

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

151. JAHRGANG

12  
2019

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN



Aus dem Inhalt:

---

## BEITRÄGE

---

*Alexander Schopper und Mathias Walch:*

Aufgriffsrechte in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters

Seite 441

*Cornelius Schwärzler und Jakob Sollereider:*

Die Neuerungen der Eintragungsgebühr bei Pfandrechten  
nach dem ZZRÄG 2019

Seite 451

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Parteistellung des potentiellen Erben

Seite 458

Unwirksamkeit von Aufgriffsrechten in der Insolvenz eines Gesellschafters

Seite 466

Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs  
und Unzuständigkeit (Peter G. Mayr)

Seite 471

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer †, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2019/155

## Aufgriffsrechte in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters

Der Beitrag bespricht den aktuellen Beschluss des OLG Linz 27. 8. 2019, 6 R 95/19m<sup>1</sup> betreffend die Unwirksamkeit eines Aufgriffsrechts in der Insolvenz des GmbH-Gesellschafters. Dabei zeigt sich, dass die Entscheidung sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung abzulehnen ist.

Von Alexander Schopper und Mathias Walch

### Inhaltsübersicht:

- A. OLG Linz 27. 8. 2019, 6 R 95/19 m
- B. Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 879 ABGB)
  - 1. OGH-Rechtsprechung
  - 2. Kritik
    - a) Rechtsvergleichender Blick
    - b) Zwingender Charakter von § 76 Abs 4 GmbHG?
  - 3. Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung bei anderen Aufgriffsfällen als Gesellschafterinsolvenz und Exekution?
- C. § 26 Abs 3 IO
  - 1. Anwendbarkeit von §§ 21, 25 a, 25 b IO
  - 2. OLG Linz
  - 3. Bestehen einer firmenbuchgerichtlichen Prüfpflicht?
  - 4. Kritik
    - a) Wertungswiderspruch zu § 76 Abs 4 GmbHG
    - b) Kein Rosinenpicken
    - c) Anwendbarkeit von § 21 IO statt § 26 Abs 3 IO
- D. Handlungsempfehlungen für die vertragsgestaltende Praxis
  - 1. Unterscheidung zwischen § 26 Abs 3 IO und § 879 ABGB
  - 2. § 26 Abs 3 IO
  - 3. Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 879 ABGB)
- E. Zusammenfassung

### A. OLG Linz 27. 8. 2019, 6 R 95/19 m

In einem aktuellen, mittlerweile rechtskräftigen Beschluss vertritt das OLG Linz<sup>2</sup> die Rechtsansicht, dass ein gesellschaftsvertragliches Aufgriffsrecht bei einer GmbH für den Fall der Gesellschafter-Insolvenz nach § 26 Abs 3 IO den Insolvenzverwalter nicht bindet. Dies hat die drastische Konsequenz, dass selbst Aufgriffsrechte mit einem angemessenen oder sogar über dem Verkehrswert liegenden Aufgriffspreis in der Insolvenz des Gesellschafters nicht wirksam sind.

Nach dem veröffentlichten Sachverhalt sollte ein Teil des Gesellschaftsvertrags neu gefasst und ua Aufgriffsrechte vereinbart werden. Insbesondere war ein Auf-

griffsrecht eines Gesellschafters für den Fall vorgesehen, dass seine Mitgesellschafter insolvent werden. Der Aufgriffspreis sollte in diesem Aufgriffsfall nach dem Wiener Verfahren ermittelt und um 50% reduziert werden. Der gleiche Aufgriffspreis hätte auch für weitere Aufgriffsfälle gegolten, zum Teil aber ohne einen Abschlag von 50%.

In dem firmenbuchgerichtlichen Verfahren hält das OLG Linz diese gesellschaftsvertragliche Vereinbarung für unzulässig. Das Gericht hat seine Entscheidung doppelt begründet:

(1.) Zum einen gebe es keine Immunität des Geschäftsanteils gegenüber dem Zugriff der Gläubiger in der Insolvenz des Gesellschafters. Aus § 26 Abs 3 IO folge, dass ein Aufgriffsrecht für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters generell unwirksam sei.

(2.) Die zweite Begründung befindet sich in den Bahnen einer aktuellen OGH-Entscheidung.<sup>3</sup> Aus § 76 Abs 4 GmbHG ergebe sich die Wertung des Gesetzgebers, dass die Gläubigerbefriedigung den Interessen der Gesellschaft vorgehe und die Gläubiger jedenfalls den Schätzwert des Anteils erhalten sollen. Die für den Fall der Gesellschafterinsolvenz vorgesehene Reduktion des Aufgriffspreises auf 50% des nach dem Wiener Verfahren zu ermittelnden Verkehrswerts sei eine sittenwidrige Gläubigergefährdung (§ 879 ABGB), weshalb das Erstgericht, welches seine Begründung auf die OGH-Entscheidung stützte, das Eintragungsbegehren zu Recht abgewiesen habe.

Beide Begründungen des OLG Linz werden nachfolgend näher beleuchtet, wobei es sich anbietet, mit der zweiten Begründung zu beginnen, weil sich diese in der jüngeren Rsp des OGH widerspiegelt.

### B. Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 879 ABGB)

#### 1. OGH-Rechtsprechung

In OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h hat der 6. Senat erkannt, dass eine Regelung in der Satzung wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig (§ 879 ABGB) ist, wenn sie den Entgeltanspruch eines Gesellschafters im Wesentlichen nur für den Fall seines durch Konkursöffnung bedingten Ausscheidens, nicht aber in einem

<sup>1</sup> Abgedruckt in NZ 2019, 466; die Entscheidung ist außerdem im RIS veröffentlicht.

<sup>2</sup> OLG Linz 27. 8. 2019, 6 R 95/19 m NZ 2019, 466.

<sup>3</sup> OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i.

vergleichbaren Fall auf weniger als den Verkehrswert beschränkt. Nach OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 150/08i liegt eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung nahe, wenn der für den Fall des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung vorgesehene Aufgriffspreis sich von demjenigen in vergleichbaren Fällen unterscheidet.

Obwohl der OGH in 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i gleich am Anfang der Entscheidungsbegründung<sup>4</sup> betont, dass er von der in OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h – und wohl auch in OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 150/08i – zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht gar nicht abweichen will, ist diese jüngste einschlägige Entscheidung bei näherem Hinsehen womöglich weitaus strenger: Nach dieser Entscheidung müssen die Gläubiger im Insolvenz- und Exekutionsfall jedenfalls den Schätzwert des Anteils im Zeitpunkt des Aufgriffs erhalten. Dies folge aus der gesetzgeberischen Wertung, die der Gesetzgeber in § 76 Abs 4 GmbHG getroffen habe. Eine vom Gesellschaftsvertrag vorgesehene Ermittlung nach dem Fachgutachten KFS-BW 1 des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder ist auch nach dieser Entscheidung zulässig.<sup>5</sup> Die Entscheidung ist jedoch nicht so eindeutig, wie sie auf den ersten Blick scheint.<sup>6</sup> Wie erwähnt, führt der OGH ja aus, dass er seine wesentlich liberalere frühere Rsp eigentlich fortschreiben will.<sup>7</sup> Außerdem stellt er (unter anderem) auf eine „für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit erforderliche [...] Gesamtabwägung“ ab.<sup>8</sup> Zuletzt erkennt er durchaus an, dass Buchwertklauseln die Rechtssicherheit fördern und die Berechnung der Abfindung erleichtern können.<sup>9</sup> All dies wäre überflüssig, wenn die Gläubiger im Insolvenz- und Exekutionsfall jedenfalls den Schätzwert des Anteils im Zeitpunkt des Aufgriffs erhalten müssten. Dem stehen jedoch auf der anderen Seite Aussagen gegenüber, die zumindest bei isolierter Betrachtung nahelegen, dass im Insolvenz- und Exekutionsfall nach Ansicht des 6. Senats stets der Schätzwert zu leisten ist.<sup>10</sup> Es bleibt daher

abzuwarten, ob der OGH in künftigen Entscheidungen seine Argumentation mit § 76 Abs 4 GmbHG lediglich als zusätzliche Untermauerung seiner früheren Rsp verstanden wissen will und ein unter dem Schätzwert liegender Aufgriffspreis im Exekutions- und Insolvenzfall zulässig ist, sofern für (alle) vergleichbaren Fälle derselbe Aufgriffspreis vereinbart wurde und dieser daher nicht spezifisch gläubigerdiskriminierend ist, oder die Gläubiger im Insolvenz- und Exekutionsfall mindestens den Schätzwert erhalten müssen, unabhängig davon, welcher Aufgriffspreis für andere Fälle vereinbart wurde.

