

NZ 2024/168

## Gestaltung gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsrechte im Insolvenzfall

Das Thema gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsrechte im Insolvenzfall ist seit über 20 Jahren Dauerbrenner der rechtswissenschaftlichen Diskussion und zugleich Brandherd vieler Probleme der Praxis. Mit den E 6 Ob 64/20k und 6 Ob 86/21x hat der OGH zentrale Grundsatzfragen geklärt, indem er statutarische Aufgriffspreise prinzipiell für insolvenzfest, regelmäßig mitvereinbarte Aufgriffspreisbeschränkungen aber nur unter strengen Voraussetzungen für zulässig erachtet. Wie diese Voraussetzungen im Detail zu verstehen sind, vor allem aber, wie sie praktisch umzusetzen sind, bereitet Kautelarjuristen und (Firmenbuch-)Gerichten freilich weiterhin Kopfzerbrechen. Dieser Beitrag unterzieht die Vorgaben der Judikatur einer näheren Analyse anhand ihrer Entwicklung, präsentiert zwei Varianten zulässiger Vertragsgestaltung mit konkreten Formulierungsvorschlägen und diskutiert abschließend noch Vor- und Nachteile eines Vorkaufsrechts als alternativer Gestaltungsmöglichkeit.<sup>1</sup>

Von Martin Trenker und Gerald Schmidberger

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Insolvenzzrechtliche Zulässigkeit von Aufgriffsrechten
  1. Vereinbarkeit mit § 26 Abs 3 IO
  2. Vereinbarkeit mit §§ 25 a, b IO
  3. Exkurs: Keine Insolvenzzfestigkeit syndikatsvertraglicher Aufgriffsrechte
- C. Insolvenzzrechtliche Zulässigkeit von Aufgriffspreisbeschränkungen
  1. Problemaufriss
  2. Entwicklung der Rechtsprechung
  3. Analyse der Vorgaben des OGH
  4. Zwischenergebnis
- D. Lösungen für die Praxis
  1. Praktische Ausgangslage
  2. Verkehrswertlösung
    - a) Allgemeines
    - b) Zur „richtigen“ Bewertungsmethode
    - c) Gesellschaftsvertraglicher Gestaltungsspielraum
    - d) Schiedsgutachtenvereinbarung
  3. Schlechterstellungsverbotslösung
    - a) Umfassende Absicherung des Schlechterstellungsverbots
    - b) Grenzen der Beschränkbarkeit des Aufgriffspreises
  4. Vorkaufsrecht als Alternative zum Aufgriffsrecht?

### A. Einleitung

Das Thema der „Bestandfestigkeit“ gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsrechte im Insolvenzfall, zumeist iVm einer Reduktion des Aufgriffspreises im Vergleich zum „Marktpreis“, provoziert seit Jahrzehnten eine kaum mehr überschaubare Menge an wissenschaftlichen Stellungnahmen.<sup>2</sup> Die Problemstellung kann gewisserma-

<sup>2</sup> Siehe lediglich folgende Einzeluntersuchungen (und selbst dies ohne Anspruch auf Vollständigkeit): Nitsche, Insolvenzzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in FS Jelinek (2002) 187; Höller, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Gesellschafters, ZIK 2004, 151; Duursma-Kepplinger/Duursma, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffs- und Andienungsrechte im Konkursfall, in Buchegger, Beiträge zum Zivilprozeßrecht VI (2002) 175 (189 f); Schmidberger, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in Kals/Rüffler, Satzungs-gestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 93; Rüffler, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, wbl 2008, 353; Kletečka, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009, 82; Leupold, Das IRÄ-BG – Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010, 167; Fellner, Auswirkungen des Insolvenzzrechtsänderungsgesetzes 2010 auf gesellschaftsvertraglich verankerte Aufgriffsrechte, RdW 2010, 259; Eckert, Insolvenz von Gesellschaftern, in Konecny, Insolvenz-Forum 2010 (2011) 59; Umlauf, Insolvenzzöffnung als gesellschaftsvertraglich vereinbarter Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft: Zulässigkeit nach IRÄG 2010? in FS G. H. Roth (2011) 845; Taufner, Gesellschaftsvertragliche Ausschluss- und Aufgriffsrechte nach dem IRÄG 2010, GesRZ 2011, 157; Umlauf, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters, NZ 2012, 289; Trenker, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281; Trenker, Anmerkung zu OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i, JBl 2016, 446 (449); Seidl/Weileder, Aufgriffsrechte in der Insolvenz des GmbH-Gesellschafters – Überblick über den Meinungsstand und Plädoyer für eine verwertungsabhängige Lösung, in Clavara/Knapp/Mohr, Jahrbuch Insolvenzzrecht und Sanierungsrecht 2016 (2016) 291; Weichselbaumer, Aufgriffsrechte für die GmbH-Gesellschafterinsolvenz (2016) passim; Told, Anmerkung zu OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i, ecolex 2016, 784 (785); Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> (2018) § 4 Rz 82 ff; Schmidberger, Gestaltung von GmbH-Verträgen<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Der gegenständliche Aufsatz beruht auf einem Vortrag, den die Verfasser am 10. 3. 2024 auf einem Symposium an der Universität Innsbruck gehalten haben, und entspricht im Wesentlichen dem Beitrag im dazugehörigen Tagungsband Trenker/Schmidberger, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, in Anzenberger/Hütter/Pichler, Insolvenzzprophylaktische Vertragsgestaltung, der in Kürze beim Verlag Österreich erscheinen wird.

ßen als Paradigma für die dogmatisch äußerst anspruchsvolle Schnittstelle von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht bezeichnet werden.

Auch wenn der Aufgriff der Gesellschaftsbeteiligung eines insolventen Gesellschafters im Wirtschaftsleben nicht gerade auf der Tagesordnung steht, ist die Themenstellung von immenser praktischer Bedeutung: Derartige Aufgriffsrechte für den Insolvenzfall dürften erfahrungsgemäß fast standardmäßig in Gesellschaftsverträge aufgenommen werden, womit sie – bei Kapitalgesellschaften<sup>3</sup> – der Kontrolle der Firmenbuchgerichte unterliegen (näher unten C.4, D.1).

Mit der E 6 Ob 64/20k hat der OGH allerdings eine Art Grundsatzentscheidung zu diesem Themenkomplex gefällt, sodass sich die folgenden Ausführungen im ersten Teil weitgehend darauf beschränken können, den Gehalt dieser E nachzuvollziehen und zu analysieren. Dabei lassen sich im Wesentlichen zwei Fragestellungen auseinanderhalten: Erstens ist zu klären, ob Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters überhaupt wirksam vereinbart werden können (dazu unten B.1). Das ist deshalb fraglich, weil man die Gläubiger dieses Gesellschafters dadurch ja im Ergebnis um den Gesellschaftsanteil als Verwertungsobjekt bringt. Dementsprechend sind mit § 26 Abs 3 IO und §§ 25 a, b IO gleich zwei normative Hindernisse ersichtlich, die der Insolvenzfestigkeit von Aufgriffsrechten entgegenstehen könnten. Da sich diese Hindernisse – so viel sei vorweggenommen – richtigerweise überwinden lassen, stellt sich zweitens die Frage, ob auch der Preis für einen Aufgriff im Insolvenzfall unter den Verkehrswert reduziert werden kann (unten C.1). Eine derartige Verein-

barung stößt aus Gläubigersicht auf besondere Bedenken, weil dabei *prima vista* nicht einmal adäquater Geldersatz für den Gesellschaftsanteil in die Masse fließt.

Dennoch wird zu zeigen sein, dass der OGH eine solche Gestaltung im Grundsatz erlaubt, sofern äußerst strenge Vorgaben beachtet werden (unten C.2, C.3). Im zweiten Teil des Beitrags wird deshalb versucht, den Gestaltungsspielraum innerhalb dieser Vorgaben auszuloten. Konkret sollen zwei verschiedene Varianten zulässiger Vertragsgestaltung präsentiert werden, von denen man eine als „Verkehrswertlösung“ (unten D.2), die andere als „Schlechterstellungsverbotslösung“ (unten D.3) bezeichnen kann.

Der gegenständliche Beitrag bezieht sich – aus Gründen besserer Darstellbarkeit und Lesbarkeit – nur auf die GmbH bzw die Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters. Die Ausführungen gelten aber nicht nur für die FlexCo (vgl § 1 Abs 2 FlexKapGG),<sup>4</sup> sondern auch für die AG. Das Problem der Aufgriffspreisbeschränkungen (unten C.1) stellt sich überdies in vergleichbarer Weise für die Insolvenz von Personengesellschaftern, dort freilich unter dem „Etikette“ der Abfindungsbeschränkung, weshalb die Vertragsgestaltungsvorschläge *mutatis mutandis* auch für die Rechtsformen der OG, KG und GesbR fruchtbar gemacht werden können.<sup>5</sup> Auch der Exekutionsfall wird entsprechend des Themenschnitts dieses Beitrags weitgehend<sup>6</sup> ausgeklammert; die Ausführungen zur Zulässigkeit von Aufgriffspreisbeschränkungen (unten C.1) gelten jedoch für vereinbarte Aufgriffsrechte im Exekutionsfall prinzipiell entsprechend.

## B. Insolvenzrechtliche Zulässigkeit von Aufgriffsrechten

### 1. Vereinbarkeit mit § 26 Abs 3 IO

§ 26 Abs 3 IO ordnet an, dass Anträge des Schuldners mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen. Das hat eine Mindermeinung im Schrifttum<sup>7</sup> und auch einige unterinstanzliche Gerichte<sup>8</sup> zur Annahme verleitet, ein Aufgriffsrecht sei auch ein solcher „Antrag“. Dieser Schluss ist deshalb nicht gänzlich von der Hand zu wei-

(2020) 53; *Huemer/Haglmüller*, „Aus“ für das Aufgriffsrecht der Gesellschafter im Falle eines insolventen Mitgesellschafters? RdW 2019, 747; *Schopper/Walch*, Aufgriffsrechte in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, NZ 2019, 441; *Schmidberger/Chalupsky/Duursma*, Unwirksamkeit von gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters? GES 2020, 3; *Huemer/Haglmüller*, OGH erlaubt Aufgriff in der Insolvenz – ohne Untergriffe beim Preis, GES 2020, 415; *Gonaus/Schmidberger*, Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters zulässig! RdW 2020, 896; *Wilfinger*, Aufgriffsrechte für die Gesellschafterinsolvenz, ZIK 2020, 215; *Seekirchner*, Anmerkung zu OGH 16. 9. 2020, 6 Ob 64/20k, ÖBA 2021, 107 (109); *R. Rastegar*, OGH: Langersehnte Klärung zu insolvenzbezogenen Aufgriffsklauseln, ÖJZ 2021, 205; *Hartlieb/Simonshvili/Zollner*, Aufgriffsrechte und Gesellschafterinsolvenz, *ecolex* 2021, 129; *Rüffler*, Anmerkung zu OGH 16. 9. 2020, 6 Ob 64/20k, *GesRZ* 2021, 43 (51); *Gonaus/Schmidberger*, Aufgriffsrechte im Lichte der aktuellen Judikatur, RdW 2021, 607; *Fantur*, Abfindungsbeschränkung bei Aufgriffsrechten: Kritisches zu den jüngsten OGH-Entscheidungen, *Ges* 2021, 213; *Kalss*, Der Anteilspreis darf verschieden sein! *GesRZ* 2023, 69; *Szep/Müller*, Altes und Neues zu Regelungsmöglichkeiten bei Aufgriffsfällen und Aufgriffspreisen, *Ges* 2023, 265.

<sup>3</sup> Anders ist die Rechtslage bei Personengesellschaftsverträgen, die beim Firmenbuch nicht offengelegt werden müssen und daher keiner „Vorabprüfung“ durch das Firmenbuchgericht unterliegen.

<sup>4</sup> Bei der FlexCo wird bisweilen sogar in Frage gestellt, ob es sich um eine eigene Rechtsform oder nur um eine Sonderform der GmbH handelt; dazu zB jüngst mwN *H. Foglar-Deinhardstein*, FlexCo und Umgründungen – ein Spannungsfeld, *ecolex* 2024, 512.

<sup>5</sup> Siehe zur Vergleichbarkeit von Abfindungs- und Aufgriffspreisbeschränkungen auch RS0121812.

<sup>6</sup> Der Vollständigkeit halber Erwähnung findet er jedoch im Vertragsmuster zur Schlechterstellungsverbotslösung (unten unter D.3.b).

<sup>7</sup> *Nitsche* in FS Jelinek 187 (194); *Duursma-Kepplinger/Duursma* in BeitrZPR VI 175 (189 f); *Höller*, ZIK 2004, 151 (154 f); *Brugger*, Anmerkung zu OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16j, *GesRZ* 2016, 289 (293); *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 4/540 a.

<sup>8</sup> OLG Linz 6 R 95/19m NZ 2019, 466.

sen, weil der Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern durch das Aufgriffsrecht sozusagen antizipiert für den Fall seiner Insolvenz den „Kauf“ des Geschäftsanteils zum gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Preis anbietet. Konsequente Rechtsfolge dieser Sichtweise wäre, dass das Aufgriffsrecht mit Insolvenzeröffnung *ex lege* erlöschen würde, ohne dass den Mitgesellschaftern irgendeine Form der Entschädigung zukäme.<sup>9</sup>

Dieser allzu formalen Sichtweise ist der 6. Senat des OGH zu 6 Ob 64/20k aber mit Recht nicht gefolgt: § 26 Abs 3 IO hat erkennbar einseitige und unentgeltliche Angebote iSd § 861 ABGB vor Augen.<sup>10</sup> Eine gesellschaftsvertragliche Klausel ist jedoch weder einseitig noch unentgeltlich.<sup>11</sup> Insoweit ist vielmehr zu bedenken, dass die Rechtsfolge des *Ex-lege*-Erlöschens für eine einzelne Klausel eines Gesamtvertragsgefüges zu völlig interessenwidrigen Ergebnissen führen könnte. Es wäre der Gesellschaftsvertrag zwar weiterhin maßgeblich, das vereinbarte Aufgriffsrecht aber unwirksam. Dieses Ergebnis führt offenkundig zu einer Erschütterung der Vertragsgerechtigkeit zwischen den Gesellschaftern *ex post*. Ohne Aufgriffsrecht hätten die Gesellschafter den Vertrag ja vielleicht gar nicht abgeschlossen.<sup>12</sup> Das zeigt, dass eine Anwendung von § 26 Abs 3 IO zum sprichwörtlichen *cherry picking* führen würde,<sup>13</sup> wie dies der OGH jüngst auch für ein in einem Mietvertrag enthaltenes Optionsrecht ausgesprochen hat.<sup>14</sup> Aus all die-

sen Gründen ist ein Aufgriffsrecht in einem Gesellschaftsvertrag mit der hL<sup>15</sup> nicht als Antrag des Schuldners iSd § 26 Abs 3 IO zu qualifizieren.<sup>16</sup>

## 2. Vereinbarkeit mit §§ 25 a, b IO

Weit weniger eindeutig erscheint hingegen die Frage, ob §§ 25 a und 25 b IO auf Gesellschaftsverträge anwendbar sind. Das ist deshalb relevant, weil § 25 b Abs 2 IO (§ 25 a IO, der das Verbot von § 25 b Abs 2 IO gewissermaßen flankiert, kann im Folgenden der besseren Darstellung halber außen vor bleiben) die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder einer Vertragsauflösung für den Insolvenzfall verbietet. Genau darauf läuft ein Recht der Mitgesellschafter, den Anteil des insolventen Gesellschafters aufzugreifen, aber hinaus.<sup>17</sup> Im Ergebnis wird der insolvente Gesellschafter aus der Gesellschaft „rausgekauft“.

Es gab daher eine intensive Debatte im Schrifttum, ob § 25 b IO auch auf Gesellschaftsverträge anwendbar ist.<sup>18</sup> Ehrlicherweise sprechen einige Für und Wider für beide Standpunkte. Das stärkste Argument<sup>19</sup> haben uE freilich die Befürworter der Vereinbarkeit von § 25 b Abs 2 IO mit gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten auf ihrer Seite: Im Personengesellschaftsrecht, also sowohl bei einer GesbR (§ 1208 Z 3 iVm § 1214 ABGB) als auch einer OG oder KG (§ 131 Z 5 iVm § 141 Abs 1 UGB), rechtfertigt der Konkurs eines Gesellschafters sogar *ex lege* dessen Ausschluss und sollten derartige Kündigungsrechte ausweislich der Gesetzesmaterialien

<sup>9</sup> Vgl nur Schopper/Walch, NZ 2019, 441 (447); Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO<sup>2</sup> (2023) § 26 Rz 17.

