

*Fritz Rüffler/Christian Koller\*)*

# **Die Reichweite des Gesellschaftsstatuts und seine insolvenznahen Grenzen**

- I. Einleitung
- II. Neue und alte Streitfragen zur Reichweite des Gesellschaftsstatuts
  - A. Rechtsgrundlagen und autonome Qualifikation
    - 1. Rechtsgrundlagen
    - 2. Bedeutung der Bereichsausnahme für die Interpretation
  - B. Dauerbrenner Anteilsübertragung
    - 1. Übertragung von Geschäftsanteilen einer GmbH im Ausland
    - 2. Übertragung ausländischer Anteile im Inland
  - C. Die GesB<sup>R</sup> zwischen schuldvertraglicher und gesellschaftsrechtlicher Anknüpfung
    - 1. Syndikatsverträge
    - 2. Internationale Konsortien
- III. Gesellschaftsrechtliches Fazit
- IV. Der Beitrag des Kornhaas-Urteils zur insolvenzrechtlichen Grenzziehung
  - A. Einleitung
  - B. Vorüberlegungen zur autonomen Auslegung von Art 7 EuInsVO
    - 1. Leistungsfähigkeit und Grenzen der funktional-teleologischen Qualifikation
    - 2. Kohärenz zwischen IZVR und IPR?
    - 3. Zwischenergebnis
  - C. Folgen der Kornhaas-Kriterien für die Einordnung weiterer Gläubigerschutzinstrumente
    - 1. Argumente des EuGH
    - 2. Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung
    - 3. Eigenkapitalersatzrecht
    - 4. Schutz von Vertrauenslagen durch Art 16 EuInsVO?
- V. Ausblick: Abgrenzungsprobleme bei grenzüberschreitenden Restrukturierungsverfahren
- VI. Insolvenzrechtliches Fazit

## **I. Einleitung**

Das Internationale Gesellschaftsrecht der letzten Jahre war geradezu vollständig auf Fragen der Mobilität von Gesellschaften fixiert, von *Centros*<sup>1)</sup> bis

---

<sup>1)</sup> Der Erstautor dankt Mag. *Marlene Leitner* und der Zweitautor seinen Assistentinnen Mag. *Anna Weber* und *Antonia Werner* sowie seiner ehemaligen Studienassistentin Mag. *Sonja Walcher* für die Unterstützung bei der Materialsammlung für diesen Beitrag.

<sup>1)</sup> EuGH C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126.

*Polbud*<sup>2)</sup> wurde viel über die Voraussetzungen und Grenzen der Verwaltungs- und der Satzungssitzverlegung gesprochen. In einem Teil des heutigen Vortrags wird es auch um sich bewegende Gesellschaften gehen und die Frage, inwieweit das Insolvenzstatut für sie maßgeblich ist und nicht das Gesellschafts- oder ein anderes Statut.<sup>3)</sup> Im Kontext des Gesellschaftsstatuts und seiner Grenzen sind aber Sachverhalte aus dem Blickfeld geraten, die zwar auch eine grenzüberschreitende Komponente beinhalten – sonst wäre ja das IPR gar nicht anwendbar – in denen aber die Gesellschaft selbst felsenfest an einem Platz verbleibt und zwar sowohl hinsichtlich ihres Verwaltungs- als auch des Satzungssitzes. Gemeint sind damit grenzüberschreitende Anteilsübertragungen und dabei vor allem die Frage, ob Verpflichtungs- und/oder Verfügungsgeschäft dem Schuldvertragsstatut unterliegen und dabei seine Formpflicht nach Maßgabe von Art 11 Rom I-VO zu beurteilen ist. Selbst wenn man aber gesellschaftsrechtlich qualifizierte, stellte sich die Frage nach der Anwendung des § 8 IPRG. Hier gibt es freilich, zT auch umfangreiche, Untersuchungen und auch etwas ältere Judikatur des OGH. Freilich gilt das nur für den Aspekt, ob die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen bei internationalem Sachverhalten der Formpflicht unterliegt. Eine spannende, noch weniger beleuchtete und in Österreich noch nicht judizierte Frage ist, ob § 76 Abs 2 GmbHG auch auf ausländische GmbH-Äquivalente zur Anwendung kommen kann.

Freilich, und das interessiert einen Vortragenden besonders, gibt es auch noch weiße Flecken in der österreichischen Judikatur und auch literarisch noch nicht vertieft behandelte Fragen, nämlich zB die internationalprivatrechtliche Behandlung von Syndikats- und Konsortialverträgen. Der Teil *Rüffler* (I. bis III.) will sich diesen IPR-rechtlichen Fragen sich nicht bewegender Gesellschaften widmen, also Anteilsübertragungen von GmbH-Geschäftsanteilen und ausländische GmbH-Äquivalenten, Syndikatsverträgen und Konsortialverträgen.

