

Die Gesellschaft wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 9.10.2013 gegründet und am 17.11.2013 zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet. Mit Beschluss vom 22.11.2013 erging ein Verbesserungsauftrag, den Gesellschaftsvertrag durch einen Nachtrag so zu ändern, dass ein Gesellschafter im Falle seines Ausscheidens nach Pkt 11.1.1. (rechtskräftige Eröffnung eines Insolvenzverfahrens), Pkt 11.1.2. (rechtskräftige Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens) und Pkt 11.1.3. (rechtskräftige Bewilligung der Befriedigungsexekution auf den Geschäftsanteil eines Gesellschafters) den vollen Abtretungspreis gem Pkt 12.1. erhält und nicht nur die Hälfte, wie dies der letzte Satz von Pkt 12.1. vorsah. Das Erstgericht vertrat unter Hinweis auf die Entscheidung des OGH vom 16.3.2007, 6 Ob 142/05h, den Standpunkt, in diesen Fällen würden Ansprüche von Gläubigern des Gesellschafters geschmälert, dies sei sittenwidrig.

Diesem Verbesserungsauftrag wurde entsprochen, mit Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag vom 28.11.2013 der Pkt 12.1. des Gesellschaftsvertrages entsprechend geändert und mit Beschluss vom selben Tag die Eintragung der Gesellschaft bewilligt.

Mit Eingabe vom 9.7.2014 beehrte die Gesellschaft, vertreten durch ihren Geschäftsführer, die Eintragung der Abänderung des Gesellschaftsvertrages vom 9. 10. 2013 in seinem Pkt 12.1., die in der Generalversammlung vom 23.4.2014 beschlossen worden war. Die ursprüngliche Fassung des Gesellschaftsvertrages, die mit dem Verbesserungsauftrag vom 22.11.2013 beanstandet worden war, sollte wiederhergestellt werden. Dieses Eintragungsgesuch wies das Erstgericht mit Beschluss vom 28.8.2014 rechtskräftig ab, wobei die Abweisung einerseits mit der unzureichenden Vollmacht des in der Generalversammlung für alle Gesellschafter einschreitenden Rechtsanwalts und andererseits mit der Sittenwidrigkeit des neu gefassten Pkt 12.1. begründet wurde.

Mit ihrem Antrag vom 15.10.2014 beehrt die Gesellschaft neuerlich die Eintragung des geänderten Pkt 12.1. des Gesellschaftsvertrages (Beschlussfassung in der Generalversammlung vom 6.10.2014).

Die maßgebenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages in der aktuellen Fassung vom 9.10.2013 mit Nachtrag vom 28.11.2013 lauten wie folgt:

„10. Teilung, Belastung und Übertragung von Geschäftsanteilen

10.1. Die Übertragung, Teilung und Belastung von Geschäftsanteilen bedarf der Zustimmung der Gesellschaft, die durch Beschluss der Gesellschafter, bei dem auch der abtretungswillige Gesellschafter stimmberechtigt ist und der einer Mehrheit von zumindest drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf, erteilt wird. Der Beschlussfassung sind die genaue Bezeichnung des Übernehmers sowie die konkreten Übernahmebedingungen zugrunde zu legen. Ausdrücklich festgehalten wird, dass dieses Zustimmungserfordernis eine Vinkulierung im Sinne von § 76 Abs 4 GmbHG darstellt. Für eine Übertragung des Geschäftsanteils an eine mindestens im 75 %-Eigentum stehende Gesellschaft eines Gesellschafters gilt die Zustimmung als erteilt.

10.2. ... Der abtretungswillige Gesellschafter hat im Falle einer gänzlichen Abtretung seinen gesamten Geschäftsanteil und im Falle einer teilweisen Abtretung den entsprechenden Teil seines Geschäftsanteils den übrigen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung schriftlich anzubieten und die Geschäftsführung darüber schriftlich zu informieren. ... Den übrigen Gesellschaftern steht dann ... ein Vorkaufsrecht zu den Bedingungen zu, zu denen die Übertragung an den Dritten erfolgen würde. Für den Fall, dass die Gegenleistung sich nicht in Geld bemisst, ist die Gegenleistung in Geld zu bewerten. Für den Fall, dass die Übertragung unentgeltlich ist, ist der Geschäftsanteil des abtretungswilligen Gesellschafters nach Punkt 12. zu bewerten. Einigen sich der abtretungswillige Gesellschafter und die übrigen Gesellschafter nicht über den Wert, so ist die Bewertung durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in sinngemäßer Anwendung des Punktes 11.3. durchzuführen. Die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts beginnt ...