<sup>10</sup> Vgl OGH 17 Ob 14/22s, worin freilich letztlich offengelassen wird, ob § 26 Abs 3 IO auf eine unentgeltliche Option anwendbar wäre (aaO Rz 44); zu diesem Aspekt Anzenberger, Optionsverträge und Optionsrechte in der Insolvenz – Bisherige Erkenntnisse und offene Fragen, in FS Lovrek (2024) 11 (16f).

<sup>11</sup> Zumeist wird davon gesprochen, dass der Gesellschaftsvertrag entgeltfremd sei, womit aber nur zum Ausdruck gebracht wird, dass weder die Vorschriften über entgeltliche noch über unentgeltliche Verträge ohne weiteres zur Anwendung gebracht werden können, sondern eine wertungsmäßige Prüfung anhand der jeweils anzuwendenden Norm erforderlich ist (instruktiv Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 1/69; ebenso im konkreten Kontext Schopper/Walch, NZ 2019, 441 [448]).

<sup>12</sup> Anzenberger (in FS Lovrek 11 [15]) will das Kriterium, ob der jeweilige Vertrag ohne das betreffende Recht nicht geschlossen worden wäre, sogar als entscheidende Voraussetzung dafür heranziehen, damit dieses Recht nicht separat § 26 Abs 3 IO unterworfen wird.

<sup>13</sup> Kletečka, GesRZ 2009, 82 (84); Trenker, JBI 2012, 281 (287); Schopper/Walch, NZ 2019, 441 (447); Wilfinger, ZIK 2020, 215 (217). Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung (2005) 93 (120) spricht von einem Bündel an Rechten und Pflichten des Gesellschafters, über die nicht einzeln verfügt werden kann.

<sup>14</sup> OGH 17 Ob 14/22s, Rz 41; dazu ausf Anzenberger, Kein Erlöschen entgeltlicher Optionen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ZIK 2023, 84.

<sup>15</sup> ZB Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung 93 (120f); Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> (2007) § 76 Rz 10; Kletečka, GesRZ 2009, 82 (84); Trenker, JBI 2012, 281 (287); Schopper/Walch, NZ 2019, 441 (447); Wilfinger, ZIK 2020, 215 (217); wN bei Artmann, Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag, in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 77 (79).

<sup>16</sup> Nach dem – freilich in dieser Allgemeinheit zweifelhaften – Verständnis des OGH zu 17 Ob 14/22s, Rz 38, folge dies bereits daraus, dass das Aufgriffsrecht, wie eine Option, vertraglich begründet sei.

<sup>17</sup> Statt so vieler Artmann in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 77 (79).

<sup>18</sup> Dagegen: Fellner, RdW 2010, 259 (261f); Widhalm-Budak, Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in Konecny, IRÄG 2010 (2010) 23 (27); Leupold, ZIK 2010, 167 (170f); Schmidberger, GmbH-Verträge<sup>2</sup> 54ff; Taufner, GesRZ 2011, 157 (158ff); Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 59 (63ff); Trenker, JBI 2012, 281 (288); Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> (2018) § 76 Rz 33; Perner in KLS<sup>2</sup> (2019) § 25 a Rz 9f; dafür: Fichtinger/St. Foglar-Deinhardstein, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 (821); Konecny, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82 (86); Spitzer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz – Ein vertikaler Rechtsvergleich vor und nach der GesbR-Reform 2015, in FS Nowotny (2015) 413 (417f); differenzierend Umlauft in FS G. H. Roth 845 (847ff); Umlauft, NZ 2012, 289 (290ff).

<sup>19</sup> Ebenso Rüffler, GesRZ 2021, 43 (51) (Anm).

zum IRÄG 2010<sup>20</sup> von § 25 b Abs 2 IO unberührt bleiben. Vor diesem Hintergrund ist kein Sachgrund für die Hypothese ersichtlich, dass es bei einer GmbH unzulässig wäre, das funktional praktisch identische Ergebnis durch ausdrückliche Vereinbarung eines Aufgriffsrechts zu erzielen.<sup>21</sup> Vielmehr ist den skizzierten personengesellschaftsrechtlichen Regelungen die generelle Wertung zu entnehmen, dass das Interesse der Gesellschafter, im Ergebnis das „letzte Wort“ bei der Auswahl ihrer Mitgesellschafter zu behalten, auch im Konkursfall von vorrangiger Bedeutung ist.<sup>22</sup>

Zu bedenken ist allerdings, dass im Personengesellschaftsrecht nur die Eröffnung eines Konkurs- und nicht auch eines Sanierungsverfahrens den Ausschluss des insolventen Gesellschafters ermöglicht. Ausgehend von dieser zwar rechtspolitisch abzulehnenden,<sup>23</sup> *de lege lata* aber hinzunehmenden Differenzierung sprechen gute Gründe dafür, dass Aufgriffsrechte in einer GmbH ebenfalls nur für den Konkursfall, nicht aber im Falle eines Sanierungsverfahrens insolvenzfest vereinbart werden können.<sup>24</sup>

Der OGH lässt für eine solche Differenzierung allerdings keinen Raum, weil er §§ 25 a, b IO gar nicht (also auch nicht bei Sanierungsverfahrenseröffnung) auf Gesellschaftsverträge angewendet wissen will. Mehr noch: Aufgrund teleologischer Argumente<sup>25</sup> sei deren Anwendung überhaupt auf alle mehrseitigen Verträge abzulehnen.<sup>26</sup> Der 6. Senat bestätigt mit letzterer Aussage zugleich die Auffassung des 1. Senats in 1 Ob 153/17 g, worin die Anwendung von §§ 25 a, b IO bereits in einem – allerdings sehr speziellen – vereinsrechtlichen Kontext abgelehnt worden war. UE ist es zwar zumindest hinterfragenswert, ob der pauschale Anwendungsausschluss für alle mehrseitigen Verträge nicht möglicherweise zu weit geht.<sup>27</sup> Für die vorliegend interessierenden Gesellschaftsverträge ist die Haltung indes zweifellos gut vertretbar und entspricht den – legitimen<sup>28</sup> – Bedürfnissen der Praxis. Es steht damit uE auch *pro futuro* außer Frage: Aufgriffsrechte in Gesell-

schaftsverträgen, die für den Fall der Konkurs- oder Sanierungsverfahrenseröffnung eines Gesellschafters vereinbart wurden, verstoßen nicht gegen §§ 25 a, b IO – *Roma locuta causa finita*.

### 3. Exkurs: Keine Insolvenzfestigkeit syndikatsvertraglicher Aufgriffsrechte

Für die Annahme der grundsätzlichen Insolvenzfestigkeit gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsrechte reicht der Nachweis, dass hierauf weder § 26 Abs 3 noch §§ 25 a, b IO anwendbar sind, jedoch richtigerweise nicht.<sup>29</sup> Es bedarf vielmehr noch eines weiteren Begründungsschrittes: Dass ein gesellschaftsvertragliches Aufgriffsrecht nämlich überhaupt insolvenzrechtlichen Bestand hat, erscheint bei näherer Betrachtung durchaus begründungsbedürftig.<sup>30</sup> Wenn ein Gesellschafter einem Vertragspartner im Rahmen einer sonstigen schuldrechtlichen Vereinbarung verspricht, ihm seinen Geschäftsanteil, also einen Gegenstand der Insolvenzmasse zu einem bestimmten Preis zu verkaufen, käme wohl niemand auf die Idee, dem Vertragspartner daraus ein insolvenzfestes Anwartschaftsrecht zuzubilligen. Der Insolvenzverwalter muss sich von solchen vertraglichen Verpflichtungen zumindest im Ergebnis lösen können. Die Frage ist daher legitim, warum die Rechtslage plötzlich so diametral anders ist, wenn das Aufgriffsrecht aus einem Gesellschaftsvertrag stammt?

Die einzige friktionsfreie Antwort liefert die häufig postulierte Annahme einer absoluten Wirkung gewisser (materieller)<sup>31</sup> Regeln des Gesellschaftsvertrags.<sup>32</sup> Der Gesellschaftsvertrag gestalte eben erst den Inhalt des Geschäftsanteils aus, weshalb diese Ausgestaltung grundsätzlich absolut, also gegenüber jedermann wirkt. Anders formuliert: Es gibt den Geschäftsanteil nur mit der „Belastung“ des Aufgriffsrechts.<sup>33</sup> Freilich darf selbst diese plakative Begründung nicht darüber hinwegtäuschen, dass die absolute, dh insolvenzfeste, Wirkung des Gesellschaftsvertrags keine „konstruktive

<sup>20</sup> ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

<sup>21</sup> Rüffler, wbl 2008, 353 (357); Leupold, ZIK 2010, 167 (170 f); Umlauf in FS G. H. Roth 845 (852); Schmidberger, GmbH-Verträge<sup>2</sup> 59.

<sup>22</sup> Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 59 (65); Trenker, JBl 2012, 281 (288).

<sup>23</sup> Siehe dazu nur König, 1/SN-34/ME 25. GP 3 ff; OGH, 9/SN-34/ME 25. GP 2; Trenker, Vermögensstruktur einer Bau-ARGE und ihre insolvenzrechtlichen Probleme, ZRB 2014, 111 (113).

<sup>24</sup> So Schmidberger, GmbH-Verträge<sup>2</sup> 59 f; Umlauf in FS G. H. Roth 845 (850 ff); Gonaus/Schmidberger, RdW 2020, 896 (898 f).

<sup>25</sup> Allerdings beziehen sich die vom OGH zum Beleg dieser Aussage angeführten Autoren (Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 59 [65]; Trenker, JBl 2012, 281 [287 f]) nur auf Gesellschaftsverträge.

<sup>26</sup> OGH 6 Ob 64/20k, Pkt 1.8.

<sup>27</sup> Ebenso R. Rastegar, ÖJZ 2021, 205 (206).

<sup>28</sup> Vgl Wilfinger, ZIK 2020, 215.

<sup>29</sup> Auch dass § 21 IO auf mehrseitige Aufgriffsrechte nicht anwendbar sei, ist – entgegen Schopper/Walch, NZ 2019, 441 (447) und wie sogleich zu zeigen sein wird – keineswegs der „Schlussstein der Argumentationskette“.

<sup>30</sup> Zutr Wilfinger, ZIK 2020, 215 (216 ff).

<sup>31</sup> Zur Qualifikation als materielle Satzungsbestimmung zB Schopper, GesRZ 2013, 212 (219) (Anm); E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein, Satzungsstrenge und neue Spielräume für „autonome“ Satzungsbestimmungen, GesRZ 2014, 73 (79).

<sup>32</sup> Grundlegend OGH 8 Ob 631/90 (unter Berufung auf OGH 5 Ob 609/81, wo die absolute Wirkung eines Zessionsverbots bejaht wurde); 1 Ob 8/00h; 6 Ob 205/04x; 6 Ob 81/11x; RIS-Justiz RS0020381; Hager-Rosenkranz, Beschränkungen der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Exekution und Insolvenz, wbl 2006, 253 (255); Rüffler, wbl 2008, 353 (356 f); Kletečka, GesRZ 2009, 82 (86); Trenker, JBl 2012, 281 (286 f).

<sup>33</sup> Vgl Schmidberger (in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung 93 [120]), wonach über die gebündelten Rechte und Pflichten des Gesellschafters nicht einzeln verfügt werden könne.

Selbstverständlichkeit“ darstellt,<sup>34</sup> sondern einer systematisch-teleologischen Rechtfertigung bedarf. Diese ist wohl richtigerweise darin zu erblicken, dass im Gesellschaftsrecht ein besonderes Bedürfnis der Vertragspartner anzuerkennen ist, den Gesellschaftsvertrag als „Verfassung“ einer langfristigen Organisationsstruktur<sup>35</sup> mit besonderer Bestandfestigkeit und damit eben mit Drittwirkung auszustatten.<sup>36</sup> Belege für diese Wertung lassen sich zumindest im Kapitalgesellschaftsrecht in § 77 GmbHG, § 62 Abs 2 AktG sowie – seit der GREx – in § 340 EO finden.

Aus diesen Erwägungen folgt gleichsam eine wichtige Erkenntnis für Vertragsgestalter: Wenn ein Aufgriffsrecht nicht im Gesellschaftsvertrag, sondern nur in einem Syndikatsvertrag oder einer sonstigen Nebenvereinbarung vereinbart wird, ist es uE nicht insolvenzfest.<sup>37</sup> Die soeben skizzierten Gründe für die Sonderbehandlung des Gesellschaftsvertrags greifen insoweit nämlich nicht. Vielmehr hat der der IO zumindest in einer Gesamtschau innewohnende Grundsatz zu gelten, wonach eine vom Schuldner vor Insolvenzeröffnung begründete, „herkömmliche“ schuldrechtliche Herausgabepflicht zu keinem „(Quasi-)Aussonderungsanspruch“ gegen die Insolvenzmasse führen kann.<sup>38</sup> Aus Sicht der Mitgeschafter „hilft“ es deshalb auch nichts, dass §§ 25 a, b IO konsequenterweise ebenfalls nicht auf – mehrseitige und als Gesellschaftsverträge zu qualifizierende (GesbR!)<sup>39</sup> – Syndikatsverträge anwendbar sind.<sup>40</sup>

Fraglich bleibt allerdings, welches insolvenzrechtliche Schicksal ein syndikatsvertragliches Aufgriffsrecht im Detail ereilt. Aufgrund der funktionalen Vergleichbarkeit mit einem Optionsvertrag<sup>41</sup> liegt es ausgehend von der – bereits mehrfach erwähnten – E 17 Ob 14/22s nahe, dem Insolvenzverwalter nach Ausübung des Aufgriffsrechts ein Rücktrittsrecht vom durch den Aufgriff zustande gekommenen „Kaufvertrag“ gem § 21 IO

analog zuzubilligen.<sup>42</sup> Wem diese Analogie auf eine aus einem mehrseitigen Vertrag abzuleitende Option zu weitreichend erscheint (was uE nicht der Fall ist),<sup>43</sup> für den bietet § 14 Abs 1 IO eine dogmatische Alternative: Der aus dem Aufgriffsrecht abgeleitete Übertragungsanspruch würde danach in eine Insolvenzforderung in Höhe seines Schätzwerts umgewandelt. Letztlich kommen beide Lösungen zu weitgehend identischen Ergebnissen: Wie bei einem Rücktritt des Insolvenzverwalters (§ 21 Abs 2 Satz 3 IO) liefe die Lösung über § 14 Abs 1 IO darauf hinaus, dem Aufgriffsberechtigten den Nichterfüllungsschaden, dh die allfällige Differenz zwischen dem Verkehrswert des Geschäftsanteils und dem Aufgriffspreis (zur Zulässigkeit einer solchen Gestaltung s sogleich C.1), als Insolvenzforderung zuzubilligen.

## C. Insolvenzzrechtliche Zulässigkeit von Aufgriffspreisbeschränkungen

### 1. Problemaufriss

Ausgehend von der prinzipiellen Insolvenzzfestigkeit gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsrechte stellt sich die – für die Praxis besonders relevante – Folgefrage nach der Zulässigkeit der Reduktion des Aufgriffspreises. Angesprochen sind damit Regelungen, wonach dem insolventen Geschafter bzw der Insolvenzmasse für den Aufgriff weniger bezahlt wird, als dem Verkehrs- oder Marktwert des Anteils entspricht.

*Prima vista* spricht für die Zulässigkeit einer derartigen Gestaltung die schon angesprochene (oben B.3) Argumentation der „Gesellschaftsrechtler“, dass eine solche vertragliche Regelung absolute Wirkung entfaltet, also auch von den Gläubigern und damit vom Insolvenzverwalter eines Gesellschafters hinzunehmen ist. Abermals ist die Behauptung, der Geschäftsanteil bestehe eben nur mit dem Aufgriffsrecht zum gesellschaftsvertraglich vereinbarten Aufgriffspreis, also nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

Der „Insolvenzzrechtler“ erkennt in solchen Vereinbarungen hingegen eine ganz besondere Gefahr für die Gläubiger, die aus der typischen Interessenlage bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags resultiert: In diesem Zeitpunkt ist jeder Geschafter für den Fall, dass es zur Insolvenz eines seiner Mitgeschafter kommt, naturgemäß an einem niedrigen Abfindungspreis interessiert. Dem steht für den Fall der eigenen Insolvenz kein hinreichendes Interesse an einem höheren, also marktgerechten Abfin-

<sup>34</sup> Wilfinger, ZIK 2020, 215 (218).

