

Option auf Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen: Formfreiheit von (Neben-)Abreden

In der GmbH-Beratungspraxis spielt der Abschluss von Optionsvereinbarungen über die künftige Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen eine wichtige Rolle. Es ist völlig unstrittig, dass solche Optionsvereinbarungen der strengen Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG (Notariatsakt) unterliegen. *Schuldrechtliche Abreden* zu und die bloße *Namhaftmachung* eines Optionsausübungsberechtigten aus einer Optionsvereinbarung werden allerdings nicht den *essentialia negotii* des GmbH-Anteilsübertragungsaktes zugeordnet. Diese bedürfen daher zu ihrer Rechtswirksamkeit gerade nicht der Form des § 76 Abs 2 GmbHG (Notariatsakt) und sind *formfrei* möglich.

1. Zweck der Regelung des § 76 Abs 2 GmbHG

§ 76 Abs 2 GmbHG sieht für die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden die Form des Notariatsaktes vor. Nach herrschender Ansicht werden mit der in § 76 Abs 2 GmbHG statuierten Notariatsaktspflicht drei (Schutz-)Zwecke verfolgt:¹⁾

- a. *Immobilisierung*: GmbH-Geschäftsanteile sollen nicht Gegenstand des Handels oder gar des Börseverkehrs werden. Durch die Normierung der Notariatsaktspflicht soll die weitgehende Immobilisierung des Geschäftsanteiles erreicht und damit die Zirkulationsfähigkeit unterbunden werden.
- b. *Schutz vor Übereilung*: Die Gebarungskontrolle der GmbH ist gegenüber der Aktiengesellschaft für die Öffentlichkeit weniger ersichtlich. Daher soll durch die Förmlichkeit des Notariatsaktes die Überlegung der Vertragskontrahenten gefördert werden und insb der potenzielle Käufer eines GmbH-Geschäftsanteils vor einem übereilten Erwerb geschützt werden.
- c. *Publizität*: Die Mitgliedschaft in einer GmbH ist nicht verbrieft. Daher soll durch die Notariatsaktform ersichtlich gemacht werden, wer tatsächlich Gesellschafter einer GmbH ist. Durch die Verpflichtung zur Form des Notariatsaktes wird daher auch eine Publizitätsfunktion²⁾ verfolgt.

Erwähnt sei an dieser Stelle bloß, dass sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft, die ohnehin häufig zusammenfallen, zur rechtswirksamen Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in der Form des Notariatsaktes errichtet werden müssen.³⁾

Aus dem Wortlaut des § 76 Abs 2 GmbHG folgt, dass auch Vereinbarungen über die *Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung* eines Geschäftsanteils der gleichen

(strengen) Form bedürfen.⁴⁾ Dies gilt auch – unstrittig – für einen Vorvertrag, eine Puktation oder eine Option auf die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen, die Vereinbarung eines Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts und die Verpflichtung, den Geschäftsanteil an einen Dritten zu übertragen.⁵⁾

2. Typische Ausgestaltung von Optionsverträgen mit Benennungsrechten (Namhaftmachung)

Häufig findet sich in Optionsverträgen⁶⁾ die Möglichkeit des Optionsnehmers, entweder *selbst* die Option auszuüben oder einen (dritten) Optionsberechtigten aus der Option *namhaft* zu machen. Unabhängig davon bringt der *Optionsgeber* bereits im Optionsvertrag selbst die *Verpflichtungserklärung für eine (künftige) Übertragung* des GmbH-Anteils zum Ausdruck. In der Praxis nicht unüblich ist es, *formfreie*⁷⁾ *Vereinbarungen zwischen dem Optionsnehmer und einem (dritten) Optionsberechtigten* zu treffen, in welchem bspw Letzterem die Namhaftmachung aus der Optionsvereinbarung zugesichert wird.

Fraglich ist nunmehr, ob solche *formfreien Vereinbarungen zwischen dem Optionsnehmer und einem (dritten) Optionsberechtigten* zu ihrer Rechtswirksamkeit der (strengen) Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG (Notariatsakt) bedürfen.

