

triebsanlagenrechtes war die Novellierung dringend geboten.

Wenn auch nicht alle durchaus sinnvollen Anregungen den politischen Konsens finden konnten, kann man mit Fug sagen, daß viele Bestimmungen an den geforderten Standard herangeführt werden konnten. Sicher muß man noch abwarten, wie die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes diese Novelle in Beschwerdefällen auslegen werden. Der Gewerbefachmann sieht mit einiger Sorge, daß durch die Einräumung von

immer umfangreicheren Nebenrechten für einzelne Gewerbe die erprobte Systematik des Gesetzes allmählich verlorengeht und die Kasuistik immer mehr in den Vordergrund tritt.

Dennoch: Im Hinblick auf den Ausbau des Umweltschutzes, des Konsumentenschutzes und verschiedener Verfahrensvereinfachungen kann diese Novelle durchaus positiv bewertet werden. Fest steht, daß alle mit Gewerberechtsfragen Befassten wesentlich umdenken werden müssen.

Univ.-Ass. Dr. RUDOLF LESSIAK, Universität Wien

## Formgebundenheit der Übertragung von GmbH-Anteilen im Treuhandverhältnis?\*)

Die Verpflichtung zur Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH kann rechtsgeschäftlich nur durch Notariatsakt begründet werden. Die uneingeschränkte Anwendung dieses Grundsatzes auf Fälle der Treuhanderschaft an GmbH-Anteilen bringt große praktische Probleme und führt zu unbefriedigenden Lösungen. Der folgende Beitrag untersucht, ob und wie weit dieses Formgebot in Fällen der Treuhanderschaft gilt.

### I. Einleitung

§ 76 Abs 2 erster Satz GmbHG bindet die Übertragung von Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden an die Form des Notariatsaktes. Der zweite Satz dieser Norm schreibt die gleiche Form für Vereinbarungen über die Verpflichtung zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles vor.

Eine jüngere Entscheidung des OGH<sup>1)</sup> gibt Anlaß zur Prüfung der Frage, ob und wie weit die von Lehre und Judikatur zu § 76 Abs 2 GmbHG<sup>2)</sup> entwickelten Grundsätze auf jene Fälle übertragbar sind, in denen ein Treuhänder den Geschäftsanteil hält oder erwirbt. Der OGH hat mehrfach ausgesprochen, daß jede Vereinbarung, welche auf die künftige Abtretung von Geschäftsanteilen abzielt, der Formvorschrift des § 76 Abs 2 unterliegt<sup>3)</sup>. So meinte der OGH<sup>4)</sup>, der Umstand, daß die Herausgabeverpflichtung auf einer Treuhanderschaft beruhe, „sei für die Frage der Formvorschrift unentscheidend“; er sah auch keinen Anlaß, „Vereinbarungen über eine künftige Abtretung von Gesellschaftsanteilen einer GmbH im Rahmen einer Treuhandvereinbarung von der Formvorschrift des § 76 Abs 2 GmbHG auszunehmen“<sup>5)</sup>. Er betonte, daß auch Vorverträge über die Abtretung von Geschäftsanteilen

und Optionen der Notariatsaktspflicht unterliegen<sup>6)</sup>. Auch Verpflichtungsgeschäfte, welche keine Erleichterung des Verkaufes von Geschäftsanteilen brächten wie die Vereinbarung des Vorkaufsrechtes hinsichtlich eines Geschäftsanteiles bedürften der Notariatsaktform<sup>7)</sup>.

In der Lehre vertreten *Graschopf*<sup>8)</sup> und *Kostner*<sup>9)</sup>, daß die Verpflichtung des Treuhänders in der Treuhandklärung oder Treuhandvereinbarung, den Geschäftsanteil künftig an den Treugeber abzutreten, der Form eines Notariatsaktes bedürfe.

Tatsächlich führt die undifferenzierte Anwendung der Formvorschrift des § 76 Abs 2 auf Treuhandverhältnisse mitunter zu unbefriedigenden Lösungen. Erwirbt etwa ein Treuhänder mit wirksam übertragenem Treugut einen GmbH-Anteil, so hat er zwar bei Beendigung des Treuhandverhältnisses das gesamte übrige Treugut herauszugeben – dem Anspruch auf Herausgabe des Geschäftsanteiles scheint jedoch das hier behandelte Formgebot entgegenzustehen. Ebenso ist heute allgemein anerkannt, daß Treuhänder als Gründer einer GmbH auftreten können<sup>10)</sup>. Soll dann der Herausgabeanspruch des Treugebers gegenüber dem Treuhänder daran scheitern, daß letzterer nicht in Notariatsaktform die Verpflichtung eingegangen ist, den treuhändig übernommenen Geschäftsanteil an seinen Treugeber abzutreten?

\*) Vgl die unten auf S 229 f wiedergegebene OGHE vom 23. 6. 1988, 8 Ob 565/87, die dem Standpunkt dieser Arbeit folgt.

<sup>1)</sup> 12. 3. 1987 WBl 1987, 160 mit Anm *Reich-Rohrwig*.

<sup>2)</sup> Im folgenden sind Paragraphen ohne weitere Angaben solche des GmbHG.

<sup>3)</sup> OGH 23. 6. 1926 SZ 8/204; 5. 5. 1951 EvBl 1951/313; 10. 7. 1963 HS IV/19; 12. 3. 1987 WBl 1987, 160. Zur E vom 26. 5. 1925 JBl 1925, 174 siehe unten Pkt III.

<sup>4)</sup> 23. 6. 1926 SZ 8/204.

<sup>5)</sup> 12. 3. 1987 WBl 1987, 160.

<sup>6)</sup> OGH 9. 4. 1986 RdW 1986, 268; ebenso etwa OLG Wien 7. 9. 1949 EvBl 1950/424.

<sup>7)</sup> OGH 5. 5. 1951 EvBl 1951/313.

<sup>8)</sup> Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1956), 300 f.

<sup>9)</sup> Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>3</sup> 140 f.

<sup>10)</sup> Vgl nur *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983) 13; *Kastner*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>4</sup> 268; jeweils mwN.

## II. Formpflicht für das Verfügungs- und das Verpflichtungsgeschäft

Vorfrage zu einem Teil der zu lösenden Probleme ist, ob sich das Formgebot des § 76 Abs 2 erster Satz auch auf das Verpflichtungs- oder nur auf das Verfügungsgeschäft bezieht. Trifft letzteres zu, so stellt sich die Frage der Formpflicht nur für die Abtretungsverpflichtung des Treuhänders – sei es bei Rückabtretung an den Treugeber oder bei Abtretung an einen Dritten. Der Form unterläge dann ohnehin nur das Verfügungsgeschäft, nicht aber einerseits die etwaige Verpflichtung des Treugebers im Treuhandvertrag, dem Treuhänder den Geschäftsanteil zu treuen Händen zu übertragen bzw sich den treuhändig zu erwerbenden Geschäftsanteil im Innenverhältnis zurechnen zu lassen und andererseits die Verpflichtung des Treuhänders, den in Rede stehenden Geschäftsanteil treuhändig zu erwerben. Dasselbe gilt für eine Abtretung der Treugeberposition oder die Abrede, den eigenen Geschäftsanteil künftig als Treuhänder für jemand anderen zu halten.

Die heute überwiegende Lehre bezieht das Formgebot des § 76 Abs 2 erster Satz sowohl auf das Verpflichtungs- als auch auf das Verfügungsgeschäft<sup>11)</sup>. Die Position der Judikatur ist nicht ganz einheitlich, bejaht aber überwiegend das Formgebot für das Verpflichtungsgeschäft<sup>12)</sup>.

Die Richtigkeit dieses Standpunktes ergibt sich auch eindeutig aus den Gesetzesmaterialien:

In der RV aus dem Jahre 1904<sup>13)</sup> fehlte der zweite Satz des heutigen § 76 (dort: § 70) Abs 2. Der erste und der dritte Satz dieser Bestimmung waren unverändert. Hiezu führen die EB zur RV aus<sup>14)</sup>: „Die Frage, ob auch die Übernahme der Verpflichtung zu künftiger Übertragung eines Geschäftsanteils der Beurkundung durch einen Notariatsakt bedarf, ist bereits von einem allgemeineren Gesichtspunkte aus (im Hinblick auf das Gesetz über den Notariatszwang) vom Obersten Gerichtshof bejahend entschieden worden. ... Eine Spezialnorm darüber wäre daher hier nicht am Platze“.

In dieser in den EB zitierten Entscheidung<sup>15)</sup> sprach der OGH aus, daß Vereinbarungen über den künftigen Abschluß eines formgebundenen Vertrages nur dann als Vorvertrag wirksam sein können, wenn sie die für das künftige Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form einhalten. Im Antrag der Spezialkommission des Herrenhauses erhielt dann § 76 Abs 2 seine heutige

Fassung. Der Bericht der Kommission des Herrenhauses begründet dies wie folgt<sup>16)</sup>: „Um Streitigkeiten abzuschneiden, hat es die Kommission für rätlich gehalten, in § 76 Abs 3“ (offensichtlich gemeint: Abs 2) „ausdrücklich auszusprechen, daß ein Notariatsakt auch dann notwendig sei, wenn bloß eine Vereinbarung über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles getroffen werde, obgleich dieser Rechtssatz, durch den der Handel mit Geschäftsanteilen eigentlich erst unmöglich gemacht wird, in analogen Fällen des Notariatszwanges schon bisher in der Praxis des Obersten Gerichtshofes anerkannt war.“

Damit ist klar, daß das Formgebot des § 76 Abs 2 erster Satz auch für das Verpflichtungsgeschäft gilt und Satz 2 dieses Absatzes die daraus folgende Geltung des Formgebotes für die Verpflichtung zur künftigen Abtretung nur klarstellen wollte.

Die folgenden Ausführungen setzen sich daher nur mit der Formpflicht der (schuldrechtlichen) Verpflichtung zur Abtretung von Geschäftsanteilen in Treuhandfällen auseinander – die Formpflicht des Verfügungsgeschäftes ist auch in diesen Fällen unstrittig.

## III. Formzwang für die Übertragungsverpflichtung

Wie schon eingangs erörtert, differenziert die Judikatur generell nicht zwischen Abtretungsverpflichtungen im Zusammenhang mit einer Treuhand und sonstigen Abtretungsverpflichtungen.

Grundlegend ist hier die Entscheidung des OGH vom 23. 6. 1926<sup>17)</sup>, in welcher der Einwand, der Herausgabeanspruch fuße im Treuhandverhältnis und bedürfe daher nicht der Form des § 76 Abs 2 ausdrücklich als unbeachtlich verworfen wurde. Gerade das vom Berufungsgericht in diesem Verfahren zur Stützung seiner (gleichlautenden) Rechtsmeinung herangezogene Erkenntnis des OGH vom 26. 5. 1925<sup>18)</sup> läßt zumindest Zweifel an der Richtigkeit der Folgeentscheidung:

Nach dem Sachverhalt der E vom 26. 5. 1925 war die Beklagte Treuhänderin hinsichtlich Geschäftsanteilen an einer österreichischen und an einer deutschen GmbH. Sie hatte sich formlos verpflichtet, diese Anteile an den Treugeber oder eine von ihm zu bestimmende Person zu übertragen. Der Treugeber trat hierauf seine Ansprüche aus diesen (formlosen) Erklärungen an die Klägerin ab, welche nunmehr die Abtretung der Geschäftsanteile verlangte. Während das Berufungsgericht den gesamten Sachverhalt österreichischem Recht unterstellte und festhielt, daß auch die im Rahmen einer Treuhandschaft übernommene Verpflichtung, die Geschäftsanteile an den Treugeber abzutreten, der Formvorschrift des § 76 Abs 2 unterliegt, differenzierte der Oberste Gerichtshof: Er beurteilte die Abtretungsverpflichtung hinsichtlich des Anteiles an der deutschen GmbH nach deutschem Recht und legte § 15 dGmbHG so aus, daß sich die Formvor-

<sup>11)</sup> Vgl nur *Kastner*, Grundriß<sup>4</sup> 315; *St. Frotz*, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, SWK 1986/25, 11 (13); *P. Bydlinski*, Zur Formpflicht bei der Übertragung von GmbH-Anteilen, NZ 1986, 241 (244); *Schauer*, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen? RdW 1986, 358; jeweils mwN; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 626.

<sup>12)</sup> Für die Formpflicht etwa OGH 8. 4. 1925 SZ 7/132; 26. 5. 1925 JBl 1925, 174; 3. 3. 1926 SZ 8/67; 23. 6. 1926 SZ 8/204; 14. 2. 1985 NZ 1986, 37; 12. 3. 1987 WBl 1987, 160; im Ergebnis auch 3. 6. 1953 SZ 26/143; gegen die Formpflicht OGH 11. 9. 1985 NZ 1986, 212.

<sup>13)</sup> 236 BlgHH, XVII. Session (1904).

<sup>14)</sup> 236 BlgHH, XVII. Session, 85 (1904).

<sup>15)</sup> OGH 8. 6. 1898 GIUNF 216.

<sup>16)</sup> 272 BlgHH, XVII. Session, 5 (1905).

<sup>17)</sup> SZ 8/204.

<sup>18)</sup> JBl 1925, 174.



**SERIE FIB, VSOP, VSOP-ERGO**  
**EDV Arbeitsplätze**  
**CHEF-MANAGEMENT- und**  
**Bankeinrichtungen**  
**Sitzmöbel**

Werk und Zentrale: 7201 Neudörfel, Tel. 02622/77444\*, Fax 77444-9, Telex 17742

Büroeinrichtungszentrum: 1070 Wien, Museumstraße 5, Telefon 934525\*, Fax 934525-20, Telex 132379

Wien — Wr. Neustadt — Graz — Klagenfurt — St. Pölten — Linz — Marchtrenk — Salzburg — Innsbruck

schrift sowohl auf den Abtretungsvertrag als auch auf den Vertrag beziehe, welcher die Verpflichtung zur Abtretung begründe. Wenn allerdings die Übertragung an den Erwerber nur als Treuhänder erfolge, dann bedürfe die Verpflichtung zur Rückübertragung keiner besonderen formellen Zusage. Der Beklagten seien aber die Geschäftsanteile nicht durch besonderen Vertrag als Treuhänderin übertragen, so daß die Verpflichtung zur Rückübertragung sich schon aus diesem Vertrag ergeben würde. Die Verpflichtungserklärung zur Übertragung der Gesellschaftsanteile an den Treugeber sei nur formlos und daher der Vorschrift des § 15 dGmbHG nicht entsprechend. Aus diesen Erwägungen folge, daß auch bezüglich des Geschäftsanteiles an der österreichischen Gesellschaft die Aufnahme eines Notariatsaktes erforderlich gewesen wäre.

