

# TE OGH 1999/5/20 6Ob23/99x

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.05.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag. Engelmaier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Firmenbuchsache der antragstellenden S\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, eingetragen im Firmenbuch des Landes- als Handelsgerichtes Innsbruck unter FN 37439h mit dem Sitz in Obsteig, vertreten durch Dr. Helge Mosheimer, öffentlicher Notar in Innsbruck, wegen Eintragung einer Satzungsänderung, infolge ordentlichen Revisionsrekurses der Gesellschaft gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Rekursgerichtes vom 5. Jänner 1999, GZ 3 R 205/98s (50 Fr 10676/98p)-6, womit infolge Rekurses der Gesellschaft der Beschuß des Landes- als Handelsgerichtes Innsbruck vom 25. November 1998, GZ 50 Fr 10676/98p-3, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Nach P 10. der Satzung der Gesellschaft mbH ist eine Veräußerung, Verpfändung oder sonstige Belastung von Geschäftsanteilen an einen Nichtgesellschafter nur mit Zustimmung der Generalversammlung mit einer qualifizierten Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen zulässig.

Die Geschäftsführer der Gesellschaft beantragten am 10. 11. 1998 beim Firmenbuchgericht ua die Eintragung einer Änderung des Gesellschaftsvertrages in seinem Punkt 10. aufgrund eines Beschlusses der Generalversammlung vom 29. 10. 1998 dahin, daß der angeführte Punkt der Satzung zu lauten habe: "Eine Veräußerung von Geschäftsanteilen an Personen, die nicht Gatte oder Kinder des Abtretenden, oder die nicht Gesellschafter sind, sowie eine Verpfändung oder sonstige Belastung von Geschäftsanteilen ist nur mit Zustimmung der Generalversammlung, und zwar mit einer qualifizierten Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen, zulässig". Sie legten dem Antrag eine beglaubigte Fotokopie des Notariatsaktes vom 29. 10. 1998 bei. Dieser enthält Erklärungen und Vereinbarungen der Personen, wie sie in dem dem Notariatsakt angeschlossenen "Anwesenverzeichnis der Generalversammlung der Gesellschafter" aufscheinen und welche den Notariatsakt auch gefertigt hatten. Bei diesen Personen handelt es sich um Gesellschafter, die insgesamt (unstrittig) über Stammeinlagen verfügen, die die erforderliche Dreiviertelmehrheit des Stammkapitals von 500.000 S repräsentieren. Punkt 3. des Notariatsaktes enthält die Vereinbarung der Gesellschafter, den Gesellschaftsvertrag im Punkt 10. derart zu ändern, wie dies dem Text des oben wiedergegebenen Antrages entspricht. Dem Notariatsakt war ferner die Fotokopie einer mit 19. 10. 1998 datierten "Ladung zur

"Generalversammlung" angeschlossen, aus der die Tagesordnung der für 29. 10. 1998 einberufenen Generalversammlung und die beabsichtigte Änderung des Gesellschaftsvertrages im Punkt 10 ersichtlich waren.