## 2. Kritik

### a) Rechtsvergleichender Blick

Geht man davon aus, dass der OGH nunmehr tatsächlich generell den Schätzwert im Insolvenz- und Exekutionsfall fordert,<sup>11</sup> stellt sich die Frage, weshalb der OGH plötzlich einen wesentlich strengeren Maßstab als der BGH anlegt. Das deutsche Höchstgericht hält eine Abfindungsklausel im Konkurs oder der Zwangsvollstreckung dann für unwirksam, wenn für den vergleichbaren Fall der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund nicht dieselbe oder gar keine Entschädigungsregelung getroffen wird.<sup>12</sup> In Liechtenstein wurde die deutsche Rsp rezipiert und sogar in Gesetzesform gegossen.<sup>13</sup> Ein Blick in die Schweiz, wo die Höhe der Abfindung grundsätzlich zwingend ist und lediglich für den Fall des Austritts in den Statuten herabgesetzt werden kann,<sup>14</sup> zeigt, dass auch in verwandten Rechtsordnungen sehr unterschiedliche Auffassungen über die Ausgewogenheit einer Regelung bestehen können.<sup>15</sup> Die vom BGH abweichende Ansicht des OGH liegt aber wohl weniger in unterschiedlichen Auffassungen über die Sittenwidrigkeit. Das wesentliche Argument des OGH ist nämlich § 76 Abs 4 GmbHG, der kein Pendant im deutschen GmbHG hat. Nach *Kletečka*, an dessen Ansicht der OGH sich vor allem orientiert, folgt aus § 76 Abs 4 GmbHG die Wertung des Gesetzes, dass die Gläubigerbefriedigung den Interessen der Gesellschaft vorgehe und die Gläubiger des Gesellschafters jedenfalls den Schätzwert des Anteils erhalten sollen.<sup>16</sup>

<sup>4</sup> OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i (Pkt 4.1.).

<sup>5</sup> Vgl dazu OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17i (Pkt 3.4): „In Hinblick auf die im vorliegenden Fall vorgesehene Bewertung des Gesellschaftsanteils nach einem Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder bestünde jedoch wohl keine Gefahr der Benachteiligung der Gläubiger des insolventen Gesellschafters durch das Aufgriffsrecht“; Pkt XII Z 8 des Gesellschaftsvertrags sah nur ein Fachgutachten KFS-BW 1 vor, ohne zu regeln, nach welchem Bewertungszweck das Fachgutachten zu erstellen war. Aus der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergibt sich, dass eine Ermittlung eines objektivierte Unternehmenswerts gemeint ist (vgl dazu Pkt 2.5 des Fachgutachtens KFS-BW 1).

<sup>6</sup> Siehe bereits Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 33 in FN 166.

<sup>7</sup> OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i (Pkt 4.1.).

<sup>8</sup> OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i (Pkt 4.7.).

<sup>9</sup> OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i (Pkt 4.3.); lediglich im konkreten Fall erachtete der OGH dies nicht für überzeugend, weil mit der gewählten Berechnungsmethode (halber Verkehrswert) keine Vereinfachung einhergeht.

<sup>10</sup> OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i (Pkt 4.6.–4.8.).

<sup>11</sup> So *Trenker*, JBI 2016, 446 (Anmerkung); *Told*, *ecolex* 2016, 784 (Anmerkung); vgl auch OLG Linz 27. 8. 2019, 6 R 95/19m.

<sup>12</sup> BGH 19. 6. 2000, II ZR 73/99 NJW 2000, 2819.

<sup>13</sup> Art 404 Abs 6 Personen- und Gesellschaftsrecht; vgl dazu Schopper/Walch, Die Reform der liechtensteinischen GmbH, Liechtensteinische Juristenzeitung 2017, 1 (17 ff).

<sup>14</sup> Art 825 Obligationenrecht; *Trüeb* in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht<sup>3</sup> Art 825 Rz 5.

<sup>15</sup> Freilich ist das österreichische GmbH-Recht mit dem deutschen Pendant viel stärker verwandt als mit dem GmbH-Recht der Schweiz und Liechtensteins. Die Frage, wie hoch die Abfindung eines GmbH-Gesellschafters sein muss, insb im Fall der Exekution oder Insolvenz, stellt sich aber in allen genannten Rechtsordnungen ganz ähnlich.

<sup>16</sup> *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009, 82; ähnlich bereits *ders*, Aufgriffsrechte, Op-

## b) Zwingender Charakter von § 76 Abs 4 GmbHG?

Einzuräumen ist, dass hinsichtlich der Höhe der Abfindung Parallelen zwischen Aufgriffsrechten und § 76 Abs 4 GmbHG bestehen, wobei § 76 Abs 4 GmbHG jedoch den Fall der Vinkulierung vor Augen hat. Die entscheidende Frage stellen aber weder *Kletečka* noch der OGH, nämlich ob § 76 Abs 4 GmbHG hinsichtlich der Höhe der Abfindung überhaupt zwingend ist.<sup>17</sup> Bei einer bloßen Vinkulierung sieht der Gesellschaftsvertrag idR keinen Abfindungspreis vor, weshalb § 76 Abs 4 GmbHG den Schätzpreis (Verkehrswert) als Grundregel festsetzt. Ob § 76 Abs 4 GmbHG insoweit zwingend ist,<sup>18</sup> lässt sich nicht ohne weiteres anhand des Gesetzestextes oder der Materialien beantworten. Ein Blick auf die – wie vom OGH zutr. erkannt – insoweit ähnlichen Aufgriffsrechte legt nahe, dass wie bei diesen jedenfalls die allgemeine Schranke der Sittenwidrigkeit greifen muss. Wird nur für den Fall des § 76 Abs 4 GmbHG eine niedrige Abfindung vorgesehen, liegt darin eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung. Fraglich ist nun, ob ein weitergehender Schutz der Gläubiger erforderlich ist und diese zwingend den Schätzpreis erhalten müssen. Hier greifen uE allgemeine Prinzipien ein, nämlich dass Gläubiger einerseits nicht „diskriminiert“ werden dürfen, andererseits aber auch kein Recht auf eine bessere Behandlung als der Schuldner selbst haben.<sup>19</sup> Sieht der Gesellschaftsvertrag für alle Fälle des Ausscheidens eine gleich niedrige Abfindung vor, wäre es völlig wertungswidersprüchlich, diese in den Fällen des § 76 Abs 4 GmbHG nicht zuzulassen. Ob man dem damit Rechnung trägt, dass § 76 Abs 4 GmbHG insoweit zwingend ist, als Gläubiger benachteiligt sind, oder § 76 Abs 4 GmbHG hinsichtlich der Abfindungshöhe als dispositiv betrachtet und bei einer Gläubigerdiskriminierung § 879 ABGB anwendet, läuft auf dasselbe Ergebnis hinaus. Entscheidend ist, dass § 76 Abs 4 GmbHG einer gesellschaftsvertraglichen Regelung nicht entgegensteht, wonach die Abfindung herabgesetzt wird, solange diese die Gläubiger nicht diskriminiert.<sup>20</sup>

tionsrechte und Konkurs, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008 (2009) 17 (der Beitrag in der *GesRZ* wurde gegenüber diesem Beitrag aktualisiert und ist leichter zugänglich, weshalb idF der *GesRZ*-Beitrag zitiert wird); auf die Parallelen zwischen Aufgriffsrechten und § 76 Abs 4 GmbHG wurde zwar schon vorher hingewiesen, jedoch keine Schlüsse auf die Höhe des Abfindungspreises gezogen, s *Fragner*, Das Aufgriffsrecht in der GmbH (Diss Universität Wien 2008) 111 ff; *Umlauf*, Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, *GesRZ* 2009, 4.

<sup>17</sup> Dazu *Trenker*, JBI 2016, 446 (Anmerkung).

<sup>18</sup> Dh, ob für den Fall der exekutiven Verwertung eines vinkulierten Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden kann, dass die Gesellschaft einen Ersatzerwerber benennen kann, der den Anteil zu einem geringeren Übernahmepreis erwirbt.

<sup>19</sup> Ausführlich *Trenker*, JBI 2016, 446 (Anmerkung).