11. Abtretungsverpflichtungen/Aufgriffsrechte

11.1. Ist einer der nachfolgenden Tatbestände (Aufgriffstatbestand) verwirklicht, steht den übrigen Gesellschaftern an dem Geschäftsanteil (oder Teil desselben, der vom Aufgriffstatbestand betroffen ist) desjenigen Gesellschafters, in dessen Person einer der nachfolgenden Tatbestände ver-

★

Aufgriffsrecht und Abfindungsklauseln bei einer GmbH

§ 879 ABGB

§ 76 Abs 4 GmbHG

Beschränkt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH den Entgeltanspruch eines Gesellschafters im Wesentlichen nur für den Fall seines durch Konkurseröffnung bedingten Ausscheidens, nicht aber in einem vergleichbaren Fall auf weniger als den Verkehrswert, so liegt eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung vor.

OGH 30.3.2016, 6 Ob 35/16i (OLG Wien 28 R 64/15k; LG Wiener Neustadt 8 Fr 168/15t)

Im Firmenbuch des LG Wiener Neustadt ist seit 29.11.2013 die S. GmbH eingetragen. Ihre Gesellschafter sind G. S. mit einer Stammeinlage von 5.000 € sowie Mag. F. S. und die M. GmbH mit Stammeinlagen von je 2.500 €. Alleiniger Geschäftsführer mit selbständiger Vertretungsbefugnis ist seit der Ersteintragung G. S.

wirklich ist (abtretungspflichtiger Gesellschafter), ein Aufgriffsrecht nach Maßgabe nachstehender Bedingungen zu:

11.1.1. rechtskräftige Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Form des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters;

11.1.2. rechtskräftige Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens;

11.1.3. rechtskräftige Bewilligung der Befriedigungsexekution auf den Geschäftsanteil eines Gesellschafters zur Hereinbringung offener Forderungen, soweit die Exekution nicht innerhalb von sechs Monaten ab Eintritt der Rechtskraft des Exekutionsbewilligungsbeschlusses oder binnen einem Monat nach Beendigung eines Bezugs habenden Oppositions-/Impugnations-/Exszindierungsprozesses eingestellt wird;

11.1.4. rechtskräftige Entscheidung des Gerichts gemäß § 77 GmbHG, mit der die fehlende Zustimmung zur Übertragung oder Verpfändung gemäß Punkt 10.1. ersetzt wird;

11.1.5. [falls] die erfolgte Übertragung (aufgrund Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge, sei es unter Lebenden oder von Todes wegen) eines Geschäftsanteils eines Gesellschafters ungeachtet der absoluten Wirkung des Übertragungsverbots gemäß Punkt 10.1. rechtswirksam sein sollte und bei einer Übertragung von Todes wegen binnen zwei Monaten nach Einantwortung kein Zustimmungsbeschluss nach Punkt 10.1. erteilt wird;

11.1.6. [falls] eine Verkaufsanzeige nach Punkt 10.2 übermitteln wird;

11.1.7. Kündigung durch den Gesellschafter;

11.1.8. Beschluss der übrigen Gesellschafter, einen Gesellschafter nach Punkt 13. auszuschließen;

...

11.4. Erklärt jedoch im Falle des Punktes 11.1.5. der übernahmewillige Dritte, dass er bereit ist, auch sämtliche Geschäftsanteile der übrigen Gesellschafter zu denselben Bedingungen, wie die Veräußerung des Geschäftsanteils des abtretungswilligen Gesellschafters erfolgen soll, übernehmen zu wollen, und übermittelt der übernahmewillige Dritte eine beglaubigte Abschrift des mit dem übernahmewilligen Dritten abgeschlossenen notariellen Abtretungsvertrages und gleichzeitig jeweils ein an sämtliche übrigen Gesellschafter gerichtetes notarielles Anbot auf Erwerb deren gesamter Anteile zu denselben Bedingungen mit einer Bindungsfrist von zumindest 60 Tagen, so ist der Abtretungspreis nicht mittels Schiedsgutachtens zu ermitteln, sondern entsprechen der Abtretungspreis und die Bedingungen für die Abtretung für den Fall, dass das Aufgriffsrecht dennoch ausgeübt wird, denselben Bedingungen, wie die Abtretung an den übernahmewilligen Dritten erfolgt wäre ...

12. Abtretungspreis

12.1. Greifen die Gesellschafter einen Geschäftsanteil nach Punkt 11. auf und gelangt nicht Punkt 11.4. zur Anwendung, so errechnet sich der zu leistende Abtretungspreis nach dem Fachgutachten KFS/BWI des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhand oder nach einem allenfalls an seine Stelle tretenden Fachgutachten. Der Abtretungspreis entspricht dabei dem dem Geschäftsanteil anteilmäßig entsprechenden, nach den Grundsätzen des Fachgutachtens zu ermittelnden Unternehmenswert, wobei im Falle der Punkte 11.1.7. und 11.1.8. ein Abschlag in der Höhe von 50 % vorzunehmen ist ...