Das Erstgericht wies den Antrag auf Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrages im Firmenbuch ab. Die Beschußfassung hätte in einer Generalversammlung erfolgen müssen, wobei die Beratung und Beschußfassung einer notariellen Beurkundung gemäß § 87 NO bedurft hätte. Der Notariatsakt scheide als Beurkundungsform aus, weil er als schriftliche öffentliche Urkunde ein Rechtsgeschäft enthalte, während das notarielle Protokoll die rechtserheblichen Tatsachen oder mündlichen Erklärungen wiedergebe, die sich in Gegenwart des Notars in der Generalversammlung ereigneten. Der vorgelegte Notariatsakt widerspreche den Formvorschriften der Notariatsordnung. Inhaltlich sei mit dem Mehrheitsbeschuß der Gesellschafter vom 29. 10. 1998 das statutarische Aufgriffsrecht geändert worden. Hiefür fordere der Oberste Gerichtshof die Einhaltung der Form des Notariatsaktes. Eine notarielle Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses reiche nicht aus. Mangels Unterfertigung des Notariatsakts durch sämtliche Vertragsparteien (also durch alle Gesellschafter) sei der Notariatsakt nicht rechtswirksam, was zur Abweisung des Eintragungsgesuches führen müsse. Das Erstgericht wies den Antrag auf Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrages im Firmenbuch ab. Die Beschußfassung hätte in einer Generalversammlung erfolgen müssen, wobei die Beratung und Beschußfassung einer notariellen Beurkundung gemäß Paragraph 87, NO bedurft hätte. Der Notariatsakt scheide als Beurkundungsform aus, weil er als schriftliche öffentliche Urkunde ein Rechtsgeschäft enthalte, während das notarielle Protokoll die rechtserheblichen Tatsachen oder mündlichen Erklärungen wiedergebe, die sich in Gegenwart des Notars in der Generalversammlung ereigneten. Der vorgelegte Notariatsakt widerspreche den Formvorschriften der Notariatsordnung. Inhaltlich sei mit dem Mehrheitsbeschuß der Gesellschafter vom 29. 10. 1998 das statutarische Aufgriffsrecht geändert worden. Hiefür fordere der Oberste Gerichtshof die Einhaltung der Form des Notariatsaktes. Eine notarielle Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses reiche nicht aus. Mangels Unterfertigung des Notariatsakts durch sämtliche Vertragsparteien (also durch alle Gesellschafter) sei der Notariatsakt nicht rechtswirksam, was zur Abweisung des Eintragungsgesuches führen müsse.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Gesellschaft nicht Folge. Es verwies zunächst auf die nicht einheitliche oberstgerichtliche Judikatur zu den Formerfordernissen bei der Aufhebung eines gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechtes. Im Gegensatz zur Entscheidung 4 Ob 527/94 wurde in der Entscheidung 1 Ob 510/95 die Auffassung vertreten, daß Satzungsänderungen, die die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Aufgriffsrechten an Geschäftsanteilen betreffen, zusätzlich zur notariellen Beurkundung des Änderungsbeschlusses gemäß § 76 Abs 2 GmbHG der Errichtung eines Notariatsaktes bedürften. Diese Auffassung werde in der Lehre kritisiert. Das OLG Linz habe bereits gegenteilig und im Sinne der Lehre entschieden, daß die notarielle Beurkundung des Beschlusses über die Änderung des Gesellschaftsvertrages nach den §§ 49 ff GmbHG ausreiche. Durch die angestrebte Satzungsänderung werde eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Vertrag obliegenden Leistungen oder eine Kürzung von Sonderrechten einzelner Gesellschafter im Sinne des § 50 Abs 4 GmbHG nicht statuiert. Auf die strittige Frage, ob eine notarielle Bekundung ausreiche oder ein Notariatsakt erforderlich sei, komme es hier nicht an, weil ohnehin der Generalversammlungsbeschuß vom 29. 10. 1998 in Form eines Notariatsaktes gefaßt worden sei, den die Entscheidung 1 Ob 510/95 für erforderlich halte. Bei der Errichtung eines Notariatsaktes über einen Gesellschafterbeschuß bedürfe es aber einer einhelligen Beschußfassung. Der Notariatsakt sei als strengste und wirksamste Form der notariellen Bekräftigung geeignet, die bloß Beweis machende notarielle Beurkundung zu ersetzen, aber nur dann, wenn sämtliche Gesellschafter gleichzeitig vor dem Notar erscheinen und dort einstimmig ihren Willen im Sinne des zu fassenden Beschlusses erklären. Der Bewilligung des Eintragungsgesuches stehe die fehlende notarielle Beurkundung des Mehrheitsbeschlusses der Gesellschafter und die fehlende Vereinbarung aller Gesellschafter der Gesellschaft mbH im Notariatsakt entgegen. Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Gesellschaft nicht Folge. Es verwies zunächst auf die nicht einheitliche oberstgerichtliche Judikatur zu den Formerfordernissen bei der Aufhebung eines gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechtes. Im Gegensatz zur Entscheidung 4 Ob 527/94 wurde in der Entscheidung 1 Ob 510/95 die Auffassung vertreten, daß Satzungsänderungen, die die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Aufgriffsrechten an Geschäftsanteilen betreffen, zusätzlich zur notariellen Beurkundung des Änderungsbeschlusses gemäß Paragraph 76, Absatz 2, GmbHG der Errichtung eines Notariatsaktes bedürften. Diese Auffassung werde in der Lehre kritisiert. Das OLG Linz habe bereits gegenteilig und im Sinne der Lehre entschieden, daß die notarielle Beurkundung des Beschlusses über die Änderung des Gesellschaftsvertrages nach den Paragraphen 49, ff GmbHG ausreiche. Durch die angestrebte Satzungsänderung werde eine Vermehrung der den Gesellschaftern