Vorweg seien aber ein paar Bemerkungen zu den Rechtsgrundlagen und daraus folgenden Auslegungsgrundsätzen gestattet.

## II. Neue und alte Streitfragen zur Reichweite des Gesellschaftsstatuts

### A. Rechtsgrundlagen und autonome Qualifikation

#### 1. Rechtsgrundlagen

Bekanntlich ist das IPR, im Übrigen eine große Errungenschaft der EU, in großen Teilen vereinheitlicht worden, nämlich durch die VO Rom-I bis III und die EuErbVO.

Für die Rom III-VO ist kein unmittelbarer Berührungspunkt zu gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen ersichtlich. Denn sie beschränkt sich auf die Statusfrage der Eheauflösung. Sie bestimmt demnach nur das für die Gründe der Scheidung maßgebliche Recht, während die Scheidungsfolgen getrennt an-

<sup>2)</sup> EuGH C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804.

<sup>3)</sup> Dazu unten IV., dort FN 79 auch mit Nachweisen zur aktuellen Literatur zur Verwaltungs- und Satzungssitzverlegung.

zuknüpfen sind (vgl Art 1 Abs 2, insb lit 5)<sup>4)</sup>, sodass die Frage eine Aufteilung von Unternehmen oder Gesellschaftsanteilen in Folge einer Scheidung (vgl § 81 Abs 1 Z 3 und 4 EheG) nicht von ihrem Anwendungsbereich erfasst ist.

Anders sieht es für die anderen VO aus, die sogar ausdrücklich, aber immer in Form einer Negativabgrenzung, auf das Gesellschaftsrecht Bezug nehmen.

Gem Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO, die das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht regelt, sind Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen. Fast gleichlautend sagt Art 1 Abs 2 lit d Rom II-VO, dass außervertragliche Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschaftsrecht, dem Vereinsrecht und dem Recht der juristischen Personen ergeben, von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind. Schließlich nimmt auch die EuErbVO in Art 1 Abs 2 lit h Fragen des Gesellschaftsrechts, des Vereinsrechts und des Rechts der juristischen Person von ihrem Anwendungsbereich aus. Diese Normen, die gleichsam negativ das Gesellschaftsstatut umschreiben, indem sie es aus dem Anwendungsbereich der VO ausnehmen, sind auch insoweit hilfreich, als sie noch beispielhaft aufzählen, was zu diesem Gesellschaftsstatut gehört bzw, im Fall der EuErbVO, noch weitere Bereiche ausgenommen sind, die man traditionell zum Gesellschaftsstatut zählt und die man deshalb wohl auch gar nicht ausdrücklich ausnehmen hätte müssen, nämlich die Auflösung, das Erlöschen und die Verschmelzung von Gesellschaften, Vereinen oder juristischen Personen (Art 1 Abs 2 lit i EuErbVO). Rom I und Rom II zählen die Errichtung durch Eintragung oder auf andere Weise, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter und Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft, eines Vereins und einer juristischen Person dazu (1 Abs 2 lit f Rom I-VO; Art 1 Abs 2 lit d Rom II-VO). Die Rom II-VO nimmt noch die persönliche Haftung der Rechnungsprüfer gegenüber einer Gesellschaft oder ihren Gesellschaftern bei der Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen dazu (Art 1 Abs 2 lit d Rom II-VO). Die EuErbVO nennt als Beispiele, die zum Gesellschaftsrecht zählen, Klauseln im Errichtungsakt oder in der Satzung einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person, die das Schicksal der Anteile verstorbener Gesellschafter beziehungsweise Mitglieder regeln (Art 1 Abs 2 lit h EuErbVO).

Rom I ist auf Verträge anwendbar, die ab dem 17. 12. 2009 geschlossen worden sind (Art 28 Rom I-VO), Rom II ist auf schadensbegründende Ereignisse anwendbar, die nach dem 11. 1. 2009 verwirklicht worden sind (Art 31 und 32 Rom II-VO). Was vertragliche Schuldverhältnisse betrifft, ist daher auch auf die Vorgängerregelung des EVÜ Bedacht zu nehmen. Im Bereich außervertraglicher Schuldverhältnisse galt das autonome IPR in Gestalt des IPRG. Viele Verträge, die heute und in Zukunft Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten oder Auslegungsfragen sind, werden vor den 17. 12. 2009 geschlossen worden sein, sodass die Rom I-VO nicht anwendbar ist. Davor wurde die Materie vom EVÜ geregelt,

<sup>4)</sup> Vgl dazu nur *Musger* in KBB<sup>5</sup> (2017) Art 1 Rom III-VO Rz 8; *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht (2017) Rz 2/97; *Winkler von Mohrenfels* in Münch-Komm BGB IPR I<sup>7</sup> (2018) Art 1 Rom III-VO Rz 52.

das in Österreich mit 1. 12. 1998 in Kraft getreten ist und auf Schuldverhältnisse anzuwenden war und ist, die nach dem 30. 11. 1998 geschlossen worden sind<sup>5</sup>), Es enthält eine fast wortgleiche Bereichsausnahme für das Gesellschaftsrecht, nämlich dass Fragen des Gesellschaftsrechts, des Vereinsrechts und des Rechts der juristischen Person von seinem Anwendungsbereich ausgenommen sind, wie zB die Errichtung, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Schulden der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person (Art 1 Abs 2 lit e EVÜ)<sup>6</sup>.