3. Formzwang gem § 76 Abs 2 GmbHG bezieht sich auf die essentialia negotii des Übertragungsaktes zur GmbH-Anteilsabtretung

Der Formzwang des § 76 Abs 2 GmbHG bezieht sich richtigerweise nur auf die wesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*) der Vereinbarung zur Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteiles.⁸⁾ Unstrittig ist, dass wesentliche Vertragsbestandteile nicht als formfreie „Nebenabreden“ vereinbart werden können, weshalb etwa auch Vereinbarungen, die unmittelbar die

1) *Schaschl*, Die Genehmigung des bedingten notariellen Verkaufes eines GmbH-Geschäftsanteiles ist nicht formgebunden – Entscheidung des deutschen BGH ist auch auf die österreichische Rechtslage übertragbar, SWK 1997 W 11; *Bydlinski*, Zur Formpflicht bei Übertragung von GmbH-Anteilen, NZ 1986, 241; *Schummer*, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, ecoloex 1991, 319; OGH 9. 4. 1992, 6 Ob 640/91.

2) Dies ist mE die in der heutigen Praxis wohl entscheidende Funktion der erhöhten Formpflicht.

3) OGH NZ 1986, 212; OGH NZ 1986, 37; *Bydlinski*, NZ 1986, 241; *Thiery*, 6 Ob 640/91, ecoloex 1992, 634 uva.

4) Weiterführend zur Formpflicht: *Rauter in Straube (Hrsg)*, GmbHG § 76 Rz 188.

5) *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 423.

6) Ist in der Folge von „Optionsverträgen“ die Rede, wird der Abschluss solcher Vereinbarungen in Notariatsaktsform unterstellt.

7) In der Praxis kommen sowohl mündliche als auch einfach-schriftliche Vereinbarungen infrage.

8) *Gurmann*, Gedanken zur Notariatsaktspflicht bei nachträglichen Änderungen eines Kauf- und Abtretungsvertrages, GeS 2009, 288; *Gellis*, GmbHG³ § 76 Rz 7; *Koppensteiner*, Kommentar zum GmbHG § 76 Rz 20.

Wirksamkeit des GmbH-Anteilsabtretungsvertrages betreffen, keine „Nebenbestimmungen“ sind.⁹⁾

Ausreichend ist nach einem Teil der Literatur, dass der Übertragungsakt über einen GmbH-Geschäftsanteil bloß eine genaue Bezeichnung des Geschäftsanteils, des Veräußerers und des Erwerbers enthält; ebenso hat die Rechtsprechung ausgesprochen, dass bloß „die Übertragung selbst bzw. die Verpflichtungserklärung zu einer solchen Übertragung“ der Notariatsaktsform bedarf.¹⁰⁾ Unwesentliche Vertragsbestandteile können als „Nebenabreden“ *formfrei* erfolgen.¹¹⁾

Es bleibt somit dahingestellt, ob die Vereinbarung mit dem Dritten, diesen als Optionsberechtigten namhaft zu machen, als „Nebenabrede“ zu qualifizieren ist, oder ob nicht überhaupt ein vollkommen *eigenständiges* Schuldverhältnis, welches ebenso *formfrei* geschlossen werden kann, vorliegt.¹²⁾

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass § 76 Abs 2 letzter Satz GmbHG vorsieht, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen von weiteren Voraussetzungen, insb von der *Zustimmung der Gesellschaft*, abhängig gemacht werden kann. Auch für die Zustimmung zur Übertragung von solchen Geschäftsanteilen ist *ex lege* keinerlei Formpflicht vorgesehen. Die Zustimmung gem § 76 Abs 2 letzter Satz GmbHG ist konkludent möglich.¹³⁾

Wird daher dem Optionsnehmer im Optionsvertrag das Recht eingeräumt, einen Dritten an seiner Stelle als Optionsberechtigten zu benennen, ist keinerlei erhöhte Formpflicht iSd § 76 Abs 2 GmbHG (Notariatsakt) erkennbar. Wesentlich erscheint auch, dass die *Verpflichtungserklärung* seitens des Optionsgebers als Veräußerer hinsichtlich einer künftigen Übertragung bereits im Optionsvertrag selbst geregelt ist. Es besteht also keine Notwendigkeit, eine solche Verpflichtungserklärung des Optionsgebers nochmals einzuholen. Die im Nachhinein erfolgende Namhaftmachung des Dritten ist nur die bloße

Ausübung dieses Benennungsrechts. Hier sei auch – passenderweise – auf die stRsp in Deutschland verwiesen, die für die Ausübung des Optionsrechts ausnahmslos keine Wiederholung des Formerfordernisses vorsieht.¹⁴⁾