nach dem Vertrag obliegenden Leistungen oder eine Kürzung von Sonderrechten einzelner Gesellschafter im Sinne des Paragraph 50, Absatz 4, GmbHG nicht statuiert. Auf die strittige Frage, ob eine notarielle Bekundung ausreiche oder ein Notariatsakt erforderlich sei, komme es hier nicht an, weil ohnehin der Generalversammlungsbeschuß vom 29. 10. 1998 in Form eines Notariatsaktes gefaßt worden sei, den die Entscheidung 1 Ob 510/95 für erforderlich halte. Bei der Errichtung eines Notariatsaktes über einen Gesellschafterbeschuß bedürfe es aber einer einhelligen Beschußfassung. Der Notariatsakt sei als strengste und wirksamste Form der notariellen Bekräftigung geeignet, die bloß Beweis machende notarielle Beurkundung zu ersetzen, aber nur dann, wenn sämtliche Gesellschafter gleichzeitig vor dem Notar erscheinen und dort einstimmig ihren Willen im Sinne des zu fassenden Beschlusses erklären. Der Bewilligung des Eintragungsgesuches stehe die fehlende notarielle Beurkundung des Mehrheitsbeschlusses der Gesellschafter und die fehlende Vereinbarung aller Gesellschafter der Gesellschaft mbH im Notariatsakt entgegen.

Im Hinblick auf die in Lehre und Rechtsprechung nicht einhellig behandelten Rechtsfragen zum Formerfordernis bei der Abänderung eines Aufgriffsrechtes in der Satzung einer Gesellschaft mbH sei der ordentliche Revisionsrekurs zulässig.

Mit ihrem ordentlichen Revisionsrekurs beantragt die Gesellschaft, ihrem Antrag auf Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrages im Firmenbuch stattzugeben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Die rekurrierende Gesellschaft steht auf dem Standpunkt, durch die Vorlage des Notariatsaktes über die Satzungsänderung, den die Gesellschafter mit der erforderlichen Dreiviertelmehrheit unterschrieben haben, sei dem gesetzlichen Formerfordernis des § 76 Abs 2 GmbHG entsprochen worden. Die Zustimmung aller Gesellschafter sei nicht erforderlich, weil das Erfordernis der Einstimmigkeit im Widerspruch zu § 50 Abs 1 GmbHG stünde, die für Satzungsänderungen nur eine Dreiviertelmehrheit vorsehe. Dazu ist folgendes auszuführen: Die rekurrierende Gesellschaft steht auf dem Standpunkt, durch die Vorlage des Notariatsaktes über die Satzungsänderung, den die Gesellschafter mit der erforderlichen Dreiviertelmehrheit unterschrieben haben, sei dem gesetzlichen Formerfordernis des Paragraph 76, Absatz 2, GmbHG entsprochen worden. Die Zustimmung aller Gesellschafter sei nicht erforderlich, weil das Erfordernis der Einstimmigkeit im Widerspruch zu Paragraph 50, Absatz eins, GmbHG stünde, die für Satzungsänderungen nur eine Dreiviertelmehrheit vorsehe. Dazu ist folgendes auszuführen:

