

# TE OGH 1999/4/13 4Ob99/99h

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.04.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache des Klägers (Wiederaufnahmeverklagten) Sedat K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Robert Schneider, Rechtsanwalt in Dornbirn, wider den Beklagten (Wiederaufnahmekläger) Yilmaz D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Norbert Margreiter, Rechtsanwalt in Bezau, wegen 250.000 S aA, infolge Revision des Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 1. Dezember 1998, GZ 1 R 297/98f-29, womit infolge Berufung des Beklagten das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 2. Juli 1998, GZ 6 Cg 256/97b-19, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß die Entscheidung insgesamt (einschließlich der bereits in Teilrechtskraft erwachsenen Abweisung eines Zinsenmehrbegehrens) lautet:

Das Klagebegehren, der Beklagte sei schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen 250.000 S samt 11,35 % Zinsen seit 16. 7. 1996 zu bezahlen, wird abgewiesen.

Der Kläger ist schuldig, dem Beklagten die mit 199.915,60 S (einschließlich 25.515,10 S USt und 46.825 S Barauslagen) bestimmten Kosten aller Instanzen des Wiederaufnahme- sowie des wiederaufgenommenen Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Streitteile waren Gesellschafter der "B\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GmbH mit Sitz in R\*\*\*\*\*. Mit Abtretungsvertrag vom 17. 4. 1996 trat der Kläger seinen Geschäftsanteil im Nominale von 250.000 S um den Abtretungspreis in gleicher Höhe an den Beklagten ab; weil dieser das Abtretungsentgelt nicht entrichtet habe, erhob der Kläger am 18. 9. 1996 zu 6 Cg 240/96y des Landesgerichts Feldkirch das aus dem Spruch ersichtliche Klagebegehren.

Mit Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 4. 2. 1997, bestätigt durch Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck vom 27. 5. 1997, wurde der Beklagte zur Zahlung von 250.000 S samt 9,5 % Zinsen seit 16. 7. 1996 verurteilt. Aufgrund der vom Beklagten am 23. 9. 1997 beim Erstgericht eingebrachten Wiederaufnahmeklage, die ua auf den Wiederaufnahmegrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO (nämlich auf die Entdeckung, daß dem Notariatsakt vom 17. 4. 1996 entgegen § 63 Abs 1 NotO eine nicht gerichtlich beeidete Dolmetscherin der türkischen Sprache beigezogen war) gestützt wurde, hob das Landesgericht Feldkirch mit Urteil vom 3. 3. 1998 die oben genannten rechtskräftigen Urteile

