

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

AbgÄG 2023

- > Erster Überblick
- > Umsatzsteuer
- > Verfahrensrecht

EIWOG-Novelle 2023

Lieferketten-Compliance

ZVN 2023

Sanierung nichtiger
Anteilsübertragungen

Ethnische Diskriminierung

Datentransfers in die USA



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418

Zur Sanierung nichtiger Anteilsübertragungen

BEITRAG. Der E 6 Ob 244/22h lag eine Übertragung von Geschäftsanteilen an einer aus dem Firmenbuch gelöschten Gesellschaft zugrunde. Daneben bestand ein Formmangel in der Titelkette. Dieser Beitrag untersucht die Möglichkeiten einer Sanierung von unwirksamen Anteilsübertragungen. **ecolex 2023/487**



Mag. **Angelika Kurz** ist Rechtsanwaltsanwältin bei Herbst Kinsky Rechtsanwälte im Bereich Venture Capital/M&A.

A. Sachverhalt und Entscheidung

Die zum Anlass genommene E¹⁾ betrifft eine GmbH mit bewegten letzten Stunden: Im Jahr 2018 wurde ihre Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 40 FBG im Firmenbuch eingetragen. Zu diesem Zeitpunkt war N im Firmenbuch als Alleingesellschafter eingetragen. Bei der Anteilsübertragung an ihn war jedoch dem Notar ein Formfehler unterlaufen.

Nach der Löschung der Gesellschaft aus dem Firmenbuch wurden weitere Anteilsübertragungen (formgültig) unterzeichnet, wobei N zunächst 100% an A und daraufhin diese 60% an B

¹⁾ OGH 25. 1. 2023, 6 Ob 244/22h.

und 40% an C übertragen sollte. Später schloss N (!) erneut einen Anteilskaufvertrag, wonach D 100% erwerben sollte.

A, B und C erhoben schließlich aus Anlass einer Nachtragsliquidation, aus der sie sich Ausschüttungsansprüche erhofften, Klage gegen D. Diese war auf Feststellung der Gesellschafterstellung von B und C sowie Unterlassung der Anmaßung der Gesellschafterstellung durch D gerichtet. Die unteren Instanzen wiesen die Klage ab und hielten fest, dass bereits der Anteils-erwerb von N aufgrund eines Formfehlers ungültig gewesen sei. Weder A, B und C noch D konnten daher Gesellschafter werden. Weiters ende bei eingetretener Vermögenslosigkeit die Rechtsperson der GmbH, wobei es an einer nicht existenten Gesellschaft keine Gesellschafterstellung geben könne. Der OGH wies die Revision von A und B zurück und bestätigte die Rechtsansicht der Vorinstanzen.

Dieser Beitrag untersucht aus vertragsrechtlicher Sicht, ob dem OGH Sanierungsmöglichkeiten der fehlerhaften Anteils-verkäufe offen gestanden wären. Dabei sind folgende Probleme zu lösen: Die Übertragungen an A, B und C bzw D leiden an der Tatsache, dass die Gesellschaft bereits gelöscht war (dazu unten B.). Die Übertragung an N leidet an einem Formfehler (dazu unten C. und D.). Dieser tritt bei den Übertragungen an A, B, und C bzw D als Folgefehler auf (dazu unten C. und D. jeweils aE).

B. Übertragung von Geschäftsanteilen an einer gelöschten Gesellschaft

Ein rechtlich unmöglicher Vertrag ist absolut nichtig (§ 878 ABGB).²⁾ Darunter fällt alles, was von der Rechtsordnung sei-ner Art nach nicht vorgesehen ist.³⁾ Der OGH dürfte davon ausgehen, dass der Anteilserwerb an einer nicht existenten Gesellschaft rechtlich unmöglich ist (Rz 19 der E).