Für die nachträgliche Einführung von Aufgriffsrechten und die damit verbundenen Abtretungspflichten der Gesellschafter einer Gesellschaft mbH in die Satzung wird in der Entscheidung 1 Ob 510/95 = SZ 68/193 die Erfüllung der Formvorschrift des § 76 Abs 2 GmbHG, also ein Notariatsakt verlangt. Der 1. Senat ließ die für Satzungsänderungen im § 49 Abs 1 GmbHG vorgesehene notarielle Beurkundung nicht genügen, wie dies noch der 4. Senat in einer Vorentscheidung (4 Ob 527/94 = SZ 67/103), allerdings ohne nähere Begründung zur gestellten Formfrage, tat. Der 1. Senat folgte den Lehrmeinungen von Lux (WBI 1995, 16) und Gellis (GmbHG3 Rz 7 zu § 76) und erachtete eine doppelte Notariatsaktspflicht für gegeben, nämlich gemäß § 4 Abs 3 GmbHG, weil es um eine Satzungsbestimmung gehe und gemäß § 76 Abs 2 GmbHG aufgrund der beschlossenen Abtretungsverpflichtung bei der künftigen Übertragung von Geschäftsanteilen. Diese Rechtsauffassung stieß in der vom Rekursgericht zitierten Lehre auf Kritik (Berger in RdW 1996, 195; Frizberg/Frizberg in ecolex 1996, 753; Umlauft, GesRZ 1996, 170; Umfahrer in ecolex 1996, 99 und in seiner Entscheidungsanmerkung in RdW 1997, 597; Wagner, neutral oder nur zweifelnd in NZ 1998, 69). Auch Koppensteiner vertritt die Auffassung, daß Aufgriffsklauseln als materielle Satzungsbestandteile nicht notariatsaktspflichtig seien. Diese Pflicht bestehe nur für außerhalb des Gesellschaftsvertrages vereinbarte Veräußerungsgeschäfte (Koppensteiner, GmbHG2 Rz 21a zu § 76). Für die nachträgliche Einführung von Aufgriffsrechten und die damit verbundenen Abtretungspflichten der Gesellschafter einer Gesellschaft mbH in die Satzung wird in der Entscheidung 1 Ob 510/95 = SZ 68/193 die Erfüllung der Formvorschrift des Paragraph 76, Absatz 2, GmbHG, also ein Notariatsakt verlangt. Der 1. Senat ließ die für Satzungsänderungen im Paragraph 49, Absatz eins, GmbHG vorgesehene notarielle Beurkundung nicht genügen, wie dies noch der 4. Senat in einer Vorentscheidung (4 Ob 527/94 = SZ 67/103), allerdings ohne nähere Begründung zur gestellten Formfrage, tat. Der 1. Senat folgte den Lehrmeinungen von Lux (WBI 1995, 16) und Gellis (GmbHG3 Rz 7 zu Paragraph 76,) und erachtete eine doppelte Notariatsaktspflicht für gegeben, nämlich gemäß Paragraph 4, Absatz 3, GmbHG, weil es um eine Satzungsbestimmung gehe und gemäß Paragraph 76, Absatz 2, GmbHG aufgrund der beschlossenen Abtretungsverpflichtung bei der künftigen Übertragung von Geschäftsanteilen.

Diese Rechtsauffassung stieß in der vom Rekursgericht zitierten Lehre auf Kritik (Berger in RdW 1996, 195; Frizberg/Frizberg in ecolex 1996, 753; Umlaft, GesRZ 1996, 170; Umfahrer in ecolex 1996, 99 und in seiner Entscheidungsanmerkung in RdW 1997, 597; Wagner, neutral oder nur zweifelnd in NZ 1998, 69). Auch Koppensteiner vertritt die Auffassung, daß Aufgriffsklauseln als materielle Satzungsbestandteile nicht notariatsaktspflichtig seien. Diese Pflicht bestehe nur für außerhalb des Gesellschaftsvertrages vereinbarte Veräußerungsgeschäfte (Koppensteiner, GmbHG 2 Rz 21a zu Paragraph 76.).