des Landesgerichts Feldkirch vom 4. 2. 1997 sowie des Oberlandesgerichts Innsbruck vom 27. 5. 1997 auf. Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Mit Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 4. 2. 1997, bestätigt durch Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck vom 27. 5. 1997, wurde der Beklagte zur Zahlung von 250.000 S samt 9,5 % Zinsen seit 16. 7. 1996 verurteilt. Aufgrund der vom Beklagten am 23. 9. 1997 beim Erstgericht eingebrochenen Wiederaufnahmeklage, die ua auf den Wiederaufnahmegrund des Paragraph 530, Absatz eins, Ziffer 7, ZPO (nämlich auf die Entdeckung, daß dem Notariatsakt vom 17. 4. 1996 entgegen Paragraph 63, Absatz eins, NotO eine nicht gerichtlich beeidete Dolmetscherin der türkischen Sprache beigezogen war) gestützt wurde, hob das Landesgericht Feldkirch mit Urteil vom 3. 3. 1998 die oben genannten rechtskräftigen Urteile des Landesgerichts Feldkirch vom 4. 2. 1997 sowie des Oberlandesgerichts Innsbruck vom 27. 5. 1997 auf. Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Der Kläger brachte im wiederaufgenommenen Verfahren zusammengefaßt vor, der Abtretungspreis sei vom Beklagten nicht gezahlt worden. Er habe die ursprüngliche Einlage bei der GmbH durch einen Bankkredit finanziert, für den er 11,35 % Zinsen jährlich zu zahlen habe. Ab Fälligkeit des Abtretungspreises habe der Beklagte aufgrund grob schuldhaften Zahlungsverzugs dem Kläger aus dem Titel des Schadenersatzes die Zinsen in der begehrten Höhe zu zahlen. Mit der Zahlung von 250.000 S am 2. 4. 1996 sei nicht der Abtretungspreis, sondern eine Schuld des Beklagten gegenüber der Mutter des Klägers beglichen worden. Nachdem im Abtretungsvertrag eine ausdrückliche Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung festgehalten sei, ergebe sich daraus zwangsläufig, daß diese vor Abschluß des Notariatsakts durch den Beklagten (am 2. 4. 1996) vorgenommene Zahlung auf die Verbindlichkeit des Beklagten gegenüber der Mutter des Klägers anzurechnen sei und auch angerechnet worden sei. Dies sei auch bei der Errichtung des Notariatsakts besprochen worden. Durch die Untertierung eines Abtretungsvertrags im Beisein eines Dolmetschers und vor dem Notar am 17. 4. 1996, wonach der Abtretungspreis von 250.000 S am 15. 7. 1996 zur Zahlung fällig sei, habe der Beklagte seine diesbezügliche Schuldigkeit ausdrücklich anerkannt. Entgegen dem Vorbringen des Beklagten sei der Abtretungsvertrag vom 17. 4. 1996 nicht unwirksam. Auch wenn ein Formmangel vorgelegen sei, sei der Notariatsakt tatsächlich durchgeführt worden. Die nachträgliche Berufung des Beklagten auf das angeblich verletzte Formgebot verstöße gegen die guten Sitten, weil der Beklagte die Gesellschafterrechte in Übereinstimmung mit der Abtretung über längere Zeit hindurch ausgeübt habe.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete im wesentlichen ein, er habe den Abtretungspreis bereits am 2. 4. 1996 gezahlt, weil der Kläger auf Vorauszahlung bestanden und sich darüber hinaus die Erledigung des Notariatsakts verzögert habe. Der Abtretungsvertrag vom 17. 4. 1996 enthalte weder ein konstitutives, noch ein deklaratives Anerkenntnis, sondern lediglich einen letzten Fälligkeitstermin. Dieser Abtretungsvertrag sei auch unwirksam. Die beim Notariatsakt beigezogene Dolmetscherin für die türkische Sprache sei niemals in der Dolmetscherliste beim Landesgericht Feldkirch eingetragen gewesen. Der Notariatsakt habe daher nicht den in den §§ 54 bis 65 NotO gebotenen Förmlichkeiten entsprochen. Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete im wesentlichen ein, er habe den Abtretungspreis bereits am 2. 4. 1996 gezahlt, weil der Kläger auf Vorauszahlung bestanden und sich darüber hinaus die Erledigung des Notariatsakts verzögert habe. Der Abtretungsvertrag vom 17. 4. 1996 enthalte weder ein konstitutives, noch ein deklaratives Anerkenntnis, sondern lediglich einen letzten Fälligkeitstermin. Dieser Abtretungsvertrag sei auch unwirksam. Die beim Notariatsakt beigezogene Dolmetscherin für die türkische Sprache sei niemals in der Dolmetscherliste beim Landesgericht Feldkirch eingetragen gewesen. Der Notariatsakt habe daher nicht den in den Paragraphen 54 bis 65 NotO gebotenen Förmlichkeiten entsprochen.

Das Erstgericht erkannte den Beklagten neuerlich schuldig, dem Kläger 250.000 S samt 9,5 % Zinsen seit 16. 7. 1996 zu bezahlen und an Prozeßkosten 97.973,08 S zu ersetzen. Das Zinsenmehrbegehren von weiteren 1,85 % aus 250.000 S seit 16. 7. 1996 wies es - unangefochten - ab. Es traf noch folgende weitere Feststellungen: Am 8. 3. 1996 errichteten die Streitteile in der Kanzlei des Notars Dr. S\*\*\*\*\* in D\*\*\*\*\* vor dessen Substitute Dr. E\*\*\*\*\* einen Gesellschaftsvertrag über die Errichtung der "B\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\* GesmbH mit Sitz in R\*\*\*\*. Das Stammkapital der Gesellschaft betrug 500.000 S und wurde von den beiden Gesellschaftern, den Streitteilen, mit je einer Stammeinlage von 250.000 S übernommen, wovon je die Hälfte bar eingezahlt war. Bereits kurze Zeit nach Eröffnung des Lokals am 28. 3. 1996 hatte der Kläger das Interesse an seiner Tätigkeit im Rahmen dieser Gesellschaft verloren. Er war nämlich als Kellner und als "Mädchen für alles" tätig und fühlte sich dadurch gegenüber dem Beklagten zurückgesetzt. Die Streitteile kamen überein, daß der Kläger aus der Gesellschaft ausscheidet und dem Beklagten gegen den

