heilt.⁴⁷⁰

Im Hinblick auf die Rechte und Pflichten des GF (hier interessieren vor allem das Recht auf Vergütung aus dem Anstellungsverhältnis und das Recht auf Geschäftsführung und Vertretung) ist zu fragen, ob dies sachlich zu rechtfertigen ist.

Nun könnte man im Hinblick auf die Folgen der Abberufung einwenden, dass der Entgeltanspruch des GF aus seiner Geschäftsführertätigkeit als rein wirtschaftliches Interesse (als bloße Reflexwirkung⁴⁷¹ der Stellung als Geschäftsführer) keine Verständigungspflicht nach § 18 FBG auslöst. Auch ist dieser Anspruch im Firmenbuch nicht ersichtlich und daher kein „eingetragenes Recht“. Zu verständigen sind nach der Intention des Gesetzgebers nur Betroffene, die durch die vorgesehene Eintragung in ihren in das FB eingetragenen Rechten beschränkt werden. Dieser Einwand ist mE teilweise berechtigt, jedoch darf der Entgeltanspruch, nicht zuletzt auch wegen dessen Höhe und Wichtigkeit auch im Hinblick auf die Arbeitsmoral und Motivation des Geschäftsführers nicht außer Acht gelassen werden,

⁴⁷⁰ OLG Wien 16.08.1995, 6 R 104/95; OGH 25.02.1993, 6 Ob 27/92.

⁴⁷¹ Kodek in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 8.

da (zumindest für einen Fremdgeschäftsführer) der Entgeltanspruch die Hauptmotivation darstellen wird, überhaupt die Position des Geschäftsführers anzunehmen. Unzweifelhaft ist jedoch, dass es sich bei den Rechten (und Pflichten) auf (zur) Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft und beim Stimmrecht um in das Firmenbuch eingetragene Rechte handelt, die keine wirtschaftlichen Interessen darstellen. Aufgrund dieser Rechte ist der Geschäftsführer mE jedenfalls nach § 18 FBG von seiner vorgesehenen Abberufung zu informieren und ist er zur Äußerung aufzufordern.

Ein weiterer wichtiger Punkt, warum ein GF jedenfalls von seiner Abberufung zu verständigen ist, ist seine mögliche Haftung als falsus procurator.

Nimmt man nun an, dass der GF **wissen musste, dass er abberufen wurde**, so wird er seine **Tätigkeit als GF** im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Dritten **fortsetzen, solange er nicht von seiner Abberufung unterrichtet wurde**. Wenn die Dritten gleichfalls nicht wissen, dass der betreffende GF bereits abberufen ist, werden sie auch Geschäfte abschließen, zu deren Abschluss der GF aber gar nicht mehr berechtigt war. Nach den Regeln über die direkte Stellvertretung scheitert diese an der mangelnden Vertretungsmacht des Vertreters als Organ der juristischen Person zum maßgeblichen Zeitpunkt.⁴⁷² Da der abberufene GF immer noch im Namen der Gesellschaft handelt, ist er Scheinvertreter (**falsus procurator**).

Ein Geschäft ohne (ausreichende) Vertretungsmacht ist unwirksam, da die Vertretungshandlung nicht für den scheinbar Vertretenen wirken kann. Für den Scheinvertreter selbst können sie auch nicht wirken, da dieser erkennbar im fremden Namen gehandelt hat und sein Wille nicht auf ein Eigengeschäft gerichtet war.⁴⁷³

Heilt dieses Geschäft nicht durch die nachträgliche Genehmigung durch den unwirksam Vertretenen, so stellt sich die Frage nach der **Haftung** des Scheinvertreters.

Seit der Handelsrechtsreform gilt auch für den Bereich des Unternehmensrechts nur mehr der nunmehr reformierte **§ 1019 ABGB**, welcher normiert:

„Ist der Gewalthaber zu den von ihm geschlossenen Geschäft nicht oder nicht ausreichend bevollmächtigt, so ist er, wenn der Gewaltgeber weder das Geschäft genehmigt noch sich den aus dem Geschäft entstandenen Vorteil zuwendet (§ 1016 ABGB), dem anderen Teil zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den dieser im Vertrauen auf die Vertretungsmacht erleidet. Der

⁴⁷² OGH 25. 2. 1997, 1 Ob 5/97k.

⁴⁷³ Welser, Fachwörterbuch, 474 f; Koziol/Welser I¹³, 212 f.

Gewalthaber haftet jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, das der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat.“

Der **falsus procurator haftet daher stets** (bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses) **auf das Vertrauensinteresse**. War dem Dritten der Vollmangelmangel bekannt, so führt dies zu einer Schadensteilung.⁴⁷⁴

Nicht zuletzt im Hinblick auf diese mögliche Haftung als falsus procurator ist der GF mE jedenfalls von seiner Abberufung gemäß § 18 FBG zu verständigen und reicht es nicht aus, dass der Abberufene erst später tatsächlich Kenntnis von seiner Abberufung erlangt oder ihm die Möglichkeit der Rekuserhebung gegeben wird, wie dies die Judikatur vorschlägt.⁴⁷⁵ Es ist durchaus denkbar, dass schon Schadenersatzansprüche entstanden sind, bevor der Abberufene (eventuell nur zufällig) Kenntnis von seiner Abberufung erlangt, bzw bevor er Rekurs erhebt.

Auch könnten solche Ergebnisse eventuell vermieden werden, wenn der nunmehr abberufene und gelöschte Gesellschafter-Geschäftsführer, wenn schon nach hM nicht von der Löschung seiner Tätigkeit als GF, aber dafür von seiner Löschung als Gesellschafter nach § 18 FBG zu verständigen wäre.

⁴⁷⁴ Krejci, Unternehmensrecht⁴, 259.

⁴⁷⁵ OLG Wien 16.08.1995, 6 R 104/95; OGH 25.02.1993, 6 Ob 27/92.

7. DAS STELLVERTRETUNGSRECHT UND § 11 FBG:

7.1. Bei Erklärungen betreffend die Kapitalaufbringung ist nach hM eine gewillkürte Stellvertretung ausgeschlossen:

Es ist erkennbar, dass bei allen Anmeldungen, die **Erklärungen zur Kapitalaufbringung** enthalten, wie etwa die Gründung von Kapitalgesellschaften oder Kapitalerhöhungen, eine **gewillkürte Stellvertretung ausgeschlossen** ist, da der Anmelder nach den §§ 10 Abs 4, 52 Abs 6 GmbHG, §§ 29, 39, 41, 155 AktG zivilrechtlich und gemäß § 122 Abs 2 Z 1 GmbHG auch strafrechtlich persönlich einzustehen hat.⁴⁷⁶

Die Erläuterungen zum GmbHG legen dar, dass das GmbHG mit dem Erfordernis der Mitwirkung sämtlicher Organvertreter alle GF in die Pflicht nehmen will um damit möglichst zu gewährleisten, dass die mit der Anmeldung abzugebenden Erklärungen den Tatsachen entsprechen.⁴⁷⁷

Zib verallgemeinert diese Wertung und legt dar, dass eine Stellvertretung wegen des damit verbundenen Höchstpersönlichkeitserfordernisses dort ausgeschlossen sei, wo das Gesetz eine Anmeldung durch sämtliche Organvertreter anordnet.⁴⁷⁸ Die strafrechtliche Verantwortung nach § 122 GmbHG unterstütze diesen Befund in vielen Fällen, bilde aber für sich genommen kein taugliches Abgrenzungskriterium, da eintragungsfähige Tatsachen, die in keinerlei Zusammenhang zu den „Verhältnissen der Gesellschaft“ stehen, kaum denkbar seien, und eine gewillkürte Vertretung bei Firmenbuchanmeldungen daher stets ausgeschlossen sein müsste.⁴⁷⁹

Umgekehrt ist *Zib* der Ansicht, eine **gewillkürte Stellvertretung müsste auch bei Kapitalherabsetzungen und sonstigen Satzungsänderungen der GmbH ausgeschlossen** sein.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ *Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, HGB § 12 Rz 22; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 9 Rz 9; *Heidinger* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 28 Rz 5; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 11 Rz 49 mwN, insb auch zum deutschen Recht.

⁴⁷⁷ ErläutRV zum GmbHG 60; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 9 Rz 8.

⁴⁷⁸ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 11 Rz 50.

⁴⁷⁹ ebenso *Weigand*, NZ 2003/23.

⁴⁸⁰ *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 11 Rz 51; ebenso zur Kapitalherabsetzung *Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, HGB § 12 Rz 22; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 56 Rz 4, aM zu § 55 Rz 1; zur Gesellschaftsvertragsänderung einer GmbH OGH 24.11.1997, 6 Ob 321/97t.

