

# KONKLUDENTE RÜCKWIRKENDE GENEHMIGUNG DER ABTRETUNG VINKULIERTER GESCHÄFTSANTEILE

1. Für die Zustimmung der Generalversammlung zur Abtretung eines vinkulierten Geschäftsanteils genügt die einfache Mehrheit, wenn nichts anderes im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist.
2. Eine konkludente Genehmigung der Abtretung vinkulierter Geschäftsanteile ist zulässig.
3. Ist die Abtretung von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag gemäß § 76 Abs 2 GmbHG an weitere Voraussetzungen, etwa an die Zustimmung der Gesellschaft (Vinkulierung) gebunden, so führt deren Fehlen, solange sie noch erfüllt werden können, zur schwebenden Unwirksamkeit einer dennoch vorgenommenen Abtretung. Sie wird daher wirksam, wenn die Gesellschaft nachträglich zustimmt.

§ 76 Abs 2 GmbHG

OGH 21.2.2008, 6 Ob 7/08k

## Aus der Begründung:

[...] **1.1.** Ist die Abtretung von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag gemäß § 76 Abs 2 GmbHG an weitere Voraussetzungen, etwa – so wie im vorliegenden Verfahren – an die Zustimmung der Gesellschaft (Vinkulierung), gebunden, so führt deren Fehlen nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0039034; vgl etwa auch *Kostner/Umfahrer*, GmbH<sup>5</sup> [1998] Rz 712, 715; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz<sup>6</sup> [2006] § 76 Rz 17; *Koppensteiner/Rijffler*, GmbHG<sup>3</sup> [2007] § 76 Rz 7 mwN), solange sie noch erfüllt werden können, zur schwebenden Unwirksamkeit einer dennoch vorgenommenen Abtretung. Sie wird daher wirksam, wenn die Gesellschaft nachträglich zustimmt (vgl 8 Ob 595/90 = SZ 64/191; 6 Ob 241/98d = RdW 1999, 410; *Koppensteiner/Rijffler*, aaO unter Hinweis auf die Entscheidung 3 Ob 601/90 = ecolex 1991, 394 [*Reich-Robrnig*]; *Reich-Robrnig*, ecolex 1991, 394 [Entscheidungsanmerkung]).

**1.2.** Hinsichtlich der Wirkungen der nachträglichen Genehmigung eines schwebend unwirksamen Geschäfts ist es jedenfalls unbestritten, dass sie zwischen den Geschäftspartnern gilt („volle Wirksamkeit“; 2 Ob 8/84 = SZ 57/61; 5 Ob 57/02x = SZ 2002/64; *Gschnitzer* in Klang<sup>2</sup> IV/1 [1968] 90; *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> [2000] § 865 Rz 9; *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> [2006] § 865 Rz 8; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>2</sup> [2007] § 865 Rz 6). Dies ist auch zwischen den Parteien dieses Verfahrens unstrittig.



**1.3.** Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 2 Ob 8/84 darüber hinaus ausgeführt, die rückwirkende Kraft der Genehmigung komme nur zwischen den Parteien voll zur Geltung, nicht jedoch auch gegenüber Dritten.

Daraus könnte nun allenfalls eine generelle Ablehnung der Rückwirkung einer Genehmigung geschlossen werden. Allerdings hat bereits *Rummel* (aaO) darauf hingewiesen, dass die Ausführungen des 2. Senats für den konkreten Sachverhalt richtig gewesen seien, eine generelle Ablehnung der Rückwirkung einer Genehmigung jedoch verfehlt wäre; die Rückwirkung der Genehmigung gegenüber außenstehenden Dritten sei vielmehr wie in § 184 Abs 2 dBGB zu beschränken, also keine rückwirkende Beseitigung eigener gegenteiliger Verfügungen oder solcher durch Zwangsvollstreckung.

