

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

08^{137.}
JAHRGANG
2005


NOTAR.AT

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

Aus dem Inhalt:

Dr. Alexander Hofmann

Gewillkürte Stellvertretung und Berufung auf die erteilte Vollmacht im Firmenbuchverfahren

Seite 225

Christian Huber

Grundstückseinbringung ohne Anteilsgewährung

Seite 231

MANZ 

UNTER STÄNDIGER WISSENSCHAFTLICHER MITARBEIT VON: NOTAR UNIV.-DOZ. MAG. DDR. LUDWIG BITTNER, HOLLABRUNN | EM.O. UNIV.-PROF. DR. DR.H.C. HANS HOYER, WIEN | O. UNIV.-PROF. DDR. WALDEMAR JUD, GRAZ | O. UNIV.-PROF. DDR. HANS GEORG RUPPE, GRAZ | O. UNIV.-PROF. DR. RUDOLF WELSER, WIEN | A. UNIV.-PROF. DR. WOLFGANG ZANKL, WIEN

NZ 2005/58

Gewillkürte Stellvertretung und Berufung auf die erteilte Vollmacht im Firmenbuchverfahren

Von Dr. **Alexander Hofmann** LL.M., Rechtsanwalt in Wien und New York

A. Problem

In Lehre und Rsp ist strittig, in welchem Umfang im Firmenbuchverfahren gewillkürte Stellvertretung zulässig ist und in welchen Fällen für Rechtsanwälte oder Notare die Möglichkeit besteht, sich bei der Anmeldung eintragungspflichtiger Tatsachen gem § 30 Abs 2 ZPO auf die erteilte Vollmacht zu berufen. Der OGH hat in letzter Zeit zwar seine Rsp zur Vertretungsfeindlichkeit für bestimmte Anmeldungen geändert, aber noch nicht zu allen in Frage kommenden Fallkonstellationen abschließend Stellung genommen. Hier sollen die wesentlichen Konsequenzen für die Firmenbuchpraxis, die sich aus den anerkannten Grundsätzen zu § 30 Abs 2 ZPO und der vorliegenden Judikatur ableiten lassen, zusammengefasst werden.

B. Zweck und Rechtsnatur des § 30 Abs 2 ZPO

Nach § 30 Abs 2 ZPO ersetzt die Berufung des einschreitenden Rechtsanwaltes oder Notars auf die erteilte Bevollmächtigung deren urkundlichen Nachweis. Den Angehörigen dieser Berufsgruppen soll das Erfordernis der Vorlage einer schriftlichen Vollmachtsurkunde abgenommen werden. Der erleichterte Vollmachtsnachweis wurde rechtspolitisch damit begründet, dass den Mitgliedern der privilegierten Berufsstände (aufgrund ihrer besonderen Stellung und disziplinären Verantwortung) grundsätzlich Glauben zu schenken ist, wenn sie ein Vollmachtsverhältnis behaupten. Der Zweck dieser Bestimmung liegt sohin in der *Verfahrensvereinfachung* durch das den Anwälten und Notaren entgegengebrachte Vertrauen.¹ Von deren disziplinärer Verantwortung ist genügender Schutz vor Missbrauch dieses Privilegs zu erwarten.²

Die folgenden Grundsätze sind für die Rechtsnatur und Handhabung des § 30 Abs 2 ZPO von wesentlicher Bedeutung:

1. Einschränkung der Prüfbefugnis des Gerichtes

Grundsätzlich hat im Anwendungsbereich des § 30 Abs 2 ZPO eine Überprüfung der Erteilung der Vollmacht und ihres Inhaltes zu unterbleiben.³ Gänzlich wird das Gericht

durch § 30 Abs 2 ZPO von der Prüfpflicht aber nicht befreit. Wenn sich Bedenken ergeben, ob und in welchem Umfang tatsächlich Vollmacht erteilt wurde, hat das Gericht die Vollmacht zu prüfen. Es muss sich jedoch um konkrete und begründete Zweifel (zB aus der Aktenlage oder aus der Gerichtsnotorietät iSv amtsbekannten Umständen) handeln. Das Gericht muss dann durch amtsweilige Erhebungen wie bei Prüfung jeder anderen Prozessvoraussetzung vorgehen und dazu Personen (zB den Vollmachtgeber) einvernehmen oder innerhalb der Grenzen der Verschwiegenheitspflicht (§ 305 Z 4 ZPO) Schriftverkehr einsehen, allenfalls auch einen urkundlichen Nachweis abfordern. Bestehen keine hinreichend konkreten Bedenken, dann ist eine Prüfung nicht angezeigt und nicht statthaft.⁴

2. Keine Änderung allgemeiner oder besonderer Voraussetzungen für die Erteilung der Vollmacht

Die Berufung auf die erteilte Vollmacht kann nur deren urkundlichen Nachweis ersetzen, nicht jedoch die Erteilung der Bevollmächtigung selbst.⁵ § 30 Abs 2 ZPO kann auch nicht als gesetzliche Vermutung für die Bevollmächtigung eines Rechtsanwaltes oder Notars interpretiert werden⁶ oder dazu führen, dass eine konkludente Bevollmächtigung ausreicht, wo (wie im Prozessrecht) die ausdrückliche Vollmachtserteilung gefordert ist.⁷ Eine materielle Derogation besonderer formeller oder inhaltlicher Erfordernisse (zB Beglaubigung oder Spezialvollmacht) ergibt sich daraus nicht.⁸

3. Anwendung auch außerhalb des streitigen Erkenntnisverfahrens

In Lehre und Rsp hat sich rasch die Auffassung durchgesetzt, dass der Gedanke, der § 30 Abs 2 ZPO zugrunde liegt, auch außerhalb des streitigen Erkenntnisverfahrens gilt, insbesondere auch im Außerstreitverfahren.⁹ Für das

⁴ Fasching, Lehrbuch² Rz 428; Stohanzl, ZPO¹⁵ § 30 E 26, 27; Rechberger, Kommentar² § 30 ZPO Rz 2 mwN; OGH 20. 11. 1996, 3 Ob 2417/96 d, NZ 1997, 330.