<sup>35</sup> Zu diesem Gedanken in anderem Kontext Hartlieb, Verbandsvertragsrecht (2023) 108ff.

<sup>36</sup> Ähnliches dürfte dem OGH vorschweben, wenn er die absolute Wirkung eines gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsrechts mit „seinem gesellschaftsvertraglichen Zweck“ begründet (so 8 Ob 631/90; RIS-Justiz RS0020381).

<sup>37</sup> Zutr Hartlieb/Simonishvili/Zoller, ecolex 2021, 129 (130).

<sup>38</sup> Vgl Wilfinger, ZIK 2020, 215 (216ff).

<sup>39</sup> Zur (regelmäßig gebotenen) Einordnung von Syndikaten als GesbR zB ErläuterV 270 BlgNR 25. GP 1; OGH 3 Ob 72/09y; 6 Ob 80/11z; 6 Ob 35/14m; Tichy, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000) 36ff; U. Torggler, Grundfragen der GesBR-Reform, GES 2012, 32 (33); Rüdfler, Grundlegendes, in Fellner, Der Syndikatsvertrag (2023) 1 (6).

<sup>40</sup> Diesen Aspekt würdigt R. Rastegar (ÖJZ 2021, 205) uE nicht hinreichend.

<sup>41</sup> Vgl jüngst Nunner-Krautgasser, Zur Rechtsstellung des Optionsberechtigten in Exekution und Insolvenz, in FS Lovrek (2024) 553 (554); ferner Wilfinger, ZIK 2020, 215 (216).

<sup>42</sup> Vgl Wilfinger, ZIK 2020, 215 (217), wonach § 21 IO für einen durch die Ausübung zustande gekommenen Kaufvertrag „umstandslos einschlägig wäre“.

<sup>43</sup> Der OGH hat zu 1 Ob 170/00g immerhin ausgesprochen, dass § 21 KO auf eine Ergänzung des Gesellschaftsvertrags, zumal ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, nicht zur Anwendung gelangt. Richtigerweise hindert das die befürwortete analoge Anwendung auf einen Vertrag, der nur auf Basis einer in einem mehrseitigen Rechtsgeschäft geregelten Option entstanden ist, jedoch nicht.

dungspreis gegenüber. Denn im Fall seiner Insolvenz geht ein geringerer Aufgriffspreis ohnehin primär zu Lasten seiner Gläubiger. Der Gesellschafter würde zwar mittelbar von einem höheren Aufgriffspreis profitieren, weil sich dadurch die Insolvenzquote erhöhen würde. Gerade wegen der geringen Anforderungen an eine Restschuldbefreiung natürlicher Personen (Zahlungsplan [§§ 193 ff IO]; Abschöpfungsverfahren [§§ 199 ff IO])<sup>44</sup> ist es aber kaum vorstellbar, dass dieser mittelbare Vorteil ausreicht, um die Gesellschafter zu einer „fairen“ Preisgestaltung zu motivieren. Eine Abfindungsbeschränkung für den Insolvenzfall ist also aus *Ex-ante*-Sicht der Gesellschafter mit geringem Risiko, aber hohen Ertragschancen verbunden. Damit werden zentrale Bestandteile jener Marktmechanismen, die eine ausgewogene Vertragsgestaltung durch privatautonome Dispositionen gewährleisten sollen, ähnlich wie bei einem Vertrag zu Lasten Dritter ausgehebelt.<sup>45</sup>

Diese spezifische Gläubigergefahr erfordert einen besonderen Schutzmechanismus, den nur eine strenge Auslegung der Sittenwidrigkeitsschranke (§ 879 ABGB) liefern kann.<sup>46</sup> Demgegenüber verspricht die Insolvenzanfechtung gem §§ 27 ff IO im gegenständlichen Kontext keine effektive Abhilfe.<sup>47</sup> Das folgt bereits aus der simplen Erkenntnis, dass sich mit der Insolvenzanfechtung – mit ganz engen Ausnahmen – keine einzelnen Klauseln eines größeren Vertragsgefüges beseitigen lassen. Es gibt nämlich grundsätzlich keine Vertragsanpassung via Anfechtungsrecht!<sup>48</sup> Allenfalls könnte der gesamte Gesellschaftsvertrag angefochten werden, was aber – abgesehen von vielen zusätzlichen Hürden auf Tatbestands-ebene<sup>49</sup> – keine geeignete „rechtsfolgenseitige Antwort“ auf die skizzierte Gefahr wäre, zumal sich diese Gefahr eben nur auf die Aufgriffsklausel beschränkt.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Ist Gesellschafter ein Rechtssubjekt mit beschränkter Haftung seiner „Beteiligten“, besteht regelmäßig ohnehin kein relevantes Interesse an einer höheren Quote, weil der Schuldner diesfalls zwar nicht restschuldbefreit wird, aber nach der insolvenzrechtlichen Liquidation zu existieren aufhört, ohne dass dies nachteilige Konsequenzen für seine „Beteiligten“ (Gesellschafter) hätte.

<sup>45</sup> Vgl *Trenker*, JBI 2016, 446 (450) (Anm).

<sup>46</sup> Wenn *Fantur* (GES 2021, 213) im Gegenteil sogar die „Keule“ einer möglichen Verfassungswidrigkeit aufgrund der (seines Erachtens offenbar: zu) weitreichenden Anwendung von § 879 ABGB „schwingt“, verkennt er diese besondere Ausgangslage.

<sup>47</sup> Dies übersehen jene Autoren, die einen über §§ 27 ff IO hinausgehenden Schutz durch § 879 ABGB ablehnen (so zB *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung 77 [98]; *R. Rastegar*, ÖJZ 2021, 205 [206]; idS auch *Fantur*, GES 2021, 213; *Kalss*, GesRZ 2023, 69 [70]).

<sup>48</sup> *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>6</sup> (2020) Rz 3.8; so im gegenständlichen Kontext auch bereits *Trenker*, JBI 2016, 446 (450) (Anm).

<sup>49</sup> Zur Insolvenzanfechtung eines Gesellschaftsvertrags als solchem *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 197 ff.

<sup>50</sup> Vgl zur Untauglichkeit der Anfechtung zur Bewältigung des gegenständlichen Problems *Wilfinger*, ZIK 2020, 215 (218), freilich mit abw Begründung.

## 2. Entwicklung der Rechtsprechung

All das hat auch der 6. Senat früh erkannt, indem er in der E 6 Ob 142/05h versucht hat, der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger eines Gesellschafters durch eine Aufgriffspreisbeschränkung einen Riegel vorzuschieben. Der 6. Senat meint darin, dass eine insolvenzbedingte Aufgriffspreisbeschränkung dann gegen § 879 Abs 1 ABGB verstößt, „wenn sie 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 beschränkt“. Diese Auffassung geht im Wesentlichen auf die Haltung des BGH<sup>51</sup> und der – bis heute – herrschenden Lehre<sup>52</sup> in Deutschland zurück; auch im österreichischen Schrifttum findet sie mitunter Gefolgschaft.<sup>53</sup>

Indem die Aufgriffspreisbeschränkung zumindest in einem vergleichbaren Fall unmittelbar den Gesellschafter selbst „treffen“ muss, vermeidet diese Vorgabe in der Tat eine allzu augenfällige Gläubigerbenachteiligung. Hinreichenden Gläubigerschutz vermag dieses Erfordernis aber nicht zu gewährleisten, weil dafür nicht nur eine gezielte Gläubigerbenachteiligung, sondern jede Schlechterstellung der Gesellschaftsgläubiger gegenüber dem Gesellschafter selbst ausgeschlossen werden muss.<sup>54</sup> Nach der Lösung des OGH zu 6 Ob 142/05h müssten die Gesellschafter ja nur einen vergleichbaren Fall identifizieren und dafür einen gleich geringen Aufgriffspreis wie im Insolvenzszenario vorsehen, um die Schlechterstellung der Gläubiger im Vergleich zu allen übrigen (möglicherweise wahrscheinlicheren) „Exit-Szenarien“ hinter diesem möglichen „Feigenblatt“ zu kaschieren. Im Ergebnis könnte ein Gesellschafter also vermögensrechtlich mehr aus seinem Anteil „machen“ als seine Gläubiger im Insolvenzfall. Dieses Resultat ist jedoch unvereinbar mit dem vollstreckungsrechtlichen Grundprinzip der unbeschränkten Haftung des Schuldners mit seinem gesamten Vermögen.<sup>55</sup> Ganz abgese-

<sup>51</sup> II ZB 12/73 NJW 1975, 1835; II ZR 73/99 NJW 2000, 2819.

<sup>52</sup> *Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002) 1485; *Strohn* in *Fleischer/Goette*, Münchener Kommentar zum GmbHG I<sup>4</sup> (2022) § 34 Rz 247; *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung I<sup>4</sup> (2023) § 34 Rz 62f; *Lorz* in *Joost/Strohn/Poelzig/Sander*, Handelsgesetzbuch – *Ebenroth/Boujong*, Kommentar I<sup>5</sup> (2024) § 135 Rz 79; *Schäfer* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII<sup>9</sup> (2024) § 728 Rz 45f. Strittig ist lediglich, ob die Nichtigkeit aus § 138 BGB oder § 241 Nr 3 dAktG folgt.

<sup>53</sup> *Rüffler*, Ausschluss von Gesellschaftern und Übertragungspflichten, in *Kalss/Rüffler*, Satzungs-gestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 71 (89f); *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 360; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 71 Rz 18; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> (2020) § 138 Rz 22; *Szep/Müller*, GES 2023, 265 (271f); *Schmidberger*, GmbH-Verträge<sup>2</sup> 59f.

<sup>54</sup> *Trenker*, JBI 2012, 281 (289).

<sup>55</sup> *Trenker*, JBI 2016, 446 (450) (Anm).

hen davon ist es uE schwierig, ein klar abgrenzbares und überzeugendes Kriterium zu finden, nach dem beurteilt werden könnte, was ein Ausscheidensgrund ist, der mit dem insolvenzbedingten Ausschluss vergleichbar wäre.<sup>56</sup>

Auch der OGH hat in 6 Ob 35/16i offenbar erkannt, dass die „Hürde“ der Gleichbehandlung des Insolvenzfalls mit einem vergleichbaren Fall zu niedrig ist. Er ist darin aber über das Ziel hinausgeschossen, indem er jegliche Aufgriffspreisbeschränkung von vornherein für unzulässig erachtete: Namentlich leitete der OGH im Anschluss an *Kletečka*<sup>57</sup> aus § 76 Abs 4 GmbHG aF (vgl nunmehr § 340 Abs 1 EO) die Wertung ab, dass den Gläubigern im Insolvenzfall (dasselbe gelte im Exekutionsfall) immer zumindest der volle Schätzwert des Geschäftsanteils zukommen müsse.

Weder lässt sich jedoch § 76 Abs 4 GmbHG aF bzw § 340 Abs 1 EO eine solche Wertung entnehmen,<sup>58</sup> noch ist ein derart starrer Ansatz zur Bewältigung der skizzierten besonderen Gläubigergefahr erforderlich. Vielmehr wurde im Schrifttum, namentlich vom *Erstverfasser*,<sup>59</sup> ein „gelingendes Mittel“ aufgezeigt: Es genügt, wenn der Gesellschafter in keinem Fall des Ausscheidens bessergestellt wird als seine Gläubiger im Insolvenzfall. Zum einen wird dadurch dem Grundsatz der unbeschränkten Haftung des Schuldners hinreichend Rechnung getragen. Zum anderen wird die Gefahr gebannt, dass die Gesellschafter eine Aufgriffspreisbeschränkung im Insolvenzfall nur deshalb vereinbaren, weil sie selbst nicht unmittelbar darunter leiden (vgl oben C.1). Jeder Preisabschlag im Insolvenzfall trifft sie bei Einhaltung dieser Schutzvorkehrung ja im Falle eines sonstigen Ausscheidens zwangsläufig selbst.<sup>60</sup> Im Ergebnis wirkt der Gesellschaftsvertrag in dieser Hinsicht nur dann absolut gegenüber den Gläubigern des Gesellschafters, wenn sichergestellt wird, dass der Anteil für den Gesellschafter in keinem Ausscheidens-Fall mehr wert ist als im Insolvenzscenario für seine Gläubiger.<sup>61</sup>

Dieser Lösung hat sich nunmehr auch der OGH angeschlossen, zunächst zu 6 Ob 64/20k sowie kurze Zeit darauf nochmals zu 6 Ob 86/21x. Der gesellschaftsrechtliche Fachsenat hat namentlich folgenden Rechtssatz formuliert: „Eine Abfindungsbeschränkung unter den Verkehrswert (Schätzwert) des Geschäftsanteils in den Fällen der Exekution und Insolvenz des Gesellschafters ist [...] nur zulässig, wenn sie nicht nur in diesen Fällen greift, sondern eine entsprechende Reduktion des Abfindungsanspruchs für jede Konstellation des freiwilligen (insbesondere der Anteilsübertragung) und des unfreiwilligen Ausscheidens des Gesellschafters vereinbart wird.“<sup>62</sup>

### 3. Analyse der Vorgaben des OGH

Der soeben zitierte Rechtssatz des OGH hat im Schrifttum einige Auslegungsunsicherheiten hervorgerufen. All diese Probleme lassen sich indes unter Rückgriff auf die ausführlich dargelegten Wertungsgrundlagen der Vorgaben des Höchstgerichts aufklären. Dennoch erscheinen im Folgenden einige explizite Klarstellungen angebracht:

Erstens ist wichtig, dass der OGH – möglicherweise entgegen erstem Anschein<sup>63</sup> – kein umfassendes Gleichbehandlungsgebot, sondern ein Schlechterstellungsverbot<sup>64</sup> aufstellt: Der Insolvenzfall darf vermögensrechtlich nicht schlechter als irgendein anderer Fall des „Gesellschafter-Exits“ behandelt werden. Dabei sind neben der Höhe des Aufgriffspreises auch sonstige Modalitäten zu beachten, wie zB eine vereinbarte Ratenzahlung.<sup>65</sup> Anders formuliert: So wie der Gesellschafter im besten Ausstiegsszenario gestellt wird, müssen auch seine Gläubiger im Insolvenzfall behandelt werden.<sup>66</sup> Ob andere Ausstiegsszenarios untereinander gleichbehandelt werden, ist aus Gläubigersicht dagegen (selbstverständlich) irrelevant.<sup>67</sup>

<sup>56</sup> Wenn *Szep/Müller* (GES 2023, 265 [271]) zwar die Veräußerung an einen außenstehenden Dritten, nicht aber an Familienangehörige eines Gesellschafters als mit der Insolvenz vergleichbare Fälle qualifizieren, zeigt dies deutlich, zu welchem Dezisionismus das Abgrenzungskriterium der Vergleichbarkeit einladen könnte. Der *Zweitverfasser* hat noch in *Schmidberger*, GmbH-Verträge<sup>2</sup> 61, vertreten, dass vergleichbare Fälle der Ausschluss aus wichtigem Grund und die Kündigung durch einen Gesellschafter wären. Aufgrund der eindeutigen Vorgaben in der neueren OGH-Judikatur (6 Ob 64/20k; 6 Ob 86/21x; näher dazu gleich) erübrigt sich diese Frage nunmehr.

<sup>57</sup> GesRZ 2009, 82 (87 f).

<sup>58</sup> *Trenker*, JBI 2012, 281 (290 ff); *Trenker*, JBI 2016, 446 (450) (Anm); *Umlauf*, NZ 2012, 289 (299); *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung 77 (98 f); *Schopper/Walch*, NZ 2019, 441 (443).

<sup>59</sup> *Trenker*, JBI 2012, 281 (289 ff).

<sup>60</sup> *Wilfinger*, ZIK 2020, 215 (218).

<sup>61</sup> Dass ein Gesellschafter, der nicht aus der Gesellschaft ausscheidet, langfristig einen höheren Ertragswert erwirtschaften kann (*Wilfinger*, ZIK 2020, 215 [218 f]), ist zwar richtig. Zumindest zu

einem gewissen Grad liegt es aber in der Natur des Insolvenzverfahrens, dass im Insolvenzfall eben kein langfristiger unternehmerischer Ertragswert lukriert werden kann, weshalb es überzeugt, das „Behalte-Szenario“ nicht mit den „Exit-Szenarien“ zu vergleichen.