Übernahmspreis von 250.000 S seinen Geschäftsanteil überläßt. Insoweit bestand bereits Einigung am 2. 4. 1996. Der Kläger organisierte daraufhin die Verfassung eines entsprechenden Abtretungsvertrags durch den Notar und vereinbarte schließlich für den 17. 4. 1996 einen Termin zur Unterfertigung des entsprechenden Notariatsakts. Nachdem bereits zwei Termine vorher (ca eine Woche bzw zwei Wochen vor dem 17. 4. 1996) nicht zustandegekommen waren, trafen sich die Streitteile in Anwesenheit eines Dolmetschers am 17. 4. 1996 bei Notar Dr. S\*\*\*\*\* in D\*\*\*\*\*, wo ein entsprechender Abtretungsvertrag zur Unterfertigung vorlag. Der in deutscher Sprache abgefaßte Notariatsakt wurde vom Notarsubstituten Dr. E\*\*\*\*\* vorgelesen und von der Dolmetscherin jedenfalls soweit übersetzt und erklärt, daß die Parteien vollständig über das Rechtsgeschäft und den Inhalt des Notariatsakts Bescheid wußten. Dabei waren der Kläger und die ebenfalls anwesende Gattin des Beklagten der deutschen Sprache ohnedies mächtig, nur der Beklagte selbst konnte nicht Deutsch. Die beim Abschluß des Notariatsakts beigezogene Dolmetscherin war nicht gerichtlich beeidet, was den Vertragsparteien aber nicht bekannt war. Mitgebracht hatte die Dolmetscherin der Kläger und dessen Familie. Dabei bestand zwischen den Streitteilen bei Abschluß des Notariatsakts Einigkeit darüber, daß die Abtretung um den Abtretungspreis von 250.000 S erfolgen wird. Ob hinsichtlich der im Vertrag angeführten Fälligkeit des Abtretungspreises mit 15. 7. 1996 irgendwelche Absprachen zwischen den Streitteilen stattgefunden haben, steht nicht fest. In Auftrag gegeben wurde der Notariatsakt vom Kläger, von dem somit gegenüber dem Vertragsverfasser auch die entsprechenden Vorgaben und Angaben stammen. Nach Abschluß des Notariatsakts wurde die Abtretung des Geschäftsanteils des Klägers an den Beklagten auf dessen Veranlassung auch im Firmenbuch des Landesgerichts Feldkirch durchgeführt. Seit 17. 4. 1996 vertrat der Beklagte die Gesellschaft selbständig. Durch ihn wurden auch zwei Personen als gewerberechtliche Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Geführt wurde die Gesellschaft und das von ihr betriebene Gastlokal seit dem Ausscheiden des Klägers vom Beklagten allein; der Kläger hatte seither mit dieser Gesellschaft und dem Gastlokal nichts mehr zu tun.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht den Sachverhalt folgendermaßen:

Den Parteien sei bei Unterfertigung des Notariatsakts völlig bewußt gewesen, welches Rechtsgeschäft zwischen ihnen abgeschlossen werde und welchen Inhalt das Rechtsgeschäft habe. Entsprechend diesem Parteiwillen habe auch in der Folge der Beklagte tatsächlich die gesamte Gesellschaft übernommen und als alleiniger Gesellschaft und alleinzeichnungsberechtigter Geschäftsführer die Geschäfte geführt. Sei auch davon auszugehen, daß der unter Außerachtlassung der in den §§ 54 bis 65 NotO gebotenen Förmlichkeiten und Vorschriften aufgenommene Notariatsakt nicht die Kraft einer öffentlichen Urkunde habe (§ 66 NotO) und damit kein formgültiger Vertrag vorliege, so könne sich der Beklagte als Erwerber der Geschäftsanteile nach Erfüllung des Rechtsgeschäfts nicht mehr auf das Fehlen der Formvorschrift eines Notariatsakts berufen. Nachdem der Beklagte die aus dem Erwerb der Geschäftsanteile erfließenden Rechte - die Führung des Geschäfts - bereits längere Zeit tatsächlich allein wahrgenommen habe, verstöße sein Beharren auf dem Formgebot gegen die guten Sitten. Er habe daher den Abtretungspreis zu bezahlen. Den Parteien sei bei Unterfertigung des Notariatsakts völlig bewußt gewesen, welches Rechtsgeschäft zwischen ihnen abgeschlossen werde und welchen Inhalt das Rechtsgeschäft habe. Entsprechend diesem Parteiwillen habe auch in der Folge der Beklagte tatsächlich die gesamte Gesellschaft übernommen und als alleiniger Gesellschaft und alleinzeichnungsberechtigter Geschäftsführer die Geschäfte geführt. Sei auch davon auszugehen, daß der unter Außerachtlassung der in den Paragraphen 54 bis 65 NotO gebotenen Förmlichkeiten und Vorschriften aufgenommene Notariatsakt nicht die Kraft einer öffentlichen Urkunde habe (Paragraph 66, NotO) und damit kein formgültiger Vertrag vorliege, so könne sich der Beklagte als Erwerber der Geschäftsanteile nach Erfüllung des Rechtsgeschäfts nicht mehr auf das Fehlen der Formvorschrift eines Notariatsakts berufen. Nachdem der Beklagte die aus dem Erwerb der Geschäftsanteile erfließenden Rechte - die Führung des Geschäfts - bereits längere Zeit tatsächlich allein wahrgenommen habe, verstöße sein Beharren auf dem Formgebot gegen die guten Sitten. Er habe daher den Abtretungspreis zu bezahlen.