<sup>20</sup> *Trenker*, JBI 2016, 446 (Anmerkung); *Told*, *ecolex* 2016, 784 (Anmerkung); § 76 Abs 4 GmbHG ist jedenfalls insoweit zwingend,

Geht man insoweit von einem dispositiven Charakter des § 76 Abs 4 GmbHG aus, würde aus einer analogen Anwendung auf Aufgriffsrechte nur folgen, dass mangels abweichender Regelung der Schätzpreis geschuldet ist. Dies entspricht aber ohnehin bereits der hA, die mangels gegenteiliger Regelung im Gesellschaftsvertrag auf den Verkehrswert abstellt.<sup>21</sup> Aus § 76 Abs 4 GmbHG ist daher für Aufgriffsrechte nicht viel Neues zu gewinnen.

Nach zutreffender Ansicht ist daher eine Beschränkung der Abfindungshöhe in Konkurs und Zwangsvollstreckung zulässig, sofern nur kein anderer Ausscheidensfall eine höhere Abfindung vorsieht.<sup>22</sup> Die Gläubiger werden dadurch nicht sittenwidrig benachteiligt, aber auch nicht – wie nach der Ansicht *Kletečkas* – unverhältnismäßig bevorzugt. In dem vom OLG Linz entschiedenen Fall wäre das Aufgriffsrecht nach diesem Ansatz ebenfalls unzulässig gewesen, weil der herabgesetzte Aufgriffspreis nicht für sämtliche Aufgriffsfälle vorgesehen war. Mit anderen Worten hätte das OLG Linz den Fall unschwer nur durch Heranziehung der Rsp des OGH (egal ob man den liberalen älteren Ansatz oder die restriktive Linie in 6 Ob 35/16 i heranzieht) lösen können.

## 3. Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung bei anderen Aufgriffsfällen als Gesellschafterinsolvenz und Exekution?

Bis dato hat sich der OGH nur an Aufgriffsrechten mit beschränkter Abfindung bei Konkurs und Exekution gestoßen. Nach dem aktuellen Stand der Rsp ist es zulässig, für andere Aufgriffsfälle eine unter dem Verkehrswert liegende Abfindung vorzusehen, obwohl sich das auch negativ auf die Gläubigerinteressen auswirken kann. Zu denken ist etwa an ein Aufgriffsrecht auf den Todesfall mit einer unter dem Verkehrswert liegenden Abfindung.<sup>23</sup> Der GmbH-Geschäftsanteil fällt auch in einem solchen Fall jedenfalls in die Verlassenschaft, ist aber abzutreten, wenn das Aufgriffsrecht vom Berechtigten ausgeübt wird. Den Gläubigern des Gesellschafters, die nach dem Ableben zu Gläubigern der Verlassenschaft werden, steht – sofern das Aufgriffsrecht ausgeübt wird – als Haftungsfonds nicht mehr der Geschäftsanteil, sondern lediglich die in die Verlassenschaft zu leistende Abfindung zur Verfügung. Müssen die Erben die niedrige Abfindung hinnehmen, gilt dies auch für die Gläubiger

als der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung nicht vollends abbedingen kann.

<sup>21</sup> OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h; OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16 i; *Huemmer/Haglmüller*, „Aus“ für das Aufgriffsrecht der Gesellschafter im Falle eines insolventen Gesellschafters? *RdW* 2009, 747 (750).

<sup>22</sup> Siehe bereits *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 33; ferner *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in der Exekution und Insolvenz, JBI 2012, 281.

<sup>23</sup> Ausgeklammert bleibt in diesem Beitrag die Frage, ob ein Aufgriffsrecht wegen Benachteiligung der Erben sittenwidrig sein kann; vgl dazu OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h; OGH 11. 2. 1997, 10 Ob 34/97s.

des verstorbenen Gesellschafters.<sup>24</sup> Auch wenn der Gesellschafter zu Lebzeiten aus der Gesellschaft ausscheidet (zB im Fall eines gesellschaftsvertraglich vereinbarten Ausschlusses aus wichtigem Grund) und nach der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung nur eine unter dem Verkehrswert liegende Abfindung erhält, liegt uE ebenfalls keine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung vor. Die Gläubiger haben ganz allgemein kein Recht darauf, dass der Schuldner sein Vermögen erhält. Sie sind lediglich durch Schranken des Anfechtungsrechts und des Strafrechts (§ 159 StGB) vor einer exzessiven Vermögensverschleuderung geschützt.

### C. § 26 Abs 3 IO

#### 1. Anwendbarkeit von §§ 21, 25 a, 25 b IO

Besondere Aufmerksamkeit wird der hier zu besprechenden OLG-Linz-Entscheidung deshalb zuteil, weil das Gericht die Unzulässigkeit der Aufgriffsklausel auch und sogar primär mit § 26 Abs 3 IO begründet. Die grundlegende Frage, inwieweit insolvenzrechtliche Bestimmungen auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters überhaupt Anwendung finden, ist bis dato in Österreich nicht abschließend geklärt. § 21 IO, wonach der Insolvenzverwalter entweder an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten kann, ist auf synallagmatische Verträge beschränkt und idR nicht auf Aufgriffsrechte anwendbar. Der Insolvenzverwalter kann daher nicht nach dieser Bestimmung vom Vertrag zurücktreten.<sup>25</sup> Die Anwendbarkeit der §§ 25 a, 25 b und 26 IO lässt der OGH dagegen ausdrücklich offen.<sup>26</sup>

Aus OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17 i mag man herauslesen, dass der OGH kein Bedürfnis nach deren Anwendbarkeit sieht, wenn sich der Aufgriffspreis anhand einer Bewertung des Gesellschaftsanteils nach einem Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhande bemisst:<sup>27</sup> „Weil für die Ausübung des Aufgriffsrechts

*im vorliegenden Fall nach dem Gesagten jedenfalls keine Grundlage besteht, bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters überhaupt vereinbart werden können oder ob dem nicht §§ 25 a, 25 b, 26 Abs 3 IO entgegenstehen [...]. In Hinblick auf die im vorliegenden Fall vorgesehene Bewertung des Gesellschaftsanteils nach einem Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhande bestünde jedoch wohl keine Gefahr der Benachteiligung der Gläubiger des insolventen Gesellschafters durch das Aufgriffsrecht.“*

An anderer Stelle dieser Entscheidung führt der OGH aus, dass „Aufgriffsrechte typischerweise zur Absicherung eines geschlossenen Gesellschafterkreises etwa im Fall der Exekution/Insolvenz eines Gesellschafters vereinbart werden“. Es wäre widersprüchlich, einerseits das Bedürfnis nach einer Absicherung im Fall der Insolvenz des Gesellschafters durch Aufgriffsrechte anzuerkennen, andererseits aber § 26 Abs 3 IO anzuwenden und Aufgriffsrechte ihrer Wirksamkeit zu berauben.<sup>28</sup>

Zu weit geht es allerdings, aus den beiden höchstgerichtlichen Aussagen herauszulesen, dass der OGH bereits Stellung bezogen hat.<sup>29</sup> Der OGH betont nämlich, die Frage offenzulassen.<sup>30</sup> Ebenso überzeugt es nicht, eine explizite höchstgerichtliche Stellungnahme gegen die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO daraus abzuleiten, dass der OGH die Sittenwidrigkeit einer Abfindung gar nicht hätte prüfen müssen, wenn er von einer Anwendbarkeit des § 26 Abs 3 IO ausgegangen wäre.<sup>31</sup> Zwar ist die Prüfung von § 26 Abs 3 IO jener der Sittenwidrigkeit gedanklich vorgelagert, weil es auf eine Sittenwidrigkeit nicht mehr ankommt, wenn § 26 Abs 3 IO anwendbar ist (dazu noch Pkt C.4.a)). Jedoch ist der OGH bei seiner Begründung nicht an ein Prüfungsschema gebunden.

Das Schrifttum ist hinsichtlich der Anwendung von §§ 25 a, 25 b und 26 IO auf Gesellschaftsverträge geteilter Ansicht.<sup>32</sup> Die überwiegende Ansicht lehnt diese ab, weshalb die genannten Bestimmungen derartigen Klauseln insoweit nicht entgegenstehen, als sie im Gesellschaftsvertrag verankert und daher mit absoluter Wirkung ausgestattet sind.<sup>33</sup>

<sup>24</sup> Pflichtteilsrechtliche Fragen iZm Aufgriffsrechten auf den Todesfall bleiben an dieser Stelle ausgeklammert.