## 2. Bedeutung der Bereichsausnahme für die Interpretation

Die Bereichsausnahme bedeutet, dass über die internationalprivatrechtliche Behandlung dieser Fragen das autonome IPR befindet. Es kann autonom bestimmen und ist nicht an die negative Anordnung der VO gebunden, diese Fragen als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren und nach §§ 10 und 12 IPRG zu beurteilen. Indes wäre es jedenfalls besonders begründungsbedürftig, wenn nationales Recht anders qualifizierte. Auch ohne die positive Anordnung, was zum Gesellschaftsstatut zu zählen hat, ist freilich die unionsrechtliche Determination wesentlich. Denn alles was danach nicht Gesellschaftsrecht ist, kann national nicht mehr autonom zugewiesen werden. So müssen wir uns fragen, ob es nach Maßgabe der Rom I-VO eine Frage des Gesellschaftsrecht ist, dass auch das Verpflichtungsgeschäft für die Geschäftsanteilsübertragung formpflichtig ist. Ist das zu verneinen, also der Vertrag in toto schuldrechtlich zu qualifizieren, dann wäre etwa selbst bei österreichischem Recht als lex causae gegebenenfalls nach Art 11 der Rom I-VO der Vertrag trotz Nichteinhaltung der Notariatsaktform wirksam, zB weil das Recht des ausländischen Abschlussortes ein solches Erfordernis nicht kennt. Wollte man § 76 Abs 2 GmbHG als Eingriffsnorm sehen, befindet auch darüber nicht das österr. IPR, sondern Art 9 Rom I-VO, wobei freilich zu diskutieren sein würde, wie weitgehend die Auslegungsprärogative des EuGH ist oder ob er bei der Bestimmung dessen, was eine Eingriffsnorm ist, den Mitgliedstaaten einen verhältnismäßig breiten Spielraum lässt, jedenfalls was die Anwendung von Eingriffsnormen der lex fori betrifft.

Auch für unsere Syndikatsverträge ist die unionsrechtliche Qualifikation entscheidend: Wenn man sie dem Schuldstatut zuordnet, ist in den Grenzen des Art 3 Abs 3 Rom I-VO das anwendbare Recht frei wählbar. Mangels Rechtswahl richtet sich die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach Art 4 Rom I-VO, was freilich näheres Nachdenken erfordert, gibt es doch keine vertragscharakteristische Leistung bzw mehrere und ist es fraglich, ob mit dem Sitz der Hauptverwaltung der syndizierten Gesellschaft tatsächlich die engste Beziehung besteht, wenn sich beispielweise überwiegend Gesellschafter mit gewöhnlichem Aufent-

<sup>5)</sup> BGBl I 1999/18; dazu *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2002) Vor Art 1 EVÜ Rz 1 und 5.

<sup>6)</sup> Vgl zu diesem etwa und dazu, dass Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrecht jedenfalls unter die Bereichsausnahme fällt OGH 25. 3. 2014, 9 Ob 68/13k GES 2014, 235 = GesRZ 2014, 326 (*Horvath*).

halt in Deutschland über ihr Stimmverhalten in einer österreichischen GmbH absprechen.

## B. Dauerbrenner Anteilsübertragung

### 1. Übertragung von Geschäftsanteilen einer GmbH im Ausland

Als Beispiel für die folgenden Ausführungen nehmen wir an, dass eine Person mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland ihren Anteil an einer Person verkauft, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz oder Österreich hat.

