

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

152. JAHRGANG

05  
2020



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## BEITRÄGE

---

*Alexander Schopper und Mathias Walch:*

Erbrechtliche Fragen zu Aufgriffsrechten bei GmbH-Geschäftsanteilen Seite 161

---

*Simon Jetzinger:*

Die Anspruchsberechtigten des Pflegevermächtnisses:  
Zentrale Aspekte für pflegende Angehörige Seite 181

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Das Haftungsprivileg des § 176 Abs 3 ForstG gilt auch für außerhalb  
des Walds eintretende Schäden aus Waldarbeiten (*Mario Billeth*) Seite 186

---

Aufhebung des § 22 Abs 5 Umgründungssteuergesetz (idF BGBl I 2003/71)  
als verfassungswidrig durch den VfGH wegen Anknüpfung an den völlig überholten  
und daher als Bemessungsgrundlage unsachlichen (zweifachen) Einheitswert  
(*Volker Engelmann*) Seite 188

---

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

NZ 2020/44

## Erbrechtliche Fragen zu Aufgriffsrechten bei GmbH-Geschäftsanteilen

Der Beitrag behandelt Aufgriffsrechte für den Fall des Todes eines GmbH-Gesellschafters, die mit einem geringen oder überhaupt keinem Aufgriffspreis verbunden sind. Bei der Vereinbarung solcher Aufgriffsrechte können im Einzelfall erbrechtliche Formschriften zu beachten sein. Außerdem ist das Pflichtteilsrecht zu berücksichtigen.

Von Alexander Schopper und Mathias Walch

### Inhaltsübersicht:

- A. Einführung
- B. Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts
  - 1. Vereinbarung unter den Mitgesellschaftern
    - a) Relevanz der Unterscheidung zwischen Unentgeltlichkeit und Entgeltlichkeit bzw Entgeltfremdheit
    - b) Entgeltfremdes Rechtsgeschäft als Regelfall
    - c) Aleatorischer Charakter
    - d) Rechtsprechung
    - e) Schenkungsabsicht
  - 2. Nichtgesellschafter
- C. Einhaltung erbrechtlicher Formvorschriften
  - 1. Schenkung auf den Todesfall
    - a) Unentgeltliche Vereinbarung
    - b) Notariatsaktspflicht
    - c) Nichtvorbehalt eines Widerrufsrechts
    - d) Einhaltung der Gültigkeitsvoraussetzungen bei Aufgriffsrecht zugunsten der Mitgesellschafter
      - i) Notariatsakt
      - ii) Nichtvorbehalt eines Widerrufsrechts
      - iii) Gesellschafterwechsel
    - e) Einhaltung der Gültigkeitsvoraussetzungen bei Aufgriffsrecht zugunsten eines Nichtgesellschafters
    - f) Rechtsfolgen bei Verstoß
    - g) Das reine Viertel
  - 2. Erbeinsetzung und Vermächtnis
- D. Beeinträchtigung von Pflichtteilen
  - 1. Erbenbenachteiligung bei Aufgriffsrecht mit geringer Abfindung
  - 2. Altes Erbrecht
  - 3. Neues Erbrecht
    - a) Gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklauseln als „Schenkungen“
    - b) Vermächtnis und Erbeinsetzung
    - c) Schenkung auf den Todesfall
    - d) Hinzurechnung
    - e) Anrechnung
    - f) Schwierigkeiten bei der Bewertung des Aufgriffsrechts und des Geschäftsanteils
      - i) Schmälerung der reinen Verlassenschaft
      - ii) Unsicherheit über Ausübung des Aufgriffsrechts
      - iii) Latente Steuern

- iv) Notargebühren
- v) Pflichtteilsdeckung
- g) Haftung des Aufgriffsberechtigten
- h) Keine Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit
- E. Besonderheiten bei Aufgriffsrechten in Syndikatsverträgen
- F. Zusammenfassung in Thesen