<sup>25</sup> OGH 17. 4. 1996, 7 Ob 2097/96 z; offenbar bestätigend OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16 i (Pkt 6.1.): „Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen hat, dass Gesellschaftsverträge von § 21 IO nicht erfasst sind, weil sie keine synallagmatischen Verträge sind“; offenlassend Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 164,

<sup>26</sup> OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16 i (Pkt 6.2.); OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17 i (Pkt 3.4.); in OGH 15. 11. 2017, 1 Ob 153/17 g lehnte der 1. Senat eine Anwendbarkeit von § 25 b Abs 2 IO auf einen Sportverein vorsichtig ab. Die Entscheidung lässt sich nicht ohne weiteres auf GmbH-Aufgriffsrechte übertragen. Sie zeigt jedoch, dass der OGH bei § 25 b IO (und wertungsmäßig auch bei § 25 a IO, vgl dazu Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 25 a Rz 9) sehr wohl den Besonderheiten von Statuten und Gesellschaftsverträgen Rechnung trägt.

<sup>27</sup> Das ist insofern bemerkenswert, als es nach § 26 Abs 3 IO gar nicht auf die Höhe des Aufgriffspreises ankommt (dazu bereits Pkt A. und sogleich Pkt C.4.a)).

<sup>28</sup> Darauf hinweisend Huemer/Haglmüller, RdW 2009, 747 (749); vgl bereits Eckert, Insolvenz von Gesellschaftern, in Konecny, Insolvenz-Forum 2010 (2011) 59 (72f).

<sup>29</sup> AA offenbar Huemer/Haglmüller, RdW 2009, 747 (749), die aber immerhin einräumen, dass eine deutliche Stellungnahme noch aussteht.

<sup>30</sup> Siehe FN 26.

<sup>31</sup> So aber Huemer/Haglmüller, RdW 2009, 747 (749).

<sup>32</sup> Siehe die Nw in OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16 i (Pkt 6.2.) und Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 33; jüngst wieder gegen die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 26 Rz 19; Huemer/Haglmüller, RdW 2009, 747 (748).

<sup>33</sup> Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 33.

## 2. OLG Linz

Dagegen hat das OLG Linz § 26 Abs 3 IO wie erwähnt auf Aufgriffsrechte angewendet.<sup>34</sup> Bemerkenswert ist, dass das OLG Linz die Frage wie das Erstgericht unschwer auch auf der Basis von OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16 i hätte lösen können (dazu Pkt B.). Die Ausführungen zu § 26 Abs 3 IO wären demnach gar nicht erforderlich gewesen. Die zusätzliche Begründung des Beschlusses mit § 26 Abs 3 IO könnte dadurch motiviert gewesen sein, dem OGH Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben.<sup>35</sup> Inzwischen ist der Beschluss des OLG Linz jedoch wie eingangs erwähnt in Rechtskraft erwachsen.<sup>36</sup>

Die Begründung iZm der Anwendung von § 26 Abs 3 IO auf das gegenständliche Aufgriffsrecht ist extrem knapp gehalten und besteht hauptsächlich aus einem Verweis auf eine frühere Entscheidung des OLG Linz.<sup>37</sup>

Zur ergänzenden Begründung wird die Entscheidung OGH 20. 2. 1980, 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8 angeführt. Der OGH hielt dort eine Entscheidung des OLG Wien, wonach ein in einem GmbH-Gesellschaftsvertrag verankertes Übertragungsgebot nicht für den Masseverwalter im Gesellschafterkonkurs gilt, nicht für offenbar gesetzwidrig.<sup>38</sup> Freilich hatte sich das OLG Wien – zumindest nach der veröffentlichten Entscheidungsbegründung –<sup>39</sup> in der betreffenden Entscheidung gar nicht mit § 26 Abs 3 IO/KO beschäftigt. Unter Berufung auf *Gellis* führt es lediglich aus, dass eine Erschwerung der Übertragung des Geschäftsanteils, die im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, nicht für die Verwertung durch den Masseverwalter gelte, weil es keine Immunität des Geschäftsanteils gegen den Zugriff der

Gläubiger im Konkurs des Gesellschafters gebe.<sup>40</sup> *Gellis* vertritt allerdings nur, dass statutarische Zustimmungserfordernisse von wem auch immer einer Pfändung nicht im Weg stünden,<sup>41</sup> wohingegen das statutarische Übernahmerecht anderer Gesellschafter im Konkursfall relativ häufig sei und keinem Bedenken unterliege.<sup>42</sup> Die Begründung des OLG Wien ist außerdem sehr einseitig, weil sie die Problematik nur aus insolvenzrechtlicher, nicht aber aus gesellschaftsrechtlicher Sicht löst. Auch der Umstand, dass der OGH die Begründung in einer alten Entscheidung, die zudem zahlreiche andere Rechtsfragen betraf, bloß am Rande als nicht offenbar gesetzwidrig (im Sinne einer Grobprüfung) angesehen hat, sagt wenig aus. Dies sieht übrigens der OGH selbst so. In OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 241/98 d verdeutlichte er nämlich, dass eine belastbare höchstgerichtliche Stellungnahme aussteht, und konnte die Frage nur deshalb offenlassen, weil sie nicht entscheidungserheblich war. In späteren Entscheidungen wurde die Frage ebenfalls explizit offengelassen.<sup>43</sup> Auch das OLG Linz räumt letztlich implizit ein, dass OGH 20. 2. 1980, 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8 keine ausreichende Grundlage für eine gesicherte höchstgerichtliche Rsp bildet, und lässt deshalb den Revisionsrekurs zu.

Schließlich erwähnt das OLG Linz noch OGH 11. 3. 1993, 8 Ob 4/92. Der OGH habe dort § 26 Abs 3 KO (nunmehr IO) auf Kaufoptionen angewendet. In ihren wirtschaftlichen Auswirkungen sei eine Kaufoption einem Aufgriffsrecht gleichzuhalten. Allerdings hat der OGH die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 KO in diesem Fall mangels Entscheidungserheblichkeit explizit offengelassen.<sup>44</sup> Er hat lediglich obiter erkannt, dass gewöhnliche Kaufoptionen „jedenfalls“ § 26 Abs 3 KO zu unterstellen sind, während er bei Optionsverträgen oder beim Kauf mit Vorbehalt des Rückverkaufs vorsichtiger ist. Mit Kaufoptionen meint er offenbar die Befugnis, einen bestimmten Kaufvertrag durch eine Willenserklärung einseitig in Gang zu setzen.<sup>45</sup> Auf die entscheidende Frage, nämlich ob § 26 Abs 3 IO auf gesell-

<sup>34</sup> OLG Linz 27. 8. 2019, 6 R 95/19 m (FN 1).

<sup>35</sup> Der ordentliche Revisionsrekurs wurde zugelassen, weil der OGH bislang die Frage offengelassen habe, ob Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters vereinbart werden können oder ob einer solchen Regelung in der Satzung § 26 Abs 3 IO entgegenstehe. Der 6. Senat hätte dies seinerseits aber gar nicht aufgreifen müssen, weil die Entscheidung nicht von § 26 Abs 3 IO abhängt, sondern unter Heranziehung von OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16 i gelöst werden kann. Ist die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO nicht präjudiziell, liegt keine erhebliche Rechtsfrage vor und der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig (§ 62 Abs 1 Außerstreitgesetz; vgl auch § 508 ZPO sowie § 528 ZPO und die Rsp hierzu, RIS-Justiz RS0088931). Der OGH wäre an den Ausspruch des OLG Linz nicht gebunden gewesen (§ 71 Abs 1 Außerstreitgesetz; vgl auch § 508 a ZPO; *Schramm in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 62 Rz 27 und § 71 Rz 2).

<sup>36</sup> *Huemer/Haglmüller*, RdW 2009, 747 (748).

<sup>37</sup> OLG Linz 28. 4. 1998, 2 R 80/98 t, teilweise wiedergegeben in OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 241/98 d.

<sup>38</sup> § 16 Abs 1 AußStrG (aF) lautete: „Hat in Gegenständen außer Streitsachen das Obergericht den Bescheid des unteren Richters bestätigt, so findet nur im Falle einer offenbaren Gesetz- oder Aktenwidrigkeit der Entscheidung oder einer begangenen Nulität die Beschwerde an den Obersten Gerichtshof statt.“ Der OGH nahm daher aus verfahrensrechtlichen Gründen nur eine Grobprüfung vor.

<sup>39</sup> OGH 20. 2. 1980, 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8.

<sup>40</sup> *Gellis*, GmbHG<sup>1</sup> (1960) § 76 Anm 21 und Anm 24 (S 236); diese Formulierung hat auch das OLG Linz in seiner Entscheidungsbegründung aufgegriffen.

<sup>41</sup> *Gellis*, GmbHG<sup>1</sup> § 76 Anm 21 (S 236).