⁵ Feil/Wennig, Anwaltsrecht³, 52.

⁶ Oberhammer, RdW 1994, 272.

⁷ OGH 10. 9. 1996, 5 Ob 2179/96 v.

⁸ OGH 24. 3. 1992, 5 Ob 26/92, NZ 1993/253, 21; 29. 10. 1996, 5 Ob 2199/96 k, SZ 69/242.

⁹ Oberhammer, RdW 1994, 271 mwN. Dies wurde mit Neufassung des § 8 Abs 1 RAO durch die RAO-Nov 1990 und mit Einführung des § 5 Abs 4 a NO durch die NO-Nov 1993 klargestellt. Nach die-

¹ Zib in Fasching/Konecny² II/1 § 30 Rz 18.

² OBDK 2. 5. 2004, 14 Bkd 13/03, AnwBl 2004/7940, 466.

³ Zib in Fasching/Konecny² II/1 § 30 Rz 18.

Eintragungsverfahren vor dem Firmenbuch gelten die allgemeinen Bestimmungen des Außerstreitgesetzes (§ 15 Abs 1 FBG).

C. Anmeldungen zum Firmenbuch

Grundsätzlich ist gewillkürte Stellvertretung im Firmenbuchverfahren zulässig, wobei eine Generalvollmacht genügt.¹⁰ Das folgt schon aus § 12 Abs 2 HGB, wonach für eine Vollmacht zur Anmeldung die gleiche Form wie für die Anmeldung erforderlich ist (zB öffentliche Beglaubigung außerhalb des Anwendungsbereiches des § 11 FBG).¹¹ Nach hL und Rsp können sich Anwälte und Notare auch vor dem Firmenbuch auf die erteilte Vollmacht berufen.¹² Im Firmenbuchverfahren sind aber spezifische handelsrechtliche Bestimmungen und Verfahrensvorschriften (für Zwecke der Richtigkeitsgewähr, Identitätsprüfung des Antragstellers etc) zu berücksichtigen, die durch § 30 Abs 2 ZPO nicht aufgehoben oder verdrängt werden können. Zu klären ist daher, welche Ausnahmen hier für die oben angeführten Grundsätze bestehen.

1. Fälle vertretungsfeindlicher Anmeldung?

Bestimmte Firmenbuchgesuche (zB Gründung einer GmbH und AG, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung) haben Erklärungen der zur Anmeldung verpflichteten Personen (Organe, Gründer) über das Vorliegen besonderer Umstände zu enthalten (zB die Erklärung über geleistete Einlagen nach § 10 Abs 3 GmbHG oder § 29 Abs 1 AktG). Es handelt sich hierbei um die Abgabe von tatsachenbezogenen Wissensklärungen, für deren Richtigkeitsgewähr zum Teil besondere zivil- und strafrechtliche Haftungen bestehen (§§ 10 Abs 4, 26 Abs 2, 122 Abs 2 Z 1 und 2 GmbHG – Haftung der Geschäftsführer; §§ 39, 41 AktG – Verantwortlichkeit der Gründer, des Vorstands und Aufsichtsrats). Ob in den genannten

sen Bestimmungen ersetzt die Berufung auf die erteilte Vollmacht durch einen Rechtsanwalt oder Notar deren urkundlichen Nachweis vor allen Behörden und Gerichten. § 6 Abs 4 des neuen AußStrG BGBI I 2003/111, das am 1. 1. 2005 in Kraft getreten ist, verweist auf die sinngemäße Anwendung der Bestimmungen der ZPO über Bevollmächtigte (*Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen Rz 102; *Maurer*, AußStrG neu 73).

¹⁰ *Schenk* in *Straube*, HGB³ § 12 Rz 7; *Szöky*, Das Firmenbuchverfahren 146.

¹¹ *Schenk* in *Straube*, HGB³ § 12 Rz 7; *Burgstaller* in *Jabornegg*, HGB § 12 Rz 25; vgl auch § 23 FBG, der für den Notar, der die zur Eintragung erforderliche Erklärung beglaubigt oder beurkundet, die gesetzliche Vermutung einer Ermächtigung statuiert, im Namen des zur Eintragung Verpflichteten die Eintragung zu beantragen, Zustellungen in Empfang zu nehmen und Rechtsmittel zu erheben.

¹² *Schenk* in *Straube*, HGB³ § 12 Rz 7; *Szöky*, Das Firmenbuchverfahren 146; *Burgstaller* in *Jabornegg*, HGB § 12 Rz 27; *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht³, 52; OGH 29. 3. 2000, 6 Ob 64/00f, RdW 2000/445, 475 = wbl 2000/259, 382 = ecolex 2000/319, 803 = NZ 2001, 336 = ARD 5184/31/2001.

Fällen die Anmeldung von einem Bevollmächtigten vorgenommen werden kann, ist seit jeher strittig. Die Fragestellung ist insbesondere im Lichte des § 30 Abs 2 ZPO im Zusammenhang mit der sog vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG von praktischer Bedeutung (siehe dazu unten unter C.3.).

Meines Erachtens ist auch in diesen Fällen die Möglichkeit gewillkürter Vertretung zu bejahen. Die Möglichkeit zur Vertretung ergibt sich aus § 12 Abs 2 HGB, der die Form der Vollmacht zur Anmeldung zum Firmenbuch regelt und deren Zulässigkeit damit ohne Ausnahme voraussetzt.¹³ Außerdem ermächtigt § 23 FBG den Notar, der die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt, ausdrücklich, im Namen des Anmeldenden die Eintragung (!) zu beantragen.