Der OGH läßt also die Möglichkeit offen, daß bei einer Anteilsübertragung durch gesonderten Treuhandvertrag – für den er kein Formgebot erwähnt – die Rückübertragungsverpflichtung ohne Einhaltung der Form des Notariatsaktes entstehen kann. Aus dem schlichten Verweis, daß dasselbe für die Anteile an der österreichischen GmbH gelte, scheint zu folgen, daß dieser Grundsatz auch im Rahmen des § 76 Abs 2 zur Anwendung käme<sup>19)</sup>.

Eine ähnliche Andeutung findet sich im Erkenntnis des OGH vom 10. 7. 1963<sup>20)</sup>: Zwar hält der OGH unter Berufung auf SZ 8/204 daran fest, daß sich die Bestimmung des § 76 Abs 2 auf alle obligatorischen Geschäfte beziehe, die auf eine künftige Abtretung von Geschäftsanteilen gerichtet sind, er bezieht sich jedoch weiters auf die von *Gellis*<sup>21)</sup> in Anlehnung an die deutsche Lehre und Judikatur vertretene Meinung, wonach der Auftrag zur Beschaffung eines Geschäftsanteiles formfrei sei. Ebenso bedürfe nach *Gellis* die Pflicht des Treuhänders zur Rückübertragung auch dann nicht der Form, wenn diese Verpflichtung im Notariatsakt über die Übertragung an ihn nicht genannt ist, „denn sie folgt aus dem Gesetz“. Der OGH lehnt diesen Standpunkt nicht ab, meint aber, daß hiedurch für den Kläger nichts gewonnen sei „zumal

die Beklagte nicht als Beauftragte oder Treuhänderin des Klägers in Anspruch genommen wird“. Offen bleibt anscheinend wieder die Möglichkeit, daß im Rahmen eines Treuhandverhältnisses die Rückübertragungsverpflichtung unabhängig von der Einhaltung der Form des § 76 Abs 2 besteht.

In einer jüngeren Entscheidung<sup>22)</sup> zu diesem Themenkreis führt der OGH aus: „Es besteht kein Anlaß, von der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abzugehen und Vereinbarungen über eine künftige Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH im Rahmen einer Treuhandvereinbarung von der Formvorschrift des § 76 Abs 2 GmbHG auszunehmen, zumal die Formvorschrift dieser Gesetzesbestimmung auf keinen bestimmten Rechtsgrund der Übertragung oder Vereinbarung über die Pflicht zur künftigen Abtretung des Geschäftsanteiles beschränkt ist und daher für jede Übertragung oder Vereinbarung über die künftige Abtretung eines Anteiles, aus welchem Rechtsgrund auch immer, gelten muß“. Ein Abgehen von diesem Standpunkt liefe dem Formzweck des § 76 Abs 2, nämlich die Geschäftsanteile einer GmbH zu immobilisieren, zuwider.

Nach dem im Entscheidungstext wiedergegebenen Vorbringen des Klägers – das Klagebegehren wurde bereits in erster Instanz ohne Aufnahme von Beweisen abgewiesen – hatte der Beklagte die streitgegenständlichen Geschäftsanteile gar nicht als Treuhänder erworben. Der Kläger brachte vor, der Beklagte habe das Abtretungsangebot im Namen von Treugebern erwirkt, deren Treuhänder der Kläger selbst sein sollte. Vereinbarungswidrig habe der Beklagte das Abtretungsangebot im eigenen Namen angenommen. Da also von vorneherein ein treuhändiger Erwerb der Geschäftsanteile durch den Beklagten nie erfolgte, ist der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen. Der Begründung über die Anwendung der Formvorschrift des § 76 Abs 2 auf den Herausgabeanspruch des Treugebers gegen den Treuhänder hätte es allerdings nicht bedurft, da der Beklagte nach dem Klagsvorbringen lediglich nach Annahme des Abtretungsangebotes im eigenen Namen eine formlose Verpflichtungserklärung zur Abtretung der Geschäftsanteile abgegeben hatte. Diese Verpflichtungserklärung war zweifelsfrei nach § 76 Abs 2 GmbHG unwirksam.

<sup>19)</sup> Zur Behandlung dieses Problemkreises in der deutschen Lehre und Judikatur siehe unten Pkt V.1.

<sup>20)</sup> HS IV/19.

<sup>21)</sup> Kommentar zum GmbH-Gesetz 231, unverändert in der 2. Auflage (1982) 403.

<sup>22)</sup> OGH 12. 3. 1987 WBl 1987, 160.

In der Literatur vertreten *Graschöpf*<sup>23)</sup> und *Kostner*<sup>24)</sup> den Standpunkt, daß die Verpflichtungserklärung des Treugebers, künftig den Geschäftsanteil an den Treuhänder abzutreten, in der Form des Notariatsaktes erfolgen muß.

#### IV. Treu und Glauben

Bejaht man die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 76 Abs 2 auf die Fälle der Treuhandschaft, so scheidet mE auch eine Sanierung des Formmangels durch Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben. Zwar hat der OGH in vereinzelt Entscheidungen<sup>25)</sup> die Durchbrechung des Formgebotes unter Berufung auf *Gschnitzer*<sup>26)</sup> zugelassen, wenn das formbedürftige Geschäft inzwischen dadurch „tatsächlich erfüllt“ wurde, daß der sich auf die Formverletzung Berufende die Vorteile des Geschäftes genossen hat und sich nur die Gegenleistung ersparen will. Dann verstoße die Berufung auf den Formmangel gegen die guten Sitten. Soweit die tatsächliche Erfüllung überdies bereits erfolgt sei, sei auch der Normzweck der Formvorschrift in der Regel nicht mehr gefährdet. Gegen diesen Standpunkt hat *Reich-Rohrwig*<sup>27)</sup> zu Recht Bedenken erhoben. Hierbei ist der Hinweis *Gschnitzers*<sup>28)</sup> zu beachten, daß in der Regel die Zersetzung der Formvorschrift schwerer wiegt als die Vernichtung des Rechtsgeschäftes wegen Formmangels. *Berger*<sup>29)</sup> weist zu Recht darauf hin, daß Formvorschriften auf abstrakt-typische Fälle abstellen, damit vom Einzelfall deutlich abstrahieren und daher einzelfallbezogene Einschränkungen unter Berufung auf Treu und Glauben ausschließen.

Die Rechtsprechung hat demgemäß in anderen Fällen die Durchbrechung der Formvorschrift des § 76 Abs 2 unter Berufung auf Treu und Glauben ausdrücklich verneint<sup>30)</sup> und schließt eine Schadenersatzpflicht wegen Nichteinhaltung der formlosen Abtretungszusage generell aus<sup>31)</sup>.

#### V. Rückübertragungspflicht des Treuhänders „aus dem Gesetz“ oder „aus der Natur des Treuhandgeschäftes“

##### 1. Die deutsche Lehre und Judikatur

Die einhellige Judikatur<sup>32)</sup> und überwiegende Lehrmeinung<sup>33)</sup> der BRD unterstellen Verträge, die eine

<sup>23)</sup> Siehe FN 8.

<sup>24)</sup> Siehe FN 9.

<sup>25)</sup> OGH 20. 2. 1969 HS 7504; 7. 7. 1983 SZ 56/119.

<sup>26)</sup> In: *Klang*<sup>2</sup> IV/1, 255.

<sup>27)</sup> GmbH-Recht 626 FN 47.

<sup>28)</sup> In: *Klang*<sup>2</sup> IV/1, 255.

<sup>29)</sup> Gesetzliche Formvorschriften für Rechtsgeschäfte nach österreichischem Recht, in: Gutachten für die Fachveranstaltungen des 3. Österreichischen Notariatskongresses 1986 „175 Jahre ABGB“ 41 (50, 62 mwN).

<sup>30)</sup> OGH 3. 3. 1926 SZ 8/67; 5. 5. 1951 EvBl 1951/313; 18. 7. 1951 EvBl 1951/418.

<sup>31)</sup> OGH 8. 4. 1925 SZ 7/132; 3. 3. 1926 SZ 8/67; 5. 5. 1951 EvBl 1951/313; 9. 4. 1986 RdW 1986, 268.

<sup>32)</sup> RG 3. 6. 1913 RGZ 82, 350; 7. 6. 1929 RGZ 124, 371; grundlegend für das Treuhandverhältnis: BGH 17. 11. 1955 BGHZ 19, 69.

<sup>33)</sup> *Schilling-Zutt*, in *Hachenburg*<sup>7</sup> § 15 Rn 40, 42 f, Anh § 15 Rn 52 f; *Winter*, in *Scholz*, Kommentar zum GmbH-

Abtretungsverpflichtung nur „mittelbar“ oder „als gesetzliche Folge“ begründen, nicht der Formpflicht des § 15 Abs 4 dGmbHG<sup>34)</sup>. Eine Abtretungsverpflichtung als bloß „mittelbare Folge“ liege etwa bei dem auf die Beteiligung an der GmbH-Gründung gerichteten Treuhandvertrag vor. Die Abtretungspflicht sei generell dann bloß „mittelbare Folge“, wenn sie nicht wesentlicher Inhalt des Vertrages ist. BGHZ 19, 69 stützt sich hierbei auf den Wortlaut der Bestimmung: „Nach § 15 Abs 4 GmbHG bedarf nur die Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteiles begründet wird, der gerichtlichen oder notariellen Form.“ Eine „Vereinbarung“ in diesem Sinne liege also schon dann nicht vor, wenn der wesentliche Inhalt des Rechtsgeschäftes auf etwas anderes als die „Begründung“ der Abtretungsverpflichtung gerichtet ist. Die Rückübertragungspflicht des Machthabers ergebe sich in diesen Fällen aus dem Gesetz bzw aus dem Treuhandverhältnis<sup>35)</sup>.

In seiner konsequenten Anwendung führt dieser Standpunkt dazu, daß es bei der Beurteilung der Formbedürftigkeit eines Rechtsgeschäftes nicht mehr oder nur mehr subsidiär auf den Zweck ankommt, den das Formgebot verfolgt<sup>36)</sup>. Demgegenüber hat der BGH in einer Folgeentscheidung<sup>37)</sup> zur eben zitierten BGHZ 19, 69 klargestellt, daß sich der Anwendungsbereich des Formerfordernisses stets auch aus dem Zweck der Formvorschrift ergibt. Dieser bestünde darin, den leichten und spekulativen Handel mit GmbH-Anteilen auszuschließen. Aus diesem Grund bedürfe die Abtretung des Anspruchs auf Übertragung eines Geschäftsanteiles grundsätzlich der Form des § 15 Abs 3 dGmbHG.

##### 2. Der Meinungsstand in Österreich

Eine dem deutschen Standpunkt sehr ähnliche Position vertreten in Österreich *Reich-Rohrwig*<sup>38)</sup>, *Gellis*<sup>39)</sup> und – mit stärkerer Betonung der Bedeutung des Formzweckes – *Kastner*<sup>40)</sup>. Nach *Reich-Rohrwig* und *Gellis* bedarf die Verpflichtung des Treuhänders zur Rückübertragung des Geschäftsanteiles an den Treugeber keiner förmlichen Begründung, da diese Pflicht „aus dem Gesetz folgt“. Als gesetzliche Norm käme mE für die Begründung der Herausgabepflicht § 1009

Gesetz<sup>7</sup> § 15 Rn 57, 66; *Hueck*, in *Baumbach-Hueck*, GmbHG<sup>15</sup> § 15 Rn 33; *Seydel*, in *Goutier-Seydel*, GmbH-Gesetz § 15 Rn 7 uva.

<sup>34)</sup> „Der notariellen Form bedarf auch eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteiles begründet wird.“ Diese Bestimmung regelt die Formpflicht des Verpflichtungsgeschäftes. Abs 3 des § 15 dGmbHG verlangt notarielle Form für das Verfügungsgeschäft.

<sup>35)</sup> *Schilling-Zutt*, in *Hachenburg*<sup>7</sup> § 15 Rn 46; *Winter*, in *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz<sup>7</sup> § 15 Rn 66; *Hueck*, in *Baumbach-Hueck*, GmbHG<sup>15</sup> § 15 Rn 55; *Seydel*, in *Goutier-Seydel*, GmbH-Gesetz § 15 Rn 7 uva; BGHZ 19, 69.

<sup>36)</sup> Vgl etwa *Winter*, in *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz § 15 Rn 66 mwN.

<sup>37)</sup> 5. 11. 1979 BGHZ 75, 352.

<sup>38)</sup> Das GmbH-Recht 643.

<sup>39)</sup> GmbH-Gesetz<sup>2</sup> 403.

<sup>40)</sup> Die Treuhand im österreichischen Recht, JBl 1958, 109 (110 f).

ABGB in Frage. *Kastner* folgt noch stärker der in der BRD vertretenen Meinung, „denn im Treuhandfall sei die Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteiles nicht der eigentliche Gegenstand der Vereinbarung, sondern der Treuhandvertrag führe mittelbar zur Abtretungspflicht“. Diese Erwägungen gelten seiner Ansicht nach auch für das österreichische Recht; „der Zweck der Formvorschrift gebietet eine solche Auslegung“. An anderer Stelle verweist *Kastner*<sup>41)</sup> darauf, daß die Verpflichtung des Treuhänders zur Rückgabe des Treugutes auch ohne besondere Vereinbarung „aus der Natur des Treuhandgeschäftes“ folgt.