<sup>62</sup> RIS-Justiz RS0133368.

<sup>63</sup> Dem Vernehmen nach sollen diverse Firmenbuchgerichte eine umfassende Gleichbehandlung verlangen, so *Kalss*, GesRZ 2023, 69.

<sup>64</sup> Ferner erinnert das Ergebnis an das Meistbegünstigungsprinzip (*Trenker*, 15/SN-77/ME 27. GP 39), weil alle Vorteile, die sich die Gesellschafter in irgendeinem Ausstiegsszenario „vorbehalten“, auch den Gläubigern im Insolvenzscenario zuerkannt werden müssen.

<sup>65</sup> *Zutr Szep/Müller*, GES 2023, 265 (269).

<sup>66</sup> *Huemer/Haglmüller*, GES 2020, 415 (416); *Rüffler*, GesRZ 2021, 43 (51) (Anm); *Gonaus/Schmidberger*, RdW 2021, 607 (609 f); unklar *Brugger*, Anmerkung zu OGH 16. 9. 2020, 6 Ob 64/20k, NZ 2021, 36 (40).

<sup>67</sup> Nicht nachvollziehbar ist daher der Einwand, „der Hinweis auf den Schutz des Gläubigers eines Gesellschafters“ würde „damit sachgerechte differenzierende Gestaltungen unter den Gesell-

Zweitens: Zur Determination des „besten Ausstiegsszenarios“ ist wirklich jedes Ausstiegsszenario heranzuziehen. Es genügt nicht, dass alle Fälle gleichbehandelt werden, in denen ein Aufgriffsrecht vereinbart wurde, solange der Gesellschafter immer noch die Möglichkeit hat, den Anteil ohne vergleichbare Abschlüsse jederzeit zu verkaufen, weil für den Fall des freiwilligen Verkaufs kein Aufgriffsfall vereinbart wurde.<sup>68</sup> Letzteres wurde offenbar zumindest von Teilen der Praxis nach 6 Ob 64/20k noch bezweifelt.<sup>69</sup> Mittlerweile hat der 6. Senat zu 6 Ob 86/21 x unmissverständlich bestätigt, dass ein Gesellschafter auch im Falle eines freiwilligen Verkaufs keinen höheren Erlös lukrieren darf als den Preis, den seine Gläubiger bei einem insolvenzbedingten Zugriff erhalten.<sup>70</sup> Darin liegt trotz der anhaltenden Kritik aus dem Schrifttum<sup>71</sup> keine unvertretbare Beschränkung der Privatautonomie oder gar eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung. Vielmehr ist dies die einzig effektive Möglichkeit, gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zu verhindern, die einem Vertrag zu Lasten der Insolvenzgläubiger in untragbarer Weise nahekommen (vgl oben C.1).

Den erwähnten Kritikern<sup>72</sup> ist zudem die dritte notwendige Klarstellung entgegenzuhalten: Das erwähnte Schlechterstellungsverbot gilt von vornherein nur, wenn der Aufgriffspreis im Insolvenzscenario unter den Verkehrswert reduziert wird.<sup>73</sup> Wollen die Gesellschafter also nicht, dass sie in jedem Fall ihres Ausscheidens Abschlüsse vom am Markt erzielbaren Preis hinnehmen müssen, können sie das einfach dadurch vermeiden, dass sie im Insolvenzscenario einen Aufgriffspreis in Höhe des Verkehrswerts festlegen bzw einfach keinen Preisabschlag vereinbaren. Ihre privatautonome Gestaltungsfreiheit wird damit keineswegs in unzumutbarer Weise beschränkt.<sup>74</sup> UE könnte der Verkehrswert im Insolvenzfall sogar dann zulässigerweise als Aufgriffspreis vereinbart werden, wenn in einem anderen Aufgriffsfall mehr als 100% des Verkehrswerts vereinbart worden sein sollten (was praktisch allerdings ohnehin kaum je

*schaftern, die die Gläubiger der Gesellschaft in keiner Weise berühren*“, zerstören (so Kalss, GesRZ 2023, 69 [70]).

<sup>68</sup> So Trenker, JBI 2012, 281 (290); Trenker, JBI 2016, 446 (451) (Anm); Schopper/Walch, NZ 2019, 441 (443).

<sup>69</sup> Vgl auch die – allerdings nicht in allen Pkten zutr – Literaturanalyse von Szep/Müller, GES 2023, 265 (267 f).

<sup>70</sup> Gonaus/Schmidberger, RdW 2021, 607 (608); R. Rastegar, ÖJZ 2021, 205 (206); Hartlieb/Simonishvili/Zoller, ecolex 2021, 129 (131 f).

<sup>71</sup> Fantur, GES 2021, 213 (213); Kalss, GesRZ 2023, 69 (70); Szep/Müller, GES 2023, 265 (271 f).

<sup>72</sup> R. Rastegar, ÖJZ 2021, 205 (206); Fantur, GES 2021, 213 (213); Kalss, GesRZ 2023, 69 (70); Szep/Müller, GES 2023, 265 (271 f).

<sup>73</sup> Hartlieb/Simonishvili/Zoller, ecolex 2021, 129 (130 f).

<sup>74</sup> Von vornherein ins Leere geht der Einwand von Kalss (GesRZ 2023, 69 [70]), es sei nicht einzusehen, warum Familienmitglieder keinen niedrigeren Preis zahlen dürften. Dies ist selbstverständlich ohne weiteres zulässig, weil dadurch ja keine Schlechter-, sondern eine Besserstellung der Gläubiger im Insolvenzscenario bewirkt wird.

vorkommen dürfte). Denn bei marktentsprechender Vergütung im Insolvenzfall kann schwerlich von einer sittenwidrigen Gläubigerbenachteiligung die Rede sein.<sup>75</sup>

Viertens geht jenes Verständnis der Vorgaben des OGH zu weit, wonach bereits die abstrakte Möglichkeit, dass im Einzelfall mehr als der insolvenzrechtlich vereinbarte Aufgriffspreis erzielt wird, zur Unwirksamkeit der Aufgriffspreisvereinbarung führt.<sup>76</sup> Denn diese Möglichkeit besteht trotz vereinbartem Preisabschlag ebenso im Insolvenzfall, namentlich wenn die Aufgriffsberechtigten ihr Recht nicht ausüben und der Insolvenzverwalter den Anteil folglich am freien Markt verwerten kann.<sup>77</sup> Abermals ist eben nur eine Schlechterstellung der Insolvenzgläubiger verboten, was bedeutet, dass die Preisbeschränkung für den Gesellschafter in keiner anderen Konstellation unter leichteren Bedingungen entfällt als im Insolvenzscenario für den Insolvenzverwalter. Dafür ist der gesamte Funktionsmechanismus der jeweiligen vertraglichen Regelungen zu vergleichen (vgl dazu noch unten D.3). Um diese Vorgabe auch für den Fall des freiwilligen Verkaufs umzusetzen, führt wohl kein Weg daran vorbei, den Anteil zu vinkulieren, ein Aufgriffs- oder Vorkaufsrecht bei konkreter Verkaufsabsicht zu vereinbaren oder eine sonstige drittwirksame Verkehrsbeschränkung zu vereinbaren (auch dazu unten D.1, D.3).<sup>78</sup>

Fünftens ist *Hartlieb/Simonishvili/Zollner*<sup>79</sup> darin zuzustimmen, dass die unbestrittene Existenz gesetzlich geregelter Ausscheidensfälle, in denen einem Gesellschafter die Abfindung des vollen Verkehrswerts gebührt (§§ 234 b, 253 AktG; §§ 17, 40, 57 EU-UmgrG; § 9 Abs 1, § 11 Abs 1 SpaltG; § 2 Abs 2 Z 3 UmwG), nicht dazu führt, dass eine Aufgriffspreisreduktion in der Gesellschafterinsolvenz sittenwidrig wäre. Anders als eine entsprechende vertragliche Differenzierung begründen diese zwingenden Schutzvorschriften nämlich keinerlei Gefahr einer bewussten Schlechterstellung der Insolvenzgläubiger, sodass die Gründe für die strenge Sittenwidrigkeitskontrolle (oben C.1) nicht verfangen.

Sechstens ist zu betonen, dass die Einhaltung der beschriebenen Vorgaben *sub specie* Sittenwidrigkeit noch keinen „Persilschein“ begründet. Sicherergestellt ist dadurch nur, dass § 879 ABGB nicht wegen der Benachtei-

<sup>75</sup> Zumindest die Erkenntnis, dass der Verkehrswert als Aufgriffspreis jedenfalls unbedenklich ist, bleibt dementsprechend von den Ausführungen des OGH zu 6 Ob 35/16i (oben C.2).

<sup>76</sup> So aber Szep/Müller, GES 2023, 265 (269).

<sup>77</sup> Gonaus/Schmidberger, RdW 2021, 607 (609).

<sup>78</sup> Damit erübrigt sich die – wegen ihrer Schwierigkeiten von den Gegnern der OGH-Rsp ins Treffen geführte (*Fantur*, GES 2021, 213) – Frage, wie im Verhältnis zum Käufer damit umzugehen sei, wenn ein Gesellschafter seinen Anteil zu einem höheren Preis veräußert, als er dem Aufgriffspreis im Insolvenzfall entspricht. Der Kaufvertrag wäre schwebend unwirksam, bis feststeht, dass die Gesellschafter ihr Aufgriffs-/Vorkaufsrecht nicht ausüben oder der Übertragung zustimmen.

<sup>79</sup> ecolex 2021, 129 (132).



ligung der Gläubiger von Gesellschaftern zur Anwendung gelangt. Hingegen schließt dies nicht aus, dass eine allzu weitreichende Aufgriffspreisbeschränkung – auch wenn sie in allen Konstellationen gleichermaßen gilt – zum Schutz der Gesellschafter vor einer unzumutbaren Übervorteilung sittenwidrig sein kann.<sup>80</sup> Die Grenze des Zulässigen kann insoweit aber nur einzelfallbezogen bestimmt werden. Dementsprechend lässt der OGH ein klares Bekenntnis hierzu bislang vermissen. Näheres dazu unten D.3.b).

#### 4. Zwischenergebnis

Zusammengefasst belässt der OGH zwei gesellschaftsvertragliche Gestaltungsvarianten für den Aufgriffspreis im Insolvenzsszenario:

**Verkehrswertlösung:** Von vornherein keine Probleme unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerbenachteiligung bestehen, wenn als Aufgriffspreis im Insolvenzfall der Schätz-, Verkehrs- oder Marktwert des Geschäftsanteils festgelegt wird (wobei auch keine sonstigen nachteiligen oder nur für den Insolvenzfall vereinbarten Begleitregelungen vorgesehen werden dürfen [dazu noch D.2.c)]).

**Schlechterstellungsverbotslösung:** Wenn der Aufgriffspreis im Insolvenzfall begrenzt wird, dann muss den Gesellschafter (unter Berücksichtigung des gesamten Funktionsmechanismus) mindestens(!) dieselbe Beschränkung für alle(!) anderen Fälle des möglichen Gesellschafter-Exits treffen.

Bevor für beide Gestaltungsmöglichkeiten konkrete Vorschläge erarbeitet werden sollen, sei noch ein Wort zu den Rechtsfolgen erlaubt, die eintreten, wenn eine Aufgriffspreisbeschränkung den Anforderungen des OGH nicht genügt. Sie verstößt diesfalls gegen § 879 ABGB; es handelt sich richtigerweise um absolute Nichtigkeit, weil der Verbotszweck dem Schutz der Interessen Dritter dient.<sup>81</sup> Das hat aufgrund der materiellen Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts (§ 15 FBG iVm § 16 AußStrG)<sup>82</sup> zum einen zur Folge, dass dieses das Einverleibungsgesuch betreffend den Gesellschaftsvertrag (bzw seine Änderung) abweisen muss (vgl noch D.1). Zum anderen wäre eine solche Klausel auch trotz erfolgter Eintragung unwirksam.

Fraglich ist insoweit lediglich, ob es sich um Gesamt- oder Teilnichtigkeit handelt. Ersteres hätte zur Folge,

dass das Aufgriffsrecht im Insolvenzfall<sup>83</sup> gänzlich unbeachtlich wäre. Weder verlangt aber der Verbotszweck die gänzliche Unwirksamkeit des Aufgriffsrechts, noch dürfte Gesamtnichtigkeit dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen.<sup>84</sup> Überzeugend ist vielmehr die Annahme einer Teilnichtigkeit mit der Konsequenz, dass das Aufgriffsrecht nur, aber immerhin gegen Zahlung des vollen Verkehrswerts ausgeübt werden kann.<sup>85</sup>

## D. Lösungen für die Praxis

### 1. Praktische Ausgangslage

Bewertet man die beiden dargelegten Alternativen aus praktischer Sicht, so fällt der Befund ernüchternd aus. Die Verkehrswertlösung stellt die kautelarjuristische Praxis zwar *prima vista* vor keine allzu großen Probleme; sie wird von den Parteien aber sehr häufig nicht gewollt sein. Dies erscheint durchaus verständlich: Denn erstens kann eine Anteilsabfindung in voller Verkehrswerthöhe die Finanzkraft der Gesellschafter häufig schlicht überfordern, sodass das zweifellos legitime Anliegen, die Gesellschaft vor dem Eindringen außenstehender Personen zu schützen (vgl oben B.3), faktisch nicht gewährleistet wäre. Zweitens sind Streitigkeiten über die Höhe des wahren Verkehrswerts, also über dessen richtige Berechnung, vorprogrammiert (dazu näher unten D.2. b)).

Zumeist attraktiver dürfte deshalb die Schlechterstellungsverbotslösung sein (und auch das nur, wenn die Gesellschafter bereit sind, ihren eigenen Ertrag beim „Exit“ entsprechend zu verringern): Denn dabei können die Gesellschafter sowohl den Aufgriffspreis reduzieren als auch – unzweifelhaft – die exakte Berechnungsmethode vorgeben. Wie schon angedeutet (oben C.3), steht und fällt diese Lösung aber mit der Bewältigung der Schwierigkeit, auch die Möglichkeit eines freiwilligen Verkaufs zu besseren Konditionen als beim Aufgriff im Insolvenzfall zu unterbinden.

Erstes Mittel der Wahl hierfür sind erfahrungsgemäß Vinkulierungen (vgl auch schon C.3). Nun spielen derartige Vinkulierungen in der gesellschaftsrechtlichen Praxis zwar ohnehin eine überragende Rolle. Trotz Vinkulierung sehen viele Gesellschaftsverträge jedoch Anteilsübertragungen an gewisse Personen vor, bei denen die Zustimmung der Gesellschaft bzw der Gesellschafter nicht notwendig ist (sog „begünstigter Personen-

<sup>80</sup> Huemer/Haglmüller, GES 2020, 415 (418); Seekirchner, ÖBA 2021, 107 (111) (Anm); Ruffler, GesRZ 2021, 43 (51) (Anm); Gonaus/Schmidberger, RdW 2021, 607 (609); Szep/Müller, GES 2023, 265 (272).

<sup>81</sup> Vgl zum Zusammenhang zwischen dem Schutz „überparteilicher Interessen“ und der Sanktion absoluter Nichtigkeit allgemein Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 177 mwN.

<sup>82</sup> RIS-Justiz RS0108622 [T 1]; OGH 6 Ob 142/05h; 6 Ob 167/20g; Zib in Zib/Dellinger, Unternehmensgesetzbuch I/1 (2010) § 15 FBG Rz 6.

<sup>83</sup> Die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts in anderen Situationen (Ausnahme: für den Fall der Exekution) bleibt uE hingegen zweifellos wirksam.

<sup>84</sup> Zu diesen beiden „Parametern“ bei der Abgrenzung zwischen Teil- und Gesamtnichtigkeit zutr Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 879 Rz 230; Laimer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar XIII<sup>3</sup> (2022) § 879 Rz 214.