Das Gericht zweiter Instanz bestätigte das erstgerichtliche Urteil in der Hauptsache und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Es übernahm die erstinstanzlichen Feststellungen und billigte die Rechtsansicht des Erstgerichts. Weiters äußerte es folgende Rechtsansicht: Mit der die Übertragung des Geschäftsanteils vorgesehenen Notariatsaktsform werde der Zweck verfolgt, die Zirkulationsfähigkeit und Negotiabilität von Geschäftsanteilen auszuschließen, damit sie "nicht auf die Börse oder den Markt" gebracht werden, also auch keine Börse - oder Marktpreise haben. Die neuere Rechtsprechung messe der Notariatsaktsform demgegenüber eine dreifache Funktion zu. Neben der Immobilisierung der Geschäftsanteile solle der Erwerber zu reiflicher Überlegung

angehalten (SZ 62/28) und es solle schließlich auch gewährleistet werden, daß die Identität der jeweiligen Gesellschafter sicher festgestellt werden könne (ecolex 1992, 634; NZ 1990, 279; JBI 1990, 715). Das Fehlen der erforderlichen Form führe dazu, daß das Geschäft nicht wirksam zustandekomme und zwar auch dann nicht, wenn der Kaufpreis gezahlt sei (ecolex 1992, 634; ecolex 1990, 551 ua). Das bedeute, daß aus einem formfrei geschlossenen Vertrag weder auf Errichtung eines Notariatsakts über die Abtretung noch auf Unterfertigung einer dazu dienenden Vollmacht geklagt werden könne. Der schon gezahlte Kaufpreis sei grundsätzlich kondizierbar. Formmängel des Verpflichtungsgeschäfts würden nach § 15 Abs 4 dGmbHG durch Übertragung des Anteils geheilt. Diese Möglichkeit lehne der Oberste Gerichtshof für das österreichische Recht ab, ohne daß freilich ganz deutlich werde, ob Heilung des Verpflichtungs- oder des Verfügungsgeschäfts gemeint sei (ecolex 1992, 634; NZ 1990, 279). Bei tatsächlicher Erfüllung der Verpflichtung durch beide Seiten und Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Erwerber über eine längere Zeit sei freilich angenommen worden, daß die Rückforderung des Kaufpreises gegen die guten Sitten verstößen könne (SZ 56/119; JBI 1990, 715; Koppensteiner, Komm zum GmbHG2 Rz 25 zu § 76). Die tatsächliche Ausführung des Verpflichtungsgeschäfts setze nicht nur die Einräumung der Mitgliedschaftsrechte, sondern vor allem voraus, daß der Käufer diese Rechte bereits längere Zeit hindurch tatsächlich ausgeübt habe. Seien diese Voraussetzungen gegeben, dann verstöße das Beharren auf dem Formgebot gegen die guten Sitten. Davon sei im vorliegenden Fall auszugehen. Der Kläger habe mit Vertrag vom 17. 4. 1996 seinen Geschäftsanteil an der GmbH um den Abtretungspreis von 250.000 S an den Beklagten, an den einzigen Mitgesellschafter, abgetreten, der durch die Vertragsannahme alleiniger Gesellschafter der GmbH geworden sei. Der Kläger habe somit nicht nur tatsächlich erfüllt, auch der Beklagte habe seit dem genannten Zeitpunkt die Vorteile des Geschäfts genossen. Damit verstößt sein Beharren auf der Einhaltung der Form des Notariatsakts für die Übertragung der Geschäftsanteile der GmbH nach den obigen Darlegungen gegen die guten Sitten. Das Gericht zweiter Instanz bestätigte das erstgerichtliche Urteil in der Hauptsache und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei. Es übernahm die erstinstanzlichen Feststellungen und billigte die Rechtsansicht des Erstgerichts. Weiters