Die überwiegende – nicht jedoch einhellige – Lehre sowie die Praxis der Firmenbuchgerichte nimmt hingegen Vertretungsfeindlichkeit an.¹⁴ Demnach sei zwischen der Abgabe der Anmeldungserklärung und deren Einreichung zu unterscheiden. Ein Stellvertreter könne in Bezug auf Gesuche, die infolge persönlicher Haftung von den zur Anmeldung verpflichteten Personen selbst zu unterfertigen seien, nur mit der Einreichung (Botenfunktion) betraut werden.¹⁵

Die Vertreter dieser Ansicht führen zusammengefasst die folgenden Argumente ins Treffen, die jedoch nicht überzeugen und zu widersprüchlichen Ergebnissen führen.

¹³ *Kostner/Umfahrer*, GmbH⁵ Rz 150; *Schilling* in *Hachenburg*, dGmbHG⁶ § 7 Anm 7; *Vogel*, dGmbHG² § 7 Anm 1; *Feine*, dGmbH 145 mit weiterführenden Literaturnachweisen; für Zulässigkeit bei Anmeldung, ausgenommen die Erklärungen: *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*, Anträge und Anmeldungen zum Firmenbuch I Reg 2 Kap 5.2.2, 5; *Kostner*, Aktiengesellschaft 12; *Roth*, dGmbH § 7 Anm 2.2; für Zulässigkeit bei Vertretung von Gründern und Vorstandsmitgliedern: *Ritter*, dAktG § 28 Anm 4; für Zulässigkeit bei Vertretung der Gründer: *Teichmann/Koehler*, dAktG § 28 Anm 1; OGH NZ 1916, 250 – Zulassung der § 10 Abs 3 GmbHG-Erklärung durch Bevollmächtigten; OLG Köln NJW 1987, 135 – Zulassung gewillkürter Vertretung bei GmbH Anmeldung; RG 154, 282 – Beurteilung der Gründerversicherung durch Bevollmächtigten bei AG Anmeldung als vertretbare Rechtsansicht; RG 144, 348 – Vertretung von AR-Mitglied bei AG Anmeldung nicht beanstandet.

¹⁴ *Zib* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 30 Rz 36; *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² § 9 Rz 9; *Burgstaller* in *Jabornegg*, HGB § 12 Rz 28ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹², 1/564; *Schenk* in *Straube*, HGB³ § 12 Rz 7; *Wünsch*, GesRZ 1982, 159; *derselbe* GesRZ 1987, 168; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss⁵, 208, 360; *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 28 Rz 6; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 28 Rz 8; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, dGmbHG¹⁷ § 7 Rz 3; *Ulmer* in *Ulmer/Hachenburg*, dGmbHG⁸ § 7 Rz 12; *Winter* in *Scholz/Emmerich*, dGmbHG⁸ § 7 Anm 10; *Barz*, dAktG³ § 36 Anm 8; BayObLG NJW 1987, 136. *Koppensteiner* beruft sich zur Unterstützung dieser Ansicht auf die Entscheidung OGH 13. 7. 1995, 6 Ob 6/94, ecolex 1995, 723, die die Anmeldung des Übergangs eines Geschäftsanteils betrifft und durch jüngere Rsp (s dazu unten unter C.1.a)) überholt ist.

¹⁵ *Zib* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 30 Rz 36; *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² § 9 Rz 9; *Ulmer* in *Ulmer/Hachenburg*, dGmbHG⁸ § 7 Rz 12; *Winter* in *Scholz/Emmerich*, dGmbHG⁸ § 7 Anm 11.

a) Persönliche Verantwortung

Vor allem wird von der hL auf die zivil- und strafrechtliche *persönliche Haftung* der Anmeldenden für die Richtigkeit der abzugebenden Erklärungen hingewiesen.¹⁶ Es handle sich um *Wissenserklärungen*, für die es keine Vertretung gebe. Sie seien *höchstpersönlicher Natur*.¹⁷

● Zivilrechtliche Haftung

*Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*¹⁸ halten dem aber zutreffend entgegen, dass zivilrechtliche Verantwortung für die Richtigkeit einer Erklärung der Einschaltung eines Vertreters nicht entgegensteht, weil das Verschulden des zur Erfüllung organschaftlicher Pflichten eingesetzten Vertreters nach § 1313a ABGB dem Machtgeber zuzurechnen ist. Dessen Haftung gegenüber der Gesellschaft für eine unrichtige Erklärung kann nicht dadurch, dass er sich eines Vertreters bedient, verloren gehen. Die Aussage, dass Wissenserklärungen nicht von einem *Stellvertreter* abgegeben werden könnten, ist daher unzutreffend. Im Zivilrecht (zB Versicherungsvertragsrecht) ist *Wissenserklärungsververtretung* ein anerkannter Begriff, auf den die Bestimmungen über die Stellvertretung analog anwendbar sind.¹⁹ Nach § 1330 ABGB hat ein Geschäftsherr auch für den falschen Rat oder die unrichtige Auskunft seines Gehilfen einzustehen.²⁰