Damit die Sanktionen nach § 26 Abs 2 und § 122 Abs 2 Z 2 nicht leer laufen, ist *Koppensteiner* der Ansicht, dass eine Vertretung bei der Erklärung gegenüber dem Firmenbuchgericht generell abzulehnen sei.⁴⁸¹ Lediglich bei Einreichung der Erklärungen können sich die Geschäftsführer von einem Boten vertreten lassen.⁴⁸²

7.2. Wie fügt sich § 11 FBG in dieses System?

Trotz der hM, dass bei Erklärungen zur Kapitalaufbringung eine gewillkürte Stellvertretung ausgeschlossen ist, **ermöglicht § 11 FBG, insb bei Änderungen im Stande der GmbH-Gesellschafter, ihrer Namen, ihrer Stammeinlagen und der hierauf geleisteten Einzahlungen eine Anmeldung durch Bevollmächtigte.**⁴⁸³

Demgegenüber lehnt *Koppensteiner* eine Vertretung bei Firmenbuchanmeldungen generell ab.⁴⁸⁴ Auch das OLG Wien sprach aus, dass eine gewillkürte Stellvertretung bei Anmeldungen zum Firmenbuch dort nicht zulässig sei, wo der Anmeldende für den Inhalt der Anmeldung haftet und gelte dies auch für die Anmeldung der Übertragung eines Geschäftsanteils und die Eintragung der daraus resultierenden Änderungen im Gesellschafterstand und in der Höhe der Stammeinlagen eines Gesellschafters.⁴⁸⁵

Bei diesen Anmeldungstatbeständen handelt es sich um kapitalbezogene Angaben, für die aufgrund der zivil- und strafrechtlichen Haftung nach §§ 26 Abs 2, 122 Abs 2 Z 2 GmbHG grundsätzlich eine gewillkürte Stellvertretung ausgeschlossen wäre.⁴⁸⁶

§ 11 FBG normiert, dass für diese Anmeldungen die „Unterfertigung namens des Rechtsträgers durch vertretungsbefugte Personen in der zur Vertretung notwendigen Anzahl“ ausreicht und **stuft daher wiederum den erforderlichen Sicherheitsstandard herab, da**

⁴⁸¹ *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 26 Rz 7.

⁴⁸² *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 9 Rz 9.

⁴⁸³ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 107; *Zib* in *Fasching/Konecny*², ZPO § 30 Rz 36, *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 11 Rz 53; OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

⁴⁸⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 26 Rz 7.

⁴⁸⁵ OLG Wien 30.04.2001, 28 R 10/01y.

⁴⁸⁶ *Nowotny* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, HGB § 12 Rz 22; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 9 Rz 9; *Heidinger* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 28 Rz 5; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 11 Rz 49.

nach seinem Wortlaut keine höchstpersönliche Anmeldung mehr erforderlich ist. Das Gesetz fordert hier wiederum keine verstärkte Richtigkeitsgewähr.⁴⁸⁷

Von der Judikatur wurde bereits angeregt, § 11 FBG einschränkend dahingehend auszulegen, dass bei der Anmeldung der Änderung von Stammeinlagen, der darauf geleisteten Einzahlungen und des Übergangs eines Geschäftsanteils, soweit die Vertretung der Anmeldepflichtigen bei Anmeldungen nach § 26 GmbHG unzulässig ist – entgegen dem Wortlaut des § 11 FBG - auch nicht „sonstige zeichnungsbefugte Personen“ namens des Rechtsträgers diese Anmeldung vornehmen können.⁴⁸⁸

Ebenso schlägt das OLG Wien richtigerweise vor, zwischen den einzelnen im § 11 FBG genannten Anmeldungen zu unterscheiden. Gerade daraus, dass § 11 FBG für Anmeldungen nach § 26 GmbHG pauschal das vereinfachte Anmeldeverfahren vorsieht, obwohl nach den allgemeinen Grundsätzen die Zulässigkeit der Vertretung des Anmeldepflichtigen (soweit diesen eine strafrechtliche Verantwortung trifft) nach einhelliger Auffassung bei bestimmten in § 26 GmbHG genannten Eingaben eine Vertretung jedenfalls ausgeschlossen ist, sei der Schluss zu ziehen, dass diese Fälle differenziert zu behandeln seien, wie etwa die Anmeldung der Änderung der für die Zustellung maßgeblichen Geschäftsanschrift, die nicht zu jener Gruppe von Anmeldungen gehört, bei denen eine gewillkürte Stellvertretung ausgeschlossen ist.⁴⁸⁹

Es findet sich auch die These, dass bei diesen Anmeldungen **Wissenserklärungen** abzugeben seien, **welche eine Vertretung nicht zulassen würden**, da sie das Vorliegen besonderer Umstände zu enthalten haben und für deren Richtigkeitsgewähr zum Teil besondere zivil- und strafrechtliche Haftungen bestehen (§§ 10 Abs 4, 26 Abs 2, 122 Abs 2 Z 1 und 2 GmbHG).⁴⁹⁰ Ob in diesen Fällen die Anmeldung durch Bevollmächtigte zulässig ist, ist strittig.

Etwa die vom Geschäftsführer abzugebende Erklärung über den Gesellschafterwechsel (für die er auch haftet) sei eine Wissenserklärung darüber, dass ihm die Abtretung zur Kenntnis gebracht wurde und er sie auf ihre Richtigkeit geprüft hat. Der Geschäftsführer müsse die

⁴⁸⁷ Zib in Zib/Dellinger, UGB § 11 Rz 53; Zib in FS Woschnak, 651.

⁴⁸⁸ OLG Wien 17.01.2000, 28 R 120/99v; OLG Wien 15.10.1998, 28 R 62/98p.

⁴⁸⁹ OLG Wien 15.10.1998, 28 R 62/98p.

⁴⁹⁰ Hofmann, NZ 2005/58.

Erklärung persönlich abgeben und sei daher eine gewillkürte Stellvertretung ausgeschlossen.⁴⁹¹

Szöky/Szoka lehnen diese These ab, da sie ihrer Ansicht nach nicht begründet sei und im Gegensatz zur alltäglichen verfahrensrechtlichen Praxis stehe.⁴⁹²

Auch nach *Hofmann* sei bei der Abgabe von Wissenserklärungen die Möglichkeit gewillkürter Vertretung zu bejahen, da sich die Möglichkeit zur Vertretung aus § 12 Abs 2 HGB (nunmehr § 11 Abs 2 UGB) ergebe, welcher die Form der Vollmacht zur Anmeldung regelt und die Zulässigkeit einer gewillkürten Vertretung ohne Ausnahme voraussetze und sich kaum durchschlagende Argumente fänden, die einer kritischen Überprüfung standhalten.⁴⁹³

Hofmann hat folgende Argumente herausgearbeitet, warum seiner Ansicht nach eine gewillkürte Stellvertretung bei der Abgabe solcher Wissenserklärungen zulässig sein soll:⁴⁹⁴

- Die Aussage, dass aufgrund der *zivilrechtlichen Haftung* Wissenserklärungen nicht von einem Stellvertreter abgegeben werden können sei unzutreffend, weil das Verschulden des Stellvertreters nach § 1313a ABGB dem Machtgeber zuzurechnen sei.⁴⁹⁵
- Auch ändere eine Bevollmächtigung nichts an der *strafrechtlichen Verantwortung* eines Geschäftsführers, der wissentlich durch einen Bevollmächtigten eine Unwahrheit versichern lässt.
- Der Gesetzgeber ordne das Erfordernis einer persönlichen Erklärung ausdrücklich dort an, wo er Ausnahmen vom Prinzip der Stellvertretung statuieren will (wie etwa in § 163 c ABGB oder in § 17 Abs 1 EheG). Da das GmbHG oder das AktG für Anmeldungen zum Firmenbuch aber keine vergleichbare Anordnung enthalte, liege kein Fall der Unzulässigkeit gewillkürter Vertretung vor.
- Das Argument, das Bestimmungen wie etwa § 9 GmbHG, welche eine persönliche Anmeldung verlangen würden, im Verhältnis zu § 12 Abs 2 UGB und § 23 FBG als Sondervorschrift anzusehen seien, erscheine angreifbar, da zwischen den § 12 Abs 2

⁴⁹¹ OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k; *Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB², § 11 UGB Rz 44.

⁴⁹² *Szöky/Szoka*, Reg 2, Kap. 5.2.2., Seite 2.

⁴⁹³ *Hofmann*, NZ 2005/58.

⁴⁹⁴ *Hofmann*, NZ 2005/58.

⁴⁹⁵ *Szöky/Szoka*, Reg 2, Kap. 5.2.2., Seite 1.

UGB und § 23 FBG einerseits und § 9 Abs 1 GmbHG andererseits keine Gesetzeskonkurrenz bestehe, da eine ausdrückliche Verpflichtung zur persönlichen Anmeldung dem § 9 Abs 1 GmbHG nicht zu entnehmen sei.

Der OGH judiziert in jüngerer Zeit in stRsp, dass der strafrechtlich sanktionierten Richtigkeitsgewähr bei zulässiger Einschaltung eines Vertreters durch das Erfordernis einer **Spezialvollmacht** Rechnung getragen werden könne.⁴⁹⁶

7.3. Stellungnahme:

Meiner Ansicht nach kann das an dieser Stelle diskutierte Problem nicht über die Annahme des Vorliegens einer Wissenserklärung gelöst werden. Firmenbuchanmeldungen sind im Allgemeinen verfahrensrechtliche Willenserklärungen, also mit Rechtsfolgewillen abgegebene Erklärungen, die natürlich auch Wissenserklärungen, also Nachrichten über Tatsachen enthalten.⁴⁹⁷ Diese Wissenserklärungen sind mE, abgesehen von den gesetzlich normierten Ausnahmen der Vertretungsfeindlichkeit, einer gewillkürten Stellvertretung zugänglich.

Da §§ 11 FBG und 26 Abs 1 GmbH die Möglichkeit der Anmeldung in der „zur Vertretung notwendigen Anzahl“ ohnehin ermöglichen, erübrigt sich eine weitere Diskussion über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Wissenserklärung.