Völlig unstrittig und auch richtig ist, dass das UN-Kaufrecht keine Anwendung findet, weil ein Geschäftsanteil keine Ware ist.<sup>7)</sup> Darüber hinaus ist aber fraglich, wie die grenzüberschreitende Anteilsübertragung zu beurteilen ist. Qualifiziert man den Vertrag über den Erwerb des Geschäftsanteils zur Gänze schuldrechtlich, so können wir das Recht frei wählen (Art 3 Abs 1 Rom I-VO), ohne solche Rechtswahl ist deutsches Recht anwendbar, weil die vertragscharakteristische Leistung der Veräußerer erbringt (Art 4 Abs 2 Rom I-VO). Zudem wäre Art 11 Rom I-VO zu beachten, wonach der Vertrag formgültig ist, wenn die Formervordernisse der *lex causae* oder des Staates eingehalten worden sind, in dem er abgeschlossen worden ist oder bei Distanzgeschäften eines der beteiligten Staaten eingehalten worden ist. Bei Anwendbarkeit deutschen Rechts müssten wir uns freilich dann weiter fragen, ob § 15 Abs 3 dGmbHG zur Anwendung kommt, wonach der Vertrag ebenfalls notarieller Form bedarf. Zur gesicherten Formfreiheit käme man selbst bei schuldrechtlicher Qualifikation also nur, wenn man das Recht eines Staates wählt, in dem Geschäftsanteile formfrei übertragbar sind oder sich der Abschlussort oder bei Distanzgeschäften der Aufenthaltsort einer Partei in einem solchen Staat befindet.

In der Tat ist das die in Österreich in jüngerer Zeit zumeist vertretene Ansicht, das heißt *Adensamer*<sup>8)</sup>, *Kalss*<sup>9)</sup> und *Eckert*<sup>10)</sup> treten mit näherer Begründung dafür ein. Die überwiegende Meinung folgt dem.<sup>11)</sup> Auch der OGH qualifiziert schuldrechtlich. Er wendet aber § 76 Abs 2 GmbHG auch und gerade im Hinblick auf das Verpflichtungsgeschäft als Eingriffsnorm an, die ungeachtet des auf den Vertrag anzuwendenden Rechts Geltung beansprucht. Freilich hat das

<sup>7)</sup> Vgl näher *Kalss*, Grenzüberschreitendes zur Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, in FS Priester (2007) 353, 359; *Schauer*, Kollisionsrechtliche Fragen öffentlicher Übernahmeangebote, in FS Doralt (2004) 529, 535; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> (2018) § 76 Rz 47.

<sup>8)</sup> Vgl *Adensamer*, Zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Formfragen bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, wbl 2004, 508 (510 ff); *Adensamer* in FAH, GmbHG (2017) Exkurs: §§ 10, 12 IPRG Rz 29.

<sup>9)</sup> *Kalss* in FS Priester 359 ff.

<sup>10)</sup> *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 384 ff; auch *Eckert/Schopper* in *Torggler*, GmbHG §§ 107 – 114 Rz 27.

<sup>11)</sup> *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 76 Rz 179 (Stand 1. 10. 2019, rdb.at); *Schauer* in FS Doralt 535 f; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 47.

Höchstgericht eine Substitution durch eine deutsche notarielle Form bejaht.<sup>12)</sup> Dieser Qualifikation als Eingriffsnorm wird von Teilen der Literatur auch unter der Geltung der Rom I-VO gefolgt.<sup>13)</sup> Adensamer und Eckert halten die Einordnung der Formpflicht als Eingriffsnorm für nicht überzeugend – so Adensamer schon vor Rom I-VO<sup>14)</sup> – bzw im Lichte des Art 9 Rom I-VO auch nicht mehr möglich, denn Rom I fasste den Begriff der Eingriffsnorm wesentlich enger als noch das EVÜ<sup>15)</sup>.

Das Verfügungsgeschäft wird soweit ersichtlich immer gesellschaftsrechtlich qualifiziert<sup>16)</sup>. Fraglich ist dann nur, ob § 8 IPRG anwendbar ist, der auch die Einhaltung der Form des Staates genügen lässt, in dem die Rechtshandlung gesetzt worden ist, hier also das Verfügungsgeschäft abgeschlossen worden ist. Auch das wird in jüngerer Zeit in Österreich von Adensamer<sup>17)</sup> und Eckert<sup>18)</sup> bejaht, von anderen eher verneint.

In der Praxis fallen in der Regel Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zusammen bzw ist einem Nichtjuristen der Unterschied nicht bewusst, wenn er beispielsweise formlos oder auf ein Blatt Papier getippt und unterschrieben einen Vertrag über einen Geschäftsanteil abschließt. Indes macht es natürlich praktisch einen großen Unterschied, wenn man auch nur das Verpflichtungsgeschäft schuldrechtlich qualifiziert und danach entweder schon zu einer formfreien lex causae gelangt oder über Art 11 Rom I-VO Formfreiheit oder zumindest eine schwächere Form erlangt. Denn dann kann trotz Nichteinhaltung der Notariatsaktform aus dem Verpflichtungsgeschäft auf Abschluss eines formpflichtigen Verfügungsgeschäfts geklagt werden.