12.2. Im Falle eines vor dem 1.7.2015 liegenden Abtretungsstichtages entspricht der Abtretungspreis dem anteiligen Buchwert des ausgewiesenen Eigenkapitals (§ 224 Abs 3 A I bis IV UGB) zuzüglich allfälliger unverteilter Rücklagen (§ 224 Abs 3 B UGB) zu dem dem Abtretungsstichtag unmittelbar vorangehenden Regelbilanzstichtag, es sei denn, dass der Abtretungsstichtag ohnedies mit einem solchen zusammenfällt.“

In der Neufassung laut Generalversammlungsprotokoll vom 6.10.2014 soll Pkt 12.1. nun wie folgt lauten:

„12.1. Greifen die Gesellschafter einen Geschäftsanteil nach Punkt 11. auf und gelangt nicht Punkt 11.4. zur Anwendung, so errechnet sich der zu leistende Abtretungspreis nach dem Fachgutachten KFS/BWI des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhand oder nach einem allenfalls an seine Stelle tretenden Fachgutachten. Der Abtretungspreis entspricht dabei dem Geschäftsanteil anteilmäßig entsprechenden, nach den Grundsätzen des Fachgutachtens zu ermittelnden Unternehmenswert, wobei im Falle der Punkte 11.1.1., 11.1.2., 11.1.3., 11.1.7. und 11.1.8. ein Abschlag in Höhe von 50 % vorzunehmen ist ...“

- ▶ Das Erstgericht wies das Eintragungsgesuch ab.
- ▶ Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung.
- ▶ Der OGH gab dem Revisionsrekurs der Gesellschaft nicht Folge.

Aus der Begründung des OGH:

1. Regelt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH die Abfindung ausscheidender Gesellschafter nicht, so hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf den vollen Wert – den Verkehrswert – des Geschäftsanteils (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Anh § 71 Rz 17; 6 Ob 142/05h mwN). Die Frage, inwieweit hier Raum für abweichende Regelungen durch den Gesellschaftsvertrag besteht, wird in Lehre und Rspr unterschiedlich beantwortet.

2.1. Der erkennende Senat hat in der E 6 Ob 142/05h ausgesprochen, dass eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung dann vorliegt, wenn eine Klausel den Entgeltanspruch eines Gesellschafters im Wesentlichen nur für den Fall seines durch Konkursöffnung bedingten Ausscheidens, nicht aber in einem vergleichbaren Fall auf weniger als den Verkehrswert beschränkt, wobei der Fall der Kündigung der Gesellschaft durch den Gesellschafter kein idS „vergleichbarer“ Fall ist.

2.2. Der Grund dafür liege darin, dass der Gesellschafter nicht kündigen müsse, um aus der Gesellschaft auszuscheiden, sondern seinen Geschäftsanteil an einen Mitgesellschafter oder mit – gem § 77 GmbHG gerichtlich ersetzbarer – Zustimmung der übrigen Gesellschafter an Dritte veräußern und so den vollen Wert seines Geschäftsanteils realisieren könnte. Auch Gläubiger eines Gesellschafters seien im Exekutionsverfahren – anders als bei einer OG (§ 135 UGB) – nicht auf eine Kündigung der Gesellschaft angewiesen. Sie könnten trotz der Vinkulierung den Geschäftsanteil pfänden und zum Schätzwert verkaufen lassen (6 Ob 142/05h).

2.3. An dieser Entscheidung hat der erkennende Senat in der Folgeentscheidung 6 Ob 150/08i festgehalten und darauf hingewiesen, dass Aufgriffsrechte im Gesellschaftsvertrag wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig sein können, was insb dann naheliege, wenn der für den Fall des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung vorgesehene Preis sich von demjenigen in vergleichbaren Fällen unterscheide.

3.1. In der Literatur wird vielfach ein erheblicher Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Festlegung des Abfindungspreises angenommen (vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Anh § 71 Rz 18). Allerdings betonen mehrere Autoren, dass eine Abfindungsklausel wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig und unwirksam sein kann (*Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 76 Rz 138/2). Auch *Koppensteiner/Rüffler* (aaO, Anh § 71 Rz 18) räumen bei einem Ausschluss ohne wichtigen Grund ein, dass es sittenwidrig sei, einen derartigen Ausschluss an eine Buchwertklausel zu koppeln.

3.2. Nach verbreiteter Auffassung reicht aus, dass auch für einen Ausschluss aus wichtigem Grund derselbe reduzierte Abfindungsbetrag vorgesehen sei (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Anh § 71 Rz 18; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 75 Rz 137 mwN).