● Strafrechtliche Verantwortung

Allerdings meinen *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*,²¹ dass eine allfällige strafrechtliche Verantwortung gegen die Zulässigkeit gewillkürter Vertretung beim Firmenbuch spreche, weil Bevollmächtigte vom Tatbestand der Strafnorm nicht erfasst seien, was den bezweckten strafrechtlichen Interessenschutz gefährden würde. Dabei wird jedoch übersehen, dass die Bevollmächtigung nichts an der strafrechtlichen Verantwortung eines Geschäftsführers ändert, der wissentlich durch einen Bevollmächtigten eine Unwahrheit versichern lässt.²² Um Unklarheiten bei der Zurechnung der Verantwortung für eine unrichtige Erklärung zu vermeiden, kann verlangt werden, dass sich die Vollmacht ausdrücklich auf die Abgabe der bestimmten Erklärung zu erstrecken hat (Spezialvollmacht).²³ Wäre die strafrechtliche Verantwortung das entscheidende Argument gegen die Zulassung der Vertretung, so müsste zwischen der AG und GmbH unterschieden werden, weil das AktG eine dem § 122 Abs 2 GmbHG vergleichbare Strafnorm nicht enthält (die Strafbestimmung des § 295 AktG 1937 wurde vom AktG 1965

nicht übernommen). Eine unterschiedliche Behandlung von GmbH und AG wäre aber nicht plausibel.²⁴

Nicht ignoriert werden kann schließlich die jüngere Rsp. In der Entscheidung OGH 15. 12. 1999, 6 Ob 205/99 m,²⁵ die die Löschung einer liquidierten Gesellschaft zum Gegenstand hatte, war die Vollmacht des Einschreiters zur Abgabe der Erklärung über die Beendigung der Liquidation zu beurteilen. Der OGH hat deren Abgabe durch einen Stellvertreter nicht von vornherein für unzulässig erkannt, sondern ausgesprochen, dass wegen „*der besonderen Richtigkeitsgewähr von Erklärungen des Geschäftsführers oder Liquidators*“ eine *Spezialvollmacht* erforderlich sei. Seither judiziert das Höchstgericht in stRsp, dass bei Abgabe einer Erklärung, die den sonst erforderlichen Nachweis der Voraussetzungen für die angemeldete Eintragung ersetzt und für deren Inhalt der Anmeldende haftet, zu verlangen ist, dass diese Erklärung vom Geschäftsführer persönlich abgegeben wird oder dass er dem Einschreiter eine die Abgabe dieser Erklärung deckende Spezialvollmacht erteilt hat.²⁶ Die Doktrin von der Vertretungsfeindlichkeit haftungsbelegter Erklärungen erscheint vor dem Hintergrund dieser Judikatur in Frage gestellt.

b) Besondere Sicherheit

Soweit das Gesetz die Anmeldung durch alle Geschäftsführer vorsieht (zB § 9 Abs 1 GmbHG) hat *Winter*²⁷ die Unzulässigkeit gewillkürter Vertretung auch damit zu rechtfertigen versucht, dass das Gesetz dadurch das Verlangen nach einer *besonderen Sicherheit* zum Ausdruck

²⁴ In diesem Sinne wollen *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner* nur für die Abgabe der folgenden in § 122 Abs 2 GmbHG ausdrücklich genannten Erklärungen und Angaben keine Vertretung zulassen: §§ 9 Abs 2 Z 2 und 10 Abs 3 GmbHG – Gesellschafterliste und § 10-Erklärung; § 53 Abs 2 Z 2 GmbHG – Liste der Übernehmer neuer Stammeinlagen samt näheren Informationen für Kapitalerhöhung; § 56 Abs 2 GmbHG – Erklärung über Befriedigung und Sicherstellung der Gläubiger und neue Gesellschafterliste für Kapitalherabsetzung; § 26 GmbHG – Anmeldung der Änderung von Stammeinlagen oder der geleisteten Einzahlungen sowie des Überganges von Geschäftsanteilen. Weil sie die Vermögenslage betreffen, würden sie zweifelsfrei unter den 1. Tatbestand des § 122 Abs 2 Z 2 GmbHG iVm § 26 GmbHG fallen. Der 2. Tatbestand des § 122 Abs 2 Z 2 GmbHG iVm § 26 GmbHG (Verschweigen erheblicher Umstände) sei hingegen nicht ausreichend bestimmt und daher verfassungswidrig und unanwendbar. Für Anträge auf Neueintragung sowie die Durchführung von Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung bei der AG weisen die Autoren nur auf zu erwartende „*Schwierigkeiten und Verzögerungen*“ in der erstinstanzlichen Registerpraxis beim Einschreiten durch Vertreter hin (Anträge I Reg 2 Kap 5.2.2, 3–5).

²⁵ RdW 2000, 281 = ecolex 2000, 292 = NZ 2000, 248 = AnwBl 2001, 76.

²⁶ OGH 18. 10. 2001, 6 Ob 169/01 y – Anmeldung des Übergangs eines Geschäftsanteils; ebenso 29. 8. 2002, 6 Ob 163/02 t, ecolex 2003/178, 424 – Anmeldung des Übergangs eines Geschäftsanteils; 21. 5. 2003, 6 Ob 229/02 y, RdW 2003/627, 705 – Anmeldung der Auflassung einer Zweigniederlassung; 11. 9. 2003, 6 Ob 149/03 t, ecolex 2004/132, 283 – Zwangsstrafenverfahren betreffend Anmeldung des Übergangs eines Geschäftsanteils.

²⁷ *Scholz/Emmerich*, dGmbHG⁸ § 7 Anm 10.

¹⁶ *Burgstaller* in *Jabornegg*, HGB § 12 Rz 28; *Schenk* in *Straube*, HGB³ § 12 Rz 7.

¹⁷ *Ulmer* in *Ulmer/Hachenburg*, dGmbHG⁸ § 7 Rn 12.

¹⁸ Anträge I Reg 2 Kap 5.2.2, 1f.

¹⁹ *Richardl*, Die Wissensvertretung, AcP 169, 387.

²⁰ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB² § 1300 Rz 14.