Demgegenüber gibt es konservative Stimmen, die selbst für das Verpflichtungsgeschäft die Form mittels Sonderanknüpfung gesellschaftsrechtlich qualifizieren und daher, ungeachtet welchem Recht das Verpflichtungsgeschäft unterliegt und wo der Abschlussort des Vertrags liegt, die Notariatsaktform verlangen,<sup>19)</sup> je-

<sup>12)</sup> OGH 6 Ob 525/89 SZ 62/28 = RdW 1989, 191 = GesRZ 1989, 225 = IPRax 1990, 252.

<sup>13)</sup> Vgl so vor allem Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 47; ihm folgend Huf in FAH, GmbHG § 76 Rz 60; vgl auch Brugger, Zur Reduktion der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG – eine Übersicht, NZ 2012, 257 (260).

<sup>14)</sup> Adensamer, wbl 2004, 510 ff.

<sup>15)</sup> Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 387 f; Adensamer in FAH, GmbHG Exkurs: §§ 10, 12 IPRG Rz 29; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 76 Rz 179; ebenso für den damaligen Entwurf der Rom I-VO zumindest zweifelnd Kals in FS Priester 363.

<sup>16)</sup> Adensamer in FAH, GmbHG Exkurs: §§ 10, 12 IPRG Rz 30; Adensamer, wbl 2004, 510; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 76 Rz 180; Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 48; Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 391 f; Eckert/Schopper in Torggler, GmbHG §§ 107 – 114 Rz 27.

<sup>17)</sup> Adensamer, wbl 2004, 513; Adensamer in FAH, GmbHG Exkurs: §§ 10, 12 IPRG Rz 30; Adensamer, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften (2006) 56 ff.

<sup>18)</sup> Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 391 f.

<sup>19)</sup> Nach wie vor grundlegend Kindler in MünchKomm BGB IPR II<sup>7</sup> (2018) IntGesR Rz 532 ff; ebenso Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007) Allg Einl Rz 18 und 20, § 76 Rz 24; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht (2017) Rz 62; vgl auch schon Koppensteiner, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971) 145 ff. Unentschieden,

doch gegebenenfalls eine Substitution durch eine äquivalente ausländische Form genügen lassen.<sup>20)</sup>

Was trifft nun zu? Die Ansicht, wonach unter der Geltung der Rom I-VO eine Qualifikation des § 76 Abs 2 GmbHG als Eingriffsnorm der *lex fori* nach Art 9 Abs 2 Rom I-VO nicht mehr zulässig sei, dürfte nicht zutreffen, jedenfalls seit der EuGH-E *Unamar*<sup>21)</sup>. Danach seien zwar, in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von Art 9 Abs 1 Rom I-VO, Eingriffsnormen zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Ebenso sei die Ausnahme eng auszulegen. Aber auch privatrechtliche Normen, wie im Ausgangsfall über die Vorgaben der HandelsvertreterRL hinausgehende zwingende Bestimmungen zum Schutz der Handelsvertreter, könnten in diese Kategorie fallen. Sie müssten nur einem vom Mitgliedstaat als unerlässlich erachteten Schutzziel dienen, das insbesondere auch im besonderen privatrechtlichen Schutz einer Personengruppe gelegen sein kann, wie dem Schutz der Handelsvertreter. Die Prüfung, ob eine Norm einem solchen besonderen Interesse dient, überlässt der EuGH den Mitgliedstaaten bzw den mitgliedstaatlichen Gerichten.<sup>22)</sup>

Daraus folgt, dass der OGH auch unter Rom I seine Rsp fortsetzen könnte. Er hat zur Begründung ausdrücklich auf den einzigen historisch nachweisbaren Zweck der Formpflicht hingewiesen, nämlich die Immobilisierung zum Schutz des Anlagepublikums.<sup>23)</sup> Das ist ein öffentliches Interesse, dessen Verfolgung zulässig ist und demnach ein österreichisches Gericht auch einer Rechtswahl, der aus Art 4 folgenden Anwendbarkeit formfreien ausländischen Sachrechts oder der Formfreiheit, welcher sich aus Art 11 Rom I-VO ergeben würde, weiterhin gem Art 9 Abs 2 Rom I-VO entgegengehalten kann.

Die Frage ist aber tatsächlich, ob diese Sichtweise des OGH richtig ist. Sie ist es mE nicht, aber nicht in dem Sinn, dass die Ansichten von *Adensamer* und *Eckert* richtig wären. Denn zu allererst müssen wir uns fragen, wie die Formpflicht der Anteilsabtretung zu qualifizieren ist. Damit landen wir beim schwierigsten und seit jeher umstrittenen Thema des IPR, nämlich der Qualifikation und was denn

---

aber doch wohl zur gesellschaftsrechtlichen Qualifikation neigend *Koppensteiner*, Ist § 76 Abs 2 GmbHG auf die Veräußerung/Übertragung von Anteilen an einer ausländischen „GmbH“ anwendbar? wbl 2019, 541. Meine Lösung hat *Koppensteiner*, wbl 2019, 541 (FN 6), missverstanden, weil ich sie nicht auf die „Eingriffsnormenlösung“ wie in *Unamar*, sondern die Qualifikation, wie sie der EuGH in *Kornhaas* vornimmt, aufbaue.