Während die Verminderung der Prüfpflicht, das Absehen von der Urkundenvorlage und der Verständigungspflicht nach § 18 FBG lediglich aus § 11 FBG abgeleitet wurden, ist die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung auch bei kapitalbezogenen Anmeldungen in § 11 FBG **gesetzlich verankert**. § 11 FBG bricht also mit einem Grundsatz des Kapitalgesellschaftsrechts, wonach eine gewillkürte Stellvertretung bei solchen Anmeldungen gerade nicht zulässig ist.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t; OGH 21.05.2003, 6 Ob 229/02y; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

⁴⁹⁷ Zib in Zib/Dellinger, UGB § 11 Rz 1.

⁴⁹⁸ Nowotny in Kodek/Nowotny/Umfahrer, HGB § 12 Rz 22; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 9 Rz 9; Heidinger in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 28 Rz 5; Zib in Zib/Dellinger, UGB § 11 Rz 49 mwN.

Aufgrund dieser gesetzlichen Normierung besteht die hM zu Recht, dass bei diesen Anmeldungstatbeständen eine gewillkürte Stellvertretung möglich ist, da deren Zulässigkeit in § 11 FBG ausdrücklich angeordnet ist.⁴⁹⁹

Es stellt sich allerdings die Frage nach der Rechtfertigung dieser die allgemeine Regelung aushebelnden Sondervorschrift.

Im AB findet sich wiederum lediglich die Begründung, dass die betroffenen Anmeldungen „in häufiger Folge aktuell werden können“ und dass daher das strenge Formerfordernis durchbrochen werden könne.⁵⁰⁰ Schon *Eiselsberg/Schenk/Weißmann* weisen darauf hin, dass durch diese Regelung in materielle Vertretungsregelungen eingegriffen wird und sind sie der Ansicht, dass es nicht zulässig sei, daraus Schlüsse auf die Antragslegitimation aufgrund anderer Gesetzesbestimmungen zu ziehen.⁵⁰¹

Zib ist der Ansicht, dass, wenn gesellschafer- und stammeinlagebezogene Eintragungen als Kapitalisierungskriterien aus allgemeinen Grundsätzen wirklich einer verstärkten Richtigkeitsgewähr bedürfen, indem eine gewillkürte Stellvertretung grundsätzlich nicht für zulässig erachtet wird, dies nicht durch § 11 FBG ausgeschaltet werden können solle.⁵⁰²

Auch *Szöky/Szoka* sind der Ansicht, dass in Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Unzulässigkeit der Vertretung des Anmeldepflichtigen bei Firmenbucheingaben daher auch bei solchen Anmeldungen eine Vertretung ausgeschlossen sei, welche durch gerichtliche Strafdrohung abgesichert sind, obwohl § 11 FBG für die Anmeldungen nach § 26 GmbHG pauschal das vereinfachte Verfahren vorsieht.⁵⁰³

Ich bin ebenfalls der Ansicht, dass die Regelung in § 11 FBG nicht zu rechtfertigen ist und auch insbesondere die bestehende Ansicht, dass bei kapitalbezogenen Anmeldungen eine gewillkürte Stellvertretung ausgeschlossen ist, ernst zu nehmen ist und nicht etwa dadurch verdrängt werden kann, dass nach der Ansicht des AB eine Eintragung häufig vorkommt.

Wie bereits erwähnt kann es nicht sein, dass Sicherheitsstandards herabgesetzt werden können, nur weil eine Eintragung „häufig“ vorkommt.

⁴⁹⁹ *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 107; *Zib* in *Fasching/Konecny*², ZPO § 30 Rz 36, *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 11 Rz 53; OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t; OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k.

⁵⁰⁰ AB (23 B1gNR XVIII. GP), FBG § 11.

⁵⁰¹ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, FBG § 11 Rz 4.

⁵⁰² *Zib* in *FS Woschnak*, 651.

⁵⁰³ *Szöky/Szoka*, Reg 2, Kap. 5.2.2., Seite 4.

Dieser Wertungswiderspruch könnte dadurch entschärft werden, dass im Zuge einer Reform des § 11 FBG der Anmeldungstatbestand der Gesellschafter, ihrer Stammeinlagen und der darauf geleisteten Einzahlungen aus § 11 FBG entfernt werden, sodass diese Anmeldungen im Zuge einer „normalen“ (beglaubigten) Firmenbucheingabe anzumelden wären und somit auch eine gewillkürte Stellvertretung für diese Vorgänge nicht mehr zulässig wäre.

Da nun auch § 26 Abs 1 GmbHG von der Anmeldung durch die „Geschäftsführer in der zur Vertretung notwendigen Anzahl“ spricht, wäre auch hier eine Streichung von „in der zur Vertretung notwendigen Anzahl“ vorzunehmen, sodass alle GF zur Anmeldung dieser Änderung berufen wären und dadurch diese Wertungswidersprüche beseitigt werden könnten.

Diese Reformvorschläge werden auf den Seiten 135 f noch genauer dargelegt werden.

8. WAS IST SEIT DER EINFÜHRUNG DER VEREINFACHTEN ANMELDUNG AUS § 11 FBG GEWORDEN?

8.1. Aufhebung der Halbierung der gerichtlichen Pauschalgebühr:

Die früher bestehende Halbierung der gerichtlichen Pauschalgebühr nach TP 10 GGG wurde inzwischen aufgehoben, da die Anmerkung 3b zu TP 10 GGG mittlerweile wieder entfernt wurde.

8.2. Heranziehung des § 11 FBG für die Umstellung der Rechtsformzusätze durch das HaRÄG 2005:

Ein vereinfachtes Anmeldeverfahren wurde auch im Zuge des HaRÄG zur Anpassung des Rechtsformzusatzes von Personengesellschaften gemäß § 901 Abs 4 Z 2 UGB iVm § 19 Abs 1 Z 3 UGB herangezogen und konnte die Umstellung der Rechtsformzusätze mittels einer unbeglaubigten Anmeldung, welche ebenfalls mit einer Gebührenbefreiung verbunden war, angemeldet werden.

Aus den Materialien zu § 907 Abs 4 UGB:

„Des weiteren sollen solche Anmeldungen, die nur die Aufnahme des Rechtsformzusatzes in den Firmenwortlaut zum Inhalt haben, keiner Beglaubigung bedürften (was freilich auch dann zu gelten hat, wenn weitere zugleich begehrte Eintragungen ebenfalls der vereinfachten Anmeldung des § 11 FBG unterliegen). Schließlich wird für den gesamten Umstellungszeitraum eine Befreiung von jenen Gebühren vorgesehen, die reformbedingt verursacht sind.“⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Materialien zum HaRÄG 2005 (1058 der Beilagen XXII. GP.).

8.3. Neuerungen in § 11 FBG durch das GesRÄG 2011:

Im Zuge des Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2011⁵⁰⁵ wird dem § 3 folgender Abs. 3 angefügt: „(3) Wenn ein Rechtsträger dies beantragt, ist auch die Adresse seiner **Internetseite** einzutragen.“ und wird § 5 nach der Z 4a folgende Z 4b eingefügt: „4b. bei börsennotierten Aktiengesellschaften (§ 3 AktG) der **Umstand der Börsennotierung** und die Adresse der Internetseite der Gesellschaft;“.

Weiters wird in § 11 erster Satz nach der Wendung „den Geschäftszweig“ die Wendung „die Börsennotierung, die Adresse der Internetseite,“ eingefügt. Der Internetseite eines Unternehmens komme häufig nicht nur kommerzielle, sondern auch rechtliche Bedeutung zu, da über sie juristisch relevante Informationen (z.B. Allgemeine Geschäftsbedingungen) abgerufen oder zum Teil auch Verträge geschlossen werden können. Die besondere Eignung einer Internetseite als Informationsmedium habe auch der Gesetzgeber bereits ausdrücklich anerkannt (vgl. etwa im Gesellschaftsrecht § 108 Abs. 4 und 5 AktG).

Um dieser Bedeutung von Internetseiten Rechnung zu tragen, sollen im Firmenbuch eingetragene Rechtsträger über einen neuen § 3 Abs. 3 FBG in Hinkunft die Möglichkeit haben, auch ihre Internetadresse eintragen zu lassen. Eine Eintragungspflicht solle nur für börsennotierte Aktiengesellschaften bestehen (vgl. dazu § 5 Z 4b FBG), da diese aufgrund bestehender aktienrechtlicher Vorschriften (vgl. z.B. § 108 Abs. 4 AktG) bereits derzeit verpflichtet sind, bestimmte Information (auch oder ausschließlich) auf ihrer Website bekannt zu machen. Für andere Rechtsträger sei die Eintragung ihrer Internetseite fakultativ.

Weiters solle jede börsennotierte Aktiengesellschaft und SE in Hinkunft verpflichtet sein, den Umstand ihrer Börsennotierung sowie ihre Internetadresse – über die sie aufgrund bestehender aktienrechtlicher Vorschriften (vgl. z.B. § 108 Abs. 4 AktG) bereits jetzt verfügen müssen – im Firmenbuch eintragen zu lassen.

Anmeldungen zum Firmenbuch, die den Umstand der Börsennotierung einer Gesellschaft oder die Adresse der Internetseite eines Rechtsträgers betreffen, sollen nicht der beglaubigten Form bedürfen, sondern als vereinfachte Anmeldungen im Sinn des § 11 FBG erfolgen können.

Diese Änderungen sollen überwiegend mit 01.08.2011 in Kraft treten.

⁵⁰⁵ EB zu 1252 der Beilagen XXIV. GP.