<sup>85</sup> Trenker, JBI 2012, 281 (291); zust Gonaus/Schmidberger, RdW 2020, 896 (899); Szep/Müller, GES 2023, 265 (270); wohl auch Seekirchner, ÖBA 2021, 107 (112) (Anm).

kreis“); häufig gehören zu diesem „begünstigten Personenkreis“ Mitgesellschafter, nahe Angehörige oder Familien- bzw Konzerngesellschaften, an denen der übertragende Gesellschafter beteiligt ist.<sup>86</sup> Ohne flankierende Maßnahmen widerspricht gerade eine solche Veräußerungsmöglichkeit aber, mag sie auch nur zugunsten bestimmter Personen bestehen, der skizzierten OGH-Judikatur. Denn damit ist nicht mehr lückenlos sichergestellt, dass der Insolvenzfall gegenüber keinem Exit-Szenario diskriminiert wird. Im Folgenden sollen daher auch Begleitregelungen erarbeitet werden, die einen derartigen Aufgriff durch den begünstigten Personenkreis mit den Vorgaben des 6. Senats vereinbar machen (D.3.a)).

Damit möchte der gegenständliche Beitrag nicht zuletzt dazu beitragen, die (erstinstanzlichen) Firmenbuchgerichte von einem Missverständnis abzubringen. Im Rahmen ihrer Prüfungspflicht bei Neueintragungen von GmbH, Neufassungen von GmbH-Verträgen und erst recht bei Änderungen der Aufgriffsregelungen selbst (oben C.4) wählen diese erfahrungsgemäß einen sehr strengen, oft undifferenzierten Ansatz und lassen für das Insolvenz- und Exekutionsszenario Aufgriffsrechte häufig überhaupt nur zum Verkehrswert zu. Dazu sei nochmals in aller Deutlichkeit gesagt: Dies dürfte zwar der Rechtslage entsprochen haben, wie sie der OGH zu 6 Ob 35/16 i postuliert hatte, ist aber seit der E 6 Ob 64/20k zu Recht überholt (oben C.2).

## 2. Verkehrswertlösung

### a) Allgemeines

Trotz aller Vorteile der Schlechterstellungsverbotslösung bleibt die Verkehrswertlösung der einfachste Weg, um der OGH-Judikatur zu entsprechen. Dafür genügt die gesellschaftsvertragliche Regelung, dass im Falle eines Anteilsaufgriffs in der Gesellschafterinsolvenz immer der Verkehrswert zu bezahlen ist, völlig unabhängig davon, zu welchem Wert in anderen Aufgriffs-sachverhalten ein Aufgriff ermöglicht wird (oben C.3).

Das praktische Problem an dieser Klausel ist jedoch die Frage, wie der Verkehrswert zu berechnen ist. Dabei ist zum einen fraglich, was kraft dispositiven Rechts gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag also keine Regelung hierzu enthält (dazu D.2.b)). Eine solche Regelung ist selbstverständlich nicht notwendig. Selbst wenn sich im Gesellschaftsvertrag gar keine Regelung zum Aufgriffspreis fände, wäre das Aufgriffsrecht wirksam vereinbart und als Aufgriffspreis kraft dispositiven Rechts (§ 306 ABGB) „der gemeine Preis“ geschuldet, der dann eben auch ohne nähere Vorgaben zu ermitteln wäre.<sup>87</sup> Nichtsdestotrotz sehen viele Verträge nähere Determinanten zur Verkehrswertermittlung vor. Zum anderen ist daher zu klären, ob und inwieweit die Gesell-

schafter im Gesellschaftsvertrag abweichende Vorkehrungen treffen dürfen und sie dies zweckmäßigerweise tun sollten (dazu D.2.c)).

### b) Zur „richtigen“ Bewertungsmethode

Beinhaltet der Gesellschaftsvertrag keine entsprechenden Regelungen, wird der Verkehrswert im Streitfall durch das Gericht (vgl § 304 ABGB) unter Beiziehung eines für Unternehmensbewertung gerichtlich beeideten Sachverständigen (typischerweise aus den Berufsgruppen der Wirtschaftstreuhänder oder Unternehmensberater) ermittelt. Im Ergebnis wird damit letztlich dem jeweiligen Sachverständigen die Wahl überlassen, wie der Verkehrswert ermittelt wird, gibt es doch eine Vielzahl potenzieller Bewertungsmethoden (zB Buchwert-, Substanzwert-, Ertragswert- oder Multiplikatorverfahren).<sup>88</sup>

UE kann keine davon als die „einzig richtige“ bezeichnet werden. Der Sachverständige muss im Aufgriffsfall stets jene Bewertungsmethode wählen, die ausgehend von den Umständen des Einzelfalls am ehesten zutreffende, dh marktentsprechende, Ergebnisse verspricht.<sup>89</sup> Auch das Gericht kann dem Sachverständigen keine Methode vorgeben, wie der OGH generell festhält<sup>90</sup> und auch bereits speziell im betriebswirtschaftlichen Kontext ausgesprochen hat,<sup>91</sup> weil eben gerade dies den Kernbereich der Sachverständigentätigkeit ausmache. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht im Rahmen seiner aus der freien Beweiswürdigung (§ 272 ZPO) resultierenden Überprüfungspflicht<sup>92</sup> nicht auch die Unzulänglichkeit einer Bewertungsmethode aufgreifen könnte.<sup>93</sup>

Von Sachverständigen wird allerdings zumeist auf das Fachgutachten KFS/BW 1 des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder<sup>94</sup> abgestellt. Dies hat nicht zuletzt

<sup>88</sup> Siehe den Überblick zur Unternehmensbewertung bei *Brugger*, Übersicht über die Unternehmensbewertungsmethoden, *ecol-ex-script* 1998, 13/1; *Aschauer*, Grundfragen der Unternehmensbewertung – Bewertungsverfahren und aktuelle Parameter, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 1; *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung<sup>2</sup> (2023) 82 ff; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Unternehmensbewertung in Österreich, *GesRZ* 2024, 38.

<sup>89</sup> *Fischerlehner/Kunisch*, Wert und Bewertung von Geschäftsanteilen, in *Frenzel*, Handbuch Gesellschafterwechsel bei der GmbH (2020) 45 (59); *Gonau/Schmidberger*, *RdW* 2021, 607 (612); *Szep/Müller*, *GES* 2023, 265 (274).

<sup>90</sup> *RIS-Justiz* RS0119439.

<sup>91</sup> 6 Ob 25/12p; ebenso *RIS-Justiz* RS0010087; OGH 2 Ob 189/01k.

<sup>92</sup> Vgl zum Maßstab der Prüfung *Schneider* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/1<sup>3</sup> (2017) § 362 ZPO Rz 3; *Spitzer* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 362 Rz 4 sowie insb auch OGH 2 Ob 208/20g; *RIS-Justiz* RS0040632, wonach sogar widerspruchsfreie Gutachten als unrichtig befunden werden können.

<sup>93</sup> Vgl konkret OGH 6 Ob 586/94.

<sup>94</sup> Aktuell idF vom 26. 3. 2014, abrufbar unter [https://portal.ksw.or.at/download/fachinformation/LPVEIKVFWP/link/uz7urR85h-T\\_iDTzWPT7lyQ%7C%7C](https://portal.ksw.or.at/download/fachinformation/LPVEIKVFWP/link/uz7urR85h-T_iDTzWPT7lyQ%7C%7C) (zuletzt abgerufen am 30. 10. 2024).

<sup>86</sup> Siehe dazu ausf *Schmidberger*, GmbH-Verträge<sup>2</sup> 41.

<sup>87</sup> Vgl *Trenker*, *JB* 2012, 281 (291).

den Grund, dass Sachverständige, die dem Stand der Wirtschaftstreuhand angehören, gem § 71 Abs 1 und § 72 Abs 2 WTBG 2017 iVm § 2 Abs 1 WT-AARL 2017-KSW<sup>95</sup> standesrechtlich für verpflichtet gehalten werden, die Vorgaben derartiger Fachgutachten zu beachten.<sup>96</sup> Dass diese Vorgabe auch von gerichtlich beideten Sachverständigen stets uneingeschränkt beachtet werden müsste, ist uE jedoch mehr als zweifelhaft.<sup>97</sup> Normative Verbindlichkeit (außerhalb standesrechtlicher Vorgaben) kann diesem Fachgutachten nämlich nicht zukommen,<sup>98</sup> weil es sich um eine bloße Empfehlung einer Expertenkommission an den Berufsstand handelt, die den aktuellen Stand der Technik der Unternehmensbewertung abzubilden versucht.<sup>99</sup> Es bleibt damit bei der Maßgeblichkeit allgemeiner Sorgfaltsmaßstäbe für gerichtliche Sachverständige,<sup>100</sup> für deren Ausgestaltung das Fachgutachten zweifellos von großer Bedeutung ist, aber nicht „einzige und letzte Instanz“ sein kann. Daran ändert es auch nichts, wenn der OGH zu 6 Ob 180/17 i obiter der Bewertung des Gesellschaftsanteils nach dem Fachgutachten KFS-BW 1 „wohl keine Gefahr der Benachteiligung der Gläubiger des insolventen Gesellschafters“ attestiert.<sup>101</sup>

In der Sache sieht das Fachgutachten KFS/BW 1 grundsätzlich eine Bewertung nach dem Ertragswertverfahren oder dem Discounted Cash-Flow-Verfahren vor, also nach einem sogenannten Diskontierungsverfahren, dessen Resultat maßgeblich auf den zukünftig prognostizierten Unternehmensergebnissen basiert.<sup>102</sup> Das dadurch erzielte Resultat bedarf anschließend aber noch der Plausibilisierung, wofür insbesondere das sogenannte „Multiplikatorverfahren“ empfohlen wird.<sup>103</sup>

<sup>95</sup> Verordnung der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer über die Allgemeine Richtlinie über die Ausübung der Wirtschaftstreuhandberufe der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer; abrufbar unter <https://portal.ksw.or.at/download/fachinformation/LPVEIKVFWP/link/XtoQHS96ILx00x0UhNEGfQ%7C%7C> (zuletzt abgerufen am 12. 10. 2024).

<sup>96</sup> H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2024, 38 (44); H. Foglar-Deinhardstein, Auf den Punkt gebracht? – Aktuelle Überlegungen zum rechtlichen Rahmen für die Unternehmensbewertung, RWZ 2024, 252 (254).

<sup>97</sup> Jedenfalls steht außer Zweifel, dass eine Vorgabe des Fachgutachtens KFS/BW 1 zwingenden gesetzlichen Vorschriften unterzuordnen ist, H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2024, 38 (44).

<sup>98</sup> Haberer/Purtscher, Wirtschaftliche und rechtliche Fragen der Unternehmensbewertung, in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf & Due Diligence I<sup>2</sup> (2014) Rz 6; H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2024, 38 (44).

<sup>99</sup> Szep/Müller, GES 2023, 265 (274).

<sup>100</sup> Vgl nur § 1299 ABGB, ferner § 358 Abs 1 ZPO iVm Art XL EGZPO iVm § 1 EidesG.

<sup>101</sup> Vielmehr bringt die Formulierung „wohl“ uE eher zum Ausdruck, dass keineswegs *per se* feststeht, ob die Vorgaben des Fachgutachtens KFS/BW 1 stets zutreffend sind.

<sup>102</sup> Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 16, Rz 40 ff; Mandl, Das neue Fachgutachten KFS/BW 1, in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung (2014) 27 (28 ff).

<sup>103</sup> Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 17, Rz 118 ff; Mandl in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 27 (33 f).

Bei sehr kleinen Unternehmen soll ein solches Multiplikatorverfahren uU sogar ausschließlich herangezogen werden können.<sup>104</sup> Zu beachten ist zudem, dass das Fachgutachten KFS/BW 1 grundsätzlich den jeweiligen Liquidationswert als die Untergrenze des Unternehmenswerts qualifiziert.<sup>105</sup>

Diese Vorgaben weisen einige Kritikpunkte auf: Im Ergebnis belässt das Diskontierungsverfahren dem Gutachter aufgrund der festzulegenden Determinanten für die Bewertung, insbesondere bezüglich der prognostizierten Unternehmensergebnisse, einen weiten Spielraum. Konsequenz davon ist, dass Unternehmensbewertungen erfahrungsgemäß eine sehr große Bandbreite aufweisen und unterschiedliche Gutachter sogar nicht selten zu stark unterschiedlichen Resultaten gelangen.<sup>106</sup> Gerade bei kleinen und mittelgroßen Unternehmen ist die für die Bewertung notwendige zukünftige Planung der Unternehmensergebnisse eben häufig nicht oder nicht in der für eine seriöse Prognose notwendigen Qualität vorhanden. Umso stärker ist die anlässlich der Unternehmensbewertung erstellte Planung leider oft von Einzelinteressen der planenden Organe geprägt – je nachdem, ob für diese ein hoher oder niedriger Unternehmenswert günstig ist. Dementsprechend ist die Qualität von Diskontierungsverfahren davon abhängig, dass eine sorgfältige und objektive Erstellung der für die Prognose maßgeblichen Daten gewährleistet ist, was häufig, wenn überhaupt, nur mit großem Aufwand möglich erscheint.

Eine weitere Schwäche des Fachgutachtens KFS/BW 1 (nicht jedoch des Diskontierungsmodells als solchem) ist uE die kategorische Vorgabe, dass die Berücksichtigung von Minderheitsab- oder -zuschlägen unzulässig sei.<sup>107</sup> Dies bedeutet, dass zuerst 100% eines Unternehmens bewertet werden und dieser Wert anschließend ohne weiteres entsprechend der prozentuellen Beteiligungshöhe des Geschäftsanteils aliquotiert wird. Die Praxis zeigt jedoch, dass der tatsächlich erzielbare Verkaufspreis für einen Minderheitsanteil, der noch dazu vinkuliert ist, in der Regel wesentlich geringer ist als der darauf entfallende anteilige Unternehmenswert.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 18. Sehr kleine Unternehmen sind solche, die die Buchführungsgrenze des § 189 Abs 1 Z 2 UGB nicht überschreiten, vgl auch Aschauer in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 1 (8).

<sup>105</sup> Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 13, Rz 132 f.

<sup>106</sup> Dieses Problem stellt sich allgemein bei der Bewertung des Verkehrswerts, s Harrer, Bewertungsprobleme im Gesellschaftsrecht, GES 2022, 327 (330 f); H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2024, 38; vgl auch Aschauer in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 1 (2), wonach eine vollständige Einschränkung des Ermessens des Bewertenden schlicht nicht möglich sei.

<sup>107</sup> Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 149. Dem Vernehmen nach ist das Fachgutachten KFS/BW 1 gerade vor einer Überarbeitung und stehe dabei auch dieser Pkt zur Diskussion.

<sup>108</sup> Im Einzelfall kann wiederum anderes gelten, etwa wenn der Erwerber durch den Kauf eines Minderheitsanteils die Mehrheit

In der Bewertungspraxis von Verkaufsverhandlungen werden dementsprechend oft Abschlüsse zwischen 10% und 50% für die in Folge der Minderheitsbeteiligung mangelnde Kontrollmöglichkeit und für die wegen der Vinkulierung mangelnden Handelbarkeit vorgenommen.

Auch deshalb sollten gerichtliche Sachverständige alternative Bewertungsverfahren keineswegs *a priori* zu Gunsten der Vorgaben des Fachgutachtens KFS/BW 1 ausblenden. Das gilt insbesondere für Multiplikatorverfahren. Beim Multiplikatorverfahren werden bestimmte Unternehmenskennzahlen (zB EBIT,<sup>109</sup> EBITDA<sup>110</sup> oder Jahresumsatz) um einen bestimmten Faktor, dem Multiple, vervielfacht. Der daraus resultierende Wert (= Enterprise Value) wird daraufhin noch typischerweise angepasst, nach einem Schlüssel angepasst, der insbesondere von den bestehenden Nettofinanzverbindlichkeiten bzw dem bestehenden Nettofinanzvermögen und Working Capital abhängt. Diese Verfahren sollen zwar auch nach dem Fachgutachten KFS/BW 1 zur Plausibilisierung der zuvor erzielten Ergebnisse eingesetzt werden können. Im Einzelfall sollten sie aber auch als vorrangige<sup>111</sup> Bewertungsalternativen in Betracht gezogen werden. Vorteile dieses Verfahrens sind, dass es idR<sup>112</sup> weniger aufwändig ist und – wegen der Heranziehung vergangener statt künftiger Kennzahlen<sup>113</sup> – die skizzierte Manipulationsgefahr seitens der Unternehmensleitung geringer erscheint.<sup>114</sup> Freilich wird das Ergebnis dieses Verfahrens maßgeblich durch die Höhe des herangezogenen „Multiple“ determiniert, womit zugege-

erwirbt und er daher bereit ist, eine sogenannte Kontrollprämie zu zahlen.