<sup>20)</sup> So *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 24.

<sup>21)</sup> EuGH C-184/12, *Unamar*, ECLI:EU:C:2013:663.

<sup>22)</sup> EuGH C-184/12, *Unamar*, ECLI:EU:C:2013:663, Rz 47 ff. Vgl zum Urteil und seiner Bedeutung für die Interpretation von Art 9 Rom I-VO insb *Schacherreiter/Thiede*, Ingmar und *Unamar*. Zur Anwendung international zwingender Bestimmungen im europäischen Kollisionsrecht, ÖJZ 2015, 598.

<sup>23)</sup> OGH 6 Ob 525/89, SZ 62/28 = RdW 1989, 191 = GesRZ 1989, 225 = IPRax 1990, 252.

Gegenstand der Qualifikation ist.<sup>24)</sup> Die Antworten reichen von Sachverhalt oder Rechtsfragen bis hin zu Sachnormen oder ganzen Rechtsinstituten. Überzeugend ist mE die Ansicht, die in Österreich von *Schacherreiter* vertreten wird, dass bei der Qualifikation Rechtsfragen und Rechtsansprüche eingeordnet werden und ihre Rechtsnatur bestimmt werden muss und dass es dabei in der Natur der Sache liege, dass auch der jeweilige Sachverhalt und die Sachnormen zu berücksichtigen seien, auf die sich die Rechtsansprüche stützen.<sup>25)</sup> Nun würde freilich eine solche auf Literaturmeinungen gestützte Ansicht wenig helfen, wenn und weil Rom I-VO autonom auszulegen ist und autonom auch die Qualifikation zu erfolgen hat. Wenn auch Erfahrungsmaterial noch dünn ist, scheint eine E des EuGH, die *Christian Koller* noch ausführlich diskutieren wird,<sup>26)</sup> eine Qualifikation nach Ansprüchen unter Einbeziehung der zugrundeliegenden Sachnormen und ihrer Zwecke zu stützen. Der EuGH hat nämlich in der Rs *Kornhaas* eine Haftung der Geschäftsführerin einer britischen Limited für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nach § 64 Abs 2 dGmbHG, der unserem § 25 Abs 2 Z 3 GmbHG ähnelt, als insolvenzrechtlich qualifiziert und dabei insbesondere auch mit ihren Zwecken, die insolvenzrechtlicher Natur sind, begründet.<sup>27)</sup> Gleichermaßen muss auch für die Frage nach der gesellschaftsrechtlichen Qualifikation gelten, dass wir nämlich auch hier maßgeblich darauf abstellen müssen, welchen Zweck ein auf eine Sachnorm gestützter Anspruch und diese Sachnorm selbst verfolgen. Hier geht es nicht um einen Anspruch, sondern um das Erfordernis des Notariatsakts und dessen Zweck, was aber offensichtlich keinen Unterschied machen kann. Da der Zweck ein typisch gesellschaftsrechtlicher ist, der die gesetzliche Verfassung der GmbH und ihren zulässigen Einsatzzweck mitkonstituiert und absichert, hat das die Qualifikation als Frage des Gesellschaftsrechts im Sinn von Art 1 Abs 2 lit d Rom I-VO zur Folge.

Zwei jüngere E des EuGH beschäftigen sich explizit mit der Bereichsausnahme für das Gesellschaftsrecht, nämlich die E *Kerr*<sup>28)</sup> und *VKI/TVP*<sup>29)</sup>. In der ersten E ging es um die Klage eines Verwalters einer Eigentümergemeinschaft gegen Miteigentümer, die ausständige Beträge nicht bezahlt haben, in *VKI/TVB*

<sup>24)</sup> Vgl statt vieler etwa die Problemeinführung bei *v. Hein* in MünchKomm BGB IPR I' Einl IPR Rz 108 ff; ferner *Schacherreiter*, Die Qualifikation im nationalen und europäischen Kollisionsrecht, JBL 2014, 487.

<sup>25)</sup> *Schacherreiter*, JBL 2014, 487 mit weiteren Nachw.

<sup>26)</sup> Unten IV.