### 3. Stellungnahme

Dem Standpunkt, es käme darauf an, ob wesentlicher Inhalt der auf ihre Formbedürftigkeit zu prüfenden Vereinbarung eine Abtretungspflicht sei, ist mit großer Skepsis zu begegnen. Ob der Wortlaut des § 15 dGmbHG<sup>42)</sup> tatsächlich diese Auslegung nahelegt, mag für das deutsche Recht hier dahingestellt bleiben. Für das österreichische Recht fehlt dieses Argument aus dem Wortlaut des Gesetzes. § 76 Abs 2 spricht generell von der „Übertragung von Geschäftsanteilen“ und „Vereinbarungen über die Verpflichtung . . . zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles“. Daß die Verpflichtung durch diese Vereinbarung in dem Sinne „begründet“ werden muß, daß der wesentliche Inhalt der Vereinbarung die Abtretungsverpflichtung ist, läßt sich daraus nicht ableiten. Die Erörterung der Formzwecke<sup>43)</sup> wird überdies zeigen, daß es für die durch die Form geschützten Interessen nicht darauf ankommt, ob die Abtretungsverpflichtung Haupt-, Nebenpflicht oder mittelbare Folge der Vereinbarung ist. Die aus diesem wenig hilfreichen Kriterium folgenden Abgrenzungsprobleme sollte man tunlichst vermeiden: Ansonsten wäre bei jedem Vertrag zu prüfen, ob die mit einer derartigen Regelung typischerweise verfolgten Zwecke primär auf die Begründung einer Abtretungsverpflichtung und der daraus folgenden Möglichkeit der Spekulation mit den Geschäftsanteilen gerichtet sind oder nicht<sup>44)</sup>.

Weiters sagt die Feststellung, daß sich die Rückübertragungsverpflichtung „aus dem Gesetz ergibt“ für sich alleine nichts über den Anwendungsbereich der Formvorschrift. Es darf nicht übersehen werden, daß die „aus dem Gesetz“ folgende Herausgabepflicht des Treuhänders nichts anderes ist, als die Folge eines Rechtsgeschäftes: des Treuhandvertrages. Löst ein Vertrag – notwendigerweise oder wegen seiner Ergänzung durch das dispositives Recht – Verpflichtungen

aus, deren (gesonderte) Übernahme formpflichtig ist, so kann dies nur dazu führen, daß der Abschluß dieses Vertrages selbst, soweit daraus diese Verpflichtungen entstehen, zunächst einmal formpflichtig ist. Eine sich aus einem Vertrag automatisch ergebende Verpflichtung (die Rückübertragungsverpflichtung) wird eben durch diesen Vertrag übernommen.

Mit anderen Worten: Soweit die Formzwecke des § 76 Abs 2 GmbHG auch Abtretungen in Treuhandfällen erfassen, ist jene Vereinbarung, aus welcher die Abtretungspflicht folgt – mag diese Pflicht ausdrücklich vereinbart sein, dem Wesen des Vertrages entsprechen oder eine gesetzliche Folge sein – formpflichtig nach § 76 Abs 2.

## VI. Die in Treuhandfällen relevanten Formzwecke des § 76 Abs 2

### 1. Die Gesetzesmaterialien

Ausweislich der EB zur RV<sup>45)</sup> war ein wesentliches wirtschaftliches Bedürfnis, das zur Schaffung der GmbH führte, „von der übergroßen Strenge des zwingenden Rechtes dort frei zu werden, wo das Bedürfnis der Kapitalsbeschaffung nicht zu dem Mittel der Emission von Aktien drängt, der Gesellschaftsanteil daher nicht Handelsartikel wird und damit der Grund für die strengen Bestimmungen des Aktienrechtes wenigstens zum Teil hinfällig wird“. Trotz der von den EB festgestellten weitgehenden Annäherung an die Aktiengesellschaft „bleibt doch immer der einschneidende Unterschied bestehen, daß hier durch eine Reihe von Vorschriften die Ausbildung eines Handels mit Geschäftsanteilen und eines Marktes hiefür ausgeschlossen wird. Unter dieser Voraussetzung kann das Maß der Normen zwingender Natur, mit denen das Gesetz ausgestattet werden muß, sich innerhalb jener Grenzen halten, die, nach Ausschluß der Kapitals- und Teilnehmergeinnung im Wege des freien Wettbewerbes auf dem Effektenmarkte, erforderlich sind, um eine Benachteiligung der Gläubiger durch illegitime Umtriebe oder selbst nur durch eine allzu leichtfertige Geschäftsgebarung und eine zu weitgehende Majorisierung der schwächeren Elemente unter den Teilhabern zu verhüten<sup>46)</sup>“. In den Erläuterungen zu § 70 (nunmehr: § 72) wird sogar darauf verwiesen, daß der Gedanke „möglichst weitgehender Immobilisierung der gesellschaftlichen Beteiligung“ zwar aus Praktikabilitätsgründen nicht zum gänzlichen Ausschluß der Übertragung führen sollte, aber zur Einführung „einer besonders solennen Form der Veräußerung, durch welche die Geschäftsanteile dem Handel mit umso größerer Sicherheit entzogen werden<sup>47)</sup>“.

Eben dieser Gesichtspunkt wird auch im Bericht der Kommission des Herrenhauses ausführlich erörtert. So sah der Bericht<sup>48)</sup> „die Gefahr, daß breite Schichten der Bevölkerung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, so wie bei der Aktiengesellschaft, durch unsolide Gründungen in Zeiten wirtschaftlicher Krise in

<sup>41)</sup> Die Treuhand im österreichischen Recht, in: *Hämmerle-FS* (1972) 163 (185).

<sup>42)</sup> Arg: „... eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung . . . begründet wird“.

<sup>43)</sup> Dazu unten Pkt VI.

<sup>44)</sup> Da bei Formvorschriften schon aus Rechtssicherheitsgründen die abstrakt-typisierende Betrachtungsweise gewahrt bleiben muß, ist ein Eingehen auf die Sonderkonstellation des individuellen Einzelfalles weitgehend ausgeschlossen. In diesem Sinne wohl auch *Berger*, Gutachten 52, 62. Eindeutig gegen die Prüfung, ob im Einzelfall eine Umgehung des Formzweckes – der Verhinderung des Handels mit Geschäftsanteilen – vorliegt oder nicht: *BGHZ* 75, 352 (355).

<sup>45)</sup> 236 BlgHH, XVII. Session, 49 (1904).

<sup>46)</sup> (FN 45), 52.

<sup>47)</sup> (FN 45), 84 f.

<sup>48)</sup> 272 BlgHH, XVII. Session, 5 (1905).

Mitleidenschaft gezogen werden könnten“ durch den Ausschluß der Zirkulationsfähigkeit und Negotiabilität des Geschäftsanteiles wesentlich verringert. Der Gesetzgeber habe sohin einen „festen Damm . . . gegen die Überschwemmung des Publikums mit Geschäftsanteilen errichtet“, was eine wesentliche Liberalisierung dieses Gesetzes gegenüber dem AktG ermöglichte<sup>49)</sup>.

Es fällt auf, daß der Ausschluß des börsenartigen Handels das einzige Motiv ist, welches die Gesetzesmaterialien für § 76 Abs 2 nennen<sup>50)</sup>. Dementsprechend wird der Ausschluß des Handels mit Geschäftsanteilen, insbesondere des Börsenverkehrs, von der nahezu einhelligen Literatur<sup>51)</sup> und Judikatur<sup>52)</sup> als der wesentliche Formzweck des § 76 Abs 2 bezeichnet.

*Kostner*<sup>53)</sup> hält es für „kaum denkbar“, daß § 76 Abs 2 „unter anderem“ den Sinn haben solle, den Handel mit Geschäftsanteilen zu erschweren. Wesentlicher – wenn nicht sogar alleiniger – Zweck der Formvorschrift sei die Beweissicherung. Dem ist entgegenzuhalten, daß dem nachrangigen Interesse der Beweissicherung vollständig durch die Formpflicht des Verfügungsgeschäftes Genüge getan wird. An anderer Stelle<sup>54)</sup> hält *Kostner* die rechtliche Betreuung der Vertragspartner, den Schutz der Parteien voneinander und letztlich auch den Schutz der Allgemeinheit für die vorrangig durch die Formvorschrift verfolgten Interessen<sup>55)</sup>. Aus dieser Fehlbeurteilung der Formzwecke des § 76 Abs 2 wird verständlich, daß *Kostner*<sup>56)</sup> die Verpflichtung des Treuhänders zur Rückübertragung des Geschäftsanteiles und den Wechsel des Treuhänders der Notariatsaktspflicht unterwirft, den Wechsel des Treugebers – obgleich gerade in diesem Fall die wirtschaftliche Zuständigkeit wechselt und die Agiotage möglich wird – für formfrei zulässig erklärt.

## 2. Ergänzungen durch Literatur und Judikatur

Ein weiterer in der Literatur genannter Zweck des § 76 Abs 2 ist das Interesse der übrigen Gesellschafter und der Geschäftsführer, zu wissen, wer Mitgesell-

schafter ist<sup>57)</sup>. Wieweit dieses Interesse ohnehin durch die Bestimmungen über das Anteilbuch abgedeckt ist<sup>58)</sup>, braucht im Zusammenhang mit Treuhandverhältnissen nicht erörtert zu werden, da gegenüber der Gesellschaft, Mitgesellschaftern und Dritten der Treuhänder (und er allein) Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten ist<sup>59)</sup>.

In einigen Entscheidungen<sup>60)</sup> wird auch der Zweck betont, die Übertragung des Geschäftsanteiles an die Einhaltung einer zeitraubenden, kostspieligen und reiflichen Überlegung fordernden Formlichkeit zu binden. Dieses Interesse der „Überlegungssicherung“ wird auch von *P. Bydlinski*<sup>61)</sup> besonders betont. Auch dieser Formzweck hat in Treuhandfällen kein überragendes Gewicht: Wird doch gerade durch die Vereinbarung einer Treuhandschaft die wirtschaftliche Zuordnung des Geschäftsanteiles im Normalfall nicht verändert. Auch bleibt dieses aufwendige Verfahren erhalten, da die Formpflicht der Verpflichtungserklärung im Außenverhältnis hier nicht in Frage gestellt wird. Das Risiko der „unbedachten Anlage“ wird daher nach wie vor durch die Einhaltung der Formvorschriften im Verhältnis zwischen dem Treuhänder und dem Dritten im gleichen Maße in Grenzen gehalten wie ohne Einschaltung einer Treuhand.

Im Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder besteht kein durch den Erwerb des GmbH-Anteiles gegenüber jeder anderen Treuhandschaft erhöhtes Risiko: Der Treuhänder trägt wie jeder Machtgeber die Gefahr, mangels Zahlungsfähigkeit seines Machtgebers im Innenverhältnis nicht freigestellt zu werden; der Treugeber trägt das für jeden Machtgeber typische Risiko des sorglosen Verhaltens seines Machtgebers.

Meines Erachtens ist die Überlegungssicherung ein Element des Zweckes, die Spekulation mit Geschäftsanteilen zu verhindern, das den Aspekt des Schutzes unerfahrener Anleger betont.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß auch der Formzweck des § 76 Abs 2 in Wahrheit eine Kombination von Zwecken ist. Die allerdings auch sonst deutliche Dominanz des Zieles, den börsenartigen Handel mit Geschäftsanteilen, die Agiotage, ja überhaupt die Spekulation mit Geschäftsanteilen zu verhindern, ist in den Treuhandfällen so ausgeprägt, daß man sich bei der Frage, welche Formzwecke gefährdet werden könnten, im wesentlichen auf diesen Zweck beschränken kann. Gerade dieser Formzweck wird unabhängig davon gefährdet, ob die Abtretungsverpflichtung Haupt-, Nebenpflicht oder mittelbare Folge eines Rechtsgeschäftes ist. Hier zeigt sich deut-

<sup>49)</sup> (FN 48), 6.

<sup>50)</sup> Dasselbe gilt für die Gesetzesmaterialien zu § 15 dGmbHG. Nachweise bei *Stauch*, Die Geltung ausländischer notarieller Urkunden in der BRD (1983) 35.

<sup>51)</sup> Vgl nur *Pisko*, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes (1923) 433; *Graschopf*, Die Gesellschaft mbH 266; *Gellis*, GmbH-Gesetz<sup>2</sup> 401, 403; *Reich-Rohrwig*, Das GmbH-Recht 626; *Schönherr*, Kann ein deutscher Notar die Übertragung von Geschäftsanteilen einer österreichischen GmbH rechtswirksam beurkunden? GesRZ 1985, 60 (62); *Berger*, Gutachten 56 ff unter Erörterung weiterer möglicher Formzwecke dieser Bestimmung; *St. Frotz*, Übertragung, SWK 1986/25, 13; *Schauer*, Formgebot bei der Abtretung, RdW 1986, 358. *P. Bydlinski*, Zur Formpflicht, NZ 1986, 242 f hält die Sicherung eines aufwendigen Verfahrens, welches den künftigen Erwerber (oder Veräußerer) der GmbH-Anteile zu reiflicher Überlegung zwingt, für den wesentlichen Zweck der Formpflicht des Verpflichtungsgeschäftes.

<sup>52)</sup> OGH 14. 2. 1985 NZ 1986, 37; 7. 7. 1983 SZ 56/119; 20. 10. 1981, 5 Ob 690/81; 15. 4. 1980 SZ 53/60 uva.

<sup>53)</sup> Verträge in Form von notariellen Anbot- und Annahmeerklärungen, NZ 1969, 20 (21).

<sup>54)</sup> Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>3</sup> 15 f.

<sup>55)</sup> Vgl dazu *Schönherr*, Übertragung von Geschäftsanteilen, GesRZ 1985, 68 f.

<sup>56)</sup> Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>3</sup> 141.

<sup>57)</sup> *Berger*, Gutachten 56.

<sup>58)</sup> Vgl dazu *Schönherr*, Übertragung von Geschäftsanteilen, GesRZ 1985, 68.

<sup>59)</sup> *Reich-Rohrwig*, Das GmbH-Recht 643. Zur Durchbrechung dieses Grundsatzes bei Stimmrechtsbeschränkungen und Stimmrechtsausschließungen vgl *denselben* 345; *Kastner*, Die Treuhand im österreichischen Recht, in: *Hämmerle-FS* 169.

<sup>60)</sup> OGH 18. 2. 1976 SZ 49/23; 15. 4. 1980 SZ 53/60; 14. 2. 1985 NZ 1986, 37; 12. 3. 1987 WBl 1987, 160.