<sup>109</sup> Es handelt sich dabei um den Gewinn vor Zinsen und Steuern, vgl Mandl in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 27 (34).

<sup>110</sup> Es handelt sich dabei um den Gewinn vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen, vgl Mandl in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 27 (34).

<sup>111</sup> Indes muss das Diskontierungsverfahren dem Bewertungsvorgang nach dem Fachgutachten KFS/BW 1 zwingend vorangehen (Hirschler, Spezialfragen zur Unternehmensbewertung – Bewertungsverfahren und aktuelle Parameter, in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 13 [19]).

<sup>112</sup> Das gilt jedenfalls, wenn auf den Branchenmultiplikator zurückgegriffen werden kann (dazu gleich FN 115) und nicht, wie im Fachgutachten KFS/BW 1 vorgesehen, zuerst vergleichbare Unternehmen oder Peer Groups vergleichbarer Unternehmen ermittelt werden müssen, vgl Hirschler in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 13 (20 ff).

<sup>113</sup> Allerdings wird vertreten, dass es sich auch bei diesen vergangenen Werten um dauerhaft erzielbare Werte handeln muss, womit diese Methode naturgemäß – der Wert eines Unternehmens besteht eben im Potenzial seiner künftigen Leistung (Haberer/Purtscher in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf I<sup>2</sup> Rz 2) – ebenfalls nicht ohne Zukunftsprognosen auskommt, vgl Aschauer in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 1 (8); Hirschler in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 13 (22); ferner Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 124.

<sup>114</sup> Krit zu den nach dem Fachgutachten KFS/BW 1 erforderlichen Zukunftsprognosen auch Szep/Müller, GES 2023, 265 (274).

benenmaßen abermals ein weiter Spielraum für den Bewertenden besteht.<sup>115</sup>

### c) Gesellschaftsvertraglicher Gestaltungsspielraum

Besonders die ausgewählten Kritikpunkte am Fachgutachten KFS/BW 1, das zwar wie gezeigt nicht obligatorisch, aber praktisch deutlich vorherrschend ist, drängen zur Frage, inwieweit die Gesellschafter das Bewertungsverfahren gesellschaftsvertraglich vorgeben können. Grundsätzlich ist das bei einer Abfindungsberechnung im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich. Selbst wenn eine standesrechtliche Pflicht für Wirtschaftstreuhandler zur Heranziehung des Fachgutachtens bestehen sollte (oben D.2.b)), ist diese Pflicht einer abweichenden privatrechtlichen Vereinbarung grundsätzlich unterzuordnen.<sup>116</sup> Kontrollmaßstab bleibt freilich § 879 ABGB. Insofern wird die bloße Auswahl einer Bewertungsmethode oder gar nur deren Modifikation allerdings schwerlich als sittenwidrig zu qualifizieren sein, wenn die getroffenen Regeln nicht geradezu gänzlich unangemessen erscheinen.

Beim Aufgriff im Insolvenzfall ist jedoch zu bedenken, dass die „Verkehrswertlösung“ ihre Zulässigkeit gerade daraus zieht, dass den Gläubigern tatsächlich eine Abfindung in Höhe des Anteilswerts zukommen muss. Diese somit als zwingend zu qualifizierende Zielvorgabe kann – von einem theoretischen Standpunkt aus betrachtet – naturgemäß konterkariert werden, wenn der Verkehrswert anhand einer „falschen“ Methode berechnet wird. Die soeben getätigten Ausführungen sollten aber gezeigt haben, dass im Kontext der Unternehmensbewertung – praktisch besehen und abgesehen von Extremfällen – schwerlich von „richtig“ und „falsch“ gesprochen werden kann. Dementsprechend dient die vertragliche Wahl einer Bewertungsmethode uE wohl kaum je dazu, die Höhe des Werts nach oben oder unten zu manipulieren. Im Vordergrund stehen vielmehr die legitimen Ziele, das Ergebnis möglichst vorhersehbar zu gestalten und zugleich Streitigkeiten hintanzuhalten sowie die mit dem Aufgriffsprozedere insgesamt verbundenen Kosten tunlichst gering zu halten.

Daher sollten uE Regelungen zur Ermittlung des Verkehrswerts auch im Insolvenzfall zulässig sein, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind, die zugleich das Ausmaß der gerichtlichen Überprüfbarkeit (bzw der Überprüfbarkeit durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen) der diesbezüglichen Klauseln abstecken: Erstens müssen die Vorgaben im Grundsatz taugliche Determinanten für die Anteilswertberechnung enthal-

<sup>115</sup> Vgl auch Hirschler in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung 13 (20 f). In Fachpublikationen werden immerhin regelmäßig sogenannte Branchenmultiples mit Bandbreiten veröffentlicht, zB <https://www.finance-magazin.de/research/finance-multiples/branchen-multiples/> (gebührenpflichtig).

<sup>116</sup> Ebenso H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2024, 38 (44).

ten; im konkreten Kontext wäre dies besonders dann in Frage zu stellen, wenn die Methode, wie dies zB dem Buch- oder Substanzwertverfahren attestiert wird,<sup>117</sup> typischerweise niedrigere Werte als vergleichbare Berechnungsweisen liefert und daher sogar eine gezielte Gläubigerbenachteiligung im Raum steht. Zweitens müssen diese Determinanten ebenfalls – hier drängt es sich förmlich auf, sich an der Schlechterstellungsverbotlösung des OGH zu orientieren – für alle Fälle vereinbart werden, in denen der Aufgriffspreis abhängig vom Unternehmenswert berechnet wird. Dadurch wird die Gefahr einer nachteiligen Wahl der Bewertungsmethode nämlich weiter eingeschränkt.

Im Ergebnis heißt das: Werden diese Maßstäbe nicht eingehalten, ist der gerichtlich bestellte Sachverständige in der Auswahl seiner Bewertungsmethode frei, es gilt die dargestellte „dispositive Rechtslage“ (oben D.2.b)). Ansonsten sprechen uE aber die besseren Gründe dafür, dass er sich an die gesellschaftsvertraglichen Vorgaben halten muss.

Vor diesem Hintergrund erscheint die bisweilen zu beobachtende Praxis der Firmenbuchgerichte, bei der amtswegigen Prüfung derartiger Klauseln Stellungnahmen von Sachverständigen zur Angemessenheit der vorgesehenen Bewertungsmethode zu verlangen, uE unnötig und damit überschießend. Die vertraglichen Regelungen unterliegen ohnehin der (eingeschränkten) nachträglichen Kontrolle im Streitfall. Das gilt umso mehr, als sich die Eignung eines Verfahrens ohnedies kaum *ex ante* überprüfbar erscheint.

Geht man folglich von der grundsätzlichen Zulässigkeit der näheren vertraglichen Ausgestaltung des *modus* der Verkehrswertbemessung aus, so liegen uE aufgrund der herausgearbeiteten Kritikpunkte am Fachgutachten KFS/BW1 (oben D.2.b)) zwei Gestaltungen nahe, die in der praktischen Kautelarjurisprudenz ohnehin bereits verbreitet sind: Zum einen bietet es sich an, im Grundsatz einfach auf das Fachgutachten KFS/BW 1 zu verweisen, allerdings einige Parameter der Bewertung zu modifizieren: So könnte etwa anstatt auf eine nicht näher determinierte zukünftige Planung des Unternehmensergebnisses auf die durchschnittlichen Unternehmensergebnisse der Vergangenheit (zB der letzten 3 Geschäftsjahre) abgestellt werden. Weiters könnte der Diskontierungszinssatz für die Berechnung des Ertragswerts fixiert werden; Letzteres erhöht allerdings die Gefahr, dass der vertragliche Bewertungsrahmen *ex post* als untauglich qualifiziert wird, wenn und weil sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zwischen dem Vertragsabschluss und dem insolvenzbedingten Aufgriff stark verändert haben sollten. Jedenfalls kann und sollte uE vorgesehen werden, dass marktübliche Abschlüsse für fehlende Kontrolle (Minderheitenabschlag)

<sup>117</sup> So zB Szep/Müller, GES 2023, 265 (275).

und wegen beschränkter Marktgängigkeit (Vinkulierung) vorzunehmen sind (vgl oben D.2.b)).

Eine weitergehende Alternative besteht darin, von vornherein ein Multiplikatorverfahren vorzusehen.<sup>118</sup> Damit kann, wie erwähnt (oben D.2.b)), typischerweise eine gewünschte Vereinfachung des Prozederes bewirkt werden. Soweit dabei auch der Multiple im Vorhinein festgelegt werden soll, gilt jedoch das zur Vorgabe des Diskontierungszinssatzes Gesagte: Der damit verbundene Vorteil der Vereinfachung und höheren Vorsehbarkeit wird um das erhöhte Risiko „erkauft“, dass der gewählte Multiple wegen geänderter Marktverhältnisse möglicherweise als untauglich und damit als unwirksam (§ 879 ABGB) eingestuft wird.

#### d) Schiedsgutachtenvereinbarung

Eine weitere „Stellschraube“ verbreiteter Vertragsgestaltung ist die Person des Bewertenden: Häufig wird gesellschaftsvertraglich eine Verkehrswertbemessung durch einen Schiedsgutachter vorgesehen. Die Schiedsgutachtenvereinbarung ist zwar gesetzlich bestenfalls rudimentär geregelt (§ 64 Abs 1, § 184 VersVG, § 1056 ABGB, § 6 Abs 1 Z 10 KSchG; vgl hingegen Art 189 schweizerische ZPO). Ihre Zulässigkeit ist im Grundsatz aber zu Recht anerkannt, wenngleich sie richtigerweise unterschiedliche Funktionen erfüllt und davon abhängig auch eine unterschiedliche Rechtsnatur aufweist.<sup>119</sup> Zentrale Rechtsfolge einer wirksamen Schiedsgutachtenvereinbarung ist nach stRsp jedenfalls, dass ein Gericht grundsätzlich an die „Feststellung“ durch den Schiedsgutachter gebunden ist, soweit diese nicht offenbar unrichtig<sup>120</sup> oder – im Falle eines rechtsgestaltenden Schiedsgutachtens<sup>121</sup> – offenbar unbillig ist.<sup>122</sup>

Prinzipiell ist gerade die Streitigkeit über die Bewertung einer Gesellschaft bzw eines Unternehmens oder eines Gesellschaftsanteils ein sinnvoller und tauglicher Gegenstand einer Schiedsgutachtenvereinbarung. Mehr noch: Ohne rasche Ermittlung des Aufgriffspreises, welche eigentlich nur durch ein Schiedsgutachten gewährleistet werden kann, wäre es den Gesellschaftern schwerlich zumutbar, sich darüber zu erklären, ob sie den Anteil erwerben wollen oder nicht. Die Schiedsgutachtenvereinbarung verfolgt also im gegebenen Kontext zweifellos legitime Ziele. Die Bemessung des Verkehrswerts durch einen Schiedsgutachter trägt dementsprechend auch den für die vertragliche Festlegung einer Bewertungsmethode postulierten Determinanten (oben D.2.c)) Rechnung: Die Ermittlung durch einen Schiedsgutachter ist, wenn dieser eine fachlich geeig-

<sup>118</sup> Siehe ein Formulierungsbeispiel dazu bei Schmidberger, GmbH-Verträge<sup>2</sup> 121 ff.

<sup>119</sup> Ausf dazu Trenker, Parteidisposition 276 ff.

<sup>120</sup> OGH 1 Ob 501/96; 2 Ob 236/07 f; 9 Ob 42/10 g; 7 Ob 99/16 h; RIS-Justiz RS0106360.

<sup>121</sup> Zu dieser Unterscheidung Trenker, Parteidisposition 281 mwN.

<sup>122</sup> RIS-Justiz RS0020010; RS0016832; RS0019994 [T 4].

nete und unabhängige<sup>123</sup> Person ist, eine taugliche „Rahmenbedingung“ zur Verkehrswertermittlung (praktisch betrachtet besteht insoweit ja kein wirklicher Unterschied, ob das Gericht einen Sachverständigen bestellt oder sich die Parteien auf einen Schiedsgutachter einigen). Dementsprechend führt die Ermittlung durch einen Schiedsgutachter typischerweise auch nicht zu niedrigeren und damit gläubigerbenachteiligenden Ergebnissen als jene durch einen Sachverständigen.

Für den Erstverfasser bleiben *de lege lata* dennoch Bedenken, ob das Schiedsgutachten bei der Verkehrswertlösung<sup>124</sup> für das Gericht bindende Wirkung entfalten kann. Denn insoweit ist abermals zu bedenken, dass der Aufgriffspreis in Höhe des Verkehrswerts im Gläubigerschutzinteresse zwingend gewährleistet werden muss und Tatbestände eines im überparteilichen Interesse ausgestalteten Rechtssatzes nach Meinung des Erstverfassers nicht bindend durch Schiedsgutachten entschieden werden können (vgl auch Art 189 Abs 3 schweizerische ZPO).<sup>125</sup> Auch wenn man dieser – bislang nicht höchstrichterlich geklärten – Meinung folgt, wäre die gesellschaftsvertragliche Anordnung der Einholung eines Schiedsgutachtens nicht verboten (und daher sicherlich kein Eintragungshindernis [oben C.4]). Das Ergebnis des Schiedsgutachters hätte lediglich keine bindende Wirkung in einem allfälligen Rechtsstreit, könnte aber zumindest als wesentlicher Referenzwert für die Gesellschafter bei der Entscheidung dienen, ob sie den Anteil aufgreifen wollen. Auch kann und sollte sich ein Gericht im Streitfall durchaus an einem erstellten Schiedsgutachten orientieren.<sup>126</sup> Schließlich könnte das Schiedsgutachten jedenfalls seine „volle“ Wirkung entfalten, wenn der Insolvenzverwalter nachträglich in die Schiedsgutachtenvereinbarung einwilligt; er könnte sich ja sogar mit den Gesellschaftern auf einen Aufgriffspreis einigen, der unter dem Verkehrswert liegt.

<sup>123</sup> Die Unabhängigkeit des Gutachters ist uE Voraussetzung für ein bindendes Schiedsgutachten, ausf Garger, Das Schiedsgutachtenrecht (1996) 275 ff, 284 f; Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I (2012) Rz 3/27 ff; Trenker, Parteidisposition 287 ff; Laher/Spadinger, Zur Abgrenzung von Schiedsgutachtenabrede und Schiedsvereinbarung, ÖJA 2024, 277 (284); aA noch OGH 7 Ob 125/66; 4 Ob 573/78; offenlassend 9 Ob 42/10 g.

<sup>124</sup> Anderes gilt bei der Schlechterstellungsverbotslösung: Ist umfassend gewährleistet, dass der Gesellschafter in keinem „Exit-Szenario“ „mehr“ aus seinem Anteil machen kann als im Insolvenzfall, muss die Höhe des Aufgriffspreises ja nicht mehr zwingend der Höhe des Verkehrswerts entsprechen. Daher ist auch eine Determination durch einen Schiedsgutachter völlig unproblematisch.

<sup>125</sup> Trenker, Parteidisposition 294; Trenker, Anmerkung zu OGH 23. 11. 2023, 5 Ob 167/23 d, NZ 2024, 161 (166).

<sup>126</sup> Denkbar wäre uE etwa, dass das Gericht einem Sachverständigen nur den Auftrag erteilt, das Schiedsgutachten zu überprüfen und ggf zu adaptieren.

## Musterformulierung (Verkehrswertlösung mit adaptierten Bewertungsregeln)<sup>127</sup>

### 12. Aufgriffspreis

12.1. Greifen die Gesellschafter einen Geschäftsanteil nach Punkt [11.]<sup>28</sup> auf, so errechnet sich der zu leistende Aufgriffspreis – unter Berücksichtigung der übrigen Vorgaben dieses Punktes [12.] – nach dem Fachgutachten KFS/BW1 des Fachsenates für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder oder nach einem allenfalls an seine Stelle tretenden Fachgutachten. Der Aufgriffspreis entspricht dabei dem dem Geschäftsanteil anteilmäßig entsprechenden, nach den Grundsätzen des Fachgutachtens zu ermittelnden Unternehmenswert abzüglich eines Abschlages in Höhe von [30%].

12.2. Greifen die Gesellschafter einen Geschäftsanteil nach den Punkten [Insolvenz, Exekution] auf, entspricht der zu leistende Aufgriffspreis abweichend zu Punkt [12.1.] jedoch dem Verkehrswert des aufgriffsgegenständlichen Geschäftsanteils (ohne Abschlag), welcher für den konkreten Geschäftsanteil und nicht anteilig vom gesamten Unternehmenswert zu berechnen ist.