Der erkennende Senat hat sich in seiner Entscheidung vom 25. 2. 1999, 6 Ob 241/98d, der Auffassung des 1. Senates angeschlossen und die bloß notarielle Beurkundung einer Satzungsänderung, mit der Aufgriffsrechte und Abtretungsverpflichtungen statuiert wurden, für nicht ausreichend erachtet, ohne allerdings auf die gegenteiligen Lehrmeinungen einzugehen. Dies braucht nunmehr aber nicht nachgeholt und die Frage der Notariatsaktspflicht nochmals untersucht werden, weil es hier nicht um eine in die Satzung Eingang findende Abtretungsverpflichtung der Gesellschafter geht. In Notariatsaktsform beschlossen die Mehrheitsgesellschafter lediglich eine Änderung der bisherigen Satzungsbestimmung über die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile an Nichtgesellschafter, wozu in der Satzung eine Zustimmung der Generalversammlung mit einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen statuiert ist, dahin, daß das angeführte Zustimmungserfordernis bei der Übertragung von Geschäftsanteilen an Gesellschafter oder deren Gatten oder Kinder nicht erforderlich sein soll. Die angestrebte Satzungsänderung schränkt also nur die nach dem dispositiven Recht gegebene freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen (§ 76 Abs 1 GmbHG) ein, ohne daß damit irgendeine Abtretungsverpflichtung der Gesellschafter verbunden wäre. § 76 Abs 2 GmbHG fordert aber nur für die Übertragung von Geschäftsanteilen (also auch für die künftige Übertragung) die Notariatsaktsform. Nach ständiger Rechtsprechung gilt dieses Formerfordernis sowohl für das Verpflichtungsgeschäft als auch für das Verfügungsgeschäft. Die Auffassung des 1. Senates über die strenge Formpflicht beruht auf der Erwägung, daß schon das Verpflichtungsgeschäft die Notariatsaktspflicht auslöse, sodaß auch eine in die Satzung Eingang suchende Abtretungsverpflichtung dieser Form bedürfe. Eine solche Abtretungsverpflichtung ist aber hier in der Satzung weder in der geltenden, noch in der angestrebten geänderten Fassung enthalten. Zu lösen ist also hier nur die vom Rekursgericht zutreffend als entscheidungswesentlich erachtete Rechtsfrage, ob ein Notariatsakt über einen Satzungsänderungsbeschuß die gemäß § 49 Abs 1 GmbHG erforderliche notarielle Beurkundung ersetzen kann. Diese Frage wurde in der Entscheidung SZ 42/6 bejaht, weil der Notariatsakt die strengste und wirksamste Form der notariellen Bekräftigung darstelle, soferne sämtliche Gesellschafter gleichzeitig vor dem Notar erscheinen und dort einstimmig ihren Willen im Sinne des zu fassenden Beschlusses erklären. Es fiel schwer, dieser Ansicht entgegenzutreten. Wenn alle Gesellschafter gleichzeitig beim Notar erscheinen, ihren Willen bekunden, den Vertragswillen vor und mit dem Notar schriftlich festlegen und die Unterschriften leisten, so ist den Erfordernissen der Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses durchaus entsprochen. Anderes gilt aber für den vorliegenden Mehrheitsbeschuß, bei dem nicht alle Gesellschafter anwesend waren und nur die anwesenden, der Satzungsänderung zustimmenden Mehrheitsgesellschafter die Unterschriften leisteten. Damit wurde zwar mit der im Gesetz (§ 50 Abs 1 GmbHG) und in der Satzung der Gesellschaft vorgesehenen Mehrheit ein Beschuß der Mehrheitsgesellschafter gefaßt, der inhaltlich einen Vertrag darstellt, aber noch nicht die für einen Generalversammlungsbeschuß vorgesehene notarielle Beurkundung vorgenommen. Zu Recht weist Wagner in seiner Besprechung der schon zitierten Entscheidungen 4 Ob 527/94 und 1 Ob 510/95 (in NZ 1998, 69) darauf hin, daß die Beurkundung satzungsändernder Gesellschafterbeschlüsse nur durch ein notarielles Protokoll gemäß § 87 NO erfolgen könne und daß diese Beurkundung durch einen Notariatsakt nur bei einer Willensübereinstimmung aller Gesellschafter möglich wäre (was im Ergebnis mit der E SZ 42/6 übereinstimmt). Ein nur von den Mehrheitsgesellschaftern gefaßter Beschuß, über den ein Notariatsakt aufgenommen wurde, ersetzt nicht eine Generalversammlung und kann auch nicht als ein im Umlaufweg gefaßter Generalversammlungsbeschuß qualifiziert werden, setzte doch dieser die schriftliche Zustimmung aller Gesellschafter zum Inhalt des Gesellschafterbeschlusses oder doch jedenfalls zur schriftlichen Abstimmung voraus (§ 34 GmbHG). Auch daraus ist abzuleiten, daß alle Gesellschafter den Notariatsakt zu schließen haben, wenn dieser die notarielle Beurkundung ersetzen soll. Daß in einem solchen Fall für eine Satzungsänderung die Einstimmigkeit Voraussetzung ist, steht zwar im Widerspruch zum gesetzlichen bzw hier auch zum satzungsgemäßen Mehrheitserfordernis. Das ist aber nur darauf zurückzuführen, daß die Gesellschaft nicht den im Gesetz vorgesehenen Weg der notariellen Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses beschritten hat. Wenn bei Satzungsänderungen über statutarische Aufgriffsrechte und Abtretungsverpflichtungen im Sinne der zitierten oberstgerichtlichen Rechtsprechung ein Notariatsakt erforderlich