²¹ Anträge I Reg 2 Kap 5.2.2, 2f; ebenso *Burgstaller* in *Jabornegg*, HGB § 12 Rz 28.

²² *Schilling* in *Hachenburg*, dGmbHG⁶ § 7 Anm 7.

²³ *Feine*, dGmbH 146.

bringe, die entwertet wäre, wenn sich die Verantwortlichen ihr durch Zwischenschaltung eines Bevollmächtigten, die einen zusätzlichen Unsicherheitsfaktor darstelle, entziehen könnten.

Auch dieses Argument ist nicht stichhaltig. Nicht schon jedwede persönliche Verantwortung oder Haftung gegenüber Dritten, sondern nur ein höherer Grad persönlicher Betroffenheit von der Entscheidung ist für den Gesetzgeber der Grund, in bestimmten Fällen die Möglichkeit der Verpflichtung durch fremden Willen auszuschließen.²⁸ Wo der Gesetzgeber Ausnahmen vom Prinzip der Stellvertretung statuieren will, ordnet er dies durch das Erfordernis *persönlicher* Erklärung ausdrücklich an (§ 163 c ABGB – Anerkenntnis der Vaterschaft, § 17 Abs 1 EheG – Eheschließung). Das GmbHG oder das AktG enthalten für Anmeldungen zum Firmenbuch aber keine vergleichbare Anordnung. Die Ansicht von *Winter* hat das OLG Köln mit folgender Begründung als nicht tragfähig verworfen: „*Sie basiert nämlich auf der unausgesprochenen Prämisse, alle für den rechtsgeschäftlichen Verkehr besonders wichtigen Handlungen müssten aus Gründen der Sicherheit als höchstpersönliche Angelegenheit angesehen werden, bei denen eine Stellvertretung ausgeschlossen sei. Einen solchen Rechtsgrundsatz gibt es indessen nicht; es handelt sich hierbei um eine willkürlich angenommene Voraussetzung.*“²⁹

c) Spezialnorm

Im österreichischen Schrifttum haben unter anderem *Kastner/Doralt/Nowotny*³⁰ und *Wünsch*³¹ die Ansicht von der Vertretungsfeindlichkeit bestimmter Anmeldungen damit begründet, dass Bestimmungen, die eine persönliche Anmeldung verlangen würden (zB § 9 GmbHG), im Verhältnis zu § 12 Abs 2 HGB und § 23 FBG als *Sondervorschrift* anzusehen seien.

Auch dieses Argument erscheint angreifbar. Zwischen den § 12 Abs 2 HGB und § 23 FBG einerseits und § 9 Abs 1 GmbHG andererseits besteht keine Gesetzeskonkurrenz, die im Sinne der „*lex specialis*“-Regel gelöst werden müsste (eine ausdrückliche Verpflichtung zur persönlichen Anmeldung ist § 9 Abs 1 GmbHG nicht zu entnehmen). Würde ein Widerspruch vorliegen, so wäre aus dem Hinweis von *Wünsch* (unter Berufung auf *Kastner*),³² dass § 129 FGG (die Vorgängerbestimmung zu § 23 FBG) erst nach dem GmbHG eingeführt wurde, eher zu schließen, dass § 23 FBG dem § 9 Abs 1 GmbHG nach der „*lex posterior*“-Regel vorgeht (materielle Derogation).³³ Der mit § 23 FBG angestrebte Zweck der Verfahrensvereinfachung

wäre nicht erreicht, wollte man unterstellen, dass sich die Regelung in der Ermächtigung zu einem bloßen Botengang erschöpfen würde.³⁴

d) Verpflichtung zum persönlichen Handeln für Aufsichtsräte (§ 95 Abs 7 AktG)

Zur Aktiengesellschaft, die von sämtlichen Mitgliedern des Aufsichtsrates anzumelden ist (§ 28 Abs 1 AktG), wird auch auf das in § 95 Abs 7 AktG für Aufsichtsräte festgelegte Verbot, ihre Obliegenheiten von anderen ausüben zu lassen, verwiesen.³⁵

§ 95 Abs 7 AktG kann aber nicht im Sinne eines generellen Verbotes, jedwede einzelne im Zuge der AR-Organ-tätigkeit anfallende Verrichtung durch einen Vertreter erfüllen zu lassen, verstanden werden. Ansonsten könnte sich ein Aufsichtsratsmitglied im Fall von Rechtsstreitigkeiten nach § 97 AktG keines Prozessvertreters bedienen.³⁶ Die Bestimmung hat vor allem die Verpflichtung zur höchstpersönlichen Teilnahme an den Aufsichtsrats-sitzungen im Auge.³⁷ Wäre § 95 Abs 7 AktG die tragende Rechtfertigung für das Verbot gewillkürter Vertretung bei der Anmeldung der AG, müsste zwischen den einzelnen Gruppen der anmeldungspflichtigen Personen (Gründer, Vorstand und Aufsichtsrat) und gegenüber der GmbH differenziert werden, was von den Vertretern der hL jedoch abgelehnt wird.³⁸

e) Einheit der Anmeldung mit den geforderten Erklärungen

Die hL lehnt es aber auch ab, die Vertretung für das Eintragungsgesuch zu gestatten und nur die Abgabe der haftungsbezogenen Erklärungen selbst davon ausschließen. Dies würde zur ungerechtfertigten Zerreißung eines *zusammengehörigen Vorganges* führen, für den das Gesetz der persönlichen Mitwirkung aller Geschäftsführer besondere Bedeutung beimesse, um die Ordnungsmäßigkeit der Gründung zu gewährleisten.³⁹

Dabei wird verkannt, dass das Eintragungsbegehren (§ 16 FBG) selbst eine reine Willenserklärung ist und sich insofern von den besonderen Wissenserklärungen⁴⁰ (zB § 10 GmbHG-Erklärung) unterscheidet, die zwar Voraus-

menbuch und das anzuwendende Verfahren darstellt – s dazu *Koziol/Welser*, Grundriss I¹², 35.