Der 5. Senat des Obersten Gerichtshofs hat in seiner Entscheidung 5 Ob 57/02x diesen Überlegungen ausdrücklich Rechnung getragen und unter Hinweis auf *Apathy* (in *Schwimmann*, ABGB<sup>2</sup> [1997] § 865 Rz 8) klargestellt, dass die Rückwirkung einer Genehmigung die Rechtsposition des Dritten nicht beeinträchtigen dürfe; sei dies jedoch nicht der Fall, werde also nicht in zwischenzeitlich erworbene Rechte eingegriffen, sei die rückwirkende Kraft der nachträglichen Genehmigung auch dem Dritten gegenüber zu bejahen. Dieser Auffassung haben sich zwischenzeitig unter anderem *Apathy/Riedler* (aaO) und *Bollenberger* (aaO) angeschlossen. Sie wird auch von der Beklagten in ihrer Revision nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen. Damit liegt aber die vom

Berufungsgericht als erheblich bezeichnete Rechtsfrage nicht vor; der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 5 Ob 57/02x mit Billigung der Lehre die durch die Entscheidung 2 Ob 8/84 – allenfalls – entstandene Rechtsunsicherheit bereits beseitigt. Damit wäre die Revision an sich unzulässig.

**1.4.** Die Beklagte meint in ihrer Revision im Zusammenhang mit dieser Frage zwar, die zu 1.3. erörterte Rechtsprechung sei „im Wesentlichen für Geschäfte bei Mitwirkung von Minderjährigen entwickelt“ worden und könne nicht auf das Gesellschaftsrecht übertragen werden, weil die Klägerin „in Rechtsgemeinschaft mit den abtretenden Gesellschaftern“ gestanden und daher nicht außenstehende Dritte sei. Sie übersieht damit aber, dass der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung 6 Ob 5/91 (= *ecolex* 1992, 563) im Fall eines – wie auch hier – gesellschaftsvertraglich festgelegten Erfordernisses einer Zustimmung der Generalversammlung zur Abtretung von Geschäftsanteilen an Nichtgesellschafter ausgeführt hat, eine Rückwirkung der Zustimmung sei bei rechtsgestaltenden Gesamttakten wie etwa bei Bildung eines mehrstimmigen Gemeinschaftswillens zur Vermeidung einer Ungewissheit während des Schwebezustands grundsätzlich abzulehnen. Dass – wie die Revision meint – „ein Abtretungsvertrag zumeist erst nach dem Abschluss genehmigt wird und daher zumeist eine nachträgliche Zustimmung vorliegt“, vermag daran nichts zu ändern. Die Beklagte bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen von *Koppensteiner/Rüffler* (GmbHG<sup>3</sup> [2007] § 41 Rz 39a), die ihrerseits auf den „Sachverhalt“ der Entscheidung SZ 67/103 (= 4 Ob 527/94) verweisen. Danach seien schwebend unwirksame Stimmen bei der Beschlussfassung nicht mitzuzählen und daher der Beschluss zwar anfechtbar; würden sie hingegen mitgezählt und der Inhalt des Beschlusses auf dieser Grundlage festgestellt, entfalle diese Konsequenz jedoch, wenn der Unwirksamkeitsgrund nachträglich beseitigt werde. Diese Ausführungen sind allerdings unter dem Vorbehalt zu verstehen, dass der Unwirksamkeitsgrund tatsächlich und rechtsgültig nachträglich beseitigt wird; dies setzt aber eben voraus, dass in die Rechte der anderen Gesellschafter nicht eingegriffen wird (was wohl beim „Sachverhalt“ der von *Koppensteiner/Rüffler* angeführten Entscheidung der Fall gewesen sein dürfte).

**1.5.** Schließlich sind auch die weiteren Überlegungen der Beklagten in ihrer Revision zur vom Berufungsgericht als erheblich bezeichneten Rechtsfrage nicht richtig, nämlich dass „in keine wohl erworbenen Rechte der Klägerin eingegriffen [worden sei], da diese ihre Rechte der Stimmausübung unabhängig von der Gesellschaftereigenschaft anderer Personen ausüben konnte und ausgeübt hat“.