12.3. Wird bei der Berechnung des Aufgriffspreises auf das Fachgutachten KFS/BW1 des Fachsenates für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder oder auf ein allenfalls an seine Stelle tretendes Fachgutachten abgestellt, sind abweichend von den (allfälligen) Vorgaben des Fachgutachtens bei der Berechnung des Verkehrswertes des aufgriffsgegenständlichen Geschäftsanteils jedenfalls die Größe des Unternehmens der Gesellschaft, die Anzahl und Streuung der Anteile, sowie die Verkäuflichkeit/Mobilität der Anteile und die Rechte einer allfälligen Minderheit zu berücksichtigen. Dementsprechend sind gegebenenfalls insbesondere Abschläge für fehlende Kontrolle (Minderheitenabschlag) und für beschränkte Marktgängigkeit (Fungibilitätsabschlag) des Geschäftsanteils vorzunehmen.

12.4. Als Aufgriffsstichtag gilt im Falle [..].<sup>129</sup>

## 3. Schlechterstellungsverbotslösung

### a) Umfassende Absicherung des Schlechterstellungsverbots

Entscheiden sich die vertragsschließenden Gesellschafter dagegen, im Insolvenzfall den vollen Aufgriffspreis bezahlen zu wollen, was praktisch zumeist bedeutet, dass der Preis auf einen bestimmten Prozentsatz vom

<sup>127</sup> Die gewählte Nummerierung ist nur beispielhaft.

<sup>128</sup> Pkt 11. beinhaltet nicht sämtliche denkbaren Exit-Fälle, und es ist auch sonst keine Vorkehrung dafür getroffen, dass der Gesellschafter seinen Geschäftsanteil nicht zum Verkehrswert veräußern kann. Daher muss im Insolvenzfall der Verkehrswert als Aufgriffspreis vereinbart werden (Pkt 12.2.).

<sup>129</sup> Diese Regelung kann grundsätzlich identisch wie bei der Schlechterstellungsverbotslösung ausgestaltet werden. Siehe dazu unten D.3.b) Pkt 12.3.

Verkehrswert reduziert wird (näher unten D.3.b)), müssen sie sich ans „Schlechterstellungsverbot“ halten. Das heißt, es muss im Gesellschaftsvertrag sichergestellt werden, dass der im Insolvenzfall vorgesehene Aufgriffspreis nicht geringer sein darf als in jedem (anderen) Fall eines freiwilligen und unfreiwilligen Ausscheidens.

Wie bereits dargelegt wurde (oben C.3, D.1.), ist die größte Schwierigkeit dabei, den freiwilligen Verkauf zu erfassen. Grundsätzlich wäre es wohl gesellschaftsrechtlich zulässig, den Anteil einfach in einer Weise zu vinkulieren, dass ihn der Gesellschafter nicht veräußern kann, ohne dies der Gesellschaft anzuzeigen und dadurch einen Aufgriffsfall auszulösen. Diese Variante, bei der der Abschluss eines Anteilskaufvertrags ebenfalls als Aufgriffsfall vereinbart wird, stellt daher eine taugliche Option dar. Betont sei an dieser Stelle – dies gilt auch für alle folgenden Ausführungen – lediglich, dass die Vinkulierung im Gesellschaftsvertrag und nicht etwa in einem Syndikatsvertrag geregelt werden muss, weil ihr nur so absolute Wirkung zukommt (vgl oben B.3).<sup>130</sup>

Eine derart umfassende Abtretungsbeschränkung widerspricht jedoch typischerweise den Interessen der Gesellschafter. Zumindest zugunsten eines bestimmten Personenkreises, insbesondere zugunsten naher Angehöriger, wollen Gesellschafter gewöhnlich nicht auf ihre – zustimmungsfreie – Übertragungsmöglichkeit verzichten (oben D.1). UE bietet sich vor diesem „Dilemma“ die Kompromisslösung an, die Geschäftsanteile – zumindest zugunsten bestimmter Personen – „nur“ in einer Art und Weise zu vinkulieren, dass lediglich die Veräußerung zu einem höheren Preis zustimmungspflichtig ist, als er im Insolvenzfall in die Insolvenzmasse zu bezahlen wäre. Die Vereinbarkeit dieser Lösung mit dem vom OGH postulierten Schlechterstellungsverbot bedarf freilich einiger Erläuterungen und flankierender Regelungen.

Wenn der Gesellschafter die Vinkulierung „unterläuft“, indem er den Anteil der begünstigten Person zu einem geringeren Preis als den Aufgriffspreis im Insolvenzfall verkauft, ist dies unproblematisch, zumal er diesfalls ja nicht besser steht als im Insolvenzfall. Nochmal sei daran erinnert, dass die Vorgaben des OGH eben nur auf ein Schlechterstellungsverbot und kein Gleichbehandlungsgebot hinauslaufen (oben C.3). Um die effektive Einhaltung der Preisvorgaben sicherzustellen, ist es allerdings zumindest zweckmäßig, eine unbedingte Anzeigepflicht des Veräußerungsvertrags gegenüber der Gesellschaft vorzusehen.

Praktisch kann sich daraufhin zwar das Problem ergeben, dass abermals unklar ist, ob der Verkaufspreis wirk-

lich unter dem für das Insolvenzscenario vereinbarten Aufgriffspreis liegt; denn dieser wird ja regelmäßig einen bestimmten Prozentsatz vom Anteilswert darstellen, und dieser Anteilswert ist – wie eingehend erläutert – alles andere als einfach zu bemessen. Diesem Unsicherheitsfaktor ist jedoch durch die flankierende Regelung Rechnung zu tragen, dass bei Überschreiten des „Insolvenzaufgriffspreises“ ebenfalls ein Aufgriffsrecht der Mitgesellschafter besteht.<sup>131</sup> Dadurch wird nämlich sichergestellt, dass es letztlich zur – notfalls gerichtlichen – Klärung dieser Frage kommt, wenn wirklich ein Gesellschafter aufgriffswillig ist (will hingegen kein Gesellschafter vom Aufgriffsrecht Gebrauch machen, ist die Veräußerung ohnehin auch zu einem höheren Preis als im Insolvenzscenario unproblematisch [oben C.3 sowie sogleich]). Ganz abgesehen davon dient diese Ausnahme von der Vinkulierung zugunsten bestimmter Personen vor allem der Anteilsübertragung in der Familie, welche häufig unentgeltlich oder gegen eine derart geringe Gegenleistung erfolgt, dass trotz aller Bewertungsschwierigkeiten kein Zweifel an der Unterschreitung des Aufgriffspreises im Insolvenzscenario bestehen dürfte.

Dass die Vinkulierung der Veräußerung zu einem höheren Preis als im Insolvenzfall nicht entgegensteht, wenn dem alle Gesellschafter zustimmen, ist unschädlich, sofern die Mitgesellschafter andernfalls die Möglichkeit hätten, den Anteil zu demselben Preis wie im Insolvenzfall aufzugreifen. Denn dies kommt funktional der Situation gleich, dass kein Gesellschafter vom Aufgriffsrecht Gebrauch machen will. Da dieses Szenario ja auch im Insolvenzscenario denkbar ist, begründet es – wie gezeigt (oben C.3) – keinen Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot, wenn der Gesellschafter mangels Aufgriffsbereitschaft eines anderen Gesellschafters einen höheren Preis erzielen kann. UE bietet es sich an, dies vertraglich dadurch zu gewährleisten, dass die Zustimmung der Gesellschafter zur Veräußerung, die nicht einstimmig erfolgt, einen weiteren Aufgriffsfall darstellt.<sup>132</sup> Dasselbe muss schließlich gelten, wenn die beabsichtigte Veräußerung des vinkulierten Anteils zwar von den Gesellschaftern verweigert wird, das Gericht deren Zustimmung aber gem § 77 GmbHG ersetzt.<sup>133</sup> Andernfalls wäre wiederum nicht lückenlos sichergestellt, dass der Gesellschafter nicht doch „mehr“ aus seinem Anteil machen kann, als die Insolvenzmasse im Insolvenzfall erhält.

#### **b) Grenzen der Beschränkbarkeit des Aufgriffspreises**

Werden durch diese vertraglichen Rahmenbedingungen die Voraussetzungen zur effektiven Einhaltung des Schlechterstellungsverbots geschaffen, kann daher auch

<sup>130</sup> OGH 7 Ob 2350/96f; RIS-Justiz RS0107661; Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (155. Lfg; 2024) § 76 Rz 78; Huf in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> (2024) § 76 Rz 16.

<sup>131</sup> Siehe unten Pkt 11.1.5. der Musterformulierung.

<sup>132</sup> Siehe unten Pkt 11.1.5. der Musterformulierung.

<sup>133</sup> Siehe unten Pkt 11.1.4. der Musterformulierung.

für den Fall der Insolvenz ein Aufgriffspreis unterhalb des Verkehrswerts im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden. Es bleibt damit jedoch – wie bereits erwähnt (oben C.3) – weiterhin die (nicht insolvenzspezifische) Frage, wie weit der Aufgriffspreis den Verkehrswert unterschreiten darf, um nicht dem Sittenwidrigkeitsverdikt des § 879 ABGB anheimzufallen.

Die Frage, in welcher Höhe eine Abfindungsbeschränkung – unabhängig von einer Schlechterstellung des Insolvenzzenarios – in nicht sittenwidriger Weise vereinbart werden kann, wurde vom OGH auch in seinen jüngsten einschlägigen Entscheidungen offengelassen. Immerhin hatte der OGH zu 6 Ob 96/20s (hinsichtlich einer Kommanditgesellschaft) zu untersuchen, was unter einer „angemessenen Abfindung“ zu verstehen ist, und festgehalten, dass ein Abschlag von 20% (also eine Abfindung iHv 80% des Verkehrswerts) jedenfalls sachgerecht sei. Zieht man in Betracht, dass sich im gegenständlichen Zusammenhang die Frage nach der Sittenwidrigkeitsgrenze (und nicht nach der Angemessenheit) gestellt hat, wird man uE davon ausgehen können, dass ein höherer als der für angemessen erachtete Abschlag von 20% zulässig sein muss. Zwischen bloßer Unangemessenheit und Sittenwidrigkeit muss ja offenkundig ein Unterschied bestehen.

Dies ließe sich gut mit jener überwiegenden Literaturmeinung vereinbaren, die der Wertung des Gesetzgebers bei der *laesio enormis* (§ 934 ABGB) entnimmt, dass der maximal zulässige Abschlag bei 50% des Verkehrswerts anzusetzen sei.<sup>134</sup> Da § 934 ABGB aber weder unmittelbar noch analog anwendbar ist, weil die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung des Aufgriffsrechts für Fälle des Gesellschafter-Exits nicht in einer Weise isoliert werden kann, dass dies auch nur annähernd einem „zweiseitig verbindlichen Geschäft“ iSd § 934 ABGB gleichgehalten werden kann, handelt es sich dabei um keine starre Grenze. Folgerichtig sollten jedenfalls besondere Umstände des Einzelfalls sogar eine höhere Aufgriffspreisbeschränkung als um 50% rechtfertigen.

Derartige Rechtfertigungsgründe könnten beispielsweise aus der spezifischen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft oder der Form der Beteiligung der Gesellschafter resultieren. Gerade bei Gesellschaften von Freiberuflern oder bei Beteiligungen von Mitarbeitern findet sich häufig das Model des „naked in and naked out“, bei dem „neue“ Gesellschafter Geschäftsanteile zum anteiligen buchmäßigen Eigenkapital (also nicht zum Verkehrswert) erwerben; sozusagen als Ausgleich dafür ist vorgesehen,

dass bei einem Ausscheiden eines Gesellschafters dessen Geschäftsanteil ebenfalls „nur“ zu einem Preis in Höhe des anteiligen buchmäßigen Eigenkapitals abgetreten wird. Dieses Modell ist bei Freiberuflern und bei Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter mitarbeiten und wesentlich zum Erfolg der Gesellschaft beitragen, auch deshalb sachgerecht, weil der Verkehrswert einer solchen Gesellschaft maßgeblich von den beteiligten Gesellschaftern abhängig ist und ein ausscheidender Gesellschafter oft seinen unmittelbaren Kundenstamm (oder zumindest seine Arbeitsleistung) und damit einen Teil des Verkehrswerts der Gesellschaft „mitnimmt“. Dasselbe gilt uE beispielsweise für Mitarbeiterbeteiligungsmodelle, bei denen Mitarbeiter vergünstigt Anteile erhalten, und es deshalb angemessen scheint, dass sie diese bei Ausscheiden wieder unter Anwendung der gleichen Bewertungsmethode wie beim Einstieg abgeben müssen. Der Insolvenzfall ändert an der Sachlichkeit dieses „Synallagmas“ in beiden Fällen nichts.<sup>135</sup>

**Musterformulierung (Schlechterstellungsverbotslösung wegen vereinbarter Abschläge im Insolvenzfall)<sup>136</sup>**

#### 10. Übertragung, Teilung und Belastung 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 [Variante: und der einer Mehrheit von zumindest 75% der abgegebenen Stimmen bedarf], erteilt wird. Der Beschlussfassung sind die genaue Bezeichnung des Übernehmers sowie die konkreten Übernahmbedingungen zugrunde zu legen. Ausdrücklich festgehalten wird, dass dieses Zustimmungserfordernis eine Vinkulierung im Sinne von § 340 Abs 1 EO darstellt.

10.2. Die Zustimmung nach Punkt 10.1. ist nicht für die gänzliche oder teilweise Übertragung von Geschäftsanteilen an die nachfolgend angeführten Personen (begünstigter Personenkreis) erforderlich, sofern die Gegenleistung für die Übertragung der Höhe nach nicht jenen Betrag überschreitet, den der übertragende Gesellschafter im Falle eines Aufgriffs des übertragungsgegenständlichen Geschäftsanteils (oder eines Teiles davon) als Aufgriffspreis erhalten würde (wobei der übertragende Gesellschafter und der/die Übernehmer die Erfüllung dieser Voraussetzung gegenüber der Geschäftsführung unaufgefordert durch Vorlage geeigneter Urkunden nachzuweisen haben; sofern Gesellschafter in diese Urkunden Einsicht nehmen, hat die Geschäftsführung jene Stellen, die für die Beurteilung

<sup>134</sup> *Umfahrer*, Aufgriffsrechte, Abfindungsregelungen und Vinkulierungsbestimmungen als Gestaltungsinstrumente im GmbH-Gesellschaftsvertrag, *GesRZ-Spezial* 2006, 28 (30); *Gonaus/Schmidberger*, *RdW* 2020, 896 (900); *Gonaus/Schmidberger*, *RdW* 2021, 607 (610); *Szep/Müller*, *GES* 2023, 265 (274); *aA Weichselbaumer*, *Aufgriffsrechte* 143, wonach maximal ein Abschlag von 25% zulässig sei.

<sup>135</sup> Bei personalistisch strukturierten Freiberufler-Gesellschaften ist im Gegenteil zu bedenken, dass der Gesellschafter mit seiner Insolvenz möglicherweise sogar der Reputation der Gesellschaft schadet.

<sup>136</sup> Die gewählte Nummerierung ist nur beispielhaft.



der Erfüllung der Voraussetzung nicht von Relevanz sind, zu schwärzen).

10.2.1. Kinder und deren Nachkommen im Sinne von § 731 Abs 1 ABGB des übertragenden Gesellschafters;

10.2.2. Mitgesellschafter

10.2.3. [...].