3.3. Die E 6 Ob 142/05h wurde im Schrifttum teilweise kritisiert und die Auffassung vertreten, dass eine für den Fall der

Konkureröffnung vorgesehene Reduktion des Entgeltanspruchs auf weniger als den Verkehrswert schon dann zulässig sei, wenn ein solcher auch für die Kündigung der Gesellschaft vorgesehen sei (*Wenger*, RWZ 2007/40; *Höller*, GesRZ 2007, 258; *Umlauft*, GesRZ 2009, 4; *ders*, NZ 2012/110).

3.4. *Kalss/Eckert* (Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65 [95]) betonen die sich aus § 879 ABGB ergebenden Grenzen. Entscheidend sei, dass der Gesellschafter nicht mehr die Wahl habe, seinen Anteil zum vollen Wert zu veräußern. Zulässig sei daher eine Buchwertklausel, die neben dem Insolvenzfall auch für den Fall des Ausschlusses aus wichtigem Grund vereinbart worden sei, ebenso, wenn der gesellschaftsvertraglich vereinbarte niedrigere Aufgriffspreis auch für die Anteilsübertragung vereinbart werde, dh, wenn es für den Aufgriff anlässlich einer beabsichtigten Anteilsübertragung nicht auf den vom Dritten angebotenen Preis ankomme; auch in diesem Fall habe der Gesellschafter eben nicht die Wahl der Veräußerung zum vollen Wert (*Kalss/Eckert*, aaO, 98; zustimmend *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 75 Rz 137).

3.5. Teilweise wird in der Literatur hingegen die Auffassung vertreten, dass selbst eine Gleichbehandlung von Exekution, Insolvenz, Ausschluss und Kündigung noch nicht ausreiche, weil der Gesellschafter dann immer noch die Möglichkeit habe, seinen Anteil zu verkaufen (vgl. *Umfahrer*, Aufgriffsrechte, Abfindungsregelungen und Vinkulierungsbestimmungen als Gestaltungsinstrumente im GmbH-Gesellschaftsvertrag, in *Kalss/Schauer*, 100 Jahre GmbH [GesRZ-Spezial, Dezember 2006], 30; *Trenker*, JBl 2012, 289).

3.6. Nach *Umfahrer* müssten Fälle des freiwilligen und nicht freiwilligen Ausscheidens eines Gesellschafters gesellschaftsvertraglich für Zwecke der Bestimmung des Abfindungspreises gleich behandelt werden, jedoch könne der Abfindungspreis nicht unter 50 % des Verkehrswertes des betroffenen Geschäftsanteils gesenkt werden.

3.7. Nach anderen Autoren (*Umlauft*, GesRZ 2009, 4 [8 ff]; *Fragner*, Aufgriffsrecht, 111 ff, unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien; *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009, 82 [87]) sei § 76 Abs 4 GmbHG auf Aufgriffsrechte zu erstrecken. Die darin enthaltene Regelung sei eine verallgemeinerungsfähige „Grundwertung des Gesetzgebers“. Das Gesetz normiere eine zwischen den Interessen der Gesellschaft und demjenigen des Gesellschafters bzw seiner Gläubiger ausgleichende Lösung: Die Vinkulierung bleibt zwar aufrecht, die Masse erhält aber den Schätzwert. Damit sei dem Masseverwalter die dem veräußernden Gesellschafter außerhalb von Exekution und Insolvenz offenstehende Möglichkeit verwehrt, einen Käufer zu suchen, der mehr als den Schätzwert bietet, den dann der von der Gesellschaft namhaft gemachte Erwerber (vgl § 77 letzter Satz GmbHG) zu akzeptieren hätte (*Kletečka*, aaO, 87; *Umlauft*, GesRZ 2009, 7). Der § 76 Abs 4 GmbHG zu entnehmende Interessenausgleich bestehe gerade darin, einerseits die gesellschaftsvertragliche Klausel auch im Konkurs bestehen zu lassen (Gesellschafterinteresse), auf der anderen Seite der Masse den Schätzpreis (Gläubigerinteresse) zu sichern. Diese gesetzgeberische Wertung dürfe bei der Prüfung von Aufgriffsrechten nicht vernachlässigt werden (*Kletečka*, aaO).

3.8. Nach *Trenker* (GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281) seien Aufgriffspreisbeschränkungen in der Exekution oder Insolvenz des Gesellschafters nicht nur dann unwirksam, wenn sie im Wesentlichen nur für den Fall der Insolvenzeröffnung getroffen wurden; vielmehr seien sie sittenwidrig, sofern sie nicht auch für jede Konstellation des sonstigen Ausscheidens vereinbart würden.