<sup>42</sup> *Gellis*, GmbHG<sup>1</sup> § 76 Anm 24 (S 237); auch *Reich-Rohrwig* (in GmbH-Recht 619 in FN 15) versteht die Ausführungen von *Gellis* offenbar so; in der 2. Auflage wird diese Ansicht unter Berücksichtigung der OGH-Entscheidung aufrechterhalten (*Gellis*, GmbHG<sup>2</sup> [1982] § 76 Anm 24 [S 410 f] [dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass es ausweislich des Vorworts das Ziel der Auflage war, die zwischenzeitlich ergangene Rsp und Literatur einzuarbeiten, ohne wesentliche Änderungen vorzunehmen]). In der aktuellen 7. Auflage wird vertreten, dass sowohl Vinkulierungen als auch Aufgriffsrechte im Konkurs des Gesellschafters wirksam sind (*Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> § 76 Rz 8.1.); wie hier bereits *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 138.

<sup>43</sup> Siehe FN 26.

<sup>44</sup> Darauf hinweisend bereits *Huemer/Haglmüller*, RdW 2009, 747 (747 in FN 1).

<sup>45</sup> Vgl *F. Bydlinski* in *Klang IV/2*<sup>2</sup> 794, auf den der OGH verweist.

schaftsvertraglich vereinbarte Aufgriffsrechte anwendbar ist, gibt die OGH-Entscheidung keine Antwort und das OLG Linz zieht sich auf die schlichte Behauptung zurück, Kaufoptionen seien Aufgriffsrechten wirtschaftlich gleichzuhalten.

Auf das kritische Schrifttum geht die Entscheidung des OLG Linz leider überhaupt nicht ein.<sup>46</sup> Stattdessen wird lediglich eine zustimmende Literaturmeinung zitiert,<sup>47</sup> welche das aktuelle Schrifttum ebenfalls nicht berücksichtigt.

### 3. Bestehen einer firmenbuchgerichtlichen Prüfpflicht?

Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist vorweg zu hinterfragen, ob ein Firmenbuchgericht im Rahmen der Prüfpflicht bei der Eintragung eines Gesellschaftsvertrags oder einer Gesellschaftsvertragsänderung überhaupt die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO auf Aufgriffsrechte beurteilen darf. Im Unterschied zu einer Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 879 ABGB) führt § 26 Abs 3 IO nämlich nicht sofort zu einer Unwirksamkeit der Klausel. Unter § 26 Abs 3 IO fallende Anträge sind zunächst wirksam und erlöschen erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners.<sup>48</sup> Das Aufgriffsrecht für die Insolvenz des Gesellschafters ist demnach zwar unzweckmäßig, weil es praktisch nie schlagend wird, aber nicht gesetzwidrig.<sup>49</sup> Indessen verstehen viele Firmenbuchgerichte die materielle Prüfpflicht mittlerweile derart weit,<sup>50</sup> dass sie dennoch einen vermeintlichen „Verstoß“ gegen § 26 Abs 3 IO aufgreifen.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Ebenso wenig auf OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17i, wo die Frage allerdings offengelassen wurde.

<sup>47</sup> Weber-Wilfert/Widhalm-Budak in Konecny/Schubert § 26 KO Rz 91 ff; die Kommentierung ist auf dem Stand von 2004. Die zitierten Rz beschäftigen sich nicht einmal unmittelbar mit Aufgriffsrechten, sondern mit Vorkaufsrechten.

<sup>48</sup> Weber-Wilfert/Widhalm-Budak in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 75.

<sup>49</sup> Unzweckmäßige Bestimmungen in Gesellschaftsverträgen sind ganz allgemein nicht Gegenstand der Prüfpflicht, s Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG (2005) § 15 Rz 30; Pilgerstorfer in Artmann, UGB<sup>3</sup> § 15 FBG Rz 9 („Jedenfalls nicht zu überprüfen ist die bloße Zweckmäßigkeit“) Rz 12 f, Rz 37 (Prüfung dahingehend, ob gegen zwingendes Recht verstoßen wird oder Regelung sittenwidrig ist); Ebner, Informationsschutz und Prüfungspflicht im Firmenbuch (2019) 202; vgl auch Zib in Zib/Dellinger, UGB § 15 FBG Rz 5 ff.

<sup>50</sup> Dazu Schopper, Das Firmenbuchgericht als Gestalter des Gesellschafts- und Unternehmensrechts, in Fleischer/Kalss/Vogt, Die Akteure im Wandel des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts (in Druck).

<sup>51</sup> So offenbar OLG Graz 21. 4. 2005, 4 R 64/05x, zT abgedruckt in OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h: „Es sei rechtspolitisch verfehlt, im firmenbuchgerichtlichen Prüfungsverfahren eine gesellschaftsvertragliche Regelung für den Fall des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters zu genehmigen, die im Konkursfall in dieser Form nicht wirksam werden könne. Es sei dem Firmenbuchgericht nicht zuzunehmen, gegenüber dem in der Regel als juristischer Laien auftretenden Gesellschafter den falschen

## 4. Kritik

### a) Wertungswiderspruch zu § 76 Abs 4 GmbHG

Wäre § 26 Abs 3 IO anwendbar, würden Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters unabhängig von der Höhe des Aufgriffspreises erlöschen.<sup>52</sup> Selbst ein angemessener oder sogar ein überhöhter Aufgriffspreis würde daran nichts ändern. Für den Insolvenzverwalter ist die Unwirksamkeit eines Aufgriffsrechts – selbst mit einem hohen Aufgriffspreis – nicht nachteilig, weil die Aufgriffsberechtigten ohnehin nur berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, den Geschäftsanteil aufzugreifen. Mangels Aufgriffspflicht verschafft ihm ein Aufgriffsrecht nicht die Möglichkeit, Bargeld in Form des Aufgriffspreises für die Masse zu lukrieren. Vielmehr eröffnet die Anwendung von § 26 Abs 3 IO dem Insolvenzverwalter die Chance, Verhandlungsdruck auf die Mitgesellschafter auszuüben, damit diese den Geschäftsanteil schnell zu einem hohen Preis erwerben und kein Dritter in die Gesellschaft eindringt. Für die Mitgesellschafter ist damit der mit einem Aufgriffsrecht idR primär verbundene Zweck, nämlich das Verhindern eines unkontrollierten Eindringens Dritter in die Gesellschaft, weitgehend ausgehebelt.

Allerdings zeigt diese Überlegung, dass die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO für Geschäftsanteile wertungsmäßig nicht passt. § 76 Abs 4 GmbHG gibt der Gesellschaft in der Exekution oder Insolvenz<sup>53</sup> des Gesellschafters ein Aufgriffsrecht, wenn der Geschäftsanteil trotz Vinkulierung verkauft werden soll. Damit wird das Interesse der Gesellschaft und der Gesellschafter anerkannt, ein unerwünschtes Eindringen Dritter zu ver-

*Schein einer gerichtlich genehmigten tauglichen Insolvenzvorsorge zu bieten, obgleich im Konkursfall die vorgesehene Regelung mangels gesetzlicher Grundlage nicht realisierbar sei.“* Aus der Begründung des OGH (6 Ob 142/05 h) geht hervor, dass sich das OLG Graz auf § 26 Abs 3 KO gestützt hat. Der OGH selbst musste sich in dieser Entscheidung nicht mit der Frage auseinandersetzen, weil er auf eine Sittenwidrigkeit abstellte, die jedenfalls aufzugreifen ist; implizit geht womöglich auch OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i von einer Prüfpflicht aus. In Pkt 5.2. der Begründung führt der 6. Senat aus, dass er sich mit dem Meinungsstreit zu § 26 Abs 3 IO (Pkt 5.1 der Begründung) nicht befassen müsse, weil bereits der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht in der Insolvenz des Gesellschafters vorgesehen habe (es war eine Änderung des Gesellschaftsvertrags zu beurteilen) und daher die Frage der Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO in diesem Verfahren nicht mehr zu beurteilen sei (unter Berufung auf OGH 27. 5. 2004, 6 Ob 271/03 a). Diese verfahrensrechtliche Argumentation wäre nicht notwendig gewesen, wenn § 26 Abs 3 IO von vornherein nicht im Eintragungsverfahren zu prüfen wäre (vgl aber Pkt C.1.); allgemein krit zur weitgehenden Prüfpflicht Schopper, Das Firmenbuchgericht als Gestalter des Gesellschafts- und Unternehmensrechts, in Fleischer/Kalss/Vogt, Die Akteure im Wandel des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts (in Druck).

<sup>52</sup> Andeutend Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 26 Rz 19: „per se unwirksam“; Huemer/Haglmüller, RdW 2009, 747 (748); s bereits Pkt A.