<sup>27)</sup> EuGH C-594/14, *Kornhaas*, ECLI:EU:C:2015:806, Rz 14 ff = NZ 2016, 421 (*Epicoco*) = ZEuP 2016, 959 (*Scholz*) = NJW 2016, 223 (*Weller/Hübner*); vgl dazu insb auch aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive *Altmeppen*, Anwendung deutschen Gläubiger-Schut兹rechts auf die EU-Scheinauslandsgesellschaft Auswirkungen des Kornhaas-Urteils des EuGH, IWRZ 2017, 107; *Mankowski*, Insolvenzrecht gegen Gesellschaftsrecht 2:0 im europäischen Spiel um § 64 GmbHG, NZG 2016, 281; *Schall*, Das Kornhaas-Urteil gibt grünes Licht für die Anwendung des § 64 GmbHG auf eine Limited mit Sitz in Deutschland – Alles klar dank EuGH! ZIP 2016, 289; *Wansleben*, Die feine Linie zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut im Unionsrecht – EuGH-Urteil „Kornhaas“, EWS 2016, 72;

<sup>28)</sup> EuGH C-25/18, *Kerr*, ECLI:EU:C:2019:376.

<sup>29)</sup> EuGH C-272/18, *Verein für Konsumenteninformation/TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG*, ECLI:EU:C:2019:827.

um eine Treuhandvereinbarung hinsichtlich einer Kommanditbeteiligung und die Missbräuchlichkeit einer darin enthaltenen Klausel, konkret einer Rechtswahlklausel. Beide Fragen wurden vom EuGH schuldrechtlich qualifiziert. Nach beiden Urteilen soll die Bereichsausnahme für das Gesellschaftsrecht ausschließlich für die „organisatorischen Aspekte“ gelten, worunter unter Berufung auf den Giuliano/Lagarde-Bericht<sup>30)</sup> „all jene sehr komplexen Rechtsakte, die für die Errichtung einer Gesellschaft erforderlich sind oder ihre innere Verfassung oder ihre Auflösung regeln, d.h. [...] die unter das Gesellschaftsrecht fallenden Rechtshandlungen“<sup>31)</sup> zu verstehen sind. Auch wenn das scheinbar auf ein sehr enges Verständnis hindeutet, bestärkt gerade die letzte Entscheidung die auf der Grundlage von *Kornhaas*<sup>32)</sup> entwickelte Lösung, dass es für die Qualifikation und demnach für die Beurteilung der Bereichsausnahme entscheidend auf den zu beurteilenden Sachverhalt, den auf dessen Grundlage geltend gemachten Anspruch und die dafür relevanten Rechtsgrundlagen ankommt. Denn in *VKI/TVP* hält der Gerichtshof begründend fest, dass es nur um die vertraglichen Beziehungen des Treugebers zum Treuhänder und eine Rechtswahlklausel in diesem Vertragsverhältnis ginge und gerade nicht darum, welche Rechte die Treugeber gegenüber der Kommanditgesellschaft haben oder ihre etwaige Haftung gegenüber Drittgläubigern.<sup>33)</sup> Das impliziert, dass er diese beiden Fragen gesellschaftsrechtlich qualifiziert hätte und das bestätigt das, was hier begründet wurde: Geht es um typisch gesellschaftsrechtliche Fragestellungen wie etwa Rechte in der Gesellschaft und dieser gegenüber, Haftung gegenüber Gläubigern, aber eben auch Formpflicht der Anteilsübertragung aus Gründen der Immobilisierung und der Beweissicherung auch aus registerrechtlichen Gründen, so handelt sich um Fragen des Gesellschaftsrechts im Sinne der Rom I-VO oder Rom II-VO.

Kein Gegenargument ist es, dass man damit den zu beurteilenden Sachverhalt in Teilfragen aufspaltet, was nach Rom I dort unzulässig sein soll, wo es nicht ausdrücklich angeordnet wird.<sup>34)</sup> Das mag für die Zuweisung schuldrechtlicher Fragen zu verschiedenen Rechtsordnungen zutreffend sein, kann aber nicht für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation einer Teilfrage gelten. Niemand wird wohl behaupten, dass man dem Verbot der Einlagenrückgewähr durch einen Kaufvertrag mit dem deutschen Gesellschafter zu nicht drittvergleichsfähigen Bedingungen durch Rechtswahl auf deutsches Recht entgehen könnte. Natürlich sind die schuldrechtlichen Fragen des Kaufvertrags – wie etwa sein Abschluss, Verzug und Gewährleistung – schuldrechtlich nach Rom I-VO zu qualifizieren und es ist danach deutsches Recht anwendbar; genauso unstrittig ist die Frage des Vermögenstransfers zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger eine Frage des Gesellschaftsrechts. Daher hat das Landgericht München I in einem berühmten Prozess auch ein von der Bayerischen Landesbank (BayernLB) der Hypo Alpe

<sup>30)</sup> Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, von *Mario Giuliano* und *Paul Lagarde*, ABl C 1980/282, 1.

<sup>31)</sup> EuGH C-25/18, *Kerr*, ECLI: EU:C:2019:376, Rz 33 f; C-272/18, *VKI/TVP*, ECLI:EU:C:2019:827, Rz 35 f.