ist und dies zusätzlich zur notariellen Beurkundungspflicht nach § 49 GmbHG, so verweist Wagner (aaO) zur Problematik, daß die überstimmten oder nicht anwesenden Gesellschafter beim Notariatsakt nicht mitwirken, auf die gegebene Klagemöglichkeit. Die überstimmten bzw der Generalversammlung ferngebliebenen Gesellschafter könnten auf Errichtung des noch erforderlichen Notariatsakts geklagt werden. Ob dies tatsächlich erforderlich ist (der Prozeßaufwand wäre jedenfalls gering, weil eine Klagestattgebung nur den Nachweis des Gesellschafterbeschlusses mit der erforderlichen Mehrheit voraussetzte), oder ob nicht schon die Vorlage der notariellen Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses und gleichzeitig auch des Notariatsaktes der zustimmenden Gesellschafter für die Eintragung der Satzungsänderung im Firmenbuch für ausreichend erachtet werden könnte, braucht aber nicht näher untersucht werden, weil hier weder die Beurkundung nach § 49 Abs 1 GmbHG vorgenommen wurde, noch ein sie ersetzer Notariatsakt aller Gesellschafter vorliegt, sodaß das Eintragungsgesuch auf jeden Fall an nicht erfüllten Formvorschriften scheitern muß. Die Vorlage der nur von den Mehrheitsgesellschaftern in der solennen Form des Notariatsakts geschlossenen Gesellschaftervereinbarung kann nicht das Protokoll ersetzen, das der beurkundende Notar über Beratungen und Beschlüsse nach § 87 NO aufzunehmen hat. Der Notar hat dabei Ort und Zeit sowie den Inhalt der Beratungen und der Beschlüsse und alle in seiner Gegenwart vorgekommenen Ereignisse und abgegebenen Erklärungen anzuführen, soweit diese Ereignisse und Erklärungen für die Beurteilung der Regelmäßigkeit des Vorganges von Bedeutung sind (Abs 1 leg cit). Diese Beurkundungstätigkeit über Vorgänge (hier bei einer Generalversammlung) ist mit einem Notariatsakt nicht verbunden. Dieser enthält nur den Beschußinhalt. Hinweise auf Einberufungsförmlichkeiten, Vorsitz, Anträge, Abstimmungsvorgang und Abstimmungsergebnis, Erklärungen des Vorsitzenden uä können nicht Inhalt des Notariatsakts sein. Sie sind Tatsachen und Vorgänge, die nur in der Form des § 87 NO festgehalten werden können (Wagner, Notariatsordnung4 Anm 3 zu § 87). Demgegenüber hat der Notar bei der Beurkundung nach § 87 NO zur Ermöglichung der Prüfung der rechtlichen Erfordernisse auch die Tatsachen festzuhalten, auf denen die Rechtsverhältnisse beruhen, also hier über die ordnungsgemäß Einberufung der Generalversammlung, die Stimmberechtigung, die Beschußfähigkeit ua (Wagner aaO Rz 6).Der erkennende Senat hat sich in seiner Entscheidung vom 25. 2. 1999, 6 Ob 241/98d, der Auffassung des 1. Senates angeschlossen und die bloß notarielle Beurkundung einer Satzungsänderung, mit der Aufgriffsrechte und Abtretungsverpflichtungen statuiert wurden, für nicht ausreichend erachtet, ohne allerdings auf die gegenteiligen Lehrmeinungen einzugehen. Dies braucht nunmehr aber nicht nachgeholt und die Frage der Notariatsaktspflicht nochmals untersucht werden, weil es hier nicht um eine in die Satzung Eingang findende Abtretungsverpflichtung der Gesellschafter geht. In Notariatsaktsform beschlossen die Mehrheitsgesellschafter lediglich eine Änderung der bisherigen Satzungsbestimmung über die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile an Nichtgesellschafter, wozu in der Satzung eine Zustimmung der Generalversammlung mit einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen statuiert ist, dahin, daß das angeführte Zustimmungserfordernis bei der Übertragung von Geschäftsanteilen an Gesellschafter oder deren Gatten oder Kinder nicht erforderlich sein soll. Die angestrebte Satzungsänderung schränkt also nur die nach dem dispositiven Recht gegebene freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen (Paragraph 76, Absatz eins, GmbHG) ein, ohne daß damit irgendeine Abtretungsverpflichtung der Gesellschafter verbunden wäre. Paragraph 76, Absatz 2, GmbHG fordert aber nur für die Übertragung von Geschäftsanteilen (also auch für die künftige Übertragung) die Notariatsaktsform. Nach ständiger Rechtsprechung gilt dieses Formfordernis sowohl für das Verpflichtungsgeschäft als auch für das Verfügungsgeschäft. Die Auffassung des 1. Senates über die strenge Formpflicht beruht auf der Erwägung, daß schon das Verpflichtungsgeschäft die Notariatsaktspflicht auslöse, sodaß auch eine in die Satzung Eingang suchende Abtretungsverpflichtung dieser Form bedürfe. Eine solche Abtretungsverpflichtung ist aber hier in der Satzung weder in der geltenden, noch in der angestrebten geänderten Fassung enthalten. Zu lösen ist also hier nur die vom Rekursgericht zutreffend als entscheidungswesentlich erachtete Rechtsfrage, ob ein Notariatsakt über einen Satzungsänderungsbeschuß die gemäß Paragraph 49, Absatz eins, GmbHG erforderliche notarielle Beurkundung ersetzen kann. Diese Frage wurde in der Entscheidung SZ 42/6 bejaht, weil der Notariatsakt die strengste und wirksamste Form der notariellen Bekräftigung darstelle, soferne sämtliche Gesellschafter gleichzeitig vor dem Notar erscheinen und dort einstimmig ihren Willen im Sinne des zu fassenden Beschlusses erklären. Es fiele schwer, dieser Ansicht entgegenzutreten. Wenn alle Gesellschafter gleichzeitig beim Notar erscheinen, ihren Willen bekunden, den Vertragswillen vor und mit dem Notar schriftlich festlegen und die Unterschriften leisten, so ist den Erfordernissen der Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses durchaus entsprochen. Anderes gilt aber für den vorliegenden Mehrheitsbeschuß, bei dem nicht alle Gesellschafter anwesend waren und nur die anwesenden, der Satzungsänderung zustimmenden Mehrheitsgesellschafter die Unterschriften leisteten. Damit wurde zwar mit der im