8.4. Fazit:

Die **beiden letztgenannten Punkte** (Anmeldung neu geschaffener Tatbestände mittels des vereinfachten Verfahrens nach § 11 FBG) **unterstützen die These Zibs**, dass die vier ursprünglichen Tatbestände, welche vereinfacht anzumelden waren, mit denen durch das FBG neu eingeführten Eintragungstatbeständen korrelieren und dass die Umwandlung von dem Gericht lediglich unbeglaubigt mitzuteilender Tatbestände in zum Firmenbuch grundsätzlich beglaubigt anzumeldender Tatbestände und die sich dadurch ergebende Kostenbelastung für die Unternehmen dadurch abgefangen werden sollte, dass es ermöglicht werden sollte, diese Tatbestände eben vereinfacht anmelden zu können. Darauf weist auch die zugleich eingeführte Halbierung der Pauschalgebühr, welche zwischenzeitlich wieder aufgehoben wurde, hin.⁵⁰⁶

⁵⁰⁶ Zib in Zib/Dellinger, FBG § 11 Rz 2.

9. ERGEBNIS

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die gesamte Regelung der vereinfachten Anmeldung, insbesondere im Zusammenhang mit der Haftungsregelung des § 26 GmbHG einige Systemwidrigkeiten aufweist und dass vor allem die daraus abgeleiteten Verfahrensvereinfachungen äußerst problematisch sind.

Von der Grundkonzeption des § 11 FBG ausgehend, sollen mE die zur Anmeldung berufenen Personen durch die Verfahrenserleichterungen dazu angehalten werden, die dem vereinfachten Verfahren unterliegenden Anmeldungstatbestände rasch zur Anmeldung zu bringen, was ja grundsätzlich ein begrüßenswertes Motiv ist.

An der grundsätzlichen Idee des Gesetzgebers und an deren Umsetzung in § 11 FBG ist, mit Ausnahme der Aufnahme der „vertretungsbefugten Anzahl“ in FBG, meiner Ansicht nach nichts auszusetzen. Die Probleme bzw. die systemwidrigen Ergebnisse entstanden meiner Ansicht nach durch die Ableitungen und Schlüsse, die von der Lehre und Rechtsprechung aus § 11 FBG gezogen wurden.

Es ist die Tendenz zu beobachten, dass § 11 FBG zum Anlass genommen wird, Geschäftsanteilsabtretungen in einer Art „Schnellverfahren“, ohne verlässliche Kontrolle durch das Gericht durchzuführen. Durch die Möglichkeit der vereinfachten Anmeldung entsteht der Eindruck, dass dem Gesetzgeber dieser Anmeldungstatbestand nicht ausreichend wichtig ist, um dafür ein ordentliches (nicht vereinfachtes) Verfahren vorzusehen.

Während das vereinfachte Verfahren beispielsweise bei der Anmeldung der für die Zustellungen maßgeblichen Geschäftsanschrift und des Geschäftszweiges eher noch vorstellbar und zu rechtfertigen ist, so ist meiner Ansicht nach im Falle der Anmeldung von Geschäftsanteilsabtretungen eine vereinfachte Anmeldung, im Hinblick auf die Wichtigkeit dieses Vorganges (wesentliches Kapitalisierungskriterium der GmbH) und auf die involvierten Vermögenswerte nicht der richtige Weg, um die betroffenen Interessen ausreichend wahrzunehmen.

Durch Regelung des § 11 FBG mit den Ableitungen, dass eine Prüfung durch das Gericht und eine Urkundenvorlage nicht erforderlich sei, wird sozusagen als Kettenreaktion angenommen, dass eine Einholung einer Äußerung der Betroffenen nach § 18 FBG nicht mehr erforderlich sei, da es sich ohnehin um ein vereinfachtes Verfahren handelt, an welches der Gesetzgeber nicht so hohe Sicherheitsanforderungen stellt wie an das „normale“ Firmenbuchverfahren. Dadurch werden durch den § 11 FBG, der ja explizit nur zwei Verfahrensvereinfachungen normiert, weitere Verfahrenserleichterungen erfunden. Am Beispiel des angenommenen Entfalls der Verständigungspflicht nach § 18 FBG ist erkennbar, dass diese Praxis sogar dazu führen kann, dass verfahrensrechtliche Grundrechte der Betroffenen umgangen werden.

Weiters ist die durch § 11 FBG normierte Möglichkeit der gewillkürten Stellvertretung bei der Anmeldung von Kapitalisierungskriterien nirgendwo inhaltlich zu rechtfertigen.

De lege lata ist die bestehende Regelung korrekt, es stellt sich aber die Frage, mit welcher Rechtfertigung § 11 FBG das ganze System des Stellvertretungsrechts bei Firmenbuchanmeldungen durchbrechen kann. Die einzige sich aus dem Gesagten ergebende Antwort ist wiederum, dass der Gesetzgeber bei den betroffenen Tatbeständen eine erhöhte Richtigkeitsgewähr ohnehin nicht fordert, da die Anmeldung dieser Tatbestände „in häufiger Folge aktuell werden kann“.

Es stellt sich auch die Frage, inwieweit die Kostenersparnis, die die vereinfachte Anmeldung zweifellos mit sich bringt, sachlich zu rechtfertigen ist. Es ist von dem Standpunkt auszugehen, dass oberstes Ziel die Richtigkeit des Firmenbuches und somit der Vertrauensschutz der Einsicht nehmenden Verkehrskreise sein muss. Die erörterten Systemwidrigkeiten, die die vereinfachte Anmeldung mit sich bringt, sind jedenfalls der Rechtssicherheit abträglich.

Dies führt zum nächsten Punkt, der beinahe aleatorisch anmutenden Zusammenwürfelung verschiedener Anmeldungstatbestände in § 11 FBG. Neben dem regelmäßig auftauchenden Argument, dass diese Eintragungen „in häufiger Folge aktuell werden können“, findet sich

keine inhaltliche Rechtfertigung, warum genau die vier in § 11 FBG aufgezählten Tatbestände vereinfacht angemeldet werden können.

Daher ist mE die derzeitige Regelung vom Gesetzgeber neu zu überdenken.

Zunächst besteht die Möglichkeit, § 11 FBG gänzlich aufzuheben, wie es *Zib* vorschlägt. Ich bin der Meinung, dass es diesen Schrittes nicht bedarf, da meiner Ansicht nach nichts dagegen spricht, für manche Anmeldungstatbestände das Beglaubigungserfordernis fallen zu lassen, wenn im Gegenzug eine ordentliche Kontrolle durch das Gericht bestehen bleibt. Der Gedanke, für gewisse Anmeldungen Verfahrensvereinfachungen zu normieren, darf nicht zu einem gänzlichen Entfall jeglicher Prüfung durch das Gericht führen.

Meiner Ansicht nach ist eine Reform des § 11 FBG zielführend und notwendig.

Es ist jedenfalls der vierte Anwendungsfall der vereinfachten Anmeldung, die Anmeldungen betreffend den Gesellschafterstand der GmbH, der Stammeinlagen und der darauf geleisteten Einzahlungen aus § 11 FBG zu löschen. Wenn man diesen Anmeldungstatbestand aus dem Anwendungsbereich des § 11 FBG entfernt hat, so ist einerseits klar, dass bei der Anmeldung einer Geschäftsanteilsabtretung ein ordentliches Firmenbuchverfahren mit einer ausreichenden Prüfung durchzuführen ist, bei welchem natürlich auch die Eintragungsgrundlage zu prüfen ist. Weiters sind dann auch die Ableitungen der entbehrlichen Urkundenvorlage und Verständigung nach § 18 FBG nicht mehr begründbar.

Da nun auch § 26 Abs 1 GmbHG von der Anmeldung durch die „Geschäftsführer in der zur Vertretung notwendigen Anzahl“ spricht, wäre auch hier eine Streichung von „in der zur Vertretung notwendigen Anzahl“ vorzunehmen, sodass alle GF zur Anmeldung dieser Änderung berufen wären und dadurch diese Wertungswidersprüche beseitigt werden könnten.

Dadurch fiel die durch §§ 11 FBG und 26 Abs 1 GmbHG eröffnete Möglichkeit der gewillkürten Stellvertretung bei der Anmeldung von Kapitalisierungskriterien der GmbH weg und würde somit, betreffend das Stellvertretungsrecht, wieder ein einheitliches System bestehen.

Ebenso könnte man in Betracht ziehen, im Zuge einer Umgestaltung des § 11 FBG nunmehr alle Tatbestände in § 11 FBG aufzunehmen, die nicht der Beglaubigung bedürfen. Dabei ist allerdings darauf Bedacht zu nehmen, dass nicht bei allen Anmeldungen, die nicht der Beglaubigung bedürfen, die Anmeldung in der zur Vertretung befugten Zahl ausreicht.

§ 11 FBG könnte künftig wie folgt aussehen:

§ 11 Vereinfachte Anmeldung

(1) Anmeldungen, die

- a. die für die Zustellung maßgebliche Geschäftsanschrift,
- b. den Geschäftszweig,
- c. die Börsennotierung,
- d. die Adresse der Internetseite sowie
- e. den Vorsitzenden, seine Stellvertreter und die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats betreffen,

bedürfen nicht der beglaubigten Form.

(2) Bei Anmeldungen **betreffend der in lit. a. bis einschließlich lit. d. erwähnten Fälle** genügt die Unterfertigung namens des Rechtsträgers durch vertretungsbefugte Personen in der zur Vertretung notwendigen Anzahl.