<sup>61)</sup> Zur Formpflicht, NZ 1986, 243.

lich die Problematik des oben Pkt V.1. referierten Standpunktes der deutschen Lehre und Judikatur.

Aufgrund des so ermittelten Formzweckes und der Funktion des Formgebotes in bezug auf Treuhandverhältnisse läßt sich nunmehr die Reichweite des Formgebotes in Treuhandfällen bestimmen. Entspricht es doch herrschender Ansicht, daß für die Auslegung eines Formgebotes die Gründe, welche zu seiner Erlassung führten und damit auch sein Zweck heranzuziehen sind<sup>62)</sup>. Zu Recht unterstreicht *Berger*<sup>63)</sup>, daß aus der teleologischen Auslegung des Formgebotes folgen kann, daß die Rechtsordnung entgegen dem Wortlaut eines Formgebotes den Einsatz eines besonders qualifizierten Erklärungsmittels gerade in diesem Fall nicht verlangt. Gerade aus dem Zweck der Form könne folgen, daß die Geltung eines formlosen Geschäftes besser dem Formzweck entspricht als seine Nichtigkeit. Käme man zu diesem Ergebnis, dann führt die dadurch gebotene teleologische Reduktion der Formvorschrift dazu, daß sie auf das fragliche Rechtsgeschäft gar nicht mehr anwendbar ist<sup>64)</sup>.

## VII. Verwirklichung der Formzwecke in Treuhandfällen

Trotz Fehlens einer Legaldefinition der Treuhandtschaft und der nach dem 2. Weltkrieg auch in Österreich verstärkten Ausgestaltung dieses Instituts durch Judikatur und Lehre<sup>65)</sup> beschreibt nach wie vor die Definition durch *Schulze*<sup>66)</sup> den Treuhänder hinlänglich: „Wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen, ist . . . ein Treuhänder“. Wesentlich für die Treuhandtschaft ist also, daß der Treuhänder aus eigenem Recht, aber für Rechnung des Treugebers im Außenverhältnis handelt<sup>67)</sup>. Die Treuhandtschaft wird durch die Trennung zwischen *wirtschaftlicher Zuordnung* des Treugutes (an den Treugeber) und *rechtlicher Zuordnung* des Treugutes (an den Treuhänder) bestimmt. Der OGH<sup>68)</sup> sieht demgemäß das Wesen des treuhändigen Rechtsgeschäftes darin, „daß sich bei ihm der wirtschaftliche Zweck der Zuwendung mit der juristischen Form des Rechtsgeschäftes nicht deckt, so daß der Empfänger der Zuwendung der Geschäfts-

form gemäß nach außen eine andere Rechtsstellung erhält, als dem wirtschaftlichen inneren Geschäftszweck entspricht und daß er deshalb dem Treugeber verpflichtet ist, von seiner äußeren Rechtsstellung nur einen dem inneren Zweck entsprechenden Gebrauch zu machen“. Diese Trennung zwischen formalrechtlichem Eigentum des Treuhänders und wirtschaftlichem Eigentum des Treugebers findet etwa darin ihren Niederschlag, daß der Treugeber gegen die Gläubiger des Treuhänders, die Exekution in das Treugut führen, die Exszindierungsklage hat<sup>69)</sup>. Weiters wird dem Treugeber im Konkurs des Treuhänders das Aussonderungsrecht am Treugut zuerkannt<sup>70)</sup>.

Gerade aber dieser Grundsatz der Treuhandtschaft, daß das Treugut dem Treugeber wirtschaftlich zugeordnet wird, ist für die Frage der Anwendung des Formgebotes des § 76 Abs 2 von entscheidender Bedeutung. Erfolgt die Übertragung des Geschäftsanteiles ohne Veränderung des wirtschaftlichen Eigentums, so besteht auch keine Gefahr, daß durch diese Übertragung der Geschäftsanteil zu einem Gegenstand des Börsenverkehrs, insbesondere zu einem Objekt der Agiotage wird. Wesentlich für letztgenannte Vorgänge ist ja gerade die Veränderung der wirtschaftlichen Zuordnung des Geschäftsanteiles. Ebensowenig besteht die Gefahr, daß der Treugeber durch die Übertragung des Treugutes eine unüberlegte Geldanlage vornimmt, da er sein Vermögen nicht neu anlegt. Hingegen kann gerade durch die undifferenzierte Anwendung des Formgebotes auf Treuhandfälle der Formzweck vereitelt werden. Kann sich der Treuhänder darauf berufen, daß er mangels förmlich begründeter Rückgabeverpflichtung den unter Verwendung von Treugut erworbenen Geschäftsanteil nicht herausgeben muß, dann führt dies gerade zu dem Ergebnis, daß § 76 Abs 2 verhindern will: Der formlosen Veränderung der wirtschaftlichen Zuordnung des Geschäftsanteiles.

## VIII. Ergebnisse

Für die einzelnen Fälle treuhänderischer Gestaltung folgt daher:

Der Treuhandvertrag selbst, also auch die etwaige Verpflichtung des Treugebers, dem Treuhänder den Geschäftsanteil zu treuen Händen zu übertragen bzw sich den treuhändig zu erwerbenden Geschäftsanteil im Innenverhältnis zurechnen zu lassen und die Verpflichtung des Treuhänders, den in Rede stehenden Geschäftsanteil treuhändig zu erwerben, ist formfrei. Da dieser Vertrag mangels eines wirtschaftlichen Umsatzes des Geschäftsanteiles nicht vom Formzweck des § 76 Abs 2 erfaßt ist, unterliegt er auch nicht dem genannten Formgebot. Daher bedarf auch die aus diesem Vertrag folgende Rückübertragungsverpflichtung des Treuhänders weder einer besonderen Abrede noch einer besonderen Form. Mangels eines Wechsels von Wirtschaftspositionen ist die Gefahr des börsenmäßigen Handels oder der Agiotage durch diesen Vorgang ausgeschlossen. Auch wenn der Treuhänder den Geschäftsanteil von einem Dritten erwerben soll, besteht

<sup>62)</sup> Vgl nur *Berger*, Gutachten 54, 61 mwN.

<sup>63)</sup> Gutachten 51.

<sup>64)</sup> Dieses Abstellen auf die Eigenheiten einer abstrakttypisierten besonderen Fallkonstellation – der Einschaltung der Treuhandtschaft bei Erwerb und Abtretung von Geschäftsanteilen – darf nicht verwechselt werden mit der im Regelfall unzulässigen *einzelfallbezogenen* Einschränkung des Formgebotes – vgl dazu *Berger*, Gutachten 52, 62.

<sup>65)</sup> Vgl *Kastner*, Die Treuhand im österreichischen Recht, JBl 1948, 305, JBl 1949, 90, 420, 537; *derselbe*, Die Treuhand im österreichischen Recht, in Hämmerle-FS 163; *derselbe*, Kreditkonsortium, Gelegenheitsgesellschaft und Treuhandtschaft, GesRZ 1982, 1; *Koziol-Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I 171 f; *Strasser* in *Rummel*, ABGB § 1002 Rn 42; OGH 11. 2. 1971 SZ 44/13; 23. 1. 1980 EvBl 1980/162; 16. 9. 1982 RZ 1983, 65; 6. 10. 1982 JBl 1984, 85; 19. 6. 1986 ÖBA 1987, 53; 24. 6. 1986 ÖBA 1987, 55 uva.

<sup>66)</sup> Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, JherJB 43, 1 ff.

<sup>67)</sup> *Kastner*, Kreditkonsortium, GesRZ 1982, 2.

<sup>68)</sup> 8. 7. 1980 HS 10.779.

<sup>69)</sup> OGH 8. 6. 1932 SZ 14/121; 16. 3. 1955 EvBl 1955/418; In diesem Sinne auch 14. 10. 1924 SZ 6/330.

<sup>70)</sup> OGH 23. 1. 1963 JBl 1963, 429; 17. 3. 1977 SZ 50/42.

kein Grund für die Formpflichtigkeit des Treuhandverhältnisses.

Im letztgenannten Fall liegt der Vergleich mit dem Erwerb eines Geschäftsanteiles im Wege mittelbarer Stellvertretung nahe. Auch dort bedarf weder der Auftrag noch die Ermächtigung zum Erwerb eines Geschäftsanteiles des Notariatsaktes.

Das bei treuhändigem Erwerb eines Geschäftsanteiles von einem Dritten verwirklichte Risiko im Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder erfährt dadurch, daß es sich bei der zu erwerbenden Sache um den Geschäftsanteil einer GmbH handelt, keine Änderung gegenüber der für jedes Machtverhältnis typischen Risikolage: Der Treugeber geht das Risiko ein, daß sich sein Machthaber sorglos verhält – dies ist das typische Risiko jedes Machtgebers. Der Treuhänder trägt das Risiko, daß er im Innenverhältnis von den im Außenverhältnis in eigener Person übernommenen Verpflichtungen nicht freigestellt wird – sohin das typische Risiko jedes verdeckt handelnden Machthabers. Eine Verminderung *dieser* (unspezifischen) Risiken bezweckt das Formgebot des § 76 Abs 2 nach der klaren Absicht des Gesetzgebers<sup>71)</sup> jedoch nicht. Gewollt war der Schutz des Anlegers gegen die Veräußerer von Geschäftsanteilen, die nicht der strengen Kontrolle des AktG unterliegen. Das sind insbesondere die Risiken der unbedachten Investition und der (unter Umständen betrügerischen) Ausbeutung der Anleger durch Gesellschaften, die einer weniger stark ausgeprägten Staatskontrolle unterliegen. Diese Risiken werden bei treuhändigem Erwerb eines Geschäftsanteiles von einem Dritten durch Entfall des Formgebotes für den Treuhandvertrag schon deswegen nicht verschärft, weil ja für das Verhältnis zwischen Treuhänder und Drittem ganz zweifelsfrei das Formgebot des § 76 Abs 2 gilt.

Dieselben Überlegungen gelten für einen Wechsel auf Treuhänderseite. Unter der Voraussetzung, daß dieser Wechsel eben nur auf der Treuhänderseite erfolgt, das heißt: vom bisherigen Treuhänder zu einem anderen Treuhänder desselben Treugebers, kommt es wiederum zu keiner Verschiebung des wirtschaftlichen Eigentums am Geschäftsanteil. Die Verpflichtung des Treuhänders, das Treugut entsprechend einer Weisung des Treugebers auf einen neuen Treuhänder zu übertragen, ist daher formfrei<sup>72)</sup>. Diese Verpflichtung folgt bereits aus dem Treuhandvertrag – der Treugeber könnte ebensogut seinen Rückgabeanspruch geltendmachen und dann den Geschäftsanteil

auf einen neuen Treuhänder übertragen. Die Abkürzung dieses Weges durch formfreie Übertragung des Rückgabeanspruches auf einen dritten mit der Abrede, daß dieser Dritte den Geschäftsanteil nur als Treuhänder erwerben soll, ist daher formfrei zulässig. Etwaige Einwendungen des Treuhänders gegen den Rückübertragungsanspruch, die dann auch auf diese Verpflichtung zur Weiterübertragung durchschlagen, können etwa aus Sicherungsabreden im Treuhandvertrag folgen, haben aber nichts mit dem Formgebot des § 76 Abs 2 zu tun. Aus eben denselben Überlegungen ist die Abtretung des Herausgabeanspruches vom Treugeber an einen Dritten dann formbedürftig, wenn dieser Dritte den Geschäftsanteil ohne treuhändische Bindung – also auch ins wirtschaftliche Eigentum – erwerben soll. Dann erfolgt tatsächlich eine Veränderung der wirtschaftlichen Zuordnung des Geschäftsanteiles, sohin ein „Handel“ im Sinne der Motive zu § 76 Abs 2, weshalb dieser Vorgang auch hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäftes formbedürftig ist.

Verzichtet der Treugeber gegenüber dem Treuhänder auf seine Rechte aus der Treuhandenschaft, so liegt darin eine Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums am Geschäftsanteil. Der Verzicht des Treugebers und dessen Annahme durch den Treuhänder unterliegen daher dem Formgebot des § 76 Abs 2.

Schließlich wird durch die Abrede, den (bisher) eigenen Geschäftsanteil in Zukunft als Treuhänder für jemanden anderen (den neuen Treugeber) zu halten, das wirtschaftliche Eigentum am Geschäftsanteil verändert. Es liegt auf der Hand, daß dieser Vorgang mangels Form sehr wohl geeignet wäre, Geschäftsanteile zur Spekulationszwecken zu erwerben oder zu veräußern und damit die Gefahr des börsenmäßigen Handels mit Geschäftsanteilen mit sich brächte. Wirtschaftlich gesehen, besteht zwischen der Übertragung des Vollrechtes und der Übertragung der schuldrechtlichen Position, die den Anspruch auf Vornahme des Verfügungsgeschäftes gibt, kein wesentlicher Unterschied. Das gilt jedenfalls dann, wenn die schuldrechtliche Position – wie oben gezeigt – weitgehend mit Drittwirkung ausgestattet ist. Diese Abrede unterliegt daher dem Formzweck des § 76 Abs 2 und bedarf sohin zu ihrer Wirksamkeit des Notariatsaktes.

<sup>71)</sup> Siehe oben Pkt VI.1.

<sup>72)</sup> Es ist daran zu erinnern, daß sich diese Ausführungen nur auf das Verpflichtungsgeschäft beziehen. Das Verfügungsgeschäft bleibt – wie in allen diesen Fällen – formpflichtig.

## JUDIKATUR \*)

### PERSONENGESELLSCHAFTEN:

§§ 128, 159, 160 HGB  
§ 1295 ABGB

Eine Klage nur gegen die (werbende) OHG unterbricht nicht die Verjährung gegen ihre Gesellschafter. Sind die Forderungen gegen die Gesellschafter zur

Zeit der Auflösung der OHG bereits verjährt, wird die Verjährung nicht rückwirkend durch die Auflösung beseitigt. Ist jedoch ein Rechtsstreit gegen die Gesellschaft anhängig, können Forderungen gegen die Ge-

\*) Die zivilrechtliche Judikatur wird von Frau Dr. Birgit Jelínek, Richter des Oberlandesgerichtes Wien und Lektor an der Wirtschaftsuniversität Wien, bearbeitet.