<sup>53</sup> Der Wortlaut von § 76 Abs 4 GmbHG erfasst die Insolvenz des Gesellschafters nicht, jedoch ist die Bestimmung nach hA analog anwendbar; s Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 27 und Rz 65 mwN.

hindern. Dieses Interesse besteht aber selbstverständlich im Regelfall auch dann, wenn die Gesellschafter statt einer Vinkulierung Aufgriffsrechte vorgesehen haben.<sup>54</sup> Die uneingeschränkte Anwendung von § 26 Abs 3 IO provoziert somit einen Wertungswiderspruch mit einer spezifisch GmbH-rechtlichen Bestimmung.<sup>55</sup>

#### b) Kein Rosinenpicken

Ein weiteres zutreffendes Argument gegen die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO wurde bereits im Schrifttum herausgearbeitet. Wäre ein einzelnes Optionsrecht, das in einen vielschichtigen Vertrag eingebettet ist, ein Antrag nach § 26 Abs 3 IO, dann könnte der Insolvenzverwalter für ihn ungünstige Klauseln missachten und sich die Rosinen aus dem sonstigen Vertragsverhältnis herauspicken.<sup>56</sup>

#### c) Anwendbarkeit von § 21 IO statt § 26 Abs 3 IO

In der Diskussion über die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO wurde bisher zu wenig berücksichtigt, dass § 26 Abs 3 IO von vornherein nicht anwendbar und stattdessen § 21 IO einschlägig ist. Zwar spricht auf den ersten Blick viel für eine Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO, weil der Wortlaut auf „Anträge des Schuldners“ abstellt, zu denen „Anbote“ grundsätzlich zählen. Das greift jedoch zu kurz, weil ganz allgemein manche Anbote nicht unter § 26 Abs 3 IO, sondern unter § 21 IO fallen.

§ 26 Abs 3 IO und § 21 IO sind systematisch eng miteinander verbunden.<sup>57</sup> Das Erlöschen des Antrags nach § 26 Abs 3 IO beruht auf der Überlegung, dass der insolvente Schuldner den Vertrag ohnedies nicht erfüllen könnte (§ 3 IO) und eine Bindung des Masseverwalters sinnlos wäre, weil dieser nach § 21 IO zurücktreten könnte.<sup>58</sup>

Ein wesentlicher Unterschied zwischen § 26 Abs 3 IO und § 21 IO besteht darin, dass die Insolvenzmasse schadenersatzpflichtig wird, wenn der Masseverwalter nach § 21 IO vom Vertrag zurücktritt.<sup>59</sup> Obwohl nach zivilrechtlichen Grundsätzen auch dann eine Schadenersatzpflicht droht, wenn jemand von einem bindenden Anbot absteht, hat der potentielle Vertragspartner keinen Schadenersatzanspruch gegen die Masse infolge des Erlöschens eines Anbots nach § 26 Abs 3 IO.<sup>60</sup> Diese Differenzierung überzeugt für gewöhnliche zivilrechtliche Vertragsangebote. Dem Vertragspartner und dessen Gläubigern wird zugemutet, dass aus insolvenzrechtlichen Gründen die Bindungswirkung ersatzlos erlischt.<sup>61</sup> Hält der Masseverwalter das Rechtsgeschäft für sinnvoll, kann er ein neues Anbot stellen.<sup>62</sup>

Anders ist der Fall jedoch gelagert, wenn der Vertragspartner eine Option aus einem zivilrechtlichen Optionsvertrag hat und bereits eine Gegenleistung (insb Geld) erbracht hat, um in den Genuss des Optionsrechts zu gelangen. Wie bei einem vereinbarten Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht ist in einem solchen Fall nicht § 26 Abs 3 IO, sondern § 21 IO anzuwenden.<sup>63</sup> Dies ist auch sachgerecht, weil der Vertragspartner des insolventen Schuldners wenigstens einen Schadenersatzanspruch erhalten soll, wenn er die entgeltlich vereinbarte Option nicht ziehen kann.<sup>64</sup> Ein Rücktritt vom Optionsvertrag nach § 21 IO ist idR ausgeschlossen, weil mit der Einräumung des Gestaltungsrechts jedenfalls bereits ein Teil des Rechtsgeschäfts erfüllt wurde.<sup>65</sup> Erst wenn der Vertragspartner das Gestaltungsrecht in der Insolvenz des Schuldners ausübt, entsteht ein Verpflichtungsgeschäft, das noch nicht erfüllt wurde, und ein Rücktritt nach § 21 IO

<sup>54</sup> Vgl dazu OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i (Pkt 4.8.), wonach die Vinkulierung dem „Schutz vor Veränderungen im Stand der Gesellschafter dient“. Allerdings dienen auch Aufgriffsrechte häufig genau diesem Zweck, vgl zB OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17 i GesRZ 2018, 57 (Rauter/Schwarzenbacher); Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 33 und Rz 19.

<sup>55</sup> Ähnlich bereits Trenker, JBl 2012, 281 (287); Huemer/Haglmüller, RdW 2009, 747 (749); ferner Eckert in Konecny, Insolvenzforum 2010, 72.

<sup>56</sup> Kletečka, GesRZ 2009, 82; Rüdfler, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, wbl 2008, 353 (357); Trenker, JBl 2012, 281 (287); Huemer/Haglmüller, RdW 2009, 747 (748).

<sup>57</sup> Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 26 Rz 16; vgl Riss, Die Abschwächung der Vertragstreue in der Insolvenz, in FS Fenyves (2013) 957 (963 ff); ferner Huemer/Haglmüller, RdW 2009, 747 (748 f).

<sup>58</sup> Lehmann, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung (1916) I 177; Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 26 KO Rz 22; angedeutet bereits in der Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 29.

<sup>59</sup> Der Vertragspartner des Schuldners ist Insolvenzgläubiger, dazu Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 21 Rz 47.

<sup>60</sup> Riss in FS Fenyves 965; vgl Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 93 ff (Anwendung des § 21 IO auf den bedingt abgeschlossenen Hauptvertrag erwägend, aber in Rz 96 dann dennoch auf § 26 Abs 3 IO abstellend).

<sup>61</sup> Riss in FS Fenyves, insb 971 f, versucht dies damit zu begründen, dass §§ 21, 26 Abs 3 IO das Vertrauen Dritter in den Haftungsfonds des Vertragspartners des Gemeinschuldners schützen sollen. Bei einer Offerte habe der Erklärungsempfänger bloß die Möglichkeit, diese anzunehmen, könne diese aber auch ausschlagen, weshalb das Vertrauen Dritter nicht schutzwürdig sei. Anders sei dies bei einem perfekten, aber nicht vollständig erfüllten Vertrag; die Ansicht von Riss ist sicherlich beachtlich. Es ist aber nicht notwendig, in diesem Rahmen selbst Stellung zu ihrer Überzeugungskraft zu beziehen.

<sup>62</sup> Riss in FS Fenyves 964.

<sup>63</sup> Siehe die Nw in FN 65.

<sup>64</sup> Vgl Kletečka, GesRZ 2009, 82 (84): „Dass er [der Vertragspartner, Anm d Verf] – anders als beim Rücktritt nach § 21 KO – mit seiner Konkursforderung nicht auch den Ersatz des Nichterfüllungsschadens verlangen könnte, ist wertungskonsistent wohl kaum zu begründen.“

<sup>65</sup> Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 21 Rz 10; Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 100 f; uU ist das Rechtsgeschäft auch beidseitig erfüllt, wenn zB eine Optionsprämie bereits bezahlt wurde.



steht dann offen.<sup>66</sup> Der Masseverwalter kann in der Folge zurücktreten, jedoch wird die Insolvenzmasse schadenersatzpflichtig.<sup>67</sup>

Die Ausführungen zu zivilrechtlichen Optionen lassen sich auf Aufgriffsrechte in Gesellschaftsverträgen übertragen. Wie der Abschluss des Gesellschaftsvertrags selbst, der als entgeltfremdes Rechtsgeschäft qualifiziert wird,<sup>68</sup> ist auch die Einräumung eines gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechts unter den Gesellschaftern ein entgeltfremdes Rechtsgeschäft. Entgeltfremd bedeutet, dass die Bestimmungen über entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte nicht ohne weiteres angewendet werden können.<sup>69</sup> Die Kategorie der entgeltfremden Rechtsgeschäfte ändert allerdings nichts daran, dass im Einzelfall entschieden werden muss, ob entweder die Bestimmungen über entgeltliche oder über unentgeltliche Bestimmungen entsprechend angewendet werden.<sup>70</sup> Aus diesem Blickwinkel ist die allseitige bzw wechselseitige Vereinbarung eines Aufgriffsrechts unter den Gesellschaftern im Regelfall den entgeltlichen Rechtsgeschäften zuzuordnen, weil es an einer Schenkungsabsicht bzw Freigiebigkeit fehlen wird.<sup>71</sup> Bei einem entgeltlich eingeräumten Aufgriffsrecht passt § 26 Abs 3 IO ebenso wenig wie bei zivilrechtlichen entgeltlich eingeräumten Optionen. Statt § 26 Abs 3 IO wäre grundsätzlich § 21 IO einschlägig.