3.9. Nach der Rspr des BGH genügt es für die Zulässigkeit einer derartigen Klausel, dass die Satzung für vergleichbare Fälle die gleiche Regelung treffe. Dies sei dann der Fall, wenn sich der Gesellschafter außer im Fall der Anteilspfändung auch bei seiner Ausschließung aus wichtigem Grund mit einem Einziehungsentgelt begnügen müsse, das ohne Ansatz eines Geschäftswertes zu berechnen sei (BGH II ZB 12/73, Rn 15; II ZR 73/99). Dieser Auffassung haben sich in Österreich ua *Koppensteiner/Rüffler* (GmbHG³, Anh § 71 Rz 18) angeschlossen.

4.1. Nach neuerlicher Prüfung findet der erkennende Senat keinen Grund, von der in der E 6 Ob 142/05h zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht abzugehen.

4.2. Bereits in dieser Entscheidung hat der erkennende Senat darauf hingewiesen, dass dem Gesellschafter außerhalb seines Konkurses die Möglichkeit der Veräußerung seines Anteils offenstehe; diese Möglichkeit sei dem Gesellschafter im Anlassfall genommen worden. Durch die Normierung eines Aufgriffsrechts gezielt für den Insolvenzfall werden die Gläubiger im Fall der Insolvenz eines Gesellschafters schlechter gestellt als sie außerhalb der Insolvenz stünden. Damit wird die Befriedigung der Gläubiger gerade in einer Situation beeinträchtigt, in der sie auf den Zugriff auf den durch die Geschäftsanteile repräsentierten Vermögenswert am meisten angewiesen sind. Ein redlicher Schuldner würde eine derartige Vereinbarung nicht abschließen, weil sich diese Vereinbarung nur zulasten der Befriedigung der Gläubiger auswirkt, dem aber kein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft gegenübersteht.

4.3. Nach der Literatur bezwecken Buchwertklauseln in aller Regel die Förderung der Rechtssicherheit und die Vereinfachung der Berechnung der Abfindung (*Koppensteiner/Rüffler*, aaO, Anh § 71 Rz 18). Das Argument der Vereinfachung der Berechnung vermag im vorliegenden Fall jedoch schon deshalb nicht zu tragen, weil für die nunmehr vorgesehene Begrenzung des Entgeltanspruchs des Gesellschafters auf die Hälfte des Verkehrswertes zunächst ohnedies der Verkehrswert ermittelt werden müsste. Im Vergleich zur Stamfassung des Gesellschaftsvertrages führt die neue Regelung daher nicht zu einer Vereinfachung, sondern erfordert vielmehr einen zusätzlichen, wenn auch einfachen Rechenschritt. Anders als bei einer Buchwertklausel greift bei der vorliegenden Klausel das Vereinfachungsargument daher nicht. Gleiches gilt für das Argument der Rechtssicherheit, ist doch nicht zu erkennen, inwiefern durch die nunmehr vorgesehene Halbierung des nach der derzeitigen Regelung maßgeblichen Verkehrswertes ein Gewinn an Rechtssicherheit liegen soll.

4.4. Nicht überzeugend ist auch der Einwand, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, auf den bei der Prüfung der Gültigkeit abzustellen ist, typischerweise kein Missverhältnis

zwischen Wert der Einlage und Abfindungsbetrag vorliege (*Koppensteiner/Rüffler*, aaO, Anh § 71 Rz 18 mwN), weil das Entstehen eines Firmenwertes und von stillen Reserven in aller Regel vorhersehbar ist (dies räumen auch *Koppensteiner/Rüffler* [aaO, Anh § 71 Rz 18 aE] ein).

4.5. Überzeugend erscheint im vorliegenden Zusammenhang hingegen der Hinweis auf die aus § 76 Abs 4 GmbHG, der die exekutive Verwertung eines vinkulierten Gesellschaftsanteils regelt, zu entnehmende Wertung. Daraus ergibt sich zweifelsfrei die Wertung des Gesetzes, dass die Gläubigerbefriedigung den Interessen der Gesellschaft vorgeht und die Gläubiger jedenfalls den Schätzwert des Anteils erhalten sollen.

4.6. Die E 3 Ob 223/11g, wonach § 76 Abs 4 GmbHG auf Aufgriffsrechte nicht anzuwenden ist, weil diese kein – einer Vinkulierung vergleichbares – Vetorecht, sondern nur ein Vorkaufsrecht darstellen, steht dem nicht entgegen, weil diese Entscheidung nur die Frage des Schutzes eines (Mit-)Gesellschafters betraf. Im vorliegenden Zusammenhang geht es demgegenüber um die auf allgemeiner Ebene zugrunde liegende gesetzgeberische Wertung, dass die Gläubigerbefriedigung Vorrang vor Gesellschaftsinteressen hat.