Die Existenz einer GmbH endet mit Vollbeendigung der Gesellschaft. Dabei wirkt die Löschung nach stRsp nur deklarativ⁴⁾ bzw teilkonstitutiv.⁵⁾ Die Gesellschaft besteht fort, solange sie trotz Löschung noch Aktivvermögen hat. Im Umkehrschluss tritt Vollbeendigung nur ein, wenn neben der Löschung auch die materiell-rechtliche Voraussetzung der Vermögenslosigkeit gegeben ist.⁶⁾ Der Negativbeweis (es besteht kein Aktivvermögen mehr) ist freilich bei einer halbwegs umfassenden und länger-fristigen Geschäftstätigkeit kaum zu führen.

Hinzu tritt die Unschärfe, dass nicht bei jedem Aktivvermögen, sondern nur bei wahrscheinlich verwertbarem Vermögen ein Nachtragsliquidator zu bestellen ist.⁷⁾ Unklar ist, ob eine Gesellschaft nur bei verwertbarem Vermögen bis zur Verteilung fortbesteht oder auch bei nicht verwertbarem Vermögen, für das kein Nachtragsliquidator zu bestellen ist. Zudem kann ein Nachtragsliquidator nach hM auch für Handlungen bestellt werden, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind,⁸⁾ was den Kreis eines potenziellen Fortlebens der Gesellschaft noch weiter zieht.

Im Ergebnis ist der Kauf von Geschäftsanteilen an einer gelöschten Gesellschaft also ein gewagtes Geschäft: Im Unglücksfall ist die Gesellschaft vermögenslos, der Kaufgegenstand nicht existent und – nach Ansicht des OGH – das Geschäft rechtlich unmöglich und damit nichtig. Im Glücksfall hängt die Gesellschaft noch an einem letzten (Vermögens-)Faden und der Anteilskauf ist wirksam. Das stellt sich jedoch stets erst dann mit Sicherheit heraus, wenn noch Vermögen hervor-kommt. Bis zu diesem Zeitpunkt ist es eine reine Wahr-scheinlichkeitsbeurteilung, ob der Kaufvertrag gültig ist. In der Praxis empfiehlt sich, vom Veräußerer einen Nachweis über noch bestehendes Aktivvermögen einzuholen.

Selbst bei vollkommener Vermögenslosigkeit und damit Beendigung der Gesellschaft ist zuletzt zu hinterfragen, ob dem OGH ohne weiteres darin gefolgt werden darf, dass ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit vorliegt. Die Übertragung von Anteilen an einer gelöschten Gesellschaft könnte (ein formgülti-ges Geschäft vorausgesetzt) ohne weiteres auch unter die „Veräußerung einer nicht mehr vorhandenen Sache“ gefasst werden. Für diese Fälle legt § 923 ABGB eine Haftung des Veräußerers fest. Daraus wird in der Lehre der Schluss gezo-gen, dass sie ein gültiges Rechtsgeschäft voraussetzen und da-mit unter die schlichte anfängliche Unmöglichkeit des § 878 ABGB (statt etwa unter die rechtliche Unmöglichkeit) zu sub-sumieren sind.⁹⁾ Freilich hat die Gültigkeit nach § 878 ABGB nicht zur Folge, dass aus einem nicht mehr existenten Ge-schäftsanteil ein existenter wird, sondern wirkt sich dies vor allem auf der Ebene des Schadenersatzes aus (Vertrauens-schaden versus Erfüllungsinteresse).¹⁰⁾

C. Konversion von formnichtigen Übertragungen?

Scheinbar unüberwindlich spricht im gegenständlichen Fall der Mangel in der Titelkette gegen die Erlangung der Gesellschaf-terstellung durch A, B und C bzw D. Nach § 76 GmbHG erfor-dern der Verkauf und die Übertragung von Geschäftsanteilen einen Notariatsakt. Diese Formvorschrift wurde beim Erwerb durch N nicht eingehalten, weshalb N die Geschäftsanteile nicht wirksam erwerben konnte. Folglich musste laut OGH auch der Erwerb durch A, B und C (und D) scheitern.