Durch die (angenommene) Vereinigung der Geschäftsanteile der U\*\* GmbH und der O\*\* GmbH in seiner Hand verfügte Fritz U\*\* über eine Mehrheit von 76 % und konnte daher in der außerordentlichen Generalversammlung vom 5.3.2007 die Kapitalerhöhung gleichsam alleine beschließen. Die von ihm als Geschäftsführer vertretene U\*\* GmbH hätte hingegen lediglich über 46 % der Geschäftsanteile verfügt und wäre damit auf die Zustimmung der O\*\* GmbH angewiesen gewesen. Dass diese aber – wie die Revision offensichtlich unterstellt – ebenfalls gegen die Klägerin gestimmt hätte, lässt sich den Feststellungen der Vorinstanzen nicht entnehmen; Geschäftsführer der letztgenannten Gesellschaft war ja nicht Fritz U\*\*, sondern Friedrich O\*\*.

Da somit – zumindest theoretisch – nicht ausgeschlossen werden kann, dass Fritz U\*\* (richtigerweise als Geschäftsführer der U\*\* GmbH) eine Kapitalerhöhung nicht durchgebracht hätte, bei Annahme der Rechtswirksamkeit der nachträglichen Genehmigung der Abtretungsverträge auch gegenüber der Klägerin jedoch die Kapitalerhöhung als beschlossen angesehen werden müsste, würde durch Annahme der Rechtswirksamkeit der nachträglichen Genehmigung insofern tatsächlich in die Rechte der Klägerin eingegriffen. Insoweit wäre damit den Ausführungen des Berufungsgerichts auch inhaltlich zuzustimmen.

**2.** Die Beklagte macht in der Revision allerdings weiters geltend, sie habe als „Gesellschaft als solche“ ohnehin bereits in der außerordentlichen Generalversammlung vom 5. 3. 2007 der Abtretung der Geschäftsanteile konkludent zugestimmt; das Zustimmungserfordernis nach § 76 Abs 2 GmbHG meine nämlich „im Ergebnis“ immer die Gesellschaft. Außerdem sieht sie eine weitere konkludente Zustimmung zu den Abtretungsverträgen im Verhalten der Klägerin selbst; diese habe jedenfalls bei der erwähnten außerordentlichen Generalversammlung keinen Einwand gegen die Anwesenheit Fritz U\*\*s und seine Bezeichnung als Gesellschafter der Beklagten erhoben. Diesen Überlegungen ist im Ergebnis zu folgen, weshalb die Revision doch zulässig ist:

**2.1.** Nach § 76 Abs 2 letzter Satz GmbHG kann im Gesellschaftsvertrag die Übertragung von Geschäftsanteilen von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Diese Zustimmung kann nun die Zustimmung der Gesellschaft (durch ihren Geschäftsführer), durch alle Gesellschafter oder durch die Generalversammlung (durch Mehrheitsbeschluss) bedeuten (*Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz<sup>6</sup> [2006] § 76 Rz 17; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> [2007] § 76 Rz 4 ff

mwN); im Einzelfall maßgeblich ist dabei immer der Inhalt des Gesellschaftsvertrags. Dieser sieht im vorliegenden Verfahren die Zustimmung der Generalversammlung vor. Dass diese am 5.3.2007 mit (zumindest Mehrheits-)Beschluss den Abtretungsverträgen zugestimmt hätte, ist nicht erkennbar.

**2.2.** Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist allerdings auch die konkludente Genehmigung der Abtretung vinkulierter Geschäftsanteile zulässig (etwa 1 Ob 581/90 = wbl 1987, 190; ebenso *Reich-Rohrwig*, ecolex 1991, 394 [Entscheidungsanmerkung] mwN aus der Literatur und aus der deutschen Rechtsprechung; jüngst *Koppensteiner/Rißfler*, aaO Rz 6). Dabei wurde sogar schon ausgesprochen, dass selbst dann, wenn der Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorsieht, dass „die Teilung sowie die Abtretung von Geschäftsanteilen zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Genehmigung der Gesellschaft (Generalversammlung) bedarf“ (was hier ohnehin nicht der Fall ist), von diesem Schriftformvorbehalt konkludent abgegangen werden könne. Diese schlüssige Zustimmung könne etwa darin gesehen werden, dass der Abtretungsvertrag auf Betreiben des abtretungswilligen Gesellschafters in Anwesenheit sämtlicher Gesellschafter geschlossen wird, auch wenn die am Abtretungsvertrag nicht beteiligten Gesellschafter nicht ausdrücklich schriftlich zustimmten (3 Ob 601/90; zustimmend jüngst *Koppensteiner/Rißfler*, aaO).