Aus den oben genannten Schutzzwecken ist mE kein Grund für die Formstrenge im Zusammenhang mit der bloßen schuldrechtlichen (Neben-)Abrede hinsichtlich der Namhaftmachung eines Dritten aus einem Optionsvertrag ersichtlich. Auch das Argument, die Wiederholung des Formzwangs sei für den Übereilungsschutz notwendig, ist nicht überzeugend, da dieser *bereits in der Beurkundung des Optionsvertrags in Form eines Notariatsaktes* erfüllt wird und die Vertragsparteien somit wissen, was sie bei Optionsausübung zu erwarten haben.¹⁵⁾ Dasselbe gilt auch für die darauffolgende *Namhaftmachung*.

Derjenige, dem die Namhaftmachung als Optionsberechtigten vertraglich zugesichert wurde, kann selbstverständlich seinen Vertragspartner (idR den Optionsnehmer) auf Zuhaltung dieser Vereinbarung gerichtlich in Anspruch nehmen und so die Namhaftmachung durchsetzen.

Unstrittig ist freilich auch, dass der Abtretungsvertrag selbst über den GmbH-Geschäftsanteil weiterhin in der Form des Notariatsaktes errichtet werden muss¹⁶⁾ sowie die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung auf Abschluss eines solchen GmbH-Anteilsabtretungsvertrages besteht, sollte sich etwa der Optionsgeber weigern, einen solchen abzuschließen.

4. Conclusio

- Ein *Optionsvertrag* auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen unterliegt unstrittig der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG (Notariatsakt).
- Enthält der Optionsvertrag zugunsten des Optionsnehmers die Möglichkeit der Namhaftmachung eines Dritten zur Ausübung der Option und trifft der Optionsnehmer mit einem Dritten eine *Vereinbarung für eine solche Namhaftmachung*, so handelt es sich dabei um eine bloße *Nebenabrede*, uU sogar um eine rechtlich selbstständige Abrede, zum GmbH-Anteilsübertragungsakt, die zu ihrer *Rechtswirksamkeit* nicht der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG (Notariatsakt) unterliegt und daher *formfrei* möglich ist.

9) Rauter in *Straube (Hrsg)*, GmbHG § 76 Rz 208 ff; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 76 Rz 8; *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ Rz 714; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 76 Rz 5.

10) Rauter in *Straube (Hrsg)*, GmbHG § 76 Rz 209.

11) *Gurmann*, Gedanken zur Notariatsaktspflicht bei nachträglichen Änderungen eines Kauf- und Abtretungsvertrages, GeS 2009, 288; OGH 5 Ob 41/01 t; 2 Ob 158/53; weiters OGH 7 Ob 182/01 t; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ § 76 Rz 20; *Kastner/Doralit/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 423; *Schauer*, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen? RdW 1986, 358 [358]; *Reich-Rohrwig*, Unternehmenskauf und Beteiligungserwerb, ecolex 1990, 219 [221]; *Brugger*, Zur Formpflicht bei der Fristverlängerung für ein Angebot auf GmbH-Anteilsabtretung, NZ 1993, 1 [1 f]; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 76 Rz 5.

12) *Korte*, Zum Beurkundungsumfang des Grundstücksvertrages und damit im Zusammenhang stehender Rechtsgeschäfte, DNotZ 1984, 3 ff.

13) *Gellis*, Kommentar zum GmbHG³ § 76 Rz 16.

14) *Casper*, Der Optionsvertrag (2005) 131; BGH NJW 1991, 2698; BGH NJW 1990, 1233; BGH NJW 1990, 1234.

15) *Casper*, Optionsvertrag 133.

16) § 76 Abs 2 GmbHG; für viele *Schauer*, RdW 1986, 358.



Der Autor:

Mag. Dr. Thomas Trettnak, LL.M./CM (Northwestern/Kellogg) ist Partner der Wirtschaftskanzlei CHSH Gerha Hempel Spiegelfeld Hlawati. Er ist in Österreich und New York als Rechtsanwalt zugelassen. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Begleitung von M&A-Transaktionen in Österreich und CEE sowie gesellschafts- und wirtschaftsrechtlicher Beratung für in- und ausländische Klientel. Zahlreiche Publikationen im Gesellschafts-, Finanzierungs- und Abgabenrecht.