Auch § 26 Abs 1 GmbHG bedarf mE einer Änderung dahingehend, dass

- die Wendung „**in der zur Vertretung notwendigen Anzahl**“ **gestrichen werden müsste** und
- eine Verpflichtung zur Vorlage des Abtretungsvertrages aufgenommen werden müsste

und daher wie folgt aussehen würde:

§ 26. (1) Sobald der Gesellschaft der Übergang eines Geschäftsanteils, die Änderung des Namens, der für Zustellungen maßgeblichen Anschrift, einer Stammeinlage oder der geleisteten Einzahlungen eines Gesellschafters nachgewiesen wird, **haben sämtliche Geschäftsführer** diese Tatsachen unverzüglich zum Firmenbuch anzumelden. Weiters haben sie in der zur Vertretung notwendigen Anzahl jede Änderung der für Zustellungen an die Gesellschaft maßgeblichen Anschrift unverzüglich anzumelden. **Der Anmeldung ist der Notariatsakt über den Übergang des Geschäftsanteiles beizufügen.**

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS:

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
ADV	Automationsunterstützte Datenverarbeitung
aF	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
allg	allgemein (e)(er)(es)
AnwBl	Anwaltsblatt
Anm	Anmerkung
AR	Aufsichtsrat
ARD	ARD-Betriebsdienst
arg	argumento
AußStrG	Außerstreitgesetz
B	Band
Blg	Beilage(n)
BGBI	Bundesgesetzblatt
bzw	beziehungsweise
CyberDoc	Das elektronische Urkundenarchiv des österreichischen Notariats als Partner für die Urkundensammlungen der Justiz
<i>ders</i>	derselbe
E	Entscheidung
EB	erläuternde Bemerkungen
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, in: Österreichische Juristenzeitung
ERV	elektronischer Rechtsverkehr
f	folgend(e), (er), (es)
FB	Firmenbuch
FBG	Firmenbuchgesetz
ff	die folgenden
FN	Fußnote
GBU	GmbH-Bulletin

Gen	Genossenschaften
GenG	Genossenschaftsgesetz
GenRevRÄG	Genossenschaftsrevisionsänderungsgesetz
GesRÄG	Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2011
GeS	Der Gesellschafter
GF	Geschäftsführer
GGG	Gerichtsgebührengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
GV	Gesellschaftsvertrag, Generalversammlung
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
hL	herrschende Lehre
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen, begründet von <i>Stanzl/Friedl/Steiner</i> , zuletzt herausgegeben von <i>Jabornegg/Karollus/Huemer</i>
idR	in der Regel
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iSd	im Sinne des, der
iVm	in Verbindung mit
JA	Justizausschuss
JAB	Justizausschussbericht
JN	Jurisdiktionsnorm
KG	Kommanditgesellschaft
leg cit	legis citatae
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NO	Notariatsordnung
Nr	Nummer

NZ	Österreichische Notariatszeitung
oÄ	oder ähnliches
ÖBL	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OG	Offene Gesellschaft
OGH	oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
PSG	Privatstiftungsgesetz
RATG	Rechtsanwaltstarifgesetz
Reg	Register
ReLÄG	Rechungslegungsänderungsgesetz 2004 (BGBl I 2004/161)
RdW	Recht der Wirtschaft
RPfl	Der Österreichische Rechtspfleger
RpflG	Rechtspflegergesetz
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
RZ	Richterzeitung
S	Seite, Satz
sog	sogenannt (e) (es)
SozBeG	Sozialbetrugsgesetz (BGBl I 2004/152)
str	strittig
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-) sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern
TP	Tarifpost
ua	unter anderem, und andere
UmwG	Umwandlungsgesetz
UGB	Unternehmensgesetzbuch
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
V	Verordnung
verst	verstärkter
vgl	vergleiche

wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer, Zahl
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZPO	Zivilprozessordnung
ZustellG	Zustellgesetz

LITERATURVERZEICHNIS:

- Arnold*, Kommentar Privatstiftungsgesetz² (Orac 2007).
- Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3.
- Auer*, Das Firmenbuch, RPfl 1990/2, 1.
- Birnbauer*, Euro-Umstellung von Kommanditeinlagen im Firmenbuch, GeS 2003, 52.
- Birnbauer/Saria*, Gesellschaftsrechtliche Entscheidungen der Firmenbuchgerichte (Orac Loseblattsammlung Stand Dezember 2009).
- Bittner*, Die Auslegung des neuen § 78 Abs 1 GmbH-Gesetz – ein Problem, das keines sein sollte, NZ 1991, 100.
- Bruckbauer*, Notariatsaktpflicht bei Anteilsübertragungen, ecolex 2002, 589.
- Burgstaller*, Zur Beteiligtenstellung im Firmenbuchverfahren, RZ 1996, 30.
- Bydlinski D.*, Anteilsübertragung und Notariatsaktpflicht, ecolex 2010, 1069.
- Bydlinski F.*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (WUV 2005).
- Bydlinski P.*, Zur Formpflicht bei der Übertragung von GmbH-Anteilen, NZ 1986, 241.
- Bydlinski P.*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (Manz 1991).
- Danzl*, Das neue Firmenbuch (Ecolex Spezial 1991).
- Dellinger*, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen (Orac 2005).
- Deu/Helm*, Die Anmeldung zum Firmenbuch, Band 1 Einzelunternehmen, Personengesellschaften und GmbH (Orac 2003).
- Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum AktG (2003).
- Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz (Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei 1991).
- Eckert*, Die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers (Linde 2003).
- Eckert*, Rechtsfolgen mangelhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse in der österreichischen Judikatur, GeS 2004, 228.
- Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² (Manz 2002).
- Feil*, Firmenbuchgesetz Praxiskommentar (Linde 2005).
- Fritz*, Die GmbH in der Praxis, SWK-Spezial (Linde Oktober 2007).
- Geist*, Zur Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (ÖJZ 1996, 414)
- Gellis*, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁷ (Linde 2009).
- Graff*, Das neue Firmenbuch, RdW 1991, 5.
- Gruber/Schoibl*, Miscellen zum Firmenbuchgesetz 1991, wbl 1991, 109.
- Haberer*, Systembau oder Systembruch? Gutgläubiger Eigentumserwerb im österreichischen Zivil-, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2008).
- Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht. Rechtfertigung und Grenzen (Manz 2009).
- Hofmann*, Gewillkürte Stellvertretung und Berufung auf die erteilte Vollmacht im Firmenbuchverfahren, NZ 2005/58.

Jabornegg (Hrsg.), Kommentar zum HGB, Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht (Springer 1997).

Jabornegg/Artmann (Hrsg.), Kommentar zur UGB², Unternehmensgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz, CMR, AÖSp (Springer 2010)

Jabornegg/Strasser, Kommentar zum AktG⁴ (Manz 2006).

Jud W., Jännerliste und Publizität, NZ 1983, 70.

Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts. Entwicklung, Perspektiven, Materialien (Linde 2004).

Kalss/Nowotny C./Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (Manz 2008).

Kodek G., Die elektronische Urkundensammlung im Firmenbuch, NZ 2006/44.

Kodek/Nowotny G./Umfahrer, FBG und firmenbuchrechtliche Bestimmungen des HGB (Manz Kurzkommentar 2005).

Kodek/Nowotny, Das neue AußStrG und das Verfahren vor dem Firmenbuchgericht, NZ 2004/78.

Kohlegger, Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das Firmenbuchverfahren (Teil I), NZ 2009/11.

Koppensteiner/Rüffler, Kommentar GmbHG³ (Orac 2007).

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (Manz 2006).

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB² (Springer 2007).

Krejci, Unternehmensrecht⁴ (Manz 2008).

Lehner, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128.

Michalek/Tades, Notariatsgebühren, Rechtsanwaltsstarif samt einschlägigen Vorschriften aus dem Gebühren- und Steuerrecht sowie Indexpzahlen²⁴ (Manz 2010).

Nowotny G., Die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts in Umgründungs- und Sacheinlagefällen, NZ 2006/64.

Nowotny G., Rechtsmittel im Firmenbuchverfahren, NZ 2003/70.

Paschinger, Umstrittene Klagen im GmbH-Recht, GesRZ 1983, 182 (186 f).

Rauter, Das Firmenbuchverfahren nach der Außerstreitreform ODER: Halbneu ist besser als ganz neu, JAP 2004/2005/33.

Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht⁶ (Manz 2003).

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht (Manz 1983).

Reich-Rohrwig, Rund um das Firmenbuchgesetz, ecolex 1991, 93.

Reich-Rohrwig, Zum Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund; Kapitalerhöhung: Kein Anspruch des übergangenen Gesellschafters auf neuen Geschäftsanteil, ecolex 2007/120.

Reich-Rohrwig/Kurschel, Änderungen des Aktien- und GmbH-Rechts, ecolex 1991, 22.

Reich-Rohrwig/Zehetner, Genossenschaftsrecht idF GenRevRÄG 1997 (Linde 1998).

Schauer, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen? RdW 1986, 358.

Schimkowsky, Vertragsmuster und Beispiele für Eingaben⁹ (Loseblattsammlung, Manz 2008)

Schönherr, Jännerliste und andere Fragen im Recht der GmbH und der KG, NZ 1983, 131.

Schoibl, Rechtliches Gehör und Beteiligtenstellung im österreichischen Außerstreitverfahren, dargestellt am Beispiel der „Verständigung“ nach § 18 FBG im Firmenbuchverfahren – Eine Skizze (Festschrift Matscher, Manz 1993).

Schummer, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteiles, ecolex 1991, 319.

Stabentheiner, Die Gerichtsgebühren⁸ (Manz 2007).