**2.3.** Die Beklagte hat bereits in ihrer Klagebeantwortung vorgebracht, die Klägerin habe weder anlässlich einer Generalversammlung am 18.1.2007 noch anlässlich der außerordentlichen Generalversammlung vom 5.3.2007 darauf hingewiesen bzw gerügt, dass sie Fritz U\*\* nicht als Gesellschafter anerkenne und auf formeller Zustimmung der Generalversammlung zum Erwerb von Geschäftsanteilen bestehe; dies habe eine konkludente Zustimmung zu den Abtretungsverträgen bedeutet (AS 12).

Das Erstgericht hat sich mit dieser Frage nicht weiter auseinandergesetzt [...]

**2.4.** Aus dem Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung vom 5.3.2007 (Beilage ./D), das die Klägerin selbst vorgelegt und dessen Echtheit die Beklagte nicht bestritten hat (AS 57), ergibt sich, dass unter anderem Fritz U\*\* teilnahm und dass dieser durchgehend als „Gesellschafter“ bezeichnet wurde. Dass sich die Klägerin, die selbst vorgebracht hat, (erst) einige Tage vor dieser Generalversammlung „Kenntnis von der firmenbuchgerichtlichen

Eintragung des Herrn KR Fritz U\*\* als Gesellschafter der beklagten Partei (mit einer zur Gänze einbezahlten Stammeinlage im Nennbetrag von 28.120 EUR),, erlangt zu haben (AS 22), gegen die Gesellschafterstellung Fritz U\*\*s ausgesprochen hätte, lässt sich dem Protokoll hingegen nicht entnehmen.

Ein derartiges Verhalten kann im Hinblick auf § 863 ABGB nur als schlüssige Zustimmung der Klägerin zu den Abtretungsverträgen interpretiert werden. Dass sie diese – wie sie behauptet – zum Zeitpunkt der außerordentlichen Generalversammlung noch nicht eingesehen haben mag, ändert daran nichts. Ihr war ja die Vinkulierung laut Gesellschaftsvertrag der Beklagten ebenso bekannt wie der Umstand, dass Fritz U\*\* aufgrund der Formulierung dieser Vinkulierungsklausel als gesellschaftsfremde Person anzusehen war.

**2.5.** Für die Zustimmung der Generalversammlung zu den Abtretungsverträgen genügt einfache Mehrheit, weil nichts anderes im Gesellschaftsvertrag der Beklagten bestimmt ist (*Reich-Rohrwig*, Übertragung vinkulierter Anteile, ecolex 1994, 757 mwN; *Koppensteiner/Rißfler*, GmbHG<sup>3</sup> [2007] § 76 Rz 6); bei Einigkeit aller Gesellschafter sind jedoch weder eine Gesellschafterversammlung noch ein schriftliches Beschlussverfahren erforderlich (*Koppensteiner/Rißfler*, aaO).

Dass sowohl die U\*\* GmbH als auch die O\*\* GmbH als abtretende Gesellschafter mit der Abtretung an Fritz U\*\* einverstanden gewesen sind, kann zwanglos angenommen werden. Rechnet man nunmehr auch die konkludente Zustimmung der Klägerin hinzu, bestand jedenfalls zum Zeitpunkt der außerordentlichen Generalversammlung vom 5.3.2007 Einigkeit sämtlicher Gesellschafter der Beklagten, sodass die Abtretungsverträge als genehmigt anzusehen waren.