4.7. Im Rahmen der für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit erforderlichen Gesamtabwägung ist auch zu beachten, dass die Insolvenz eines Gesellschafters bei der GmbH für die Gesellschaft weniger nachteilig ist als bei einer Personengesellschaft, weil die Gesellschafter nicht persönlich haften, sodass die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft nicht in gleichem Ausmaß von jener der Gesellschafter abhängt. Auch ist bei der Veräußerung eines Geschäftsanteils weder Bestand noch Liquidität der Gesellschaft tangiert, sodass auch unter diesem Gesichtspunkt keine sachliche Rechtfertigung für eine Beschränkung des Entgeltanspruchs des Gesellschafters erkennbar ist.

4.8. Soweit der BGH darauf verweist, die Gesellschaft und die Gesellschafter hätten ein legitimes Interesse daran, das Eindringen eines Fremden in die Gesellschaft zu verhindern (BGH II ZR 12/73, Rn 15), ist dem entgegenzuhalten, dass die Gesellschaft und die Gesellschafter ein derartiges Eindringen auch außerhalb der Insolvenz hinnehmen müssen. Wenn der Gesellschafter seinen Anteil frei veräußern kann, muss dies auch außerhalb der Insolvenz hingenommen werden. Dem Schutz vor Veränderungen im Stand der Gesellschafter dient die Vinkulierung, die aber nach § 76 Abs 4 GmbHG gerade nicht die Erzielung des Schätzwertes für die Gläubiger verhindert.

4.9. Damit erweist sich die begehrte Satzungsänderung – wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben – aber als unzulässig. Rechtsfolge der dargelegten Sittenwidrigkeit ist die Nichtigkeit der betreffenden Satzungsbestimmung (§ 879 Abs 1 ABGB). Diese durch sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung begründete Nichtigkeit ist von Amts wegen wahrzunehmen (6 Ob 142/05h) und begründet ein Eintragungshindernis (*Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG, § 15 Rz 33; 6 Ob 142/05h).

5.1. Damit kommt es im vorliegenden Fall auf die im Schrifttum unterschiedlich beantwortete Frage, ob Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters überhaupt

vereinbart werden können oder ob einer solchen Regelung in der Satzung § 26 Abs 3 IO entgegensteht (für Anwendbarkeit des § 26 Abs 3 IO *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 26 KO Rz 91 ff; ebenso die überwiegende Rspr der Gerichte zweiter Instanz; vgl *Umlauf*, GesRZ 2009, 6; dagegen *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Anh § 76 Rz 10; *Kletečka*, GesRZ 2009, 82 ff; vgl auch *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65 [95 ff]; für Einschränkung auf den Fall, dass der Abfindungspreis dem Verkehrswert entspricht, *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 423; *Fantur*, GES 2007, 188; offengelassen in 6 Ob 21/79; 6 Ob 241/98d und 6 Ob 142/05h; für Anwendbarkeit des § 26 Abs 3 IO auf Kaufoptionen aber 8 Ob 4/92), nicht an.

5.2. Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass im vorliegenden Fall der Gesellschaftsvertrag bereits in der Stammfassung ein Aufgriffsrecht für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters vorsah, allerdings noch zum vollen Verkehrswert. Die einzige Änderung, die nunmehr vorgenommen wurde, liegt darin, den Übernahmepreis ua für diesen Fall auf die Hälfte zu reduzieren. Damit liegt aber in der grundsätzlichen Normierung eines Aufgriffsrechts für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters gar keine im Eintragungsverfahren zu prüfende Änderung des Gesellschaftsvertrages vor (vgl 6 Ob 271/03a).

6.1. Ebenso wenig bedarf es eines Eingehens auf die vom Rekursgericht weiters herangezogene Begründung, wonach der Insolvenzverwalter von der Abtretungsverpflichtung – selbst wenn man diese für zulässig erachten würde – als zweiseitig noch nicht erfülltem Vertrag zurücktreten könne. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass der OGH bereits ausgesprochen hat, dass Gesellschaftsverträge von § 21 IO nicht erfasst sind, weil sie keine synallagmatischen Verträge sind (7 Ob 2097/96z).

6.2. Die Rekursausführungen zur Anwendbarkeit der §§ 25a, 25b IO gehen ins Leere, weil das Rekursgericht die Abweisung des Eintragungsbegehrens nicht mit den zitierten Bestimmungen begründet hat. ...