-
- Stern**, Firmenbuchanmeldungen durch Prokuristen, RdW 1998, 451.
- Straube**, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band I³ (Manz 2003).
- Straube**, Wiener Kommentar zum GmbHG (Manz 2010).
- Szöky/Szoka**, nachfolgend den früheren Herausgebern *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*, Anträge und Anmeldungen zum Firmenbuch (WEKA-Loseblattsammlung, Stand Februar 2010).
- Szöky**, Das Firmenbuchverfahren² (WEKA 2008).
- Szöky**, Firmenbuch – Vermeidung von Verbesserungsaufträgen nach PuG und UGB² (WEKA 2009).
- Thöni**, Zur Reichweite der Prüfbefugnis des Firmenbuchgerichts bei GmbH-Gesellschafterbeschlüssen, FS Koppensteiner (Orac 2001).
- Umfahrer**, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ (Manz 2008).
- Wagner**, Gesellschafter, Gesellschaft und Firmenbuch, NZ 1991, 101.
- Wagner**, Die Musterunterschrift für das Handelsgericht, NZ 1991, 113.
- Wagner/Knechtel**, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ (Manz 2006).
- Weigand**, Firmenbuchrechtliche Prüfungspflicht bei Anmeldungen von Bestellung und Abberufung vertretungsbefugter Personen, NZ 2003/23.
- Welser**, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (Manz 2005).
- Zehetner/Zehetner**, GmbH-Gründung: Vereinfachungen bei der Firmenbuchanmeldung, GBU 2006/10/09.
- Zehetner/Zehetner**, Firmenbucheingaben einer GmbH – Formerfordernisse, GBU 2005/03/09.
- Zib**, Das Firmenbuchgesetz, wbl 1991, 44.
- Zib**, Auf dem Weg zum ADV-Handelsregister, wbl 1990, 249.
- Zib**, Die vereinfachte Anmeldung nach § 11 FBG – Normzweck und Systemkonformität, FS Woschnak (Manz 2010)
- Zib/Auer**, Vom Handelsregister zum Firmenbuch (Österreichische Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit im Notariat, Schriftenreihe des BMJ 1993).
- Zib/Dellinger**, Großkommentar UGB, Band I – Teil 1 (Lexis Nexis 2010).
- Zib/Verweijen**, Das neue Unternehmensgesetzbuch idF HaRÄG (ab 1.1.2007) mit den amtlichen Erläuterungen und Anmerkungen inkl. Firmenbuchgesetz idF HaRÄG (WUV 2006).

ENTSCHEIDUNGS- UND FALLREGISTER:

Oberster Gerichtshof:

OGH 01.10.2008, 6 Ob 132/08t, RdW 2009, 82 = NZ 2009, 27 = wbl 2009, 41 = AnwBl 2009, 255 = GesRZ 2009, 109 = ecolex 2009, 47.

OGH 08.05.2008, 6 Ob 232/07x, wbl 2008, 218 = GesRZ 2008, 299 = ecolex 2008, 345 = RdW 2008, 666.

OGH 29.11.2007, 2 Ob 134/07f, RdW 2008, 287 = ecolex 2008, 121.

OGH 07.11.2007, 6 Ob 235/07p, GeS 2008, 21 (Birnbauer) = RdW 2008, 200 = RWZ 2008, 104 (Wenger) = RWZ 2008, 107 (Wiesner) = GesRZ 2008, 100 (Umlauf) = NZ 2008/36 = wbl 2008/85 = ecolex 2008/86 (Karollus) = ZIK 2008, 143.

OGH 13.09.2007, 6 Ob 132/07s, RdW 2008, 156 = wbl 2008, 39 = ecolex 2008, 82 = GesRZ 2008, 218.

OGH 13.09.2007, 6 Ob 167/07p, HS 38.115 = ecolex 2008, 47 = GeS 2008, 57 (Fantur) = RdW 2008, 145 = AnwBl 2008, 483.

OGH 13.09.2007, 6 Ob 20/07w, GesRZ 2008, 27 = NZ 2008, 45.

OGH 13.09.2007, 6 Ob 168/07k, NZ 2008, 46 = JusGuide 2007/48/5257.

OGH 25.05.2007, 6 Ob 77/07b, GesRZ 2007, 339 = RdW 2008, 44 = ecolex 2007, 297.

OGH 16.03.2007, 6 Ob 142/05h, HS 38.185 = RWZ 2007, 135 (Wenger) = GesRZ 2007, 148 = GeS 2007, 186 (Fantur) = wbl 2007/155 = ecolex 2007/225 = GesRZ 2007, 258 (Höller) = ZIK 2007, 130 = RdW 2007, 473 = NZ 2007/97 = GesRZ 2009, 4 (Umlauf).

OGH 16.03.2007, 6 Ob 35/07a, ecolex 2007, 226 = GBU 2007/07-08/03, RdW 2007, 630 = NZ 2008, 17.

OGH 15.02.2007, 6 Ob 14/07p, GeS 2007, 189 = GesRZ 2007, 202 = ecolex 2007, 188 = GBU 2007/06/01 = wbl 2007, 156 = RdW 2008, 564.

OGH 20.12.2006, 7 Ob 203/06p, wbl 2007, 106 = AnwBl 2009, 51 = JusGuide 2007/10/4394 = GesRZ 2007, 131 = ecolex 2007, 190 = GBU 2007/05/02 = RWZ 2007, 20 = RdW 2007, 305.

OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v, GBU 2007/03/01 = ecolex 2007, 120 = NZ 2007, G 47 = RdW 2007, 306.

OGH 31.08.2006, 6 Ob 123/06s, ecolex 2007, 16 = RdW 2007, 99 = GeS 2006, 443 = AnwBl 2008, 247 = GBU 2007/01/01.

OGH 31.08.2006, 6 Ob 156/06v, NZ 2007, V 31 = RdW 2007, 163 = ecolex 1007, 18 = GBU 2007/01/02.

OGH 31.08.2006, 6 On 54/05t, ecolex 2006, 442 GeS 2006, 395 = GesRZ 2006, 315 = NZ 2007, 95 = RdW 2006, 758.

OGH 16.02.2006, 6 Ob 13/06i, ecolex 2006, 364 = NZ 2006, V 22 = wbl 2006, 197 = GBU 2006/09/02 = AnwBl 2008, 103. = RdW 2006, 530.

OGH 15.12.2005, 6 Ob 121/05w; RIS-Justiz; RS0059900.

OGH 25.08.2005, 6 Ob 121/05w, NZ 2006, G 27.

OGH 20.10.2004, 7 Ob 110/04h, RdW 2005, 376 = wbl 2005, 156 = GBU 2004/12/02 = AnwBl 2006, 429.

OGH 27.05.2004, 6 Ob 64/04m, RdW 2004, 732 = NZ 2007, 8 = GBU 2004/11/04 = ÖJZ 2005, 34 = ZIK 2004, 211 = GesRZ 2004 323.

OGH 27.05.2004, 6 Ob 271/03a, GBU 2005/01/02 = ecolex 2005.

OGH 23.10.2003, 6 Ob 196/03x, GeS 2004, 153 = ecolex 2004, 95 = GBU 2004/02/01 = GesRZ 2004, 136 = RdW 2004, 122.

OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, GBU 2004/03/02 = RdW 2004/123; GesRZ 2004, 57 = ecolex 2004, 166 = wbl 2004, 93 = GeS 2004, 149.

OGH 11.09.2003, 6 Ob 103/03w, GeS 2004, 34 = wbl 2004, 61 = GBU 2004/01/03 = ecolex 2004, 131 = GesRZ 2004, 59.

OGH 11.09.2003, 6 Ob 149/03k, ecolex 2004, 132/283 = AnwBl 2004, 334 = GeS 2004, 30.

OGH 26.06.2003, 6 Ob 70/03t, ecolex 2003, 387 = RdW 2003, 564 = GeS 2003, 400 = GBU 2003/10/06.

OGH 21.05.2003, 6 Ob 229/02y, GeS 2003, 444.

OGH 20.02.2003, 6 Ob 23/03f, ecolex 2003, 179 = GeS 2003, 248.

OGH 23.01.2003, 6 Ob 167/01d, GBU 2003/06/01 = GeS 2003, 202 = ecolex 2003, 279.

OGH 23.01.2003, 6 Ob 81/02h, GBU 2003/06/01 = GeS 2003, 202 = ecolex 2003, 279 = RdW 2003, 270 = GesRZ 2003, 163.

OGH 29.08.2002, 6 Ob 163/02t, GBU 2003/04/02 = wbl 2003/89 = ecolex 2003, 178.

OGH 29.08.2002, 6 Ob 168/02b, RdW 2003, 23 = GBU 2003/01/05 = ecolex 2003, 251.

OGH 31.01.2002, 6 Ob 313/01z, RdW 2002, 410 = GesRZ 2002, 92 = wbl 2002, 258 = ecolex 2002, 196.

OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y, ARD 5333/41/2002.

OGH 25.09.2001, 4 Ob 216/01w.

OGH 13.09.2001, 6 Ob 183/01g, RdW 2002, 213 = GesRZ 2002, 26 = wbl 2002, 188 = GBU 2001/12/02 = ecolex 2002, 258.

OGH 23.08.2001, 6 Ob 167/01d, GesRZ 2002, 36 = ecolex 2002, 257 = wbl 2002, 161 = RdW 2002, 15.

OGH 05.07.2001, 6 Ob 317/00m, GBU 2001/10/06.

OGH 06.06.2001, 6 Ob 116/01d, GesRZ 2002, 33 = RdW 2001, 560 = ecolex 2001, 349.