äußerte es folgende Rechtsansicht: Mit der für die Übertragung des Geschäftsanteils vorgesehenen Notariatsform werde der Zweck verfolgt, die Zirkulationsfähigkeit und Negotiabilität von Geschäftsanteilen auszuschließen, damit sie "nicht auf die Börse oder den Markt" gebracht werden, also auch keine Börse - oder Marktpreise haben. Die neuere Rechtsprechung messe der Notariatsform demgegenüber eine dreifache Funktion zu. Neben der Immobilisierung der Geschäftsanteile solle der Erwerber zu reiflicher Überlegung angehalten (SZ 62/28) und es solle schließlich auch gewährleistet werden, daß die Identität der jeweiligen Gesellschafter sicher festgestellt werden könne (ecolex 1992, 634; NZ 1990, 279; JBI 1990, 715). Das Fehlen der erforderlichen Form führe dazu, daß das Geschäft nicht wirksam zustandekomme und zwar auch dann nicht, wenn der Kaufpreis gezahlt sei (ecolex 1992, 634; ecolex 1990, 551 ua). Das bedeute, daß aus einem formfrei geschlossenen Vertrag weder auf Errichtung eines Notariatsakts über die Abtretung noch auf Unterfertigung einer dazu dienenden Vollmacht geklagt werden könne. Der schon gezahlte Kaufpreis sei grundsätzlich kondizierbar. Formmängel des Verpflichtungsgeschäfts würden nach Paragraph 15, Absatz 4, dGmbHG durch Übertragung des Anteils geheilt. Diese Möglichkeit lehne der Oberste Gerichtshof für das österreichische Recht ab, ohne daß freilich ganz deutlich werde, ob Heilung des Verpflichtungs- oder des Verfügungsgeschäfts gemeint sei (ecolex 1992, 634; NZ 1990, 279). Bei tatsächlicher Erfüllung der Verpflichtung durch beide Seiten und Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Erwerber über eine längere Zeit sei freilich angenommen worden, daß die Rückforderung des Kaufpreises gegen die guten Sitten verstößen könne (SZ 56/119; JBI 1990, 715; Koppensteiner, Komm zum GmbHG2 Rz 25 zu Paragraph 76.). Die tatsächliche Ausführung des Verpflichtungsgeschäfts setze nicht nur die Einräumung der Mitgliedschaftsrechte, sondern vor allem voraus, daß der Käufer diese Rechte bereits längere Zeit hindurch tatsächlich ausgeübt habe. Seien diese Voraussetzungen gegeben, dann verstößt das Beharren auf dem Formgebot gegen die guten Sitten. Davon sei im vorliegenden Fall auszugehen. Der Kläger habe mit Vertrag vom 17. 4. 1996 seinen Geschäftsanteil an der GmbH um den Abtretungspreis von 250.000 S an den Beklagten, an den einzigen Mitgesellschafter, abgetreten, der durch die Vertragsannahme alleiniger Gesellschafter der GmbH geworden sei. Der Kläger habe somit nicht nur tatsächlich erfüllt, auch der Beklagte habe seit dem genannten Zeitpunkt die Vorteile des Geschäfts genossen. Damit verstößt sein Beharren auf der Einhaltung der Form des Notariatsakts für die Übertragung der Geschäftsanteile der GmbH nach den obigen Darlegungen gegen die guten Sitten.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil sich die vom Obersten Gerichtshof angenommene Sittenwidrigkeit jeweils auf die Rückforderung des Kaufpreises bei tatsächlicher Erfüllung der Verpflichtung durch beide Seiten bezogen habe. Im vorliegenden Fall sei der Sachverhalt insoweit anders gelagert, als zwar der Kläger, nicht jedoch der Beklagte erfüllt

habe. Für diese Fallkonstellation sei höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht bekannt.