Anmerkung:

1. Dieser Entscheidung ist mE im Wesentlichen zuzustimmen. Offen bleiben aber etliche Fragen.

2. Das Aufgriffsrecht (häufig bei GmbHs zu finden; vgl *Reich-Rohrwig*, Analyse der Satzungen von Aktiengesellschaften in Österreich, in FS Aicher [2012] 605 [607]; nun auch bei der AG zulässig; vgl *Brugger*, Aktuelles zur Satzungsstrenge nach OGH 6 Ob 28/13f, NZ 2014, 145 mwN) soll hier ausgeübt werden können im Falle von Verkaufswille, Kündigung, Ausschlussbeschluss (laut Gesellschaftsvertrag mit 75 %-Mehrheit aus wichtigem Grund) etc, aber auch bei Insolvenz und Zwangsvollstreckung. Dabei sollte der Abtretungspreis im vor dem 1.7.2015 (dh bis rund 21 Monate nach Gründung) eintretenden Aufgriffsfall dem Buchwert des Eigenkapitals zuzüglich Rücklagen entsprechen. Dazu konnte (und musste) der OGH keine Aussage treffen; mE sind aber Buchwertklauseln und andere preisreduzierende, pönalisierende oder gar „enteignungsähnliche“ Klauseln für das zwangsweise Ausscheiden (Aufgriff, Ausschluss) jedenfalls problematisch. Die gegenteilige Entscheidung des OLG Wien vom 22.7.2011, 28 R 141/11b, NZ 2012, 285, stellte mE fälschlich auf den Zeitpunkt des Gesellschaftsvertragsabschlusses und die bei GmbH-Gründung gegebene Äquivalenz von Unternehmenswert und Buchwert ab (ebenso *Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für

den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, WBl 2008, 353 [360]), statt auf den Ausscheidenszeitpunkt abzustellen, zu dem oft der Unternehmenswert den Buchwert beträchtlich übersteigt (zutreffend BGH 13.3.2006, II ZR 295/04: Sittenwidrigkeit infolge nachträglich entstandener grober Diskrepanz; ähnlich OGH 25.3.2003, 1 Ob 67/03i: Missverhältnis bei Option ist gemäß Zeitpunkt der Ausübung zu beurteilen).

Nur *obiter* zitiert der OGH die Literatur, wonach eine (hier aber nicht zur Entscheidung anstehende) Buchwertklausel wegen ihres Vereinfachungspotenzials eine Rechtfertigung finden könnte. Ich bezweifle zudem, dass der OGH damit eine Gläubigerbenachteiligung rechtfertigen würde.

3. Erst für die Zeit nach dem 1.7.2015 sollte die Abfindung gemäß Fachgutachten KFS/BW 1 ermittelt werden. Hier gingen die Parteien offenbar von der – vom Firmenbuchgericht nicht aufzugreifenden – verbreiteten Fehlmeinung aus, dass ein gemäß Fachgutachten KFS/BW 1 erstelltes Schiedsgutachten einen klaren Preis ergebe, obwohl aus einer Unternehmensbewertung nur (sehr große) Bewertungsbandbreiten resultieren (vgl. *Brugger*, Unternehmenserwerb [2014] Rz 302 und das Beispiel dort in Rz 296).

4. Nach Eintragung der GmbH wurde die nun strittige Gesellschaftsvertragsänderung beschlossen und zwar in Richtung Reduktion des Abtretungspreises auf 50 % (nicht nur – wie bisher – bei Kündigung eines Gesellschafters oder bei einem Ausschluss, sondern) auch für die Fälle der Insolvenz und Zwangsvollstreckung. Damit hätten die Mitgesellschafter zum Nachteil der Gläubiger den Geschäftsanteil um die Hälfte des wahren Wertes aufgreifen können.

Eine Vertragsklausel, die (nur) auf Gläubigerbenachteiligung abzielt, ist sittenwidrig und nichtig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Diese – nicht überraschende – Aussage war schon seit der OGH-Entscheidung vom 16.3.2007, 6 Ob 142/05h (bei Gesellschafterkonkurs Aufgriff zum Buchwert; *obiter* bestätigt von OGH 7.8.2008, 6 Ob 150/08i), klar. Demnach kann Sittenwidrigkeit vorliegen, wenn der für den Fall des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung vorgesehene Aufgriffspreis sich von demjenigen in vergleichbaren Fällen unterscheidet, die Gläubiger also diskriminiert werden.