OGH 16.05.2001, 6 Ob 111/01v, ecolex 2002, 10 = GBU 2001/09/02 = RdW 2001, 614.

OGH 15.05.2001, 5 Ob 41/01t, wbl 2001, 351 = ecolex 2002, 229 = GBU 2001/12/05 = RdW 2001, 670.

OGH 26.04.2001, 6 Ob 4/01h, GBU 2001/10/01 = RdW 2001/615 = ecolex 2002, 12.

OGH 26.04.2001, 6 Ob 5/01f, GBU 2001/10/01 = GBU 2002/02/02 = RdW 2001/615 = ecolex 2002, 12.

OGH 29.03.2001, 6 Ob 57/01b, RdW 2001/562 = ecolex 2001, 279/752 = wbl 2002, 26/40 = RWZ 2001, 61/191 = ecolex 2003, 178/424.

OGH 17.01.2001, 6 Ob 121/00p, NZ 2002, 95 = ecolex 2001, 179 = GBU 2001/08/11 = RdW 2001, 376 = GesRZ 2001, 87.

OGH 21.12.2000, 8 Ob 233/99v, RdW 2001, 284 = ecolex 2001, 181 = GBU 2001/05/03.

OGH 30.08.2000, 6 Ob 167/00b, ecolex 2001, 109 = RdW 2001, 84 = GesRZ 2001, 32.

OGH 28.06.2000, 6 Ob 18/00s, wbl 2002, 27, GBU 2000/10/05 = RdW 2000, 592 = RIS-Justiz RS0060201.

OGH 28.06.2000, 6 Ob 7/00y, RdW 2000, 590.

OGH 13.04.2000, 6 Ob 8/00w, NZ 2001, 337 = wbl 2000, 317 = RdW 2000, 653 = ecolex 2001, 17.

OGH 29.03.2000, 6 Ob 64/00f, NZ 2001, 336 = wbl 2000, 382 = GBU 2000/09/03 = RdW 2000, 445 = ecolex 2000, 319.

OGH 22.02.2000, 1 Ob 8/00h, ecolex 2000, 234 = GesRZ 2000, 170 = ÖJZ 2000/148 = RdW 2000, 385 = wbl 2000, 383.

OGH 20.01.2000, 6 Ob 288/99t, wbl 2000, 221 = RdW 2000, 245 = ecolex 2000, 208 = GBU 2000/05/06 = GesRZ 2000, 89.

OGH 20.01.2000, 6 Ob 313/99v, RdW 2000, 246 = GBU 2000/05/04 = GesRZ 2000, 92 = wbl 2000, 220.

OGH 15.12.1999, 6 Ob 205/99m, RdW 2000, 47 = GBU 2000/04/07 = ecolex 2000, 125 = NZ 2000, 248.

OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, ecolex 2000, 116.

OGH 19.10.1999, 4 Ob 255/99z, GesRZ 2000, 33 = JBl 2000, 385 = ÖJZ 2000, 59.

OGH 07.09.1999, 10 Ob 40/99a, RdW 2000, 62 = ecolex 2000, 151 = GBU 2000/05/05.

OGH 10.06.1999, 6 Ob 6/99x, RdW 1999, 656 = GBU 1999/10/04.

OGH 20.05.1999, 6 Ob 27/99k, GBU 1999/09/06 = RdW 1999, 592 = JBl 2000, 39.

OGH 11.03.1999, 6 Ob 5/99z, wbl 1999, 253 = ecolex 2000, 153 = GBU 1999/06/07 = RdW 1999, 411.

OGH 28.01.1999, 6 Ob 290/98k, RdW 1999, 346 = GBU 1999/06/05 = wbl 1999, 226.

OGH 10.12.1998, 7 Ob 284/98k, HS 29.114 = ecolex 1999, 160 = GBU 1999/06/04.

OGH 22.10.1998, 8 Ob A 2344/96f (verstärkter Senat), RIS-Justiz RS005918, SZ 71/175.

OGH 19.05.1998, 7 Ob 38/98h, RdW 1998, 613 = ecolex 1998, 711 = GBU 1998/09/02.

OGH 29.04.1998, 9 ObA 36/98d, ecolex 1998, 786.

OGH 26.02.1998, 6 Ob 335/97a, wbl 1998, 390 = GBU 1998/08/05 = ecolex 1998, 557.

OGH 21.01.1998, 7 Ob 375/97s, JBl 1998, 515.

OGH 17.12.1997, 6 Ob 356/97i, RdW 1998, 197 = GBU 1998/05/03.

OGH 17.12.1997, 6 Ob 342/97f, HS 28.191 = RdW 1998, 275 = ÖJZ-LSK 1998, 103 = GBU 1998/05/05 = ecolex 1998, 488 = JBl 1998, 387.

OGH 25.11.1997, 1 Ob 61/97w, SZ 70/242 = RdW 1998, 137 = ecolex 1998, 404

OGH 24.11.1997, 6 Ob 321/97t, RdW 1998, 137 = ÖJZ 1998, 73 = ecolex 1998, 639.

OGH 25.09.1997, 6 Ob 264/97k, RdW 1998, 72 = ecolex 1998, 485 = GBU 1998/03/02.

OGH 25.09.1997, 6 Ob 174/97z, HS 28.113 = SZ 70/189 = RdW 1998, 73 = GesRZ 1998, 94.

OGH 25.09.1997, 6 Ob 97/97a, ecolex 1998, 488 = GBU 1998/07/03 = wbl 1998, 62 = ÖJZ-LSK 1998, 36.

OGH 17.07.1997, 6 Ob 2371/96m, RdW 1998, 17 = GBU 1998/02/01 = GesRZ 1998, 159.

OGH 19.06.1997, 6 Ob 100/97t, RIS-Justiz RS0060201.

OGH 12.05.1997, 6 Ob 39/97x, JBl 1997, 776 = ÖJZ 1997, 177 (EvBl) = RdW 1997, 534 = ecolex 1997, 941.

OGH 25. 2. 1997, 1 Ob 5/97k, ÖJZ 1997/150 (EvBl) = SZ 67/106.

OGH 13.02.1997, 6 Ob 2274/96x, JBl 1997, 468 = ÖJZ 1997, 108 (EvBl).

OGH 08.05.1996, 6 Ob 2040/96k, RdW 1997, 76.

OGH 23.04.1996, 1 Ob 2014/96z, ZIK 1997, 68 = wBl 1996, 459.

OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95, RdW 1996, 527 = wBl 1996, 288 = ecolex 1996, 757 = RdW 1996, 264.

OGH 09.11.1995, 6 Ob 1023/95, HS 26.265 = wbl 1996, 165 = ecolex 1996, 173.

OGH 08.11.1995, 3 Ob 186/94, EvBl 1996/94 = RdW 1996, 360 = wbl 1996, 166.

OGH 22.06.1995, 8 Ob 515/95, ecolex 1995, 723 = wbl 1995, 465 = RZ 1996, 98 = GesRZ 1885, 187.

OGH 23.02.1995, 6 Ob 3/95, NZ 1996, 67 = ecolex 1995, 418 = Wbl 1995, 339.

OGH 26.01.1995, 6 Ob 635/94, ecolex 1995, 903 = wbl 1995, 339.

OGH 21.12.1994, 6 Ob 1045/94, HS 25.268 = GesRZ 1995, 126 = ecolex 1995, 415 = wbl 1995, 291.

OGH 10.11.1994, 6 Ob 31/94, ecolex 1995, 102 = NZ 1996, 37 = wbl 1995, 123.

OGH 05.10.1994, 7 Ob 614/93, ecolex 1995, 812 = RdW 1995, 138.
OGH 31.05.1994, 4 Ob 527/94, RdW 1994, 395 = ecolex 1994, 684 = WBl 1995, 37 = ÖJZ 1995/11 (EvBl) = GesRZ 1995, 189.
OGH 19.05.1994, 6 Ob 19/93, HS 25.198 = ecolex 1994, 686 = GesRZ 1994, 301.
OGH 19.05.1994, 6 Ob 7/94, ecolex 1994, 686 = wbl 1994, 380 = ZfRV 1994, 62 = ARD 4612/28/94.
OGH 22.02.1994, 6 Ob 16/93, ecolex 1994, 543 = RdW 1994, 350.
OGH 03.02.1994, 6 Ob 2/94, wbl 1994, 278 = ÖJZ 1994, 152 (EvBl) = ecolex 1994, 473.
OGH 21.10.1993, 6 Ob 1014/93, HS 24.262.
OGH 25.02.1993, 6 Ob 27/92, NZ 1993, 154 = wbl 1993, 229 = ecolex 1993, 458 = RdW 1993, 243.
OGH 09.04.1992, 8 Ob 631/90, wbl 1992, 263 = RdW 1992, 339 = ecolex 1992, 481.
OGH 12.03.1992, 6 Ob 5/91, ecolex 1992, 563 = wbl 1992, 305.
OGH 12.12.1991, 6 Ob 17/91, ecolex 1991, 337 = RdW 1992, 144.
OGH 20.11.1991, 1 Ob 617/91, ecolex 1992, 853.
OGH 19.11.1991, 4 Ob 524/91, ecolex 1992, 242 = wbl 1992, 164 = GesRZ 1992, 284 = RdW 1992, 79.
OGH 11.07.1991, 6 Ob 501/91, ecolex 1991, 782.
OGH 20.06.1991, 6 Ob 6/91, WBl 1992, 26 = ecolex 1991, 780.
OGH 29.06.1989, 6 Ob 605/89, HS 20.185 = ecolex 1990, 418; GesRZ 1990, 97; ÖJZ 1989/187 (EvBl); ÖJZ 1989/225 (NRsp); RdW 1989, 365.
OGH 22.10.1987, 6 Ob 17/87, SZ 60/22 = wbl 1988, 25.
OGH 11.09.1985, 3 Ob 544, 545/85, NZ 1986, 212 = JBl 1987, 580.
OGH 26.05.1983, 6 Ob 786/82, SZ 56/84.
OGH 16.09.1981, 6 Ob 6/81, NZ 1981, 172.
OGH 17.10.1979, 6 Ob 12/79, GesRZ 1981, 110.
OGH 07.11.1978, 5 Ob 611/78, GesRZ 1979, 81.
OGH 31.03.1977, 6 Ob 575/77, SZ 50/51.
OGH 25.11.1976, 6 Ob 575/76, JBl 1977, 372.
OGH 07.04.1976, 1 Ob 539/76, SZ 49/51.
OGH 23.09.1975, 3 Ob 182/75, RZ 1976, 39.
OGH 07.09.1971, 4 Ob 588/71, SZ 44/125.
OGH 04.12.1957, 7 Ob 559/57, RZ 1958, 46.
OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53.