³⁴ *Kostner*, Handkommentar zur Notariatsordnung 67; *Barz*, dAktG³ § 36 Anm 9 – widersprüchlich allerdings Anm 8. Nach hL hingegen kann ein Notar nicht unter Berufung auf die Vollmachtsvermutung des § 23 FBG einschreiten, wenn rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung unzulässig ist (*Schenk* in *Straube*, HGB³ § 12 Rz 7; *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*, Anträge I Reg 2 Kap 5.2.4.1, 4).

³⁵ *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 28 Rz 8.

³⁶ *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*, Anträge I Reg 2 Kap 5.2.2, 2.

³⁷ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 95–97 Rz 83.

³⁸ *Barz*, dAktG³ § 36 Anm 8.

³⁹ *Winter* in *Scholz/Emmerich*, dGmbHG⁸ § 7 Anm 10; *Barz*, dAktG³ § 36 Anm 8; *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 28 Rz 6.

⁴⁰ Zu dieser Unterscheidung s *Burgstaller* in *Jabornegg*, HGB § 12 Rz 28 und *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² § 9 Rz 9.

²⁸ *Koziol/Welser*, Grundriss I¹², 180.

²⁹ NJW 1987, 136.

³⁰ Grundriss⁵, 360.

³¹ GesRZ 1982, 159; GesRZ 1987, 168.

³² GesRZ 1982, 159; GesRZ 1987, 168; vgl OGH 24. 11. 1997, 6 Ob 321/97t, RdW 1998, 137.

³³ *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*, Anträge I Reg 2 Kap 5.2.2, 2; zumal das FBG eine Kodifikation der Bestimmungen über das Fir-

setzung für die Eintragung sind aber von der Anmeldung getrennt betrachtet werden können oder überhaupt eine eigene Beilage zum Eintragungsgesuch (vgl §§ 53 Abs 2 Z 2, 56 Abs 2 Z 3 GmbHG) bilden.⁴¹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich für die mit „*seltener Einmütigkeit*“⁴² vertretene Ansicht, dass bestimmte Anmeldungen von Geschäftsführern, Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern zum Firmenbuch nur persönlich vorgenommen werden könnten, kaum durchschlagende Argumente finden, die einer kritischen Überprüfung (unter Berücksichtigung der jüngsten Rsp) standhalten.

2. Beglaubigte Einreichung

Die Anmeldungen zur Eintragung im Firmenbuch und die dort zu deponierenden Unterschriften sind grundsätzlich (Ausnahme: vereinfachte Anmeldungen nach § 11 FBG) entweder persönlich bei Gericht vorzunehmen oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen (§ 12 Abs 1 HGB). Dieselbe Form ist für eine Vollmacht zur Anmeldung erforderlich (§ 12 Abs 2 HGB). Dadurch soll die Identität der anmeldenden Personen und die Echtheit ihrer Unterschriften gewährleistet werden.⁴³ Soweit diese Formvorschrift für die Bevollmächtigung besteht, ist einem Anwalt oder Notar die Berufung auf die erteilte Vollmacht nicht möglich, weil die Erfüllung des Formerfordernisses dem Firmenbuch durch Vorlage des Originals oder einer beglaubigten Kopie der beglaubigten Vollmachtsurkunde nachzuweisen ist.⁴⁴ Der gegenteiligen Ansicht von *Burgstaller*⁴⁵ wird nicht gefolgt werden können, weil das Erfordernis der Beglaubigung der Identitätsprüfung des Bevollmächtigenden dient, die dem Notar vorbehalten ist.⁴⁶ In der Entscheidung vom 18. 10. 2001, 6 Ob 169/01 y, hat der OGH zwar unter Berufung auf *Burgstaller* den scheinbar allgemeingültigen Rechtssatz gebildet, dass die Möglichkeit der formfreien Berufung auf die Bevollmächtigung durch Anwälte und Notare eine Ausnahme von der Regel, dass die Vollmacht

„*grundsätzlich dieselbe Form wie die Anmeldung aufweisen müsse*“, darstellen würde. Die Entscheidung hatte jedoch die vereinfachte Anmeldung eines Gesellschafterwechsels zum Gegenstand, sodass ihr keine über den Anwendungsbereich des § 11 FBG (hier: Ausnahme vom Erfordernis der Schriftform und Vorlage)⁴⁷ hinausreichende Bedeutung beizumessen sein wird.

3. Vereinfachte Anmeldung

Für die Anmeldung bestimmter Sachverhalte (Änderungen betreffend Geschäftsanschrift, Geschäftszweig, Aufsichtsratsmitglieder, Anschrift, Name bzw Firma oder Stand der GmbH-Gesellschafter, deren Stammeinlage und darauf geleistete Einlagen) sieht das Gesetz eine Ausnahme vom Erfordernis der beglaubigten Form vor. Die Anmeldung ist im Namen des Rechtsträgers durch vertretungsbefugte Personen in der zur Vertretung notwendigen Anzahl vorzunehmen (§ 11 FBG). Es handelt sich um Umstände, die in der Regel nicht durch Urkunden oder sonstige Nachweise zu belegen sind, sodass das Firmenbuchgericht nur eine eingeschränkte Prüfungspflicht trifft.⁴⁸ Für die Anmeldung eines Gesellschafterwechsels hat der Geschäftsführer die formelle und materielle Richtigkeit des Übertragungsaktes und seine Wirksamkeit zu prüfen und im Eintragungsgesuch konkret anzugeben, wann, wie und wo die Abtretung erfolgt sein soll. Da der Geschäftsführer für die Richtigkeit seiner Angaben haftet, besteht grundsätzlich keine Verpflichtung zur Vorlage des Abtretungsvertrages. Nur wenn sich mangels konkreter oder widersprüchlicher Angaben oder aufgrund vorgelegter Urkunden Bedenken an der Zulässigkeit der Abtretung ergeben, kann sie vom Gericht geprüft werden.⁴⁹