**4.** Die Beklagte vertritt außerdem wohl zutreffend die Auffassung, dass eine Zustimmung der Generalversammlung zu den Abtretungsverträgen überhaupt nicht notwendig gewesen ist, weil dies „unnötiger Formalismus“ gewesen wäre. Ein solcher liegt nach *Gellis/Feil* (GmbH-Gesetz<sup>6</sup> [2006] § 76 Rz 17) nämlich im Verlangen nach einer ausdrücklichen Zustimmung, wenn etwa ein Kontrahent als Majoritätsgesellschafter die notwendige Stimmenmacht hätte, die Genehmigung zu beschließen. Letzteres gilt im Hinblick auf die damalige Mehrheit der beiden Gesellschafter U\*\* GmbH und O\*\* GmbH an der Beklagten auch im vorliegenden Verfahren, wie letztlich ja auch die „nachträgliche Genehmigung“ vom 4.4.2007 gezeigt hat.

5. Damit war jedoch Fritz U\*\* bei Fassung des bekämpften Beschlusses über die Kapitalerhöhung vom 5.3.2007 bereits Gesellschafter der Beklagten mit einer Mehrheit von 76 %, wes-

halb die vom Berufungsgericht angenommene Nichtigkeit dieses Beschlusses nicht gegeben ist. Es war daher das klagabweisende Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen. [...]

## ANMERKUNG

Unter Berufung auf *Gellis/Feil* (GmbHG<sup>6</sup>, § 76 Rz 17) führt der OGH aus, eine Zustimmung der Generalversammlung sei nicht erforderlich, wenn etwa ein Kontrahent als Majoritätsgesellschafter ohnehin die notwendige Stimmenmacht hätte, die Genehmigung zu beschließen. Diesfalls sei die Zustimmung der Generalversammlung ein unnötiger Formalismus.

Dieser Auffassung ist entgegenzutreten: Sie bedeutet weitergedacht, dass sich ein Mehrheitsgesellschafter über gesellschaftsvertraglich vorgesehene Zustimmungserfordernisse der Generalversammlung von vornherein nach Belieben hinwegsetzen könnte. Damit werden aber gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich garantierte Informations- oder Partizipationsinteressen, Teilnahme- und Mitspracherechte der Gesellschafter missachtet. Erst kürzlich hat der 4. Senat des OGH (für die AG) zutreffend ausgeführt (4 Ob 101/06s = GeS 2007, 106 [109]): „Durch das in der HV auszu-



übende Rede- und Auskunftsrecht wird die Tatsachenbasis für deren Entscheidung verbreitert, was selbstverständlich auch im Interesse der Gesellschaft liegt. Wird dieses Teilnahmerecht durch einen rechtswidrigen Vorgang beeinträchtigt, erfordert daher auch das Interesse der Gesellschaft eine entsprechende Sanktionierung. Ließe man den letztlich nur mit Spekulationen begründbaren Nachweis der fehlenden Kausalität zu, würde zudem ein wesentliches Minderheitsrecht in das Belieben der Mehrheit gestellt [...]. Das ist schon aus generalpräventiven Erwägungen abzulehnen.“

Auch bei gesellschaftsvertraglichen Zustimmungserfordernissen der Generalversammlung zur Übertragung vinkulierter Geschäftsanteile hat es richtigerweise bei diesen Grundsätzen zu bleiben.

LUKAS FANTUR

## Reissner (Hg.) Sport als Arbeit

191 Seiten, broschiert, 9-783-7046-5203-4, € 32,-

Die Probleme des professionellen Sportbetriebs mit dem Arbeits- und Sozialrecht sind allgegenwärtig. Der vorliegende Band soll einen Beitrag dazu liefern, den österreichischen Sport besser mit den für ihn geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Rahmenbedingungen abzustimmen. Für den Sportbetrieb wichtige Materien des Arbeitsrechts und des sozialversicherungsrechtlichen Beitragsrechts werden hierzu genaueren rechtswissenschaftlichen Analysen unterzogen. Die angesprochenen Themen reichen von Fragen der Anwendbarkeit von Arbeits- bzw. Sozialversicherungsrecht über kollektivarbeitsrechtliche und europarechtliche Bezugspunkte bis hin zu Problemen der Haftung und der Beendigung von Sportler-Arbeitsverhältnissen.

ao. Univ.-Prof. Dr. Gert-Peter Reissner,  
Karl-Franzens-Universität Graz

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589  
order@verlagoesterreich.at • www.verlagoesterreich.at



VERLAG  
ÖSTERREICH