



Newsletter Privatstiftungen Issue 7|2023

## Der „befangene“ Notar bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung

### 1. Einleitung

In der Privatstiftung kommt dem Stiftungsvorstand das Vertretungsmonopol zu. Daher ist es auch seine Aufgabe, Verträge der Privatstiftung mit einem Vorstandsmitglied abzuschließen (sogenanntes In-sich-Geschäft). In-Sich-Geschäfte kommen in der Praxis häufig vor, da sich die Stiftungsvorstände oft aus Rechtsanwälten, Steuerberatern, Bankenmitarbeitern, Notaren, usw. zusammensetzen. Es ist nicht unüblich, dass das einzelne Vorstandsmitglied in seiner Eigenschaft als zB Rechtsanwalt, die Privatstiftung in rechtlichen Fragen berät und einen Beratungsvertrag mit der Privatstiftung abschließt.

Da Privatstiftungen keine Eigentümer haben, die kontrollieren können, ob diese Geschäfte für die Privatstiftung nachteilig sind, müssen nach § 17 Abs 5 PSG alle anderen Vorstandsmitglieder und zusätzlich das Gericht den Vertragsabschluss genehmigen.

Wenn das Vorstandsmitglied in seiner Eigenschaft als zB Notar tätig wird, sind zusätzlich noch andere Gesetze zu beachten, die einem Tätigwerden entgegenstehen können. Zu nennen ist etwa § 33 Abs 1 NO. Demnach darf ein Notar in Sachen, an denen er selbst beteiligt war, oder wenn in der Urkunde eine Verfügung zu seinem eigenen Vorteil aufgenommen werden soll, keine Notariatsurkunde aufnehmen.

Der OGH musste sich nun mit der Frage befassen, ob ein formwirksamer Notariatsakt vorliegt, wenn der beurkundende Notar als Vorstandsmitglied der Privatstiftung in der Sache selbst beteiligt ist.

### 2. OGH-Entscheidung (21.02.2023, 2 Ob 242/22k)

Im zu entscheidenden Sachverhalt hat der Alleingesellschafter einer GmbH seinen Geschäftsanteil mittels Schenkungsvertrags an eine Privatstiftung übertragen. Der für die Übertragung nötige Notariatsakt wurde von einem Notar errichtet, der zugleich Vorsitzender des Vorstandes der empfangenden Privatstiftung war. In weiterer Folge verstarb der übertragende Gesellschafter. Seine Witwe und seine Tochter wandten im Verlassenschaftsverfahren die Unwirksamkeit des Abtretungsvertrages ein. Im Wesentlichen brachten sie vor, dass der Vertrag deshalb gemäß § 33 Abs 2 NO unwirksam sei, da der beurkundende Notar zugleich Vorstandsmitglied der am Abtretungsvertrag beteiligten Stiftung war.

## works

Der OGH hat dazu entschieden, dass auch dann kein formwirksamer Notariatsakt vorliegt, wenn der beurkundende Notar „in der Sache selbst beteiligt“ ist. Nach Rsp des OGH ist ein Notar auch dann „in der Sache selbst beteiligt“, wenn er Organ oder Mitglied des vertretungsbefugten Organs einer juristischen Person ist, welche Vertragspartei des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts ist. Da der beurkundende Notar zugleich Mitglied des Stiftungsvorstandes war, lag kein formwirksamer Notariatsakt vor. Somit war das Vorbringen der Witwe und Tochter des Verstorbenen berechtigt. Die Verletzung der Formpflicht bewirkt die Unwirksamkeit der Geschäftsanteilsabtretung.

Die folgenschwere Konsequenz war, dass der GmbH-Geschäftsanteil nicht in das Eigentum der Privatstiftung übergang und stattdessen in den Nachlass fiel.

### 3. Fazit

Diese Entscheidung zeigt, dass immer dann größte Vorsicht geboten ist, wenn ein Mitglied des Stiftungsvorstandes zugleich in einer anderen Funktion an einem Rechtsgeschäft mit der Privatstiftung mitwirkt. Etwa als Vertragspartner, aber eben auch als beurkundender Notar. Um die aufgezeigten schwerwiegenden wirtschaftlichen Konsequenzen sowie Haftungen oder Abberufungen zu vermeiden, sollte man sich in Zweifelsfällen daher vor Abschluss des Rechtsgeschäfts rechtlich beraten lassen.



(Foto: WILKE)

#### Information

DDr. Katharina Müller, TEP  
T +43 1 535 8008, E [k.mueller@mplaw.at](mailto:k.mueller@mplaw.at)

Dr. Martin Melzer, LL.M.  
T +43 1 535 8008, E [m.melzer@mplaw.at](mailto:m.melzer@mplaw.at)

Müller Partner Rechtsanwälte  
Rockhgasse 6, 1010 Wien  
[www.mplaw.at](http://www.mplaw.at)