Jedenfalls unproblematisch sind nach hL und Rsp jene Fälle, in denen den Geschäftsführer für die Richtigkeit der Angaben in der Anmeldung keine strafrechtliche Verantwortung iSd § 26 iVm § 122 Abs 2 Z 2 GmbHG trifft (das sind insbesondere Angaben, die nicht die Vermögenslage betreffen, zB die Änderung des Namens eines Gesellschafter oder der Geschäftsanschrift). Solche Sachverhalte können unstrittig von einem bevollmächtigten Vertreter angemeldet werden.⁵⁰ Anwälte und Notare können sich auf die erteilte Vollmacht berufen.⁵¹ Die

⁴¹ Die Differenzierung ist im Hinblick auf die Möglichkeit der Änderung und Korrektur (zB bezüglich Firmenwortlaut, Angabe des Geschäftszweiges, Angabe der Vertretungsbefugnis etc) des Firmenbuchgesuches durch den bevollmächtigten Einschreiter wichtig. Die Praxis der Firmenbuchgerichte lässt solche Vertretungshandlungen ohne besondere Förmlichkeiten zu, was bei jedweder Vertretungsfeindlichkeit der Anmeldung wohl nicht statthaft wäre.

⁴² *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*, Anträge I Reg 2 Kap 5.2.2, 1.

⁴³ *Burgstaller* in *Jabornegg*, HGB § 12 Rz 2.

⁴⁴ *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*, Anträge I Reg 2 Kap 5.2.4.2, 1; *Szöky*, Das Firmenbuchverfahren 146; aM *Zib* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 30 Rz 36, der die Vollmachtsberufung auch in diesem Fall (nur) dem für die Identitätsprüfung befugten Notar (§ 5 Abs 4 a NO) mit der Begründung erlauben will, dass die zusätzliche Beglaubigung der Vollmacht eine bloße Formalität darstellen würde. Dies ist nicht zutreffend, weil bei Verzicht auf eine Beglaubigung die Einhaltung der Bestimmungen der NO über die Grundlagen der Identitätsprüfung nicht gesichert wäre.

⁴⁵ *Jabornegg*, HGB § 12 Rz 27.

⁴⁶ *Zib* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 30 Rz 36.

⁴⁷ *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner*, Anträge I Reg 2 Kap 5.2.3, 3; *Szöky*, Das Firmenbuchverfahren 146; OGH 29. 3. 2000, 6 Ob 64/00f, RdW 2000/445, 475 = wbl 2000/259, 382 = ecolex 2000/319, 803 = NZ 2001, 336 = ARD 5184/31/2001.

⁴⁸ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz § 11 Rz 6.

⁴⁹ OGH 29. 3. 2001, 6 Ob 57/01b, RdW 2001/562, 537 = ecolex 2001/279, 752 = wbl 2002/26, 40 = RWZ 2001/61, 191; 16. 5. 2001, 6 Ob 111/01v, RdW 2001/614, 594 = ecolex 2002/20, 25; 29. 8. 2002, 6 Ob 163/02t, ecolex 2003/178, 424.

⁵⁰ *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner* meinen, dass nur die anmeldepflichtigen Personen (Geschäftsführer) die Vollmacht erteilen können (Anträge I Reg 2 Kap 5.2.3, 3); vgl auch OLG Linz 2. 12. 1993, 6 R 247/93, NZ 1994, 214.

⁵¹ OGH 29. 3. 2000, 6 Ob 64/00f, RdW 2000/445, 475 = wbl 2000/259, 382 = ecolex 2000/319, 803 = NZ 2001, 336 = ARD 5184/31/2001.

bloße zivilrechtliche Haftung, die nach § 26 Abs 2 GmbHG auch für falsche Angaben dieser Art besteht, wird demnach nicht als Hindernis für den Einsatz eines Vertreters betrachtet.⁵²

Unterschiedliche Auffassungen bestehen jedoch darüber, ob dies auch für die Angaben gilt, für deren Unrichtigkeit der Geschäftsführer zu bestrafen ist (= Angaben des § 26 Abs 1 GmbHG zur Vermögenslage iSd § 122 Abs 2 Z 2 GmbHG: Anmeldung der Änderung von Stammeinlagen, der darauf geleisteten Einzahlungen sowie des Überganges von Geschäftsanteilen). Ein Teil der Lehre hält hier eine Vertretung infolge der strafrechtlich unterlegten Richtigkeitsgewähr für unzulässig und will § 11 FBG einschränkend auslegen (Ausschluss der Anmeldung durch andere „vertretungsbefugte Personen“ als Geschäftsführer).⁵³ Der OGH ist von dieser Meinung in jüngerer Zeit jedoch abgerückt und judiziert seither in stRsp, dass der strafrechtlich sanktionierten Richtigkeitsgewähr bei zulässiger Einschaltung eines Vertreters durch das Erfordernis einer *Spezialvollmacht* Rechnung getragen werden könne.⁵⁴ Dieser Ansicht ist aus den oben unter Abschnitt C.1.a) referierten Gründen beizupflichten. § 11 FBG wird aber dahingehend (einschränkend) zu verstehen sein, dass vertretungsbefugte Personen, die nicht haften (Prokuristen), zur Anmeldung (ohne Spezialvollmacht der Geschäftsführer) oder zur Ausstellung der Spezialvollmacht im Namen des Rechtsträgers nicht berechtigt sind.