### A. Einführung

Dieser Beitrag untersucht Fragen an der Schnittstelle zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht, nämlich Aufgriffsrechte für GmbH-Geschäftsanteile, die mit dem Tod eines Gesellschafters schlagend werden.<sup>1</sup> Ein Aufgriffsrecht für einen Geschäftsanteil ist ein Gestaltungsrecht,<sup>2</sup> welches bei Eintritt eines bestimmten vordefinierten Ereignisses („Aufgriffsfall“) einer oder mehreren Personen das Recht eröffnet, den Geschäftsanteil eines Gesellschafters gegen einen Aufgriffspreis zu erwerben.<sup>3</sup> Es wird durch eine zugangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt. Der Aufgriffsfall ist bei den hier interessierenden Aufgriffsrechten der Tod des Gesellschafters, des-

<sup>1</sup> Es gibt in der Praxis auch Regelungen, die mit einem Aufgriffsrecht verwandt sind und denselben Zweck erfüllen sollen, zB das Recht auf Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts zur Abtretung (Verfügungsgeschäft) des Geschäftsanteils (vgl dazu jüngst OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 3/20 i [insb Pkt 4.2]; ferner zB *Weber/Lotz*, Die vorzeitige Vertragsbeendigung nach dem Erbfall im österreichischen Privatrecht, JEV 2019, 169 [180]). Darauf wird in der Folge nicht näher eingegangen.

<sup>2</sup> Zum Begriff des Gestaltungsrechts s *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 5 ff.

<sup>3</sup> Vgl OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10y; *Schopper in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 32; *Schopper/Walch*, Zur Anwendbarkeit der §§ 1072ff ABGB auf GmbH-Aufgriffsrechte, *ecolex* 2020, 519; *Umfahrer*, Aufgriffsrechte, Abfindungsregelungen und Vinkulierungsbestimmungen als Gestaltungsinstrumente im GmbH-Gesellschaftsvertrag, *GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH 2006*, 28; *ders*, Übertragung und Abfindung von GmbH-Anteilen, *GesRZ 2010*, 320 (321); *Blümel*, Das Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015 und der GmbH-Geschäftsanteil (Diss Uni Wien 2019) 127 ff. Frau RAA Mag. *Blümel* hat uns dankenswerterweise vorab ihre Dissertation zukommen lassen, sodass wir diese noch teilweise berücksichtigen konnten. Die beeindruckende Arbeit wurde am Lehrstuhl von Prof. *Rabl* verfasst und wird voraussichtlich in den Innsbrucker Schriften zum Unternehmensrecht (Verlag Österreich, hrsg von *Eckert/Schopper*) erscheinen.

sen Geschäftsanteil mit dem Aufgriffsrecht belastet ist. Der Aufgriffspreis ist an die Verlassenschaft zu leisten. Vorauszuschicken ist, dass nach ganz hA Aufgriffsrechte für den Todesfall eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden können.<sup>4</sup> Unzulässig ist jedoch eine Klausel, wonach der Geschäftsanteil den Gesellschaftern ipso iure zuwächst.<sup>5</sup> Der Geschäftsanteil fällt somit jedenfalls zunächst in die Verlassenschaft.<sup>6</sup> In soweit besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem GmbH-Geschäftsanteil und Gesellschaftsanteilen bei Personengesellschaften.<sup>7</sup>

## B. Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts

### 1. Vereinbarung unter den Mitgesellschaftern

#### a) Relevanz der Unterscheidung zwischen Unentgeltlichkeit und Entgeltlichkeit bzw Entgeltfremdheit

Ausgangspunkt für die erbrechtliche Behandlung von Aufgriffsrechten ist die Frage, ob deren Vereinbarung ein unentgeltliches Rechtsgeschäft darstellt.<sup>8</sup> Unentgeltlich kann die Einräumung eines Aufgriffsrechts von vornherein nur sein, wenn kein oder nur ein geringer Aufgriffspreis zu zahlen ist.<sup>9</sup>

Die allfällige Unentgeltlichkeit wirkt sich insbesondere auf die Formvorschriften aus. Während entgeltliche

und entgeltfremde Vereinbarungen eines Aufgriffsrechts auf den Todesfall – zumindest aus erbrechtlicher Sicht –<sup>10</sup> formfrei möglich sind,<sup>11</sup> müssen für die unentgeltliche Vereinbarung erbrechtliche Formvorschriften eingehalten werden, entweder jene der Schenkung auf den Todesfall (§ 603 ABGB; Notariatsakt), einer Erbeinsetzung (§§ 578 ff ABGB; zB eigenhändig schreiben und unterschreiben) oder eines Vermächtnisses (Formvorschriften wie bei der Erbeinsetzung). Außerdem spielt die Unentgeltlichkeit eine wichtige Rolle bei der Frage, ob das Aufgriffsrecht beim Pflichtteilsrecht zu berücksichtigen ist (dazu Pkt D).