Oberlandesgerichte:

OLG Linz 31.03.2010, 6 R 30/i, 6 R 35/10z.
OLG Wien 30.04.2008, 28 R 3/08d, GesRZ 2009, 50 = GeS 2008, 155 = NZ 2009, E 1.
OLG Wien 11.03.2008, 28 R 1/08k.
OLG Wien 01.10.2007, 28 R 93/07p, GesRZ 2008, 171 = GeS 2008, 150 = NZ 2008, G 56.
OLG Wien 24.03.2006, 28 R 16/06p, NZ 2007, G 44 = GeS 2006, 397.
OLG Wien 31.03.2005, 28 R 15/05i, NZ 2007, 17.

- OLG Wien 28.02.2005, 28 R 3/05z, AnwBl 2006, 626 = GeS 2005, 370 (*Fantur*) = GeS 2005, 370 = NZ 2007/18
- OLG Wien 26.08.2004, 28 R 28/04z, NZ 2005, 308.
- OLG Wien 28.09.2003, 28 R 33/03h, ecolex 2004, 93 (*Hofmann*)= GBU 2004/03/03.
- OLG Wien 26.05.2003, 28 R 305/02g, NZ 2004, 28 = GBU 2004/04/01.
- OLG Wien 31.05.2001, 28 R 49/01h, NZ 2002, 122.
- OLG Wien 30.04.2001, 28 R 10/01y, NZ 2002, 105.
- OLG Wien 29.03.2001, 28 R 309/00t, NZ 2002, 107.
- OLG Wien 30.03.2000, 28 R 232/99i, ecolex 2001, 182.
- OLG Wien 17.01.2000, 28 R 120/99v, NZ 2000, 345.
- OLG Wien 15.10.1998, 28 R 62/98p.
- OLG Wien 27.11.1996, 28 R 84/96w, GBU 1997/03/10 = NZ 1997, 332.
- OLG Wien 08.10.1996, 28 R 27/96, NZ 1997, 166.
- OLG Wien 07.11.1995, 6 R 188/95, NZ 1997, 128.
- OLG Wien 16.08.1995, 6 R 104/95, NZ 1996, 251 = HS 26.005.
- OLG Wien 31.03.1995, 6 R 99, 100/94, NZ 1996, 188.
- OLG Wien 30.12.1993, 6 R 64/93, NZ 1994, 259.
- OLG Wien 27.12.1993, 6 R 49/93, NZ 1994, 264.
- OLG Linz 02.12.1993, 6 R 247/93, NZ 1992, 214.
- OLG Wien 20.10.1993, 6 R 67, 68, 69/93, NZ 1994, 214.
- OLG Wien 12.11.1992, 6 R 90, 91/93, NZ 1994, 191.
- OLG Wien 13.10.1992, 6 R 120/92, NZ 1993, 110 = HS 22.254.
- OLG Wien 23.03.1992, 6 R 146/91, NZ 1992, 299.
- OLG Wien 17.09.1992, 6 R 29/92, NZ 1993, 40.
- OLG Wien 07.02.1992, 6 R 93/91, NZ 1992, 253.

PARLAMENTARISCHE MATERIALIEN:

Justizausschussbericht (23 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVIII. GP) zum **Bundesgesetz** vom 13.12.1990 BGBl 1991/10 **über das Firmenbuch** und damit zusammenhängende Regelungen.

Erläuternde Bemerkungen (1252 der Beilagen XXIV. GP) zum **Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2011** (GesRÄG 2011)

Materialien zum **Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005** (HaRÄG 2005), 1058 der Beilagen XXII. GP.

ANHANG:

Abstract

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Regelung des § 11 FBG, welcher für die erfassten Tatbestände im Gegensatz zum allgemeinen Formerfordernis des § 11 Abs 1 UGB eine unbeglaubigte Unterfertigung der Firmenbuchanmeldung ermöglicht. Weiters ist die Anmeldung durch vertretungsbefugte Personen lediglich in der zur Vertretung notwendigen Anzahl einzubringen.

Der Fokus dieser Betrachtung liegt auf einem Anmeldungstatbestand der vereinfachten Anmeldung, nämlich Anmeldungen betreffend die Gesellschafter der GmbH, deren Stammeinlagen und die darauf geleisteten Einzahlungen. Bei diesen Anmeldungen ergeben sich durch die Möglichkeit der vereinfachten Anmeldung, vor allem auch aus dem Zusammenhang mit § 26 GmbHG, einige Systemwidrigkeiten. Problematisch erscheint weiters, dass von mehreren Autoren und von der Rechtsprechung die Existenz der Regelung zum Anlass genommen wird, über die in § 11 FBG festgesetzten Erleichterungen hinausgehende, nicht mehr vom Wortlaut gedeckte Verfahrensvereinfachungen abzuleiten.

Als Einstieg in die Arbeit wird die bestehende Regelung der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG erläutert und deren Normzweck herausgearbeitet. Nach einem Überblick über die Verständigungspflicht nach § 18 FBG wird das allgemeine Stellvertretungsrecht bei Firmenbuchanmeldungen beleuchtet.

In einer Gesamtschau mit den Zielen und dem Wesen des Firmenbuches erfolgt die wissenschaftliche Diskussion des § 11 FBG im Zusammenhang mit der Haftungsregelung des § 26 GmbHG in der Form, dass zunächst die vorgebrachten Argumente für den von mehreren Autoren angenommenen Entfall der Prüfpflicht und die Nichterforderlichkeit der Urkundenvorlage in den Fällen des § 11 FBG aufgezeigt werden und anschließend anhand von eigenen Argumenten diese Ableitungen entkräftet werden.

Sodann werden wiederum die vorgebrachten Argumente für den angenommenen Entfall der Verständigungspflicht nach § 18 FBG in den Fällen des § 11 FBG dargelegt, um wieder anhand von eigenen Argumenten aufzuzeigen, dass diese Annahme zu Rechtsunsicherheiten und unbefriedigenden Ergebnissen führen kann.

Neben diesen bloßen Ableitungen aus § 11 FBG wird auf die sich durch die gesetzliche Normierung in § 11 FBG ergebenden Systemwidrigkeiten in Bezug auf die ermöglichte gewillkürten Stellvertretung bei Kapitalisierungskriterien der GmbH eingegangen und wird auch bei dieser Thematik erkennbar, dass sich § 11 FBG und § 26 GmbHG nicht ohne Schwierigkeiten in das System fügen.

Nach einem kurzen Rückblick, wie sich § 11 FBG seit seiner Einführung entwickelt hat werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst und wird vorgeschlagen, eine Reform der § 11 FBG und § 26 GmbHG dergestalt vorzunehmen, dass die Anmeldungstatbestände betreffend die GmbH-Gesellschafter aus dem Anwendungsbereich des § 11 FBG entfernt werden und in § 26 GmbHG ergänzend aufgenommen wird, dass die Vorlage des Notariatsaktes über die Geschäftsanteilsabtretung zwingend zu erfolgen hat und sämtliche GmbH-Geschäftsführer zur Anmeldung eines Gesellschafterwechsels berufen sind.

Curriculum Vitae

Christine Huber, Mag. iur., geboren am 07.03.1985 in Bregenz

- 2004 Matura, Sacré-Coeur Riedenburg Bregenz, Höhere Lehranstalt für wirtschaftliche Berufe
- 2004 bis 2009 Diplomstudium Rechtswissenschaften, Universität Wien, Mag. iur. Juni 2009
Themen der Diplomarbeiten:
- Reform der Pflichtteilsminderung nach dem FamErbRÄG 2004
 - Das EKEG unter besonderer Berücksichtigung der erfassten Gesellschafter nach § 5 EKEG
- Abgeschlossene Schwerpunktausbildung in den Bereichen
- Erbrecht und Vermögensnachfolge sowie
 - Wirtschafts- und Unternehmensrecht
- WS 2008 Auslandssemester an der Université Paris V, René Descartes
- 2007 bis 2009 mehrere Praktika Notariatskanzlei Götze & Forster in Feldkirch, Vorarlberg
- Sommer 2008 Praktikum Anwaltskanzlei Blum, Hagen & Partner in Feldkirch, Vorarlberg
- 2010 Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien
- 2009 bis 2011 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften, Universität Wien
- seit Feb. 2011 Notariatskandidatin bei öff. Notar Mag. Peter Hellmann, 1130 Wien