## Rechtliche Beurteilung

Die Revision des Beklagten ist berechtigt:

Gemäß § 76 Abs 2 Satz 1 GmbHG bedarf es zur Übertragung von Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden eines Notariatsakts. Hauptzweck der Formvorschrift des § 76 Abs 2 GmbHG (nach dessen zweiten Satz dasselbe auch für Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteils gilt) ist nach herrschender Ansicht die "Immobilisierung" der Geschäftsanteile, also die Unterbindung der Umlauffähigkeit der Geschäftsanteile im Handelsverkehr, insbesondere im Börseverkehr (SZ 49/23; SZ 56/119; JBI 1990, 715; ecolex 1990, 551; ecolex 1992, 634 uva; Reich/Rohrwig in ecolex 1990, 546 ff; Koppensteiner, GmbHG2 Rz 25 zu § 76; ua). Als Normzweck werden weiter auch der Schutz vor Übereilung oder auch die Evidenz (Klarstellung/Publizität) der jeweiligen Gesellschafterstellung für die Gesellschaftsorgane und die übrigen Gesellschafter angesehen (JBI 1990, 715 ua). Gemäß § 63 Abs 1 NotO ist der Verhandlung (Errichtung) eines Notariatsakts ein beeideter Dolmetsch beizuziehen, wenn der Notariatsakt in einer Sprache aufgenommen wird, welcher eine der Parteien nicht kundig ist. Im vorliegenden Fall wurde bei der Errichtung des Notariatsakts vom 17. 4. 1996 (nach dessen Einleitung beide Parteien zwar der türkischen, nicht aber der deutschen Sprache kundig seien) eine vom Kläger "mitgebrachte" Dolmetscherin der türkischen Sprache beigezogen, welche - wie sich erst nachträglich im Wiederaufnahmeverfahren herausstellte - nicht gerichtlich beeidet war. Gemäß § 66 NotO hat ein Notariatsakt, der unter Außerachtlassung der in den §§ 54 bis 65 gebotenen Förmlichkeiten und Vorsichten aufgenommen worden ist, nicht die Kraft einer öffentlichen Urkunde. Nach in Österreich herrschender Auffassung ist somit ein diesen Förmlichkeiten nicht entsprechender Notariatsakt unwirksam, selbst wenn der Abtretungspreis gezahlt wurde, und kann durch einen solchen "formfehlerhaften" Vorgang ein klagbarer Anspruch (auf Erfüllung oder Nachtragung des Formalakts) nicht erhoben werden (ecolex 1992, 634; SZ 68/178 mwN; Koppensteiner aaO). Während nach § 15 dGmbHG Formmängel des Verpflichtungsgeschäfts durch Übertragung des Anteils geheilt werden, wird von der österreichischen Rechtsprechung solches verneint (siehe die Nachweise bei Koppensteiner aaO). Nur bei tatsächlicher Erfüllung des "formungültigen" Abtretungsvertrags durch beide Seiten und (gesicherte) Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Erwerber über längere Zeit wurde in der Entscheidung SZ 56/119 erstmals angenommen, daß die Rückforderung des Kaufpreises unter Berufung auf die Formungültigkeit des Abtretungsvertrags gegen die guten Sitten verstößt und daher zu versagen ist. In der Entscheidung JBI 1990, 715 wurde diese Rechtsansicht übernommen, dem Rückforderungsbegehrn allerdings dort stattgegeben, weil die tatsächliche Einräumung und Ausübung der Gesellschafterrechte nicht erwiesen war. Gemäß Paragraph 76, Absatz 2, Satz 1 GmbHG bedarf es zur Übertragung von Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden eines Notariatsakts. Hauptzweck der Formvorschrift des Paragraph 76, Absatz 2, GmbHG (nach dessen zweiten Satz dasselbe auch für Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteils gilt) ist nach herrschender Ansicht die "Immobilisierung" der Geschäftsanteile, also die Unterbindung der Umlauffähigkeit der Geschäftsanteile im Handelsverkehr, insbesondere im Börseverkehr (SZ 49/23; SZ 56/119; JBI 1990, 715; ecolex 1990, 551; ecolex 1992, 634 uva; Reich/Rohrwig in ecolex 1990, 546 ff; Koppensteiner, GmbHG2 Rz 25 zu Paragraph 76 ;, ua). Als Normzweck werden weiter auch der Schutz vor Übereilung oder auch die Evidenz (Klarstellung/Publizität) der jeweiligen Gesellschafterstellung für die Gesellschaftsorgane und die übrigen Gesellschafter angesehen (JBI 1990, 715 ua). Gemäß Paragraph 63, Absatz eins, NotO ist der Verhandlung (Errichtung) eines Notariatsakts ein beeideter Dolmetsch beizuziehen, wenn der Notariatsakt in einer Sprache aufgenommen wird, welcher eine der Parteien nicht kundig ist. Im vorliegenden Fall wurde bei der Errichtung des Notariatsakts vom 17. 4. 1996 (nach dessen Einleitung beide Parteien zwar der türkischen, nicht aber der deutschen Sprache kundig seien) eine vom Kläger "mitgebrachte" Dolmetscherin der türkischen Sprache beigezogen, welche - wie sich erst nachträglich im Wiederaufnahmeverfahren herausstellte - nicht gerichtlich beeidet war. Gemäß Paragraph 66, NotO hat ein Notariatsakt, der unter Außerachtlassung der in den Paragraphen 54 bis 65 gebotenen Förmlichkeiten und Vorsichten aufgenommen worden ist, nicht die Kraft einer öffentlichen Urkunde. Nach in Österreich herrschender Auffassung ist somit ein diesen Förmlichkeiten nicht entsprechender Notariatsakt unwirksam, selbst wenn der Abtretungspreis gezahlt wurde, und kann durch einen solchen "formfehlerhaften" Vorgang ein klagbarer Anspruch (auf Erfüllung oder Nachtragung des Formalakts) nicht erhoben werden (ecolex 1992, 634; SZ 68/178 mwN; Koppensteiner aaO). Während nach Paragraph 15, dGmbHG Formmängel des Verpflichtungsgeschäfts durch Übertragung des Anteils geheilt werden, wird von der