Im konkreten Sachverhalt bestand nun offenbar ein konkre-tes Interesse der Käufer¹¹⁾ an potenziellen Nachtragsliqui-dationserlösen. Unter diesem Blickwinkel kommt als zivil-rechtliches Sanierungsinstrument eine Konversion des ge-schlossenen Vertrags in Betracht. Nach allgemeinen zivilrecht-lichen Regeln kann ein (form-)nichtiges Geschäft in ein gültiges Geschäft umgedeutet werden, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Eine Konversion von rechtsgeschäftlichen Verein-barungen wird auch iZm der Übertragung von Geschäftsantei-len befürwortet.¹²⁾ Im konkreten Fall könnte die Übertragung der Geschäftsanteile in eine Zession von zukünftigen Aus-schüttungsansprüchen auf den anteiligen Verteilungserlös aus einer Nachtragsliquidation umgedeutet werden.

Zu beachten ist allerdings, dass eine Konversion dann aus-geschlossen sein soll, wenn die gesetzliche Form den Schutz vor Übereilung bezweckt.¹³⁾ Bei der Übertragung von GmbH-Ge-

²⁾ Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 878 Rz 5.

³⁾ Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 878 Rz 6.

⁴⁾ OGH RIS-Justiz RS0050186.

⁵⁾ Zib in Zib/Dellinger, UGB (2010) § 7 Rz 120.

⁶⁾ OGH RIS-Justiz RS0050186 [T 10].

⁷⁾ Pilgerstorfer in Artmann, UGB (2019) § 40 FBG Rz 61.

⁸⁾ Pilgerstorfer in Artmann, UGB (2019) § 40 FBG Rz 61a.

⁹⁾ Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰² § 923 Rz 1; Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶ § 923 Rz 4.

¹⁰⁾ Siehe zum aktuellen Meinungsstreit zwischen Reischauer und Koziol zu-letzt Reischauer, Zum Ersatz des Erfüllungsinteresses bei anfänglicher Un-möglichkeit – eine Replik, JBl 2022, 560; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰⁵ § 878 Rz 12.

¹¹⁾ Weil N zeitlich weit vor der Löschung eingetragen wurde, kommt zu seinen Gunsten eine Konversion mE noch nicht in Betracht.

¹²⁾ So kann eine (unzulässige) gesellschaftsvertragliche Anordnung der Un-übertragbarkeit in ein Zustimmungsrecht der Gesellschaft umgedeutet werden, Rauter in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG (2019) § 76 Rz 26.

¹³⁾ Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht, Bd I¹⁴ Rz 593.

schäftsanteilen liegt der Zweck der Formpflicht primär in der sog. „Immobilisierung“ der Anteile (Verhinderung der Umlaufbarkeit im Handelsverkehr).¹⁴⁾ Der Schutz des Erwerbers vor einer Übereilung ist als weiterer Formzweck umstritten, wobei die befürwortende Ansicht in Lehre und jüngerer Rsp überwiegen dürfte,¹⁵⁾ aber auch mit guten Argumenten eine Ablehnung des Erwerberschutzes vertreten wird.¹⁶⁾ Je nachdem, welcher Ansicht sich das Höchstgericht in einer neuerlichen Entscheidung anschließen würde, käme folglich eine Konversion der formungültigen Anteilsübertragung an N in Betracht oder nicht. Gleiches gilt (eine entsprechend positive Beurteilung des Parteiwillens im Einzelfall vorausgesetzt) auch für die weiteren Anteilsübertragungen in der Titellkette.

Zuletzt kann eine Zession auch bei der technischen Bewältigung der unter B. bearbeiteten Frage helfen, ob noch Aktivvermögen besteht: Die Gültigkeit einer Zession etwaiger zukünftiger Ansprüche aus einer Nachtragsliquidierung wäre *in concreto* nicht vom Bestehen eines verbleibenden Aktivvermögens abgehängt.

D. Keine Heilung der Titellkette durch Nachholung des Notariatsakts

Sieht man den Zweck der Notariatsaktpflicht auch im Erwerberschutz, scheidet eine Konversion aus. Die einzige Möglichkeit der Sanierung bliebe hier eine Heilung des ursprünglichen Geschäfts,¹⁷⁾ die im Folgenden untersucht wird. In weiterer Folge sind die Auswirkungen auf die Titellkette zu beurteilen.