Gesetz (Paragraph 50, Absatz eins, GmbHG) und in der Satzung der Gesellschaft vorgesehenen Mehrheit ein Beschuß der Mehrheitsgesellschafter gefaßt, der inhaltlich einen Vertrag darstellt, aber noch nicht die für einen Generalversammlungsbeschuß vorgesehene notarielle Beurkundung vorgenommen. Zu Recht weist Wagner in seiner Besprechung der schon zitierten Entscheidungen 4 Ob 527/94 und 1 Ob 510/95 (in NZ 1998, 69) darauf hin, daß die Beurkundung satzungsändernder Gesellschafterbeschlüsse nur durch ein notarielles Protokoll gemäß Paragraph 87, NO erfolgen könne und daß diese Beurkundung durch einen Notariatsakt nur bei einer Willensübereinstimmung aller Gesellschafter möglich wäre (was im Ergebnis mit der E SZ 42/6 übereinstimmt). Ein nur von den Mehrheitsgesellschaftern gefaßter Beschuß, über den ein Notariatsakt aufgenommen wurde, ersetzt nicht eine Generalversammlung und kann auch nicht als ein im Umlaufweg gefaßter Generalversammlungsbeschuß qualifiziert werden, setzte doch dieser die schriftliche Zustimmung aller Gesellschafter zum Inhalt des Gesellschafterbeschlusses oder doch jedenfalls zur schriftlichen Abstimmung voraus (Paragraph 34, GmbHG). Auch daraus ist abzuleiten, daß alle Gesellschafter den Notariatsakt zu schließen haben, wenn dieser die notarielle Beurkundung ersetzen soll. Daß in einem solchen Fall für eine Satzungsänderung die Einstimmigkeit Voraussetzung ist, steht zwar im Widerspruch zum gesetzlichen bzw hier auch zum satzungsgemäßen Mehrheitserfordernis. Das ist aber nur darauf zurückzuführen, daß die Gesellschaft nicht den im Gesetz vorgesehenen Weg der notariellen Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses beschritten hat. Wenn bei Satzungsänderungen über statutarische Aufgriffsrechte und Abtretungsverpflichtungen im Sinne der zitierten oberstgerichtlichen Rechtsprechung ein Notariatsakt erforderlich ist und dies zusätzlich zur notariellen Beurkundungspflicht nach Paragraph 49, GmbHG, so verweist Wagner (aaO) zur Problematik, daß die überstimmten oder nicht anwesenden Gesellschafter beim Notariatsakt nicht mitwirken, auf die gegebene Klagemöglichkeit. Die überstimmten bzw der Generalversammlung ferngebliebenen Gesellschafter könnten auf Errichtung des noch erforderlichen Notariatsakts geklagt werden. Ob dies tatsächlich erforderlich ist (der Prozeßaufwand wäre jedenfalls gering, weil eine Klagestattgebung nur den Nachweis des Gesellschafterbeschlusses mit der erforderlichen Mehrheit voraussetzte), oder ob nicht schon die Vorlage der notariellen Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses und gleichzeitig auch des Notariatsaktes der zustimmenden Gesellschafter für die Eintragung der Satzungsänderung im Firmenbuch für ausreichend erachtet werden könnte, braucht aber nicht näher untersucht werden, weil hier weder die Beurkundung