§ 76 Abs 2 GmbHG  
 §§ 358, 1002 ABGB  
 § 226 ZPO

### Fremdnützige Treuhand hinsichtlich Unternehmen und Unternehmensanteilen

#### Auslegung der Treuhandvereinbarung.

Das Formgebot des § 76 Abs 2 Satz 1 und 2 GmbHG (Notariatsakt) bezieht sich sowohl auf das Verpflichtungs- als auch auf das Verfügungsgeschäft; es gilt jedoch nicht für die Verpflichtung des Treuhänders, den als Treugut gehaltenen Geschäftsanteil nach Beendigung des Treuhandverhältnisses auf den Treugeber zu übertragen.

Deutlichere Fassung des Klagebegehrens auch durch das Rechtsmittelgericht.

Zur Bestimmtheit des Klagebegehrens in bezug auf die Verpflichtung, bestimmte Urkunden und Eingaben zu fertigen, für die allgemein üblichen Formulare zur Verfügung stehen.

OGH 23. 6. 1988, 8 Ob 565/87 (OLG Wien 1 R 232/86; HG Wien 15 Cg 182/79) \*)

Der Beklagte ist mit einem Anteil von 53% Kommanditist der TeCo und gleichzeitig alleiniger Gesellschafter und alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer der M GmbH, die ihrerseits mit einem Anteil von 5% Komplementärin der TeCo ist. Die Zweitklägerin ist mit einem Anteil von 42% die zweite Kommanditistin der TeCo.

In den Jahren 1952 und 1955 unterfertigte der Beklagte je eine Treuhanderklärung, in welchem der Treu- und Geldgeber sowie eine Person, über deren Weisung der Beklagte die dort genannten Rechte ausüben sollte, nicht genannt waren, und weiters eine Prozeßvollmacht an RA Dr D sowie einen Blankowechsel. Die undatierte Treuhanderklärung aus dem Jahre 1955 (Beil C) hat folgenden Wortlaut:

„Ich erkläre, daß ich lediglich als Treuhänder von ... Gesellschafter der Firma RT KG bin. Die zum Erwerb des vorgenannten Geschäftsanteiles notwendige Summe wurde mir von ... ausgefolgt. Ich verpflichte mich, die mir aus meiner Stellung als Gesellschafter der Firma RT KG zustehenden Rechte nur über Weisung von ... auszuüben und mich hierbei genauestens an diese Weisungen zu halten. Ferner verpflichte ich mich, meinen Geschäftsanteil jederzeit über Weisung von ... an eine mir von diesem namhaft gemachte Person zu übertragen, ohne daß mir hierfür irgendwelche Ansprüche zustehen. Diese Verpflichtung bindet auch meine Erben.

Ich habe Dr D unwiderruflich Vollmacht erteilt, jederzeit in meinem Namen über die mir als Gesellschafter vorstehender Firma zustehenden Rechte zu verfügen, insbesondere auch meinen Geschäftsanteil teilweise oder ganz an Dritte zu übertragen. Ich habe ... ferner unwiderrufliche Vollmacht gegeben, Dr D an meiner Stelle den Auftrag zu geben, meine Rechte ganz oder teilweise an eine von ihm namhaft gemachte Person zu übertragen.“

Die ebenfalls undatierte Treuhanderklärung aus dem Jahre 1952 (Beil D) bezieht sich auf die Stellung des Beklagten als treuhänderischer Alleininhaber des Unternehmens M M und ist im wesentlichen inhaltsgleich mit der Treuhandklärung Beil C.

Die RT KG begann am 10. 11. 1953; persönlich haftender Gesellschafter war Sch, Kommanditisten mit einem Anteil von je S 10.000,- waren F und R. Zur Zeit des Eintrittes des Beklagten in die genannte KG im Jahr 1955 waren persönlich haftende Gesellschafter Sch und der Beklagte mit je 20%, Kommanditisten waren St mit 20% und F mit 40%. Nach mehrfachem Gesellschaftswechsel und Änderung des Fir-

menamens in TeCo waren seit 19. 5. 1971 der Beklagte als Komplementär mit 3% und als Kommanditist mit 47% und die zweitklägende Partei als Kommanditistin mit 50% an der TeCo beteiligt.

Am 12. 6. 1967 erfolgte die Gründung der M GmbH mit einem Stammkapital von S 200.000,- wobei der Beklagte 95% und Fr 5% der Anteile hielten. In der Folge wurde die M GmbH einzige Komplementärin der TeCo. 1967 wechselte Fr der schon in der „TeCo“ Konzessionsträger (für das Transportgewerbe) war, in dieser Eigenschaft in die M GmbH. Am 18. 11. 1969 folgte die Abtretung des Anteils von Fr an den Beklagten.

1973 wurde ReCo, an der schließlich ebenfalls die M GmbH, der Beklagte und die TeCo beteiligt waren, mit der TeCo mit den eingangs wiedergegebenen Beteiligungen fusioniert. 1974 wurde auch die N GmbH, die bereits zur Gänze der TeCo gehört hatte, mit dieser fusioniert. An der KeCo waren schließlich der Beklagte mit 20% und die TeCo mit 80% beteiligt.

Treugeberin des Beklagten für den Treuhandvertrag Beil D hinsichtlich des Unternehmens M M war die Erstklägerin, für die (als Treuhänder in verschiedenen Unternehmen) K (bis 1956) und D (im Anschluß daran bis - für TeCo - 1976) als Koordinatoren auftraten. K war in diesem Zusammenhang insb von der Erstklägerin zum Vertragsabschluß bevollmächtigt, handelte die Verträge aus den Jahren 1952 und 1955 (letzteren über die Beteiligung an der RT KG) aus, schloß sie mündlich ab und ließ sich vom Beklagten auch die dazugehörigen Urkunden (Treuhandklärungen, Vollmachten, Blankowechsel) unterfertigen. Dem Beklagten war bereits bei seinem Eintritt in die RT KG, also noch vor Unterfertigung der Treuhandklärung Beil C, am 21. 4. 1955, klar, daß er Treuhänder der Erstklägerin war in dieser mit K mündlich vereinbarten Eigenschaft erwarb er alle bereits angeführten Anteile. Die Treuhänder der Erstklägerin, so auch der Beklagte, faßten solche Treuhandklärungen, auch die Beil C und D, regelmäßig global auf, dh, sie bezogen sie nicht nur auf das unmittelbar in der Erklärung genannte Treugut, sondern auch auf alles, was sich daraus noch entwickeln würde. Alle Treuhänder der Erstklägerin, so auch der Beklagte, erwarben die jeweiligen Unternehmen und Unternehmensanteile bzw Aktien nicht aus eigenen Mitteln, sondern entweder mit von der Erstklägerin zur Verfügung gestellten Mitteln oder aus solchen von Unternehmen, die bereits (zur Gänze oder teilweise) Treugut waren. Der Beklagte sollte für seine Tätigkeit ein valorisiertes Gehalt - wie leitende Angestellte der betreffenden Branche - erhalten; über alle darüber hinausgehenden Einnahmen sollte die Erstklägerin disponieren. D, der 1956 als Wirtschaftsleiter an die Stelle von K getreten war, war dem Beklagten gegenüber weisungsberechtigt. Vor Klagseinbringung verhandelten verschiedene Mitglieder der Finanzkommission der Erstklägerin ab 6. 12. 1976 mit dem Beklagten - zunächst noch ohne jeden Verdacht, daß er sich das Treuhandvermögen selbst zuzuwenden wolle - über die Sicherstellung des Parteivermögens (Treugut) für mögliche und denkbare Eventualitäten, zB das Ableben des bei Beginn der Verhandlungen 53jährigen Beklagten. Während dieser - auch einmal über ein Jahr unterbrochenen - Gespräche gestand der Beklagte ausdrücklich zu, daß er für die im Spruch genannten Unternehmen bzw Anteile Treuhänder der Erstklägerin ist.

Der OGH hielt die Revision des Beklagten für teilweise, jene der Zweitklägerin hingegen für nichtberechtigt und änderte die Urteile der Vorinstanzen in Ansehung ihres die Erstklägerin betreffenden Ausspruches über P 2. des Klagebegehrens durch Abweisung dieses Teilbegehrens ab, bestätigte hingegen hinsichtlich der Stattgebung der von der Erstklägerin zu P 1., 3. und 4. gestellten Klagebegehren mit der Maßgabe, daß die Entscheidung insoweit insgesamt zu lauten hat:

„Der Beklagte ist schuldig,

1. im eigenen Namen und als Geschäftsführer der M GmbH in die Übertragung des ihm zugeschriebenen Kommanditanteiles an der TeCo im Nominale von S 711.000,- auf die Erstklägerin einzuwilligen und binnen 14 Tagen alle hierfür nötigen Erklärungen abzugeben, insbesondere einen diesbezüglichen Handelsregisterantrag, der seinen Austritt als

\*) Siehe dazu den Aufsatz von *Lessiak* in diesem Heft, S 217 ff.

Kommanditist und den Eintritt der Erstklägerin als Kommanditistin zum Inhalt hat, zu unterfertigen;

3. in die entschädigungslose Übertragung des ihm zugeschriebenen einzigen Geschäftsanteil an der M GmbH an die Erstklägerin einzuwilligen und binnen 14 Tagen die dazu nötigen Erklärungen abzugeben, insbesondere alle erforderlichen Notariatsakte zu unterfertigen, und als Geschäftsführer der M GmbH die Übertragung dieses Geschäftsanteiles an die erstklagende Partei in ein allenfalls geführtes Anteilsbuch dieser Gesellschaft einzutragen, sowie

4. über die Verwertung der zu übertragenden Geschäftsanteile für die Zeit ab dem Geschäftsjahr 1978 binnen 14 Tagen Rechnung zu legen.

Das von der Erstklägerin unter P 2. weiters gestellte Begehren auf Übertragung des der M GmbH zugeschriebenen Komplementäranteiles an der TeCo auf die Erstklägerin wird abgewiesen.“

Mit der 1979 erhobenen Klage begehren die beiden klagenden Parteien den Beklagten schuldig zu erkennen,

1. im eigenen Namen und als Geschäftsführer der M GmbH in die Übertragung des ihm zugeschriebenen Kommanditanteiles an der TeCo im Nominale von S 711.000,- auf die erstklagende Partei, Abgabe aller hiefür nötigen Erklärungen, insbesondere beglaubigte Unterfertigung eines diesbezüglichen Handelsregisterantrages, der seinen Austritt als Kommanditist und den Eintritt der erstklagenden Partei als Kommandistin zum Inhalt hat, zu willigen und diesen Kommanditanteil somit an die erstklagende Partei herauszugeben;

2. im eigenen Namen und als Geschäftsführer der M GmbH in die Übertragung des dieser Gesellschaft zugeschriebenen Komplementäranteiles an der TeCo auf die erstklagende Partei, in die Abgabe aller hiefür nötigen Erklärungen, insbesondere beglaubigte Unterfertigung eines diesbezüglichen Handelsregisterantrages, der den Austritt der M GmbH und den Eintritt der erstklagenden Partei an ihrer Stelle als Komplementärin zum Inhalt hat, sowie in die Errichtung, Unterfertigung und Durchführung aller hiefür nötigen Notariatsakte, zu willigen und den besagten Komplementäranteil somit an die erstklagende Partei herauszugeben;

3. die ihm selbst zugeschriebenen Geschäftsanteile an der M GmbH an die erstklagende Partei entschädigungslos herauszugeben und auch diesbezüglich in die Abgabe aller hiefür nötigen Erklärungen, sowie in die Errichtung, Unterfertigung und Durchführung aller einschlägigen Notariatsakte zu willigen; und

4. über die herauszugebenden Geschäftsanteile Rechnung zu legen.

Zur Begründung dieses Begehrens brachten die Kläger im wesentlichen folgendes vor: Der Beklagte sei von der Erstklägerin als Treuhänder zur Verwertung der in ihrem Eigentum stehenden TeCo und M GmbH eingesetzt worden, habe diese Unternehmen als Treuhänder und Geschäftsführer nach den Anweisungen der Erstklägerin zu führen und jährlich mit dieser abzurechnen gehabt und hiefür ein vertraglich vereinbartes Geschäftsführergehalt empfangen. 1979 habe er plötzlich die Abrechnungen verweigert, den – um sein Gehalt verminderten – Ertrag des Unternehmens nicht mehr abgeführt, sich als selbständiger Unternehmer bzw Eigentümer der ihm nominell zugeschriebenen Anteile an beiden Unternehmen „aufgespielt“ und die Weisungen der Erstklägerin nicht mehr beachtet. Die Zweitklägerin trete nicht deswegen als Klägerin auf, weil sie einen Kommanditanteil vom Beklagten übertragen erhalten wolle, sondern weil sie nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zur Klage genötigt sei.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens und wendet ein: Zwischen ihm bzw seinen Unternehmen TeCo und M GmbH einerseits und der Erstklägerin andererseits liege kein Treuhandverhältnis vor. Der in der Treuhandklärung Beil C nicht genannte Treugeber habe die SB sein sollen. Auf diese nicht realisierte Treuhand habe sich auch die unter Beil C mitvorgelegte Vollmacht und der Blankowechsel bezogen. Das Unternehmen M M (Treuhandklärung Beil D samt zugehöriger Vollmacht und Blankowechsel) sei im Wege der Treuhanderschaft mittelbar von der SB erworben und in der Folge liquidiert worden. Der Beklagte habe

niemals ein Treuhandverhältnis zur Erstklägerin oder seine Bereitschaft zur Befolgung von deren Aufträgen erklärt. Schließlich wendete der Beklagte noch Verjährung ein.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren der erstklagenden Partei statt, wies hingegen das gleichlautende Klagebegehren der Zweitklägerin ab.