Das Verfügungsgeschäft fällt beim Anteilskauf regelmäßig mit dem Verpflichtungsgeschäft zusammen, ohne dass es eines gesonderten Modus bedarf.¹⁸⁾ Sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft sind formpflichtig.¹⁹⁾ Ein formunwirksames Geschäft begründet nun eine bloße Naturalobligation (§ 1432 ABGB). Eine Heilung durch nachträgliche Erfüllung der Formvorschrift ist grundsätzlich möglich.²⁰⁾ Zum Kauf eines GmbH-Geschäftsanteils vertritt der OGH²¹⁾ in diesem Zusammenhang, dass einer derartigen Heilung jedoch „keine rückwirkende Wirkung auf den Zeitpunkt der nicht formwirksamen Erklärung“ zukommt. Dies überrascht, weil es sich ja dann begrifflich nicht um eine Heilung handelt, sondern schlicht um ein neues Geschäft, zumal die Nachholung des Formmangels nicht eingeklagt werden kann, sondern nur einvernehmlich möglich ist.²²⁾ In jedem Fall führt diese Ansicht des OGH (keine Rückwirkung) aber dazu, dass selbst bei Nachholung des Notariatsakts für die Anteilsübertragung an N die folgenden (formgültig abgeschlossenen) Anteilsübertragungen an A, B und C oder D nicht rückwirkend „mitteilen“ sondern ebenfalls (einvernehmlich) mit Wirkung zum neuen Abschlusszeitpunkt nachgeholt werden müssen.

Der Nutzen der Heilung bleibt damit beschränkt (und kommt A, B und C kein Vorsprung gegenüber D als Zweitkäufer zu).

Alternativ kommt nach einem Teil der Lehre und Rsp eine (rückwirkende) Heilung des Verfügungsgeschäfts durch tatsächliche Erfüllung, also längerfristige Ausübung der Gesellschafterstellung in Betracht.²³⁾ Ausscheiden soll dies jedoch, wenn (wie hier) auch das Verpflichtungsgeschäft einen Formmangel aufwies. Weil außerdem die Gesellschaft im konkreten Fall bereits liquidiert und aus dem Firmenbuch gelöscht war, wird diese Option wohl ausscheiden.

Schlussstrich

Bei einer formungültigen Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen ist nach einem Teil der Lehre und Rsp eine Heilung des Verfügungsgeschäfts durch tatsächliche Ausübung der Gesellschafterstellung möglich. Daneben kommt eine einvernehmliche Nachholung des Notariatsakts in Betracht, die jedoch nicht auf den ursprünglichen Vertragsabschlusszeitpunkt zurückwirkt, daher weiteren Rechtsnachfolger nichts nützt und eine Titellkette nicht sanieren kann. Alternativ wäre im konkreten Fall (gelöschte GmbH) auch eine Konversion des Rechtsgeschäfts in eine Zession von Ausschüttungsansprüchen aus einer Nachtragsliquidation in Betracht gekommen, die jedoch – je nach vertretener Rechtsauffassung – am Formzweck des Erwerberschutzes scheitern könnte.

¹⁴⁾ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 76 Rz 14.

¹⁵⁾ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 76 Rz 15 mwN; *Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 16 mwN.

¹⁶⁾ *Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Rz 16 mwN.

¹⁷⁾ Siehe die Nachweise bei *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG (2019) § 76 Rz 223.

¹⁸⁾ *Warto*, Zum Modus bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 2012/45.

¹⁹⁾ OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17i. Bei formgültigem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts kann nach allgemeinen Regeln auf Erfüllung (formgültigen Abschluss des Verfügungsgeschäfts) geklagt werden, s nur *Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 27.

²⁰⁾ Zu GmbH-Geschäftsanteilen OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 198/20s.

²¹⁾ OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 198/20s; 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17i.

²²⁾ *Reich-Rohrwig*, Zur Heilung formunwirksamer Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 1990, 546.

²³⁾ OGH 21. 2. 1990, 1 Ob 519/90; dazu *Reich-Rohrwig*, Zur Heilung formunwirksamer Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 1990, 546 mwN; krit *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG (2019) § 76 Rz 224, 227 mwN; umgekehrt (evt für Verpflichtungs-, nicht aber für Verfügungsgeschäft) *Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 27.