nach Paragraph 49, Absatz eins, GmbHG vorgenommen wurde, noch ein sie ersetzender Notariatsakt aller Gesellschafter vorliegt, sodaß das Eintragungsgesuch auf jeden Fall an nicht erfüllten Formvorschriften scheitern muß. Die Vorlage der nur von den Mehrheitsgesellschaftern in der solennen Form des Notariatsakts geschlossenen Gesellschaftervereinbarung kann nicht das Protokoll ersetzen, das der beurkundende Notar über Beratungen und Beschlüsse nach Paragraph 87, NO aufzunehmen hat. Der Notar hat dabei Ort und Zeit sowie den Inhalt der Beratungen und der Beschlüsse und alle in seiner Gegenwart vorgekommenen Ereignisse und abgegebenen Erklärungen anzuführen, soweit diese Ereignisse und Erklärungen für die Beurteilung der Regelmäßigkeit des Vorganges von Bedeutung sind (Absatz eins, leg cit). Diese Beurkundungstätigkeit über Vorgänge (hier bei einer Generalversammlung) ist mit einem Notariatsakt nicht verbunden. Dieser enthält nur den Beschußinhalt. Hinweise auf Einberufungsförmlichkeiten, Vorsitz, Anträge, Abstimmungsvorgang und Abstimmungsergebnis, Erklärungen des Vorsitzenden uä können nicht Inhalt des Notariatsakts sein. Sie sind Tatsachen und Vorgänge, die nur in der Form des Paragraph 87, NO festgehalten werden können (Wagner, Notariatsordnung4 Anmerkung 3 zu Paragraph 87.). Demgegenüber hat der Notar bei der Beurkundung nach Paragraph 87, NO zur Ermöglichung der Prüfung der rechtlichen Erfordernisse auch die Tatsachen festzuhalten, auf denen die Rechtsverhältnisse beruhen, also hier über die ordnungsgemäße Einberufung der Generalversammlung, die Stimmberichtigung, die Beschußfähigkeit ua (Wagner aaO Rz 6).

Die Abweisung des Gesuchs auf Eintragung der Satzungsänderung erfolgte wegen fehlender notarieller Beurkundung (§ 49 Abs 1 GmbHG), die durch den vorgelegten Notariatsakt nicht ersetzt werden konnte, zu Recht. Das in der Lehre kritisierte Formerfordernis eines Notariatsaktes, wie es in SZ 68/193 für die Aufnahme von Abtretungsverpflichtungen der Gesellschafter in die Satzung verlangt wird, ist daher aus den dargelegten Gründen nicht entscheidungswesentlich. Die Abweisung des Gesuchs auf Eintragung der Satzungsänderung erfolgte wegen fehlender notarieller Beurkundung (Paragraph 49, Absatz eins, GmbHG), die durch den vorgelegten Notariatsakt nicht ersetzt werden konnte, zu Recht. Das in der Lehre kritisierte Formerfordernis eines Notariatsaktes, wie es in SZ 68/193 für die Aufnahme von Abtretungsverpflichtungen der Gesellschafter in die Satzung verlangt wird, ist daher aus den dargelegten Gründen nicht entscheidungswesentlich.

#### Anmerkung

E54143 06A00239

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:0060OB00023.99X.0520.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19990520\_OGH0002\_0060OB00023\_99X0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)