Den Schlussstein der Argumentationskette bildet somit die Frage, ob § 21 IO auf Aufgriffsrechte anwendbar ist. Bejahendenfalls würde – wie bei zivilrechtlichen Optionen – das Aufgriffsrecht zwar ausgeübt werden können. Dadurch würde jedoch ein nicht beiderseitig erfülltes Verpflichtungsgeschäft (Geschäftsanteil gegen Aufgriffspreis) entstehen und der Insolvenzverwalter hätte dann nach § 21 IO ein Wahlrecht, entweder zu erfüllen oder den Aufgriffsberechtigten auf Schadenersatzansprüche zu verweisen. Der OGH hat aber bereits zutr erkannt, dass § 21 IO auf Aufgriffsrechte von vornherein nicht anwendbar ist, weil es sich nicht um synallagmatische Verträge handelt.<sup>72</sup> Somit findet § 21 IO generell

keine Anwendung auf entgeltlich eingeräumte Aufgriffsrechte.<sup>73</sup>

Zusammengefasst lautet die Argumentationskette: (1.) § 26 Abs 3 IO ist von vornherein nicht anwendbar, weil eigentlich § 21 IO einschlägig wäre. (2.) § 21 IO findet jedoch keine Anwendung auf Aufgriffsrechte, weil die Bestimmung nur für synallagmatische Verträge gilt. (3.) Die Nichtanwendbarkeit von § 21 IO führt freilich nicht dazu, dass im Ergebnis doch wieder § 26 Abs 3 IO einschlägig ist, weil die Bestimmung sowohl für entgeltlich eingeräumte zivilrechtliche Optionen als auch für entgeltlich eingeräumte gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte von vornherein nicht passt.

Der entscheidende Vorteil dieser – zugegeben komplizierten – Argumentation liegt darin, dass es auf die umstrittene Frage, ob § 26 Abs 3 IO für Aufgriffsrechte wertungsmäßig passt, gar nicht mehr ankommt. § 26 Abs 3 IO ist nämlich schon deshalb nicht anwendbar, weil an sich § 21 IO einschlägig wäre. Die Diskussion verlagert sich auf die Anwendbarkeit von § 21 IO, die der OGH zutr bereits abgelehnt hat.

## D. Handlungsempfehlungen für die vertragsgestaltende Praxis

### 1. Unterscheidung zwischen § 26 Abs 3 IO und § 879 ABGB

Für GmbH-Gesellschafter und die rechtsberatende Praxis stellt sich die Frage, wie sie mit der aufgezeigten Rechtsunsicherheit umgehen sollen. Hierbei empfiehlt es sich wiederum, zwischen der drohenden Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO (Pkt D.2.) und der Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB (Pkt D.3.) zu unterscheiden.

### 2. § 26 Abs 3 IO

Eine Reihe von überzeugenden Gründen spricht gegen die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte. Die Entscheidung des OLG Linz hat uE daran nichts geändert. Wenn daher von manchen Autoren bereits resignierend dazu geraten wird, zumindest im Sprengel des OLG Linz Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters nicht mehr

*darauf, dass der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen hat, dass Gesellschaftsverträge von § 21 IO nicht erfasst sind, weil sie keine synallagmatischen Verträge sind.*"

<sup>73</sup> Auf unentgeltlich eingeräumte Aufgriffsrechte, die vergleichsweise seltener vorkommen, kann in diesem Rahmen nicht eingegangen werden. Zu denken ist bspw an einen Vater, der seiner Tochter ein Aufgriffsrecht mit einem geringen Aufgriffspreis einräumt, das ua auch im Fall seiner Insolvenz schlagend wird. Die Lösung dürfte in § 58 Z 3 IO liegen. Die Bestimmung statuiert zwar genau genommen keine Nachrangigkeit von Forderungen aus Schenkungen, jedoch folgt aus der Normgenese, dass Geschenknehmer in der Insolvenz des Geschenkgebers schlechter gestellt sind als andere Gläubiger. Erkennt man dies, spricht viel dafür, dass ein schenkungsweise eingeräumtes Aufgriffsrecht in der Insolvenz des Gesellschafters (Geschenkgeber) nicht durchsetzbar ist.

<sup>66</sup> OGH 2. 9. 1999, 2 Ob 278/97 i; RIS-Justiz RS0064545; Perner in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 21 Rz 10; Kletečka, GesRZ 2009, 82 (84 f); aA Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 108.

<sup>67</sup> Siehe FN 59.

<sup>68</sup> OGH 7. 7. 2017, 6 Ob 18/17 s; OGH 16. 3. 1966, 6 Ob 345/65 JBI 1967, 257; RIS-Justiz RS0018060.

<sup>69</sup> Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/34; Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher (2017) 98; Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 114 f.

<sup>70</sup> Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 1/69.

<sup>71</sup> Dazu ausführlich, auch mit Berücksichtigung der missverständlichen Rsp, Schopper/Walch, Erbrechtliche Fragen zu Aufgriffsrechten bei GmbH-Geschäftsanteilen (in Vorbereitung, erscheint voraussichtlich Anfang 2020 in der NZ).

<sup>72</sup> OGH 17. 4. 1996, 7 Ob 2097/96 z; offenbar bestätigend OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16 i (Pkt 6.1.): „Hinzuweisen ist allerdings

zu vereinbaren, kann dem nicht gefolgt werden.<sup>74</sup> Vielmehr sollte die abweisende Entscheidung eines Firmenbuchgerichts überprüft und dem 6. Senat Gelegenheit zur Beurteilung dieser praktisch höchst relevanten Frage gegeben werden. Ob der OGH ein allseitiges Aufgriffsrecht für den Fall der Insolvenz des Gesellschafters mit einem angemessenen Aufgriffspreis (Schätzpreis) auf Basis des § 26 Abs 3 IO verwerfen würde, ist uE auch nach der Entscheidung des OLG Linz nicht allzu wahrscheinlich.<sup>75</sup> Lediglich wenn die Gesellschafter den Weg durch

die Instanzen aus Kosten- und Zeitgründen scheuen, wird es sich zumindest im Sprengel des OLG Linz empfehlen, überhaupt keine Aufgriffsrechte für die Insolvenz eines Gesellschafters oder die Exekution vorzusehen.

Alternativ können Gestaltungsmöglichkeiten erwogen werden, die keinesfalls unter § 26 Abs 3 IO fallen, aber ähnliche Wirkungen erreichen. Zu denken ist insb an eine Vinkulierung.<sup>76</sup> Zwar wird die Vinkulierung bei einer Insolvenz des Gesellschafters gebrochen, jedoch hat die Gesellschaft nach § 76 Abs 4 GmbHG zumindest die Möglichkeit, einen Käufer zu nominieren, der den Geschäftsanteil zum Schätzwert erwirbt.<sup>77</sup> Die Vinkulierung kommt im Fall der Gesellschafter-Insolvenz den Wirkungen eines Aufgriffsrechts mit einem angemessenen Aufgriffspreis nahe und es kann zumindest sichergestellt werden, dass die Gesellschaft den Gesellschafterkreis auch in der Insolvenz eines Gesellschafters kontrolliert. Im Schrifttum wird weiters vorgeschlagen, Aufgriffsrechte zu vereinbaren, die nicht an die Insolvenz des Gesellschafters selbst, sondern an einen der Insolvenz vorgelagerten Tatbestand

<sup>74</sup> *Huemer/Haglmüller*, Gesellschafter können schwerer „unter sich“ bleiben, Die Presse 2019/44/02 (Rechtspanorama): „Für die Praxis heißt das: Im Sprengel des OLG Linz werden Aufgriffsrechte an einem GmbH-Geschäftsanteil im Insolvenzfall – auch bei Abfindung der Insolvenzmasse zum vollen Verkehrswert – nicht mehr akzeptiert und demnach bei Neugründungen auch nicht eingetragen werden. Ob sich dem auch die anderen OLG-Sprengel anschließen, ist abzuwarten“; aber auch an anderer Stelle: „Es bleibt daher abzuwarten, ob diese Frage (in einem anderen Fall) an den OGH herangetragen wird.“

<sup>75</sup> Im vorliegenden Fall hätte der OGH die Frage wie erwähnt wiederum offenlassen können. Würde es sich jedoch um ein Aufgriffsrecht mit einer angemessenen Abfindung handeln, könnte der OGH dem nicht mehr ausweichen; vgl dazu auch *Huemer/Haglmüller*, RdW 2009, 747 (750).