Im konkreten Fall sieht der Gesellschaftsvertrag (unbeanstandet) vor, dass der auf die Hälfte reduzierte Wert zu zahlen sei, wenn der Gesellschafter selbst kündigt oder wenn die anderen Gesellschafter seinen Ausschluss (aus wichtigem Grund) beschließen. Es sind also zwei Fälle vorgesehen, in denen nicht der volle Unternehmenswert abgezogen ist. Aber dies bedeutet im Umkehrschluss, dass der Gesellschafter in allen anderen Fällen, also im normalen Gang der Dinge (zB Verkaufsabsicht, die das Aufgriffsrecht auslöst, oder auch im ebenfalls vertraglich vorgesehenen Vorkaufrechtsfall oder bei normalem Verkauf an Dritte), sehr wohl den vollen Wert des Geschäftsanteils lukrieren kann. Mit der Reduktion auf 50 % des Wertes werden nur die Fälle der Kündigung und des Ausschlusses aus wichtigem Grund – und gemäß der geplanten Vertragsanpassung auch die Gläubigerbefriedigungsfälle (Insolvenz, Zwangsvollstreckung) – „bestraft“. Schon in der E 6 Ob 142/05h wurde mE zutreffend ausgesprochen, dass eine Preisreduktion im Kündigungsfall keine Rechtfertigung für eine Preisreduktion im Gläubigerbefriedigungsfall sein kann („Der Kündigungsfall ist dem Konkursfall ... nicht vergleichbar ...“). Daher liege letztlich eine Benachteiligung (nur) von Gläubigern vor, außer der Gesellschaftsvertrag zeigt, dass nicht nur Gläubiger diskriminiert werden, sondern auch „gleichartige“ Fälle. Hier setzt sich der OGH mE zutreffend vom BGH ab, der eine Preisreduktion beim „Ausschluss aus wichtigem Grund“ doch als Rechtfertigung für die gleiche Preisreduktion bei Zwangsversteigerung ansieht. Aus § 76 Abs 4 GmbHG sei aber laut OGH ersichtlich, dass sogar eine Vinkulierung hinter das Zwangsvollstreckungsinteresse zurücktreten muss.

5. Eine Gläubigerbenachteiligung wäre mE nur dann nicht vorgelegen, wenn für zumindest mehrere vergleichbare Veräußerungs- oder Ausscheidensfälle die gleiche Preisreduktion vorgesehen gewesen wäre, insb bei Veräußerung an Dritte (Vorkaufsfall) und bei Zwangsvollstreckung. Dies ist in der Praxis aber kaum vorstellbar. Für zu streng halte ich aber die Ansicht, dass eine Preisbeschrän-

kung im Insolvenzfall nur dann zulässig sei, wenn überhaupt kein (!) anderer Ausscheidensfall eine höhere Abfindung vorsieht (so *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG [2014] § 76 Rz 33).

6. Der OGH erteilte (wiederum; vgl schon OGH 17.4.1996, 7 Ob 2097/96z, betreffend eine GesBR) dem Gedanken eine Absage, dass der Insolvenzverwalter von einer Abtretungsverpflichtung nach § 21 IO („noch nicht oder nicht vollständig“ erfüllter Vertrag) zurücktreten könne, weil § 21 IO nur auf synallagmatische Verträge anwendbar sei und Gesellschaftsverträge das nicht sind. Dies greift aber mE zu kurz (oder „knapp daneben“), weil es ja nicht um den „Gesellschaftsvertrag“ geht, sondern um das (innerhalb oder außerhalb eines Gesellschaftsvertrages begründete) Aufgriffsrecht.

7. Die in der Literatur strittige Anwendung von § 26 Abs 3 IO („Anträge des Schuldners ... ist der Insolvenzverwalter nicht gebunden.“) auf Aufgriffsrechte bleibt weiterhin offen, wobei der OGH hier eine ältere Entscheidung zitiert, die die Frage aber (entgegen dem Anschein in der nunmehrigen Entscheidung) lediglich *obiter* behandelte (vgl OGH 11.3.1993, 8 Ob 4/92: „Es ist nämlich nicht entscheidungswesentlich, ob es sich bei dem ‚unwiderruflichen Kaufanbot‘ der Gemeinschuldnerin um eine gewöhnliche, jedenfalls § 26 Abs 3 KO zu unterstellende Kaufoption des Klägers, einen Optionsvertrag oder ... handelt ...“). Die Gegenposition, nämlich die Unanwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO auf Aufgriffsrechte, wird aber von *Schopper* (in *Gruber/Harrer*, GmbHG, § 76 Rz 33) als „mittlerweile wohl hM“ bezeichnet. Dagegenzuhalten wäre aber mE, dass Options- oder Aufgriffsrechte (auch ein *drag along*; vgl *Brugger*, Unternehmenserwerb, Rz 1660) letztlich bedingte Abtretungsanbote sind (also doch „Anträge des Schuldners“; zur Option vgl RIS-Justiz RS01115633).

Walter Brugger

Hon.-Prof. Dr. Walter Brugger ist Rechtsanwalt und Gründungspartner einer bekannten Rechtsanwältin-GmbH in Wien.