Das Berufungsgericht verwarf die Berufung des Beklagten, insoweit sie Nichtigkeit geltend machte, gab im übrigen beiden Berufungen nicht Folge und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes in beiden Fällen S 300.000,- übersteigt.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

#### 1. Zur Revision des Beklagten:

Der Beklagte bekämpft zunächst im Rahmen des Revisionsgrundes des § 503 Abs 1 Z 2 ZPO die von den Vorinstanzen dem Wort „global“ im Zusammenhang mit dem Abschluß der Treuhandvereinbarungen beigelegte Bedeutung. Dabei übersieht er, daß keine der Vorinstanzen dieses Wort in einem unbestimmten, mehrere Bedeutungen zulassenden Sinn gebraucht hat; im Gegenteil, es wurden eindeutige Feststellungen darüber getroffen, welche Bedeutung die Treuhänder der Erstklägerin im allgemeinen und der Beklagte bei Abschluß der Treuhandvereinbarungen diesem Wort beigemessen haben, nämlich, daß sich die Treuhandklärungen nicht nur auf das unmittelbar in der Erklärung genannte Treugut bezogen, sondern auch auf alles, was sich daraus noch entwickeln sollte. Da bei der Beurteilung von Willenserklärungen und Verträgen die Annahme des Gerichtes, daß eine Person gewisse Vorstellungen besaß und willensmäßig konkrete Zielsetzungen verfolgte, ebenso wie die Parteiabsicht bei Vertragsabschluß in den Bereich der irrevisiblen Tatsachenfeststellungen gehören (vgl *Fasching*, Komm IV 333; ders Lb Rz 1926), ist der OGH an die Feststellungen der Vorinstanzen über den Inhalt der von K als Koordinator der Erstklägerin für deren Treuhänder namens der Erstklägerin mit dem Beklagten abgeschlossenen und in der Folge von der Erstklägerin auch bestätigten Treuhandvereinbarungen Beil C und D und die von den Beteiligten damit verbundene Absicht gebunden. Damit gehen aber sämtliche unter allen Revisionsgründen erstatteten Ausführungen, die den Zweck verfolgen, den beiden Treuhandvereinbarungen einen anderen Inhalt zu unterstellen, ins Leere.

In seiner Rechtsrüge verweist der Beklagte wie bereits in Berufungsverfahren darauf, daß es sich bei ihm und der M GmbH um verschiedene selbständige Rechtssubjekte handelt, und meint, der Kommanditanteil an der TeCo gehe nur ihm als Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils, nicht aber die M GmbH und deren Geschäftsführer an, der Komplementäranteil an der TeCo hingegen gehe ihn überhaupt nichts an, sondern nur die M GmbH. Daher sei das Klagebegehren jedenfalls mangels (wohl gemeint) Passivlegitimation bzw Parteieigenschaft abzuweisen.

Nach der für die rechtliche Beurteilung der Rechtsache allein maßgeblichen Sachverhaltsgrundlage besteht das Treugut nicht aus den dem Beklagten von Anfang an überlassenen Werten, nämlich dem Unternehmen M M und dem Komplementäranteil an der damaligen RT KG; zum Treugut gehört vielmehr alles was der Beklagte, sei es im eigenen Namen oder in seiner Stellung als vertretungsbefugtes Organ von zum Treugut gehörigen Gesellschaften im Laufe der Zeit von Dritten auf seinen Namen oder für Bestandteile des Treugutes erworben hat und davon noch vorhanden ist. Das Treugut besteht daher aus dem Kommanditanteil des Beklagten an der TeCo und dem (einzi-

gen) Geschäftsanteil an der M GmbH (hinsichtlich der Zulässigkeit des Erwerbes von Dritten vgl. *Kastner*, JBl 1949, 91; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 220; JBl 1954, 140 und 619). Da der Beklagte als Treuhänder aufgrund der abgeschlossenen Treuhandverträge – dem Wesen der Treuhand entsprechend – verpflichtet ist, das Treugut auf Weisung des Treugebers – jedenfalls an diesen – herauszugeben, was die Erstklägerin als Treugeberin nun auch verlangt, besteht kein Zweifel, daß der Beklagte verpflichtet ist, alle jene Rechtshandlungen zu setzen, die dazu führen, daß das Verfügungsrecht über die einzelnen Teile des Treugutes auf den Treugeber übertragen wird.

Es entspricht der hL u. Rsp, daß Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften über ihren Geschäftsanteil als Ganzes verfügen können, sofern dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist oder die übrigen Gesellschafter ihre Zustimmung beim Anlaßfall (ad hoc) erklären, wobei diese Transaktion als einaktiger Vorgang zu qualifizieren ist (vgl. *Kastner*, Grundriß<sup>4</sup>, 111 mwH in FN 125; *Hämmerle-Wünsch*, Handelsrecht<sup>2</sup>, 122, 178, 180; *Kastner-Stoll*, Die GmbH & Co KG<sup>2</sup>, 152 f; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB, § 124 HGB, Art 7 Nr 9 bis 11 4. DVHGB Rz 16 mwN und § 172 HGB Rz 10). Nach der Aktenlage ist die Zustimmung der Zweitklägerin zu der von der Erstklägerin angestrebten Übertragung des Kommanditanteils des Beklagten an der TeCo vorhanden.

Als Treuhänder trifft den Beklagten aber auch die Pflicht, in seiner Eigenschaft als allein zeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft der TeCo der Abtretung des Kommanditanteils an dieser Gesellschaft an die Erstklägerin (Treugeber) zuzustimmen; dies soll auch mit der vorliegenden Klage erreicht werden. Alle Voraussetzungen für die Verpflichtung des Beklagten zur Übertragung des ihm zugeschriebenen Kommanditanteils an der TeCo an die Erstklägerin sind somit erfüllt.

Zum Anspruch auf Übertragung des im Eigentum des Beklagten stehenden (einzigen) Geschäftsanteiles an der M GmbH (P 3 des Klagebegehrens):

An der grundsätzlichen Übertragbarkeit dieses Geschäftsanteiles im Sinne des § 76 Abs 1 GmbHG ist nicht zu zweifeln. Zu prüfen ist jedoch, ob dieses Begehren nicht am Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG scheitert. Nach dem ersten Satz dieser Bestimmung bedarf die Übertragung von Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden des Notariatsaktes; der zweite Satz dieser Norm fordert die gleiche Form für Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles.

Nach überwiegender Judikatur (SZ 7/132; JBl 1925, 174; SZ 8/67; SZ 8/204; NZ 1986, 37; NZ 1988, 20) und Lehre (vgl. nur *Kastner* aaO 315; *St Frotz*, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, SWK 1986/25, 11 (13); *P. Bydliński*, Zur Formpflicht bei der Übertragung von GmbH-Anteilen, NZ 1986, 241 (244); *Schauer*; Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen? RdW 1986, 358; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 626) bezieht sich dieses Formgebot nicht nur im zweiten, sondern auch im ersten Satz des § 76 Abs 2 GmbHG sowohl auf das Verfügungs- als auch auf das Verpflichtungsgeschäft. Diesem Standpunkt schließt sich der erkennende Senat – gegen die Entscheidung NZ 1986, 212 – an. Die Richtigkeit dieses Standpunktes folgt überdies eindeutig aus den Gesetzesmaterialien: Nach Meinung der Ge-

setzesverfasser ergab sich bereits aus dem ersten Satz des § 76 Abs 2 GmbHG die Geltung des Formgebotes auch für Verpflichtungen zur künftigen Abtretung von Geschäftsanteilen. Der zweite Satz sollte dies nur mehr – zur Vermeidung künftiger Streitigkeiten – klarstellen (so zutreffend *Lessiak*, Formgebundenheit der Übertragung von GmbH-Anteilen im Treuhandverhältnis?, eine dem OGH zur Verfügung stehende und in GesRZ 1988, Heft 4 (S 217 ff) erscheinende Abhandlung).

Die Frage, ob das Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG für die Verpflichtung des Treuhänders gilt, den als Treugut gehaltenen Geschäftsanteil nach Beendigung des Treuhandverhältnisses auf den Treugeber zu übertragen, wird in RspuL uneinheitlich beantwortet.

In SZ 8/204 wurde dem Umstand, daß der Herausgabeanspruch auf ein Treuhandverhältnis gestützt wurde, keine Bedeutung beigemessen. In NZ 1988, 20 hielt zwar der auf Herausgabe der Geschäftsanteile in Anspruch genommene Beklagte diese Anteile nicht als Treuhänder; es wurde allerdings obiter ausgesprochen, daß auch Vereinbarungen über eine künftige Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH im Rahmen einer Treuhandvereinbarung der Formvorschrift des § 76 Abs 2 GmbHG unterliegen. In zwei weiteren Entscheidungen (JBl 1925, 174 und HS IV/19) wurde die Möglichkeit, daß ein auf den Treuhandvertrag allein gestützter Herausgabeanspruch nicht dem Formgebot unterliegt, offen gelassen.

In der Lehre vertreten *Graschopf* (Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung 300 f) und *Kostner* (Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>3</sup> 140 f) die Meinung, daß auch die Verpflichtung des Treuhänders, künftig den Geschäftsanteil an den Treugeber abzutreten, in Form eines Notariatsaktes begründet werden muß. Hingegen vertreten *Reich-Rohrwig* (aaO 643), *Gellis* (Komm GmbH-Gesetz<sup>2</sup> 403) und *Kastner* (JBl 1958, 109, (110 f)) die Ansicht, daß sich die Verpflichtung des Treuhänders zur Rückübertragung des Geschäftsanteiles an den Treugeber aus dem Gesetz ergebe. Diese Verpflichtung müsse daher nicht in Notariatsaktsform begründet werden. Ähnlich ist der Standpunkt der deutschen Judikatur (RGZ 82, 350; RGZ 124, 371; BGHZ 19, 69) und Lehre (*Schilling-Zutt* in *Hachenburg*<sup>7</sup> § 15 Rn 40, 42 f, Anh § 15 Rn 52 f; *Winter* in *Scholz*, Komm GmbH-Gesetz<sup>7</sup> § 15 Rn 57, 66; *Hueck*, in *Baumbach-Hueck*, GmbHG<sup>14</sup> § 15 Rn 33; *Seydel* in *Goutier-Seydel*; GmbH-Gesetz § 15 Rn 7 uva), wonach dann, wenn die Abtretungsverpflichtung nur „mittelbare“ oder „gesetzliche Folge“ einer Vereinbarung sei, die Formpflicht des § 15 Abs 4 dGmbHG nicht eingreife.

Mit dem Problemkreis der Anwendung des § 76 Abs 2 GmbHG auf die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH im Treuhandverhältnis setzt sich jüngst *Lessiak* (Formgebundenheit der Übertragung von GmbH-Anteilen im Treuhandverhältnis?) in diesem Heft S 217 ff auseinander. Er kommt zum Ergebnis, daß die Feststellung, die Rückübertragungsverpflichtung des Treuhänders ergebe sich aus dem Gesetz, für sich alleine nichts über die Anwendbarkeit der Formvorschrift aussage. Sei doch die „aus dem Gesetz“ folgende Herausgabepflicht des Treuhänders nur die Folge eines Rechtsgeschäftes: des Treuhandvertrages. Sei aber eine formbedürftige Verpflichtung (die Übertragungsverpflichtung) nur Rechtsfolge eines Vertrages, so führe dies zur Formpflicht für den Vertrag selbst, soweit er diese Pflicht auslöst. Dies gelte grundsätzlich auch für den Treuhandvertrag. Die Aus-

legung des Formgebotes könne allerdings dazu führen, daß es nach seinem Zweck auf Treuhandverträge keine Anwendung findet. Der einzige in den Gesetzesmaterialien genannte Zweck des § 76 Abs 2 GmbHG sei es, den börsenartigen Handel mit Geschäftsanteilen, die Agiotage, ja überhaupt die Spekulation mit Geschäftsanteilen zu verhindern. Dies entspricht der nahezu einhelligen RspuL zum Formzweck der gegenständlichen Norm (ausführliche Nachweise bei *Lessiak* aaO). Weitere Formzwecke des § 76 Abs 2 GmbHG seien für die Frage der Geltung des Formgebotes in Treuhandfällen nur kaum von Bedeutung.

*Lessiak* weist nach, daß es der genannte Formzweck geradezu gebietet, die Verpflichtung des Treuhänders, das Treugut (den Geschäftsanteil) nach Beendigung des Treuhandverhältnisses an den Treugeber herauszugeben, nicht mangels Notariatsaktes für unwirksam zu erklären. Während das Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG die Formbindung der Veränderung der wirtschaftlichen Zuordnung des Geschäftsanteiles bezwecke, sei es gerade für die Treuhand typisch, daß das Treugut dem Treuhänder nur rechtlich, dem Treugeber jedoch wirtschaftlich zugeordnet wird. Verneinte man die Verpflichtung des Treuhänders, das Treugut rückzuübertragen, so könnte gerade dadurch jene Veränderung der wirtschaftlichen Zuordnung des Geschäftsanteiles eintreten, welche § 76 Abs 2 GmbHG nur unter Beachtung des Formgebotes zulassen will. Das Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG finde daher auf den Treuhandvertrag und die dem Treuhänder und dem Treugeber daraus typischerweise erwachsenden Verpflichtungen – so etwa für die im Regelfall auch ohne besondere Abrede im Treuhandvertrag aus § 1009 ABGB folgende Rückübertragungsverpflichtung des Treugebers – keine Anwendung.

Diesem hier referierten überzeugenden Standpunkt schließt sich der erkennende Senat an. Der Beklagte hat den streitgegenständlichen Geschäftsanteil im Rahmen der Verwaltung des ihm übertragenen Treugutes als Treuhänder der Erstklägerin erworben. Dieser Geschäftsanteil an der M GmbH ist daher der Erstklägerin wirtschaftlich zuzuordnen. Die aus dem Treuhandverhältnis zwischen der Erstklägerin und dem Beklagten folgende Verpflichtung, diesen Geschäftsanteil an die Erstklägerin zu übertragen, unterliegt sohin nicht dem Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG.

Die Vorinstanzen sind daher mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, daß der Beklagte auch verpflichtet ist, den ihm zugeschriebenen Geschäftsanteil an der zu einer Einmann-Gesellschaft gewordenen M GmbH (die mit ihm ja nicht identisch ist – vgl *Reich-Rohrwig*, aaO, 549 mwN) an die Erstklägerin als Treugeber zu übertragen.