<sup>32)</sup> EuGH C-594/14, *Kornhaas*, ECLI:EU:C:2015:806.

<sup>33)</sup> EuGH C-272/18, *VKI/TVP*, ECLI:EU:C:2019:827, Rz 39.

<sup>34)</sup> Vgl dazu v. *Hein* in MünchKomm BGB I<sup>7</sup> Einl IPR Rz 103 ff.

Adria Bank International AG (HBInt) gewährtes Darlehen am österreichischen EKEG gemessen, obwohl für die Darlehensverträge, nach Rom I-VO bzw EVÜ auch zulässig, deutsches Recht vereinbart worden war.<sup>35)</sup> Die Sonderanknüpfung von Gesellschaftsrecht folgt mithin einfach auch aus der Natur der gesellschaftsrechtlichen Normen, die häufig Verbotsverstößen im Gewand schuldrechtlicher Verträge entgegentreten, und ist daher eher die Regel, denn die Ausnahme. Und es ist, das wird in der österr Literatur leider nicht scharf genug gesehen, nicht die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen, die bei der Formpflicht nach § 76 Abs 2 GmbHG in Frage steht, sondern schlicht jene des Gesellschaftsstatuts, die demgemäß auch nicht den Einschränkungen das Art 9 Rom I-VO unterliegt, sondern eine ganz normale IPR-Qualifikationsfrage ist.

Danach unterfällt also die Frage nach der Formpflicht des Gesellschaftsstatuts der Bereichsausnahme von Art 1 Abs 2 lit d Rom I-VO und nationales IPR kann frei darüber befinden. Aus denselben Gründen wie zum europäischen Recht ist die Frage auch national gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren. Schon das Verpflichtungsgeschäft bedarf also, selbst wenn die *lex causae* nicht österreichisches Recht ist, der Einhaltung der Notariatsaktform. Für das Verfügungsgeschäft wird die gesellschaftsrechtliche Qualifikation ohnedies nicht bestritten und trifft auch zu, wenn man dort den Zweck der Formpflicht darin sieht, dass eine rechtssichere Grundlage für die Firmenbucheintragung des jeweiligen Gesellschafters geschaffen werden soll. Damit passt zwar die Judikatur des OGH nicht zusammen, dass der Notariatsakt nur bei Zweifeln des Firmenbuchgerichts vorzulegen ist.<sup>36)</sup> Aber diese Judikatur trifft nicht zu<sup>37)</sup> und außerdem kann das Firmenbuchgericht ja im Zweifel den Nachweis verlangen, sodass der Zweck, wenn auch verwässert und ungenügend, gewahrt bleibt.

Danach bleibt nur noch zu fragen, ob § 8 IPRG zur Anwendung kommt, wonach nicht nur die Einhaltung der Form der *lex causae*, sondern auch des Ortsrechts genügen würde. Dies vertreten wiederum *Adensamer*<sup>38)</sup> und *Eckert*<sup>39)</sup>. Für das Verfügungsgeschäft trifft dies nicht zu, weil § 8 IPRG dann nicht zur Anwendung kommt, wenn eine Urkunde Grundlage eines Registerverfahrens ist<sup>40)</sup>, was wie gesagt, wenn auch nach der Praxis halbherzig, für den Notariatsakt zutrifft. Auch für das Verpflichtungsgeschäft ist eine teleologische Reduktion des § 8 IPRG geboten. Denn „Form“ im Sinn des § 8 IPRG ist in einem funktionalen Sinn zu verstehen, sodass alle jene Formvorschriften darunter zu subsumieren sind, die typische Formzwecke wie Übereilungsschutz und Beweissicherung verfolgen.<sup>41)</sup>

<sup>35)</sup> Vgl LG München I 32 O 26502/12, ECLI:DE:LGMUEN1:2015:0508.32 O26502. 12.0 A, BeckRS 2015, 15096.

<sup>36)</sup> Vgl OGH 6 Ob 111/01 v RdW 2001, 594; für weitere Nachw *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 26 Rz 8.

<sup>37)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 26 Rz 8.

<sup>38)</sup> *Adensamer*, wbl 2004, 513; *Adensamer* in FAH, GmbHG, Exkurs: §§ 10, 12 IPRG Rz 30; *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften (2006) 56 ff.

<sup>39)</sup> *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 391 f.

<sup>40)</sup> OGH 5 Ob 34/84; 4 Ob 544/80; *Neumayr* in KBB<sup>5</sup> Art 8 Rom I-VO Rz 3; *Schwimann*, Grundriss des internationalen Privatrechts (1982) 98.

<sup>41)</sup> Dazu *Schwimann*, Die Beurteilung der Form in Zivilrechtsfällen mit Auslandsbeurteilung, NZ 1981, 65; *Neumayr* in KBB<sup>5</sup> Art 8 Rom I-VO Rz 2.