Ob Anwälte und Notare die Spezialvollmacht urkundlich nachweisen müssen oder sich auf deren Erteilung berufen können, wurde vom OGH noch nicht eindeutig beantwortet. Die Entscheidung 6 Ob 229/02y scheint dies auf den ersten Blick zu verneinen, wird aber so verstanden werden müssen, dass der OGH insb die Berufung auf eine Einschreiterbefugnis nach § 30 Abs 2 ZPO schlechthin ohne Wiedergabe des konkreten Umfangs der geforderten Spezialvollmacht nicht gelten lassen wollte.⁵⁵ In der Entscheidung 6 Ob 149/03k musste das Höchstgericht der Frage nicht weiter nachgehen, weil nach der Aktenlage konkrete Bedenken gegen die Vollmachtserteilung vorlagen, die auch im Rahmen des § 30 Abs 2 ZPO eine Überprüfung gerechtfertigt hätten.

Für Anwälte und Notare muss die Berufung auf die erteilte Spezialvollmacht genügen.⁵⁶ Der Gesetzgeber hat mit § 30 Abs 2 ZPO, § 8 Abs 1 RAO und § 5 Abs 4 a NO nicht

nur für den Nachweis der gesetzlich ausgestalteten Prozessvollmacht (§ 31 ZPO), sondern ebenso für besondere Vollmachtsverhältnisse, wo mit einer allgemeinen Bevollmächtigung nicht das Auslangen gefunden wird, Vereinfachung schaffen wollen.⁵⁷ *Kodek*⁵⁸ räumt ein, dass diese Ansicht dogmatisch begründet ist, will aber eine Einschränkung der Berufung auf die erteilte Vollmacht bei der Anmeldung haftungsbelegter Erklärungen wegen der Richtigkeitsgewähr der Firmenbucheintragung aus rechtspolitischen Gründen bejahen. Dem kann nicht gefolgt werden. Schließlich bietet die disziplinäre Verantwortung auch dann ausreichenden Schutz gegen Missbrauch, wenn man die Erleichterung auf eine notwendige Spezialvollmacht erstreckt. Dass die Gefahr der Berufung auf eine fehlende Prozessvollmacht weniger schwer wiegen würde, wird man nicht behaupten können. Der umsichtige Parteienvertreter wird jedenfalls den Inhalt der erteilten Spezialvollmacht und die vorgenommene Prüfung der formellen und materiellen Richtigkeit der anzumeldenden Änderung (zB die Erfüllung aufschiebender Bedingungen oder den Bestand von rechtlichen Hindernissen für die Abtretung) durch den verantwortlichen Machtgeber penibel zu dokumentieren haben.

Entgegen der Ansicht des OLG Wien in 28 R 33/03h müsste der Hinweis auf die „erteilte Vollmacht“ genügen, weil sich die Erklärung auf den gleichzeitig gestellten Antrag und die darin enthaltenen Erklärungen bezieht. Unter dieser Voraussetzung wird kein begründeter Zweifel daran bestehen, dass die Erteilung einer entsprechenden (Spezial)Vollmacht und nicht die einer anderen, nicht entsprechenden, allgemeinen Vollmacht behauptet wird.⁵⁹

D. Zusammenfassung

Die hL von der Vertretungsfeindlichkeit bestimmter persönlich vorzunehmender Firmenbuchanmeldungen und der dabei von den zur Anmeldung verpflichteten Personen abzugebenden Erklärungen steht im Widerspruch zu neuerer Rsp. Nach dieser können jedenfalls vereinfachte Anmeldungen iSd § 11 FBG ausnahmslos (einschließlich der Abtretung von Geschäftsanteilen etc) auch von gewillkürten Stellvertretern vorgenommen werden. Sofern die zur Veranlassung der Anmeldung verpflichteten Organe für die Richtigkeit der geforderten Erklärungen strafrechtlich belangt werden können, bedarf der Vertreter einer *Spezialvollmacht* des verantwortlichen Organs, um die Erklärung in dessen Namen abgeben zu können. Anwälte und Notare dürfen sich auch hier auf die erteilte Vollmacht berufen, wobei sich ein ausdrücklicher Hinweis auf die vom Geschäftsführer erteilte *Spezialvollmacht* empfiehlt.

⁵² Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner, Anträge I Reg 2 Kap 5.2.3, 2.

⁵³ Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner, Anträge I Reg 2 Kap 5.2.3, 2; ebenso Feil(Gellis), GmbH-Gesetz⁵ § 26 Rz 3 – unter Berufung auf frühere Rsp des OLG Wien 30.4.2001, 28 R 10/01y, NZ 2002/105, 281; ebenso noch OLG Wien 15.10.1998, 28 R 62/98p, und OGH 13.7.1995, 6 Ob 6/94, ecolex 1995, 723.

⁵⁴ OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y; 29.8.2002, 6 Ob 163/02t, ecolex 2003/178, 424; 21.5.2003, 6 Ob 229/02y, RdW 2003/627, 705; 11.9.2003, 6 Ob 149/03k, ecolex 2004/132, 283; Szóki, Das Firmenbuchverfahren 146.

⁵⁵ Vgl auch OGH 18.10.2001, 6 Ob 169/01y.

⁵⁶ So ausdrücklich: OLG Wien 18.9.2003, 28 R 33/03h, ecolex 2004/93, 185; ebenso Szóki, Das Firmenbuchverfahren 146.

⁵⁷ OGH 15.6.1993, 5 Ob 48/93, SZ 66/72.

⁵⁸ *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, Firmenbuchgesetz § 12 HGB Rz 30.

⁵⁹ *Zib in Fasching/Konecny*² II/1 § 30 ZPO Rz 31.