Den auf Übertragung des Kommanditanteils an der TeCo und des Geschäftsanteiles an der M GmbH gerichteten Verpflichtungen des Beklagten entspricht auch das hier von der Erstklägerin unter den P 1. und 3. gestellte Klagebegehren. Der Umstand, daß nach der von der Erstklägerin gewählten und von den Vorinstanzen gebilligten Formulierung des Klagebegehrens bei Erlassung der an den Beklagten gerichteten Befehle, insoweit diese sich auf die Übertragung des Kommanditanteiles des Beklagten an der TeCo beziehen, der Beklagte als Leistungsverpflichteter sowohl im eigenen Namen als auch als Geschäftsführer der M GmbH angeführt ist, entspricht durchaus der Sach- und Rechtslage, weil damit die Zustimmung des Beklagten in seiner jeweiligen Eigenschaft als Komman-

ditist und auch als Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft der TeCo zur Übertragung des Kommanditanteiles an der TeCo auf die Erstklägerin bereits urteilsmäßig festgestellt ist, es in der Folge somit nicht mehr des Nachweises der Zustimmung des Beklagten als organschaftlicher Vertreter der Komplementärgesellschaft zur Übertragung des ihm im eigenen Namen zugeschriebenen Kommanditanteiles an die Erstklägerin im Sinne der LuRsp bedarf. Da der Beklagte der einzige Gesellschafter der M GmbH ist, der die Gesellschaftsrechte in einer Hand vereinigt, genügt es für die Übertragung dieses Geschäftsanteiles an die Erstklägerin, daß der Leistungsbefehl bloß an den „Beklagten“ ohne Hinweis auf seine Rechtsstellung in dieser GmbH gerichtet ist. Es kann daher keine Rede davon sein, daß dem in den P 1. und 3. gestellten Klagebegehren der Erstklägerin mangels Vorliegens der Passivlegitimation des Beklagten kein Erfolg beschieden sein könnte. Damit gehen aber auch die in diesem Zusammenhang hilfsweise erstatteten Ausführungen des Revisionswerbers zur Frage einer Berichtigung gemäß § 419 ZPO ins Leere.

Dem Revisionswerber kann aber auch insoweit nicht gefolgt werden, als er sich gegen die ihm in seiner Eigenschaft als Kommanditist bzw Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft auferlegte Verpflichtung, dem in P 1. des Spruches genannten Handelsregisterantrag seine Zustimmung zu erteilen, zur Wehr setzt. Denn das Ausscheiden eines Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft (§§ 143 Abs 2, 161 Abs 2 HGB) ist ebenso wie der Eintritt eines neuen Gesellschafters (§§ 107, 161 Abs 2 HGB) im Handelsregister anzumelden (vgl *Kastner*, aaO, 120; *Hämmerle-Wünsch*, aaO, 125, 181; *Torggler-Kucsko* in *Straube*, HGB, § 107 Rz 8 und *Koppensteiner*, aaO, § 143 Rz 3). Die Anmeldung des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer Personenhandelsgesellschaft sowie des Eintrittes eines neuen Gesellschafters sind aber von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken (§§ 108 Abs 1 und 143 Abs 2, jeweils iVm § 161 Abs 2 HGB), wobei die Anmeldepflicht – wie sich aus § 143 Abs 3 HGB ergibt – auch den ausgeschiedenen Gesellschafter trifft (*Koppensteiner*, aaO, § 143 Rz 4 mwN). Daß dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft diese Verpflichtung obliegt, ergibt sich daraus, daß er das satzungsmäßig alleinvertretungsbefugte Organ der Komplementärgesellschaft ist. Die materiellrechtliche Verpflichtung ist aus seiner Stellung als Treuhänder abzuleiten, in welcher Eigenschaft er ja verhalten ist, nunmehr alles zu tun, was erforderlich ist, daß sein Geschäftsanteil an der TeCo der Erstklägerin übertragen wird. Durch den Hinweis auf diese Rechtsstellung des Beklagten wird klargestellt, daß der Beklagte die erforderlichen Erklärungen auch in seiner Eigenschaft als satzungsgemäßes Vertretungsorgan der Komplementärgesellschaft abzugeben hat. Entgegen der Ansicht des Revisionswerbers genügt es daher, wenn die Erstklägerin als Treugeber ihr Recht auf Rückstellung des Treugutes gegen ihren Treuhänder, also den Beklagten in seiner jeweiligen Rechtsstellung als zur Vertretung von Bestandteilen des Treugutes Berechtigter und Verpflichteter geltend macht, also von ihm verlangt, ihr die Gesellschafterstellung zu übertragen. Da im Rechtsstreit um das Treugut nur der Treuhänder passiv legitimiert ist (vgl *Strasser*, aaO, Rz 42 zu § 1002), verlangt der Revisionswerber von der Erstklägerin zu Unrecht, daß sie ihren Anspruch auf Rückstellung des Treugutes auch mit besonderer Kla-

ge gegen die juristische Person geltend macht, deren in der Hand des Beklagten allein vereinigte Gesellschaftsrechte Bestandteil des zurückzustellenden Treugutes sind und über die der Treuhänder allein Verfügungsberechtigt ist.

Hinsichtlich des unter P 2. gestellten Klagebegehrens hingegen erweist sich die Revision im Ergebnis als berechtigt. Die Erstklägerin begehrt hier vom Beklagten, in die Übertragung des „der M GmbH zugeschriebenen Komplementäranteiles“ an der TeCo auf sie, die Erstklägerin, und in die Abgabe aller hierfür nötigen Erklärungen, insb die beglaubigte Unterfertigung eines Handelsregisterantrages, der den Austritt der M GmbH und ihren, der Erstklägerin Eintritt an ihrer Stelle als Komplementär zum Inhalt hat, sowie in die Unterfertigung eines entsprechenden Handelsregisterantrages . . . zu willigen und den Komplementäranteil somit an sie, Erstklägerin, herauszugeben. Insoweit damit die Übertragung des dem Beklagten zugeschriebenen Geschäftsanteils an der Komplementärgesellschaft bewirkt werden soll, übersieht sie, daß P 3. ihres Klagebegehrens dies zum Gegenstand hat. Mit der Übertragung des dem Beklagten selbst zugeschriebenen einzigen Gesellschaftsanteiles an der GmbH an die Erstklägerin ändert sich an dem Komplementäranteil an der TeCo mangels Identität des einzigen Gesellschafters mit der Gesellschaft an sich nichts (vgl. *Reich-Rohrwig*, aaO, 617). Die GmbH bleibt auch weiterhin Komplementär der genannten Kommanditgesellschaft. Wenn die Erstklägerin aber über die Herausgabe des Geschäftsanteiles des Beklagten an der Komplementärgesellschaft hinaus vom Beklagten auch noch seine Zustimmung dazu verlangt, daß die M GmbH aus der TeCo ausscheidet und die Erstklägerin Komplementär der TeCo wird und diese Veränderungen im Handelsregister eingetragen werden, so übersteigt dies die dem Beklagten aus der Auflösung des Treuhandverhältnisses erwachsenden Pflichten, denn der Beklagte hat nur die Verpflichtung, das Treugut im Sinne der Treuhandvereinbarung zu übertragen, dh den GmbH-Anteil an die Erstklägerin abzutreten.

Bei den angestrebten Veränderungen handelt es sich vielmehr um Fragen des Gesellschaftsverhältnisses der TeCo, die den Beklagten nach Beendigung der Treuhandschaft nicht mehr berühren, vielmehr dann in die Ingerenz der klagenden Parteien fallen. Dementsprechend kann die Erstklägerin vom Beklagten auch nicht verlangen, bei der im Klagebegehren zum Ausdruck kommenden Änderung der TeCo mitzuwirken. P 2. des Klagebegehrens erweist sich damit als verfehlt. Die Revision ist daher in dieser Beziehung im Ergebnis berechtigt. Kann aber das von der Erstklägerin unter P 2. gestellte Klagebegehren aus dem Titel der Auflösung des Treuhandverhältnisses zwischen ihnen nicht abgeleitet werden, so erübrigt es sich auf die Frage einzugehen, welche Folgen es hätte, wenn die klagenden Parteien und die M GmbH eine Änderung des Gesellschaftsverhältnisses der TeCo dahin beabsichtigen sollten, daß die bisherige Komplementärin aus der KG ausscheidet und an ihrer Stelle die Erstklägerin den Komplementäranteil der M GmbH übernimmt, so daß die Erstklägerin dann zugleich als Komplementär und als Kommanditist der TeCo aufträte (vgl. *Kastner*, aaO 117; *Hämmerle-Wünsch* 147; *Koppensteiner* aaO § 161 Rz 5). Hingegen bestehen keine rechtlichen Bedenken, wenn die Erstklägerin in der unter 1. und 3. gestellten Klagebegehren nach Rückstellung des Treugutes Kommanditist und gleichzeitig einziger Gesell-

schafter der Komplementärgesellschaft der TeCo ist (zur Möglichkeit, daß der einzige Kommanditist auch einziger Gesellschafter der Komplementärgesellschaft ist, vgl. *Kastner*, aaO, 132; *Hämmerle-Wünsch*, aaO, 187; *Koppensteiner*, aaO, § 161 Rz 14).

Der Revisionswerber meint ferner, daß dem Klagebegehren die erforderliche Bestimmtheit im Sinne des § 226 ZPO fehle; das Klagebegehren sei auch deshalb wertlos, weil es eine Zwangsvollstreckung nicht ermögliche. Auch hier kann dem Revisionswerber nicht gefolgt werden.

Bei Beurteilung des in einem Prozeß geltendgemachten Streitgegenstandes ist nicht nur vom Wortlaut des Klagebegehrens auszugehen, vielmehr ist auch das Tatsachenvorbringen, aus dem der Urteilsantrag abgeleitet wird, zu berücksichtigen (*Fasching*, Komm III 645). Ist aus dem Sachvorbringen die begehrte Leistung einwandfrei ableitbar, dann darf und soll das Gericht dem Klagebegehren eine klare und deutliche Fassung geben, selbst wenn es damit vom Wortlaut des Begehrens abweicht; dies gilt auch im Rechtsmittelverfahren (*Fasching*, aaO, 646 mwN).

Im vorliegenden Prozeß verlangt die Erstklägerin als Treugeber vom Beklagten als Treuhänder die Übertragung des Treugutes in seiner derzeitigen Gestalt. Sie kann somit die Übertragung seines Kommanditanteiles an der TeCo und die Übertragung seines Gesellschaftsanteiles an der M GmbH die gleichzeitig auch einziger Komplementär der TeCo ist, begehren. Dies hat dadurch zu geschehen, daß der Beklagte der Erstklägerin die Gesellschafterstellungen überträgt (vgl. *Westermann*, aaO, Rz 113.7). Dazu ist aber erforderlich, daß der Beklagte – wie bereits dargetan – in einer Doppelfunktion tätig wird: Einerseits als Träger des einen Kommanditanteiles an der TeCo und als einziger Gesellschafter der M GmbH, zum anderen aber auch als Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft der TeCo, da ja die Abtretung seines Kommanditanteils an der TeCo (ua) die Zustimmung der Komplementärgesellschaft erfordert, die er im Rahmen der beendeten Treuhandschaft als satzungsmäßig zu deren Vertretung bestelltes Organ zu erteilen hat. Das Klagebegehren in seiner letzten Fassung setzt sich dementsprechend auch aus einer Mehrzahl von vom Beklagten zu erbringenden Leistungen zusammen: Er soll – insoweit das Klagebegehren an sich nicht unberechtigt ist (P 2. des Urteiles des Erstgerichtes) – schuldig erkannt werden, in die entgeltfreie Übertragung seines Kommanditanteiles an der TeCo auf die Erstklägerin einzuwilligen und die dazu nötigen Erklärungen abzugeben, – wobei die beglaubigte Unterfertigung eines Handelsregisterantrages besonders hervorgehoben wird – und diesen Kommanditanteil „somit“ an die Erstklägerin zu übertragen (P 1. des Klagebegehrens). Weiters verlangt die Erstklägerin, den Beklagten zu verurteilen, ihr die ihm selbst zugeschriebenen Geschäftsanteile (richtig: den ihm zugeschriebenen Geschäftsanteil) an der M GmbH entschädigungslos zu übertragen und auch diesbezüglich alle hierfür nötigen Erklärungen abzugeben, wobei die Unterfertigung der dazu erforderlichen Notariatsakte besonders hervorgehoben wird (P 3. des Klagebegehrens); schließlich begehrt sie noch vom Beklagten die Rechnungslegung über die herauszugebenden Gesellschaftsanteile (P 4. des Klagebegehrens).

Richtig ist, daß das Klagebegehren bestimmt zu sein hat, weil es für die anschließende Exekution einen hinreichend bestimmten Exekutionstitel (§ 7 Abs 1

Das Berufungsgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die vom Beklagten in den schriftlichen Vereinbarungen Beil C und D übernommene Verpflichtung, das Treugut jederzeit über Weisung an eine ihm namhaft gemachte Person entschädigungslos zu übertragen und die darin vom Beklagten RA Dr D unwiderruflich erteilte Vollmacht, jederzeit in seinem Namen über die ihm als Treuhänder zustehenden Rechte zu verfügen oder an seiner Stelle den Auftrag zu geben, seine Rechte ganz oder teilweise an eine von ihm namhaft gemachte Person zu übertragen, keineswegs der Erstklägerin als Treuhänderin das Recht nimmt, die Ausfolgung des Treugutes an sich selbst zu begehren. Der Beklagte übersieht nämlich dabei vor allem die zum Wesen jeder Treuhandschaft gehörige und von ihm auch in den beiden genannten Urkunden übernommene Verpflichtung, die ihm aus seiner Stellung als Treuhänder zustehenden Rechte weisungsgemäß auszuüben. Schon aus der Bestreitung des von der Erstklägerin gestellten Klagebegehrens ergibt sich das treuwidrige Verhalten des Beklagten und damit auch die Berechtigung des von der Erstklägerin gestellten Klagebegehrens. Von einem Mangel des Rechtsschutzinteresses der Erstklägerin kann somit keine Rede sein.