<sup>76</sup> Vgl *Huemer/Haglmüller*, RdW 2009, 747 (750); dazu *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 27.

<sup>77</sup> Zum daraus resultierenden Wertungswiderspruch s Pkt C.4.a).

anknüpfen.<sup>78</sup> Dies dürfte aber lediglich verhindern, dass § 26 Abs 3 IO anwendbar ist. Im Einzelfall kann wohl das Anfechtungsrecht solchen Gestaltungen Schranken setzen. Der Sittenwidrigkeitsprüfung (Pkt B. und sogleich Pkt D.3.) kann dadurch jedenfalls nicht ausgewichen werden, weshalb gläubigerdiskriminierende Klauseln auch in den einer Gesellschafter-Insolvenz vorgelagerten Aufgriffsfällen problematisch sind.

### 3. Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 879 ABGB)

Geht man davon aus, dass § 26 Abs 3 IO nicht anwendbar ist und Aufgriffsrechte für die Insolvenz eines Gesellschafters (oder die Exekution) nicht per se unwirksam sind, stellt sich die Frage nach der zulässigen Abfindungshöhe. Nach dem Prinzip des sichersten Wegs<sup>79</sup> muss nach dem derzeitigen Stand der höchstgerichtlichen Judikatur damit gerechnet werden, dass bei diesen Aufgriffsfällen nur der Schätzwert (Verkehrswert) zulässig sein könnte. Bei einer geringeren Abfindungshöhe besteht einerseits das Risiko, dass die Eintragung der Gesellschaft bzw der Satzungsänderung abgewiesen wird.<sup>80</sup> Selbst wenn die Eintragung zunächst vorgenommen wird, könnte sich andererseits auch die eingetragene gesellschaftsvertragliche Aufgriffsregelung später als unwirksam erweisen, wenn ein Gesellschafter tatsächlich insolvent wird und der Aufgriffsfall eintritt.

Angesichts der fundiert vorgetragenen Kritik im Schrifttum<sup>81</sup> besteht aber eine realistische Chance, dass der OGH zeitnah nochmals Stellung zu der Frage nimmt.<sup>82</sup> Aufgrund der aktuell restriktiven Tendenz erscheint es selbst bei einer „Rechtsprechungsänderung“<sup>83</sup> unwahrscheinlich, dass der OGH die liberale Haltung des BGH einnehmen wird. Zutreffend wäre es uE, wenn der OGH

seine Linie dahingehend abschwächt oder – aufgrund der wie erwähnt nicht ganz eindeutigen Begründung – insoweit konkretisiert, dass eine Beschränkung der Abfindungshöhe in Konkurs und Zwangsvollstreckung zulässig ist, sofern für keinen anderen Aufgriffsfall eine höhere Abfindung vorgesehen ist.

Die allfällige Klarstellung durch die Rsp könnte durch eine „salvatorische Klausel“ antizipiert werden, wonach als primäre Regelung eine geringe Abfindung für sämtliche Ausscheidenfälle und für den Fall ihrer Nichtigkeit eine Ersatzregelung vorgesehen wird, die im Exekutions- sowie Insolvenzfall eine Abfindung in Höhe des Schätzwerts (Verkehrswerts) und für die übrigen Aufgriffsfälle weiterhin eine geringe Abfindung statuiert. Fraglich ist allerdings, ob ein Firmenbuchgericht dies eintragen wird. Hält es die primäre Regelung für nichtig, ist es wohl gehalten, diese Nichtigkeit aufzugreifen, auch wenn eine Ersatzregelung für den Fall der Nichtigkeit besteht. Hält das Firmenbuchgericht die Klausel allerdings für zulässig – was wie ausgeführt auch nach OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i vertretbar ist (Pkt B.) – und trägt sie ein, ist die Ersatzregelung wirksam, wenn sich später bei tatsächlichem Eintritt der Insolvenz eines Gesellschafters doch noch die Nichtigkeit der primären Regelung herausstellen sollte.

Eine gesellschaftsvertragliche Regelung sollte jedenfalls so formuliert sein, dass im Falle der Nichtigkeit der Aufgriffsklausel für den Gesellschafterkonkurs oder einer Exekution die Klauseln für andere Aufgriffsfälle (zB Tod eines Gesellschafters, Kündigung oder Veräußerungsabsicht) aufrecht bleiben können. Demnach empfiehlt es sich, sicherheitshalber die Aufgriffsklauseln für den Gesellschafterkonkurs und die Exekution im Gesellschaftsvertrag gesondert zu regeln,<sup>84</sup> damit die Nichtigkeit dieser Klauseln jedenfalls keine Auswirkungen auf andere Aufgriffsfälle zeitigt.

### E. Zusammenfassung

In einer aktuellen Entscheidung hat das OLG Linz erkannt, dass § 26 Abs 3 IO auf Aufgriffsrechte in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters anwendbar ist. Daraus folgt, dass Aufgriffsrechte unabhängig von der Höhe des Aufgriffspreises in der Insolvenz des Gesellschafters unwirksam sind. Damit wird der mit einem Aufgriffsrecht idR primär verfolgte Zweck, nämlich die Verhinderung eines unkontrollierten Eindringens Dritter in den Gesellschafterkreis, weitgehend ausgehebelt.

Der OGH hat die Frage bisher offengelassen. Das Schrifttum ist geteilter Ansicht. Die besseren Gründe sprechen gegen die Anwendung von § 26 Abs 3 IO auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte. Die Entscheidung des OLG Linz liefert keine neuen Argumente, die gegen diese Ansicht sprechen würden.

<sup>78</sup> Huemer/Haglmüller, RdW 2009, 747 (750); bei Unternehmern als Gesellschaftern könnte evtl an die Kennzahlen des Unternehmensreorganisationsgesetzes (§§ 23f URG) angeknüpft werden; zu anderen Kennzahlen, die herangezogen werden könnten, vgl in anderem Zusammenhang Hoenig, Reichweite der Vertragsauflösungssperre der IO, RdW 2013, 515.

<sup>79</sup> Dazu Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 52 NO Rz 15.

<sup>80</sup> Dies war der Fall in OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i; vgl auch OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h.

<sup>81</sup> Siehe insb Trenker, JBl 2016, 446 (Anmerkung); Told, ecolex 2016, 784 (Anmerkung); dem OGH vorderhand zust Brugger, GesRZ 2016, 289 (Anmerkung), wobei er dann in Pkt 5 der Anmerkung eine gegenteilige Ansicht vertritt, die sogar noch liberaler ist als die hier vertretene Ansicht.

<sup>82</sup> Vgl zu einem ähnlichen Fall OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10y: „Angesichts dieser einhelligen Ablehnung der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hat sich der erkennende 6. Senat des Obersten Gerichtshofs zu einer neuerlichen eingehenden Prüfung der Frage entschlossen, ob tatsächlich eine nachträgliche Begründung statutarischer Aufgriffsrechte bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Notariatsaktspflicht des § 76 Abs 2 Satz 2 GmbHG unterliegt.“

<sup>83</sup> Wie erwähnt, könnte man angesichts der mehrdeutigen E OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i auch von einer Präzisierung sprechen.

<sup>84</sup> Die Abfindung sollte für diese Aufgriffsfälle aber keinesfalls niedriger sein als für andere Aufgriffsfälle, s oben.

Geht man davon aus, dass § 26 Abs 3 IO nicht anwendbar ist, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob eine Aufgriffsklausel im Insolvenz- und Exekutionsfall wegen Gläubigerdiskriminierung nichtig sein kann (§ 879 ABGB). OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i könnte dahingehend verstanden werden, dass die Gläubiger im Falle der Insolvenz des Gesellschafters oder der Exekution mindestens den Schätzwert (Verkehrswert) erhalten müssen. Die Begründung zu dieser Entscheidung ist jedoch nicht ganz eindeutig. Mit einem Teil des Schrifttums ist uE auch nach OGH 6 Ob 35/16i davon auszugehen, dass eine Aufgriffs-

klausel mit einem unter dem Verkehrswert liegenden Aufgriffspreis dann nicht gläubigerdiskriminierend ist, wenn dieser Aufgriffspreis für sämtliche Aufgriffsfälle gilt.

#### Über die Autoren:

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Vorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck. Univ.-Ass. MMag. Dr. Mathias Walch, LL. M. (Yale), ist dort als Universitätsassistent (Post Doc) tätig.