österreichischen Rechtsprechung solches verneint (siehe die Nachweise bei Koppensteiner aaO). Nur bei tatsächlicher Erfüllung des "formungültigen" Abtretungsvertrags durch beide Seiten und (gesicherte) Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Erwerber über längere Zeit wurde in der Entscheidung SZ 56/119 erstmals angenommen, daß die Rückforderung des Kaufpreises unter Berufung auf die Formungültigkeit des Abtretungsvertrags gegen die guten Sitten verstößt und daher zu versagen ist. In der Entscheidung JBI 1990, 715 wurde diese Rechtsansicht übernommen, dem Rückforderungsbegehrn allerdings dort stattgegeben, weil die tatsächliche Einräumung und Ausübung der Gesellschafterrechte nicht erwiesen war.

P. Bydlinski (vor allem in: Veräußerung und Erwerb von GmbH-Anteilen, 17 ff und 57 ff) lehrt, daß im Wege über § 1432 2. Fall ABGB (wonach Zahlungen einer nur aus dem Mangel der Förmlichkeiten ungültigen Schuld nicht zurückgefördert werden können) das formmangelhafte Verpflichtungsgeschäft (der Titel) zur Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils durch Zahlung des Abtretungsentgelts geheilt werden könne, nicht hingegen das Verfügungsgeschäft, weil die Gleichwertigkeit irgendwelcher tatsächlicher Handlungen wegen der gesetzlich (§ 76 Abs 2 GmbHG) vorgesehenen besonderen Publizität nicht in Betracht komme (aaO 18 f; 61 ff). Für den Fall der beiderseitigen Erfüllung des (formungültigen) Verpflichtungsgeschäfts (Zahlung des Abtretungspreises und Einräumung der Gesellschafterrechte) bedürfe es einer Sanierung des formungültigen Verfügungsgeschäfts aber nicht, weil auf dessen Abschluß bzw entsprechende Mitwirkung aus dem geheilten Verpflichtungsgeschäft geklagt werden könnte. P. Bydlinski (vor allem in: Veräußerung und Erwerb von GmbH-Anteilen, 17 ff und 57 ff) lehrt, daß im Wege über Paragraph 1432, 2. Fall ABGB (wonach Zahlungen einer nur aus dem Mangel der Förmlichkeiten ungültigen Schuld nicht zurückgefördert werden können) das formmangelhafte Verpflichtungsgeschäft (der Titel) zur Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils durch Zahlung des Abtretungsentgelts geheilt werden könne, nicht hingegen das Verfügungsgeschäft, weil die Gleichwertigkeit irgendwelcher tatsächlicher Handlungen wegen der gesetzlich (Paragraph 76, Absatz 2, GmbHG) vorgesehenen besonderen Publizität nicht in Betracht komme (aaO 18 f; 61 ff). Für den Fall der beiderseitigen Erfüllung des (formungültigen) Verpflichtungsgeschäfts (Zahlung des Abtretungspreises und Einräumung der Gesellschafterrechte) bedürfe es einer Sanierung des formungültigen Verfügungsgeschäfts aber nicht, weil auf dessen Abschluß bzw entsprechende Mitwirkung aus dem geheilten Verpflichtungsgeschäft geklagt werden könnte.