Die Vorinstanzen haben auch ohne Rechtsirrtum erkannt, daß der Beklagte im Hinblick auf die Auflösung des Treuhandverhältnisses zur Rechnungslegung verpflichtet ist, weil es sich hier um eine fremdnützige Treuhand handelt, bei der der Beklagte Geschäfte der Erstklägerin besorgte (vgl. *Koziol-Welser*<sup>8</sup> I, 213; *Strasser*, aaO, Rz 12 zu § 1012). Diese Verpflichtung wird in der Revision auch gar nicht mehr ernstlich bekämpft, zumal der Beklagte diesbezüglich nur meint, das Rechnungslegungsbegehren sei „hinfällig“, weil es nur bei Stattgebung des „sonstigen“ Klagebegehrens bestehen könnte. Da jedoch der Beklagte nach dem eigenen Vorbringen der klagenden Parteien bis einschließlich 1977 Rechnung gelegt hat (vgl. AS 83 f), mußte den Entscheidungen der Vorinstanzen hinsichtlich der dem Beklagten auferlegten Rechnungslegungspflicht die der Klageerzählung entsprechende deutlichere Fassung gegeben werden.

Schließlich erklärt der Revisionswerber, seinen Standpunkt hinsichtlich des „Eintrittes der Verjährung bzw Verwirkung des Klageanspruches“ aufrecht zu halten. Die Vorinstanzen haben bereits mit Recht darauf hingewiesen, daß das Klagebegehren auf Ausfolgung des Treugutes auf den Titel der Auflösung des Treuhandverhältnisses gestützt ist und nicht auf jenen des Schadenersatzes. Für die Annahme der Verjährung oder Verwirkung der hier geltend gemachten Ansprüche besteht überhaupt keine Grundlage.

## 2. Zur Revision der Zweitklägerin:

In ihrer Rechtsrüge bekämpft die Revisionswerberin die Verneinung ihrer Aktivlegitimation durch das Berufungsgericht. Ihre Aktivlegitimation ergäbe sich aus dem Umstand, daß sie „mit der Erstklägerin als gemeinsame Gesellschafter“ in Rechtsgemeinschaft stünde. Die gemeinsame Mitgliedschaft an der TeCo dürfe gemäß Art 7 Nr 10 (1) und 11 der 4. EVHGB nur dann einer Veränderung unterzogen werden, wenn dies entweder im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sei oder alle Gesellschafter einem solchen Vorgang zustimmten.

Insoweit die Zweitklägerin nun ausführt, zu der im vorliegenden Prozeß begehrten Übertragung des Kommanditanteiles des Beklagten an die Erstklägerin ihre

Zustimmung nicht erteilt zu haben, entfernt sie sich von dem von ihr und der Erstklägerin erstatteten Prozeßvorbringen, dem unzweifelhaft zu entnehmen ist, daß sie als Kommanditistin der TeCo im Hinblick auf die Beendigung des Treuhandverhältnisses zwischen der Erstklägerin und dem Beklagten mit der Übertragung des zweiten Kommanditanteiles an die Erstklägerin einverstanden ist. Im übrigen genügt es für die Zulässigkeit des hier angestrebten Mitgliedschaftswechsels, daß sie diesem ihre Zustimmung erteilt und dies aktenkundig gemacht wird. Die Klagelegitimation der Zweitbeklagten läßt sich aus dem Erfordernis ihrer Zustimmung zum Klagebegehren der Erstklägerin somit nicht ableiten. Auch der Hinweis auf die Ausschlußklage nach § 140 HGB, die von sämtlichen Gesellschaftern, ausgenommen dem den in einem solchen Verfahren Beklagten einzubringen ist, geht ins Leere. Die Übertragung der Mitgliedschaft an einer Personenhandelsgesellschaft stellt sich nämlich nach nunmehr hA – wie bereits erwähnt – nicht als zweistufiger Vorgang, nämlich als – dem Ausschluß eines Gesellschafters ähnlichen – Austritt des weichenden und Eintritt des neuen Gesellschafters, sondern als einaktige Einzelrechtsnachfolge dar. Mangels Vorliegens der Ähnlichkeit des rechtserzeugenden Sachverhalts fehlt zumindest eine der Voraussetzungen für die von der Revisionswerberin gewünschte analoge Anwendung des § 140 HGB auf den vorliegenden Fall. Im übrigen ist für die zweitklagende Partei schon deshalb keine Anspruchsgrundlage vorhanden, weil das Klagebegehren aus der Auflösung des Treuhandverhältnisses resultiert, aus diesem Rechtsverhältnis der zweitklagenden Partei aber keinerlei Ansprüche zustehen.

## HANDELSREGISTER:

### § 17 GmbHG

### § 16 AußStrG

**Die Entscheidung, ob ein Geschäftsführer einer GmbH sein Amt zurücklegen kann und ob er noch bzw unter welchen Voraussetzungen er legitimiert ist, seine Löschung im Handelsregister zu beantragen, kann nicht offenbar gesetzwidrig sein.**

OGH 24. 3. 1988, 6 Ob 6/88 (OLG Wien 6 R 72/87; HG Wien 7 HRB 7.987 a).

R ist als einzige Geschäftsführerin der W GmbH im Handelsregister eingetragen. Mit ihrer am 23. 6. 1987 beim Erstgericht eingelangten Eingabe beantragte sie die Löschung dieser Eintragung und brachte hiezu vor, sie habe in der Generalversammlung vom 11. 6. 1987 ihre Funktion als Geschäftsführerin unter der aufschiebenden Bedingung der Löschung dieser Eintragung durch das Registergericht niedergelegt.

Das Erstgericht lehnte die begehrte Löschung mit der Begründung ab, ein solcher Antrag müsse stets von einem aktiven Geschäftsführer ausgehen.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluß. Der Geschäftsführer einer GmbH könne zwar sein Amt jederzeit niederlegen, doch dürfe die Löschung im Handelsregister nur dann bewilligt werden, wenn sich diese Verfügung auf eine bereits eingetretene Beendigung dieser Funktion, also etwa eine bereits eingetretene Bedingung, mit deren Eintritt die Funktion des Geschäftsführers enden sollte, gründen könne. Gerade das treffe bei der hier gewählten Vorgangsweise deshalb nicht zu. Träfe die auf *Reich-Rohrwig* (GmbH-Recht, 170) gestützte Ansicht der Antragstellerin zu, hätte dies zur

EO) und damit die zuverlässige Grundlage für eine zwangsweise Durchsetzung der zugesprochenen Leistung bilden muß. Bei Leistungsklagen hat das Urteil zweifelsfrei und nach objektiven, allgemein feststellbaren Merkmalen erkennen zu lassen, was geleistet werden soll (vgl. *Fasching*, Lb Rz 1044, ders, Komm III 25). Da im Klagebegehren die zu übertragenden Gesellschaftsanteile eindeutig ausgeführt sind, und feststeht, daß die Übertragungen entgeltfrei zu erfolgen haben, besteht kein Zweifel über den Gegenstand der vom Beklagten begehrten Leistung. Der Beklagte hat somit in die Übertragung seiner Mitgliedschaft an der TeCo und an der M GmbH an die Erstklägerin einzuwilligen. Während die Übertragung von Mitgliedschaften an Personenhandelsgesellschaften formfrei erfolgen kann (vgl. *Kastner-Stoll*, aaO, 153), bedarf das die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft mbH betreffende Verfügungs-geschäft der Notariatsaktform (§ 76 Abs 2 GmbHG).

Wenn auch die Notariatsaktform durch Urteil oder gerichtlichen Vergleich ersetzt wird (vgl. *Gschneider in Klang* IV 250 f; *Reich-Rohrwig* aaO, 628; *Gellis*, aaO, 402 f; JBl 1927, 280; HS 3246; EvBl 1967/437; JBl 1971, 263; 3 Ob 509/88), so kann der klagenden Partei doch nicht das Recht verwehrt werden, ein dem Gesetz entsprechendes Urteilsbegehren zu stellen (SZ 26/99). Die Kritik von *Heller-Berger-Stix* bezieht sich ja nur darauf, ob ein derartiges Urteil nach § 354 EO vollstreckbar sein muß, wie dies in der Entscheidung SZ 26/99 anklingt, was in dieser allgemeinen Form nicht richtig sein mag (vgl. Komm 2609 f). Ebenso verhält es sich auch bei der Verpflichtung des Beklagten zur Fertigung einer Eingabe an das Registergericht im Zusammenhang mit seinem Ausscheiden aus der TeCo und dem Eintritt der Erstklägerin in diese Gesellschaft. Wenn es um im Geschäftsverkehr immer wieder vorkommende Verpflichtungen geht, bestimmte Urkunden oder Eingaben zu unterfertigen, die zur Durchführung eines bestimmten Vertrages oder zur Herbeiführung eines bestimmten Zweckes erforderlich sind, dann muß der genaue Wortlaut der Urkunde oder der Eingabe nicht schon im Exekutionstitel genannt werden (vgl. *Heller-Berger-Stix*, 192; 3 Ob 116/83). Im Klagebegehren und dem entsprechend in den P 1. und 3. des Spruches des Urteiles des Erstgerichtes sind die abzutretenden Geschäftsanteile eindeutig bezeichnet. Da für die Errichtung der zur Übertragung von Geschäftsanteilen an Personenhandelsgesellschaften und an Gesellschaften mit beschränkter Haftung erforderlichen Verträge allgemein übliche Formulare zur Verfügung stehen, die Form der nötigen Handelsregister-eingaben für jeden Rechtskundigen feststeht und auch der Zweck des begehrten Handelsregisterantrages eindeutig umschrieben ist (Austritt des Beklagten als Kommanditist der TeCo und Eintritt der Erstklägerin als Kommanditist in diese Gesellschaft), sind die unter P 1. und 3. gestellten Klagebegehren hinlänglich bestimmt.

Mit P 3. des Klagebegehrens soll – wie schon darge-tan – die Übertragung des Geschäftsanteils des Beklagten an der M GmbH bewirkt werden. Den Übergang eines Geschäftsanteils haben die Geschäftsführer der GmbH auf Anmelden des Veräußerers oder des Erwerbers in das Anteilsbuch einzutragen (§ 26 Abs 2 GmbHG). Zu den dem Beklagten als Treuhänder infolge Auflösung der Treuhanderschaft obliegenden Pflichten im Rahmen der Übertragung des Treugutes (bzw von Teilen desselben) gehört somit auch die in seinen

Aufgabenbereich als alleiniger Geschäftsführer fallende Vornahme dieser Eintragung im Anteilsbuch. Da auch diese Leistung aus dem Sachvorbringen der Erstklägerin einwandfrei ableitbar ist, war dem diesbezüglich gestellten und von den Vorinstanzen mit Recht aufrecht erledigten Klagebegehren die aus dem Spruch ersichtliche deutlichere Fassung zu geben.

Der Beklagte beharrt in seiner Rechtsrüge weiters auf dem Standpunkt, die Treuhandvereinbarungen wären unwirksam, weil zu ihrer Gültigkeit Schriftlichkeit bedungen worden sei, die Schriftform jedoch wegen der Unterlassung der Nennung des Treugebers nicht erfüllt sei. Der Revisionswerber geht aber dabei von einem feststellungsfremden Sachverhalt aus. Aus den für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Feststellungen der Vorinstanzen läßt sich nicht entnehmen, daß bei dem mündlich erfolgten Abschluß der beiden Treuhandvereinbarungen für die Vereinbarung Schriftlichkeit im Sinne des § 886 ABGB als Gültigkeitsvoraussetzung vereinbart worden wäre (daß dies im Hinblick auf die herrschende Vertragsfreiheit rechtlich möglich war, hat das Erstgericht unter Hinweis auf LuRsp zutreffend erkannt (vgl. Ersturteil S 65 f). Steht aber nicht fest, daß die Parteien die Schriftform bedungen haben, so ist für den Beklagten mit seinen diesbezüglichen Revisionsausführungen nichts zu gewinnen. Im übrigen wird auf die anerkannte Zulässigkeit des Geschäftsabschlusses durch Stellvertreter „für den, den es angeht“, nämlich unter Vorbehalt der Person des Vertretenen hingewiesen (vgl. *Koziol-Welser* I<sup>o</sup> 171 mwN; *Strasser*, aaO, Rz 50 zu § 1002). Insoweit der Beklagte damit den am Vertragsschluß beteiligten Personen eine andere als von den Vorinstanzen festgestellte Parteienabsicht unterstellen möchte, und er die Feststellungen des Erstgerichtes über das Zustandekommen der beiden Treuhandvereinbarungen neuerlich in Zweifel zieht, stellen sich auch diese Ausführungen als unzulässiger Versuch einer Bekämpfung der Beweiswürdigung und der Feststellungen der Vorinstanzen dar.

Die vom Revisionswerber im Zusammenhang mit dem von den Vorinstanzen verwendeten Begriff „global“ auch unter diesem Anfechtungsgrund angestellten Erörterungen gehen ebenfalls nicht von der von den Vorinstanzen festgestellten, den OGH bindenden und für die rechtliche Beurteilung allein maßgeblichen Sachverhaltsgrundlage aus. Danach stammten aber die zur Finanzierung der vom Beklagten vorgenommenen Veränderungen des Treugutes verwendeten Mittel teils von der Erstklägerin selbst und teils aus den vom Beklagten als Treuhänder erwirtschafteten Erträgen des Treugutes. Bei dieser Sachlage kann auch die Frage offen bleiben, ob der Beklagte selbst dann, wenn er bei diesen Transaktionen auch Eigenmittel verwendet hätte, sich seiner Verpflichtung zur Übertragung des Treugutes entziehen könnte, ob ihm nämlich unter den gegebenen Umständen wegen des von ihm gesetzten Vertrauensbruches überhaupt ein Zurückbehaltungsrecht zustünde (vgl. *Strasser*, aaO, Rz 42 zu § 1002, *Petrasch in Rummel*, ABGB, Rz 4 zu § 471; *Rummel in Rummel*, ABGB, Rz 16 zu § 1440).

In Wiederholung einer weiteren bereits in der Berufung vorgetragenen Rüge meint der Beklagte, selbst bei Annahme einer gültigen Treuhanderschaft wäre das Klagebegehren nicht berechtigt, weil es dem Vertrag insofern nicht entspräche, als darin selbst Bestimmungen enthalten seien, was zur Ausführung und Durchsetzung des Treuhandvertrages zu geschehen habe, wenn die Erstklägerin das Verhältnis lösen wolle.