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

11.1.1. Rechtskräftige Eröffnung des Konkurses [Variante: Insolvenzverfahrens<sup>137</sup>] über das Vermögen eines Gesellschafters;

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

11.1.3. Rechtskräftige Bewilligung der Exekution auf Vermögensrechte im Sinne der §§ 326 ff EO oder Mitteilung gemäß § 328 Abs 2 EO an die Gesellschaft hinsichtlich des Geschäftsanteils eines Gesellschafters oder Übergang einer in Ansehung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters geführten Sicherstellungsexekution nach erfolgtem Eintritt der Vollstreckbarkeit des Exekutionstitels in eine Exekution zur Befriedigung, sofern die Exekution nicht innerhalb von 3 Wochen nach Eintritt der Rechtskraft der Bewilligung oder im Falle des Übergangs einer Sicherstellungsexekution in eine Befriedigungsexekution nicht innerhalb von 3 Wochen nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Exekutionstitels gemäß §§ 39, 40 EO eingestellt oder in Ansehung des Geschäftsanteils gemäß § 41 EO eingeschränkt wird;

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

11.1.5. Beschluss der Gesellschafter, mit welchem die Zustimmung zur Übertragung gemäß Punkt 10.1. erteilt wird, und diese Beschlussfassung nicht einstimmig erfolgt;

11.1.6. Wenn die Übertragung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters an eine nicht in Punkt 10.2. genannte Person oder unter Verletzung der Vorgaben des Punktes 10.2. hinsichtlich der Gegenleistung erfolgt, die Übertragung ungeachtet der absoluten Wirkung des Übertragungsverbotens gemäß Punkt 10.1. so-

wie der Vorgaben des Punktes 10.2. hinsichtlich der Gegenleistung rechtswirksam sein sollte oder bei einer Übertragung von Todes wegen an eine nicht in Punkt 10.2. genannte Person binnen 2 Monaten nach Einantwortung kein einstimmiger Zustimmungsbefehl nach Punkt 10.1. erteilt wird;

11.1.7. [Weitere Aufgriffstatbestände]

11.2. [Regelung des Aufgriffsverfahrens].

### 12. Aufgriffspreis

12.1. Greifen die Gesellschafter einen Geschäftsanteil nach Punkt 11. auf, so errechnet sich der zu leistende Aufgriffspreis – unter Berücksichtigung der übrigen Vorgaben dieses Punktes 12. – nach dem Fachgutachten KFS/BW1 des Fachsenates für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder 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 abzüglich eines Abschlags in Höhe von [30%].

12.2. Wird bei der Berechnung des Aufgriffspreises auf das Fachgutachten KFS/BW1 des Fachsenates für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder oder auf ein allenfalls an seine Stelle tretendes Fachgutachten abgestellt, sind abweichend von den (allfälligen) Vorgaben des Fachgutachtens bei der Berechnung des Verkehrswertes des aufgriffsgegenständlichen Geschäftsanteils jedenfalls die Größe des Unternehmens der Gesellschaft, die Anzahl und Streuung der Anteile, sowie die Verkäuflichkeit/Mobilität der Anteile und die Rechte einer allfälligen Minderheit zu berücksichtigen. Dementsprechend sind gegebenenfalls insbesondere Abschläge für fehlende Kontrolle (Minderheitenabschlag) und für beschränkte Marktgängigkeit (Fungibilitätsabschlag) des Geschäftsanteils vorzunehmen.

12.3. Als Aufgriffsstichtag gilt im Falle:

- des Punktes 11.1.1. der Tag der Rechtskraft der Eröffnung des Konkursverfahrens [Variante: Insolvenzverfahrens] über das Vermögen des Gesellschafters;

- [...].

Soweit es nach dem Aufgriffsstichtag Dividendenzahlungen und/oder Einlagenrückzahlungen an den ausscheidenden Gesellschafter gegeben hat, die bei der Unternehmensbewertung nicht berücksichtigt wurden, reduzieren diese den Aufgriffspreis (festgehalten wird, dass der Aufgriffspreis dadurch auch negativ sein kann); umgekehrt erhöhen allfällige bei der Unternehmensbewertung nicht berücksichtigte Einlagenleistungen durch den ausscheidenden Gesellschafter den Abtretungspreis.

<sup>137</sup> Mit den Vorgaben des OGH ist es – wie ausgeführt (oben B.2) – vereinbar, die Eröffnung des Sanierungsverfahrens als Aufgriffsfall zu vereinbaren, was aber nicht unbedingt den Interessen der Gesellschafter entsprechen muss.

#### 4. Vorkaufsrecht als Alternative zum Aufgriffsrecht?

Es hat sich gezeigt, dass sowohl die Verkehrswert- als auch die Schlechterstellungsverbotslösung zahlreiche Schwierigkeiten und Unsicherheiten aufweisen. Das betrifft insbesondere die bei Vereinbarung eines Aufgriffsrechts unvermeidbaren Bewertungsschwierigkeiten des Anteils. Abschließend sei daher eine vergleichsweise einfache Alternative aufgezeigt, die zwar weniger Gestaltungsspielraum bei der Aufgriffspreisgestaltung erlaubt und mit einem weiteren gewichtigen Nachteil verbunden ist, sich aber in manchen Fällen vielleicht doch als attraktiv erweisen könnte: Im Gesellschaftsvertrag könnte von vornherein auf ein Aufgriffsrecht im Insolvenzfall verzichtet und stattdessen ein Vorkaufsrecht zugunsten der Mitgesellschafter vereinbart werden. Das Besondere, was dieses Vorkaufsrecht im hier verstandenen Sinn<sup>138</sup> vom oben diskutierten Aufgriffsrecht unterscheidet, ist dabei, dass gesellschaftsvertraglich kein Aufgriffspreis vereinbart wird.

Auch ein solches gesellschaftsvertragliches Vorkaufsrecht ist wegen der absoluten Wirkung des Gesellschaftsvertrags<sup>139</sup> (oben B.3) richtigerweise insolvenzfest, sodass die Mitgesellschafter die Veräußerung an einen ungewollten „neuen“ Gesellschafter verhindern können. § 26 Abs 3 IO ist hierauf ebenso wenig anwendbar wie auf ein gesellschaftsvertragliches Aufgriffsrecht (oben B.1).<sup>140</sup> Auch § 21 IO gilt für dieses dem mehrseitigen Gesellschaftsvertrag entspringende Recht nicht.<sup>141</sup> § 25 b Abs 2 IO wird – abgesehen von seiner Nichtanwendbarkeit auf Gesellschaftsverträge (oben B.2) – überhaupt nicht tangiert, weil der insolvente Gesellschafter ja nicht aus der GmbH ausgeschlossen werden soll. Der Insolvenzverwalter kann den Anteil folglich zu dem Entgelt und jenen Bedingungen veräußern, die er am Markt erzielen kann. Ob dieses Entgelt vom designierten Käufer oder einem vor-

kaufsberechtigten Mitgesellschafter entrichtet wird, macht für die Insolvenzgläubiger keinen Unterschied. Aus diesem Grund sind auch die angestellten Überlegungen zur Aufgriffspreisbeschränkung (oben C.1) obsolet; es gilt also kein umfassendes Schlechterstellungsverbot im Vergleich zu anderen Ausscheidensfällen.

Auch ist auf ein solches Vorkaufsrecht grundsätzlich weder § 340 Abs 1 EO<sup>142</sup> (früher: § 76 Abs 4 GmbHG aF) noch dessen Regelungsmechanismus (analog) anwendbar, wonach die Mitgesellschafter jedenfalls den Schätzwert leisten müssten. § 340 Abs 1 EO, der im Insolvenzverfahren nach hA grundsätzlich analog gilt,<sup>143</sup> regelt für den Fall der Vinkulierung, dass der von der Gesellschaft namhaft gemachte Käufer – funktional betrachtet – ein Aufgriffsrecht zum Schätzwert hat, sobald es zur vollstreckungsrechtlichen Verstrickung kommt. Diese Regelung ist notwendig, weil Exekutions-/Insolvenzverwalter den Anteil wegen der Vinkulierung sonst bei mangelnder Zustimmung gar nicht veräußern könnten. Da es hier jedoch an einem „Referenzkaufpreis“ fehlt, hat der Gesetzgeber als „Aufgriffspreis“ naheliegenderweise den Schätzwert festgelegt.<sup>144</sup> Bei einem Vorkaufsrecht ist die Ausgangslage hingegen anders gelagert: Da der Insolvenzverwalter ja – ohne irgendeiner Zustimmung zu bedürfen – einen Kaufvertrag abschließen kann,<sup>145</sup> müssen der oder die vorkaufsberechtigten Mitgesellschafter einfach zu jenen Konditionen kaufen, die der Insolvenzverwalter mit dem designierten Käufer ausverhandelt hat.<sup>146</sup> Anderes gilt freilich, wenn das Vorkaufsrecht mit einer Vinkulierungsklausel kombiniert wird, was eine weitere – uE ebenso zulässige – Gestaltungsmöglichkeit darstellt.<sup>147</sup>

Aus Sicht der Mitgesellschafter hat das Vorkaufsrecht – ohne vertraglich festgelegten Vorkaufspreis und ohne Vinkulierung – den offensichtlichen Nachteil im Vergleich zu einem „echten“ Aufgriffsrecht, dass sie keinen Einfluss auf den Preis haben, zu dem sie den Anteil er-

<sup>138</sup> So auch *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 253 (255). Allgemein zur Abgrenzung *Schopper/Walch*, Zur Anwendbarkeit der §§ 1072 ff ABGB auf GmbH-Aufgriffsrechte, *ecolex* 2020, 519 mwN.

<sup>139</sup> OGH 8 Ob 631/90; 1 Ob 8/00h; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 32 mwN.

<sup>140</sup> Auch bei nicht gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsrechten sprechen die besseren Gründe gegen die Anwendung von § 26 Abs 3 IO, ebenso *Kletečka*, GesRZ 2009, 82 (83 f); *Perner* in *KLS<sup>2</sup>* § 21 IO Rz 10; vgl auch OGH 2 Ob 278/97 i (Wiederkaufsrecht); aA *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 26 KO Rz 91 ff je mwN (Stand 1. 9. 2004, rdb.at).

<sup>141</sup> Eine Anwendung des Rücktrittsrechts nach § 21 IO wäre in der gegenständlichen Konstellation zweckverfehlt: Das Vorkaufsrecht soll ja gerade für den Fall greifen, dass der Insolvenzverwalter einen Käufer gefunden hat. Wenn nun ein Mitgesellschafter diesen Kaufvertrag durch Ausübung des Vorkaufsrechts „übernehmen“ will, gelten ja exakt jene Vertragsbedingungen, denen der Insolvenzverwalter selbst zugestimmt hat. Wollte er nun doch vom Vertrag zurücktreten, wäre das ein offensichtliches *contra venire factum proprium*.

<sup>142</sup> Dementsprechend explizit gegen die analoge Anwendung von § 76 Abs 4 GmbHG aF auf ein Aufgriffsrecht, OGH 3 Ob 223/11 g.

<sup>143</sup> *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 253 (257); *Kletečka*, GesRZ 2009, 82 (85); *Trenker*, JBl 2012, 281 (286) mwN.

<sup>144</sup> Mit der in § 340 EO (früher § 76 Abs 4 GmbHG) vorgeschriebenen Leistung des Schätzwerts wurde hingegen keine gesetzgeberische Wertung ausgedrückt, dass den Insolvenzgläubigern immer zwingend der Verkehrswert zukommen müsse (dazu bereits oben C.2).

<sup>145</sup> Es ist aus der Vereinbarung eines Vorkaufsrechts auch nicht ohne weiteres im Wege der Auslegung eine Vinkulierung abzuleiten, zutr *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 61/1.

<sup>146</sup> *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 253 (257).

<sup>147</sup> Diesfalls muss der Insolvenzverwalter den Zustimmungsberechtigten den Anteil zunächst gem § 340 Abs 1 EO zum „Schätzwert“ anbieten. Sollte von diesem Aufgriff nicht Gebrauch gemacht werden, kann der Insolvenzverwalter einen Käufer suchen, woraufhin die Vorkaufsberechtigten (nochmals) die Möglichkeit haben, den Anteil zu jenen Bedingungen zu erwerben, die der Insolvenzverwalter am freien Markt erzielen konnte.

werben können: Sie sind gewissermaßen dem Preis „ausgeliefert“, den der Insolvenzverwalter am Markt zu erzielen vermag. Das kann sich freilich auch als günstig erweisen. Jedenfalls vorteilhaft erscheint es, dass die kostenintensive und letztlich häufig unbefriedigende Anteilsbewertung durch einen Sachverständigen erspart bleibt. Der größere Nachteil ist daher wohl ein anderer: Bis der Insolvenzverwalter einen Käufer findet und den Vorkaufsfall auslöst, bleibt der Schuldner Gesellschafter und wird bei der Ausübung aller massebezogenen<sup>148</sup> Gesellschafterrechte vom Insolvenzverwal-

ter vertreten. Gerade das dürfte den verbleibenden Gesellschaftern vielfach ein wesentlicher „Dorn im Auge“ sein. Letztlich wird daher in den meisten Fällen wohl doch nur die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts den Bedürfnissen der Gesellschafter bestmöglich Rechnung tragen.<sup>149</sup>

<sup>148</sup> Auf die Ausübung welcher Rechte dies zutrifft, ist keinesfalls leicht zu beantworten. Der OGH hat zu 6 Ob 62/23 w jüngst, ua unter Berufung auf den *Erstverfasser* (Trenker, JBI 2012, 281 [294 ff]), judiziert, dass die Bestellung des Geschäftsführers keinen hinreichenden Massebezug aufweise und daher in die Kompetenz des Schuldners falle. Im Schrifttum wurden dagegen allerdings – auch nach Meinung des *Erstverfassers* – gewichtige Argumente vorgebracht (Baumgartner, Geschäftsführerbestellung im Gesellschafterkonkurs, ZIK 2024, 122 [123 ff]; ebenso Mock, Anmerkung zu OGH 17. 1. 2024, 6 Ob 62/23 w, ÖBA 2024, 516 [518 ff]; B. Maier, Anmerkung zu OGH 17. 1. 2024, 6 Ob 62/23 w, GesRZ 2024, 264 [266 ff]; so bereits Konecny, Massebezogene Rechtshandlungen von Gemeinschaftschuldern, JBI 2004, 341 [346]); diff Loewit, Stimmrecht des Masseverwalters in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, ÖJZ 2024, 548 [549 ff].

### Über die Autoren

Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck.

Dr. Gerald Schmidberger, M.B.L.-HSG, ist Rechtsanwalt und langjähriger Partner einer Wirtschaftsrechtskanzlei mit Schwerpunkt Gesellschafts- und Unternehmensrecht.

<sup>149</sup> Zu bedenken ist daher auch Folgendes: Sollte der Insolvenzverwalter keinen Käufer für den Geschäftsanteil finden, kann er diese für die Mitgesellschafter typischerweise unerfreuliche Situation möglicherweise auch nutzen, um Druck auf diese auszuüben, dass sie den Geschäftsanteil zu einem vielleicht marktüblich hohen Kaufpreis erwerben.

## Rechtsprechung

### Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

NZ 2024/169

#### § 3 Abs 2 Z 2 a, § 8 Abs 1 Satz 2, § 49 g Abs 3 MRG Erhaltungspflicht des Vermieters für Wärmeversorgungsanlagen

**Die Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 3 Abs 2 Z 2 a MRG ist aus teleologischen Gründen weit ausulegen; sie erfasst alle zur Erzeugung, Weiterleitung und Abgabe von Wärme und Warmwasser dienenden Einrichtungen einer Heizungs- oder Warmwasserversorgungsanlage – hier: Heizungsleitungen und Heizkörper.**

OGH 11. 1. 2024, 5 Ob 51/23 w (LGZ Wien 7. 12. 2022, 38 R 207/22 f; BG Floridsdorf 30. 6. 2022, 25 Msch 4/21 b)

Zulassung o Revisionsrekurs

#### Sachverhalt:

[1] Die Antragsgegnerin ist Vermieterin, der Antragsteller ist Hauptmieter einer Wohnung in Wien. Seit der Heizperiode 2017/2018 treten in der Wohnung des Antragstellers von den Heizkörpern ausgehende störende Geräusche auf; und zwar immer dann, wenn die beste-

hende Kombitherme heizt und nicht nur warmes Wasser erzeugt.

[2] Diese Klopf-, Tropf- und Schlaggeräusche sind auf eine unsachgemäße Verlegung der Heizungsleitungen (Kontaktstellen der Heizungsrohre mit Bauteilen und untereinander) zurückzuführen. Zudem sind jedenfalls zwei Heizkörper nicht fachgerecht installiert, was ebenfalls zur Entstehung der Geräusche beitragen kann.

[...]

[10] Das RekG ließ den RevRek zu, weil der OGH die Frage, ob nicht nur Thermen, Boiler und eigentliche Wärmebereitungsgeräte, sondern auch andere Teile einer objektinternen Wärmeversorgungsanlage, wie beispielsweise Heizkörper, Rohrzuleitungen oder Ventile, von § 3 Abs 2 Z 2 a MRG erfasst seien, bislang offen gelassen habe.

[...]

#### Aus der Begründung:

[14] Der RevRek ist aus dem vom RekG genannten Grund zulässig; er ist aber nicht berechtigt.