Koppensteiner (aaO) folgt dieser Ansicht P. Bydlinskis, deckt aber zutreffend auf, daß gerade diese Heilung des Verpflichtungsgeschäfts mit dem Formzweck der Immobilisierung des GmbH-Anteils kollidiere, und stellt die Frage daher als weiter klärungsbedürftig hin. Entgegen P. Bydlinski meint er jedoch, daß die Zahlung des Kaufpreises nicht Voraussetzung für die Heilung sei; seien allerdings sowohl das Verpflichtungs-, als auch das Verfügungsgeschäft formnichtig, dann könne nur noch mit dem Verbot rechtsmißbräuchlichen Verhaltens - in Betracht komme nur der "venire contra factum proprium-Einwand" - geholfen werden. Ob dessen Voraussetzungen vorlägen, lasse sich nur im Einzelfall beurteilen.

Im vorliegenden Fall, in welchem das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft für die Abtretung des Geschäftsanteils zusammenfallen, scheidet somit wegen des bei Errichtung des Notariatsakts unterlaufenen Formmangels eine Sanierung des Abtretungsvertrags vom 17. 4. 1996 schon deshalb aus, weil der Formmangel mit der Wirkung des § 66 NotO auch das Verfügungsgeschäft mitumfaßt. Die Frage, ob eine Heilung des Verpflichtungsgeschäfts auch dann eintreten könnte, wenn das Abtretungsentgelt noch nicht entrichtet, der Vertrag also noch nicht von beiden Seiten erfüllt ist, ist im Sinn der oben dargelegten Ansichten P. Bydlinskis und Koppensteiners zu verneinen. Die vom Kläger erbrachte (und vom Beklagten offenbar angenommene) Leistung (Überlassung des Geschäftsanteils verbunden mit den Mitgliedsrechten) erfolgte somit rechtsgrundlos. Dieser Umstand berechtigt indessen den Kläger nicht, etwa gemäß § 1435 ABGB (nach dem Kondiktionsfall: causa data, causa non secuta) den Abtretungspreis vom "bereicherten" Beklagten zu fordern. Vielmehr ist der insgesamt unwirksame Abtretungsvertrag, so er von den Parteien nicht einvernehmlich saniert (also die gehörige Notariatsaktsform wiederholt oder nachgetragen) werden sollte, rückabzuwickeln. Im vorliegenden Fall, in welchem das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft für die Abtretung des Geschäftsanteils zusammenfallen, scheidet somit wegen des bei Errichtung des Notariatsakts unterlaufenen Formmangels eine Sanierung des Abtretungsvertrags vom 17. 4. 1996 schon deshalb aus, weil der Formmangel mit der Wirkung des Paragraph 66, NotO auch das Verfügungsgeschäft mitumfaßt. Die Frage, ob eine Heilung des Verpflichtungsgeschäfts auch dann eintreten könnte, wenn das Abtretungsentgelt noch nicht entrichtet, der Vertrag also noch nicht von beiden Seiten erfüllt ist, ist im Sinn der oben dargelegten Ansichten P. Bydlinskis und Koppensteiners zu verneinen. Die vom Kläger erbrachte (und vom Beklagten

offenbar angenommene) Leistung (Überlassung des Geschäftsanteils verbunden mit den Mitgliedsrechten) erfolgte somit rechtsgrundlos. Dieser Umstand berechtigt indessen den Kläger nicht, etwa gemäß Paragraph 1435, ABGB (nach dem Kondiktionsfall: *causa data, causa non secuta*) den Abtretungspreis vom "bereicherten" Beklagten zu fordern. Vielmehr ist der insgesamt unwirksame Abtretungsvertrag, so er von den Parteien nicht einvernehmlich saniert (also die gehörige Notariatsaktsform wiederholt oder nachgetragen) werden sollte, rückabzuwickeln.

Diese Erwägungen führen in Stattgebung der Revision des Beklagten zur Abweisung des Klagebegehrens.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 bzw 50, 41 ZPO Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 41, bzw 50, 41 ZPO.

#### **Anmerkung**

E53764 04A00999

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:0040OB00099.99H.0413.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19990413\_OGH0002\_0040OB00099\_99H0000\_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)