#### b) Entgeltfremdes Rechtsgeschäft als Regelfall

Zunächst ist danach zu differenzieren, ob Mitgesellschafter oder Nichtgesellschafter (die häufig nahe Verwandte des Gesellschafters sein werden) aufgriffsberechtigt sind. Durch die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts zugunsten der Mitgesellschafter in Kombination mit einer niedrigen Abfindung sind die Interessen aller Erben beeinträchtigt. Solche Klauseln werden häufig vereinbart, um die Gesellschaft vor dem unerwünschten Eindringen Dritter (Erben) zu schützen.<sup>12</sup> Die Vereinbarung eines allseitigen Aufgriffsrechts, dh jeder Gesellschafter hat ein Aufgriffsrecht gegen jeden Gesellschafter, hat keinen unentgeltlichen Charakter. Der Gesellschafter räumt den Mitgesellschaftern das Aufgriffsrecht nämlich nicht aus Freigiebigkeit ein, sondern um die Funktionsweise der Gesellschaft und damit den Gesellschaftszweck zu fördern. Ein missliebiger Gesellschafter ist wie ein Feind im eigenen Lager und Streitigkeiten unter den Gesellschaftern schlagen schnell auf den wirtschaftlichen Erfolg der GmbH durch.<sup>13</sup> Ein allseitiges Aufgriffsrecht auf den Todesfall unter den Mitgesellschaftern verhindert, dass ein Erbe des verstorbenen Gesellschafters unerwünschter neuer Gesellschafter wird und Streit unter den Gesellschaftern ausbricht. Ebenso kann verhindert werden, dass ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil auf mehrere Erben verteilt und es zu einer Zersplitterung des geschlossenen Gesellschafterkreises kommt (vgl §§ 79f GmbHG). Wie der Abschluss des Gesellschaftsvertrags selbst, der als entgeltfremdes Rechtsgeschäft qualifiziert wird,<sup>14</sup> ist auch

<sup>4</sup> Statt vieler zB OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10y; Schauer, Die GmbH in der Unternehmensnachfolge – der Geschäftsanteil im Spannungsfeld zwischen erbrechtlicher Nachfolge und gesellschaftsvertraglicher Steuerung, GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH 2006, 33 (36); Weber/Lotz, JEV 2019, 169 (180).

<sup>5</sup> Vgl dazu jüngst Blümel, Der GmbH-Geschäftsanteil als zwingend vererblicher Vermögenswert, NZ 2019, 241; obiter wieder bestätigt in OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 3/20i; einschränkend Weber/Lotz, JEV 2019, 169 (183 ff).

<sup>6</sup> OGH 12. 4. 2016, 2 Ob 55/15z; RIS-Justiz RS0007884; vgl dazu Weber/Lotz, JEV 2019, 169 (186 f); Schauer, Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen und vorweggenommene Erbfolge nach der Erbrechtsreform, in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 21 (32); Wolkerstorfer, Erbfolge in den GmbH-Geschäftsanteil (2020) 145 ff.

<sup>7</sup> Vgl dazu zB OGH 2. 3. 2006, 2 Ob 202/05b; Schauer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> Rz 33/18 ff; ders in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 32; ist dagegen die Fortsetzung mit dem Erben im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, werden zunächst die Verlassenschaft und mit der Einantwortung die Erben Gesellschafter (OGH 24. 1. 2019, 6 Ob 55/18 h [Pkt 12.2]).

<sup>8</sup> Auch eine besonders hohe Abfindung kann Schenkungscharakter haben (König, Die Anfechtung nach der IO<sup>5</sup> Rz 9/19). Bei Aufgriffsrechten (bzw Andienungspflichten) dürfte dieser Fall aber nur eine geringe praktische Rolle spielen und wird daher ausgelassen.

<sup>9</sup> Umgekehrt kann die Einräumung eines Aufgriffsrechts mit einem geringen oder keinem Aufgriffspreis ein entgeltliches Rechtsgeschäft bilden, wenn der Berechtigte ausnahmsweise ein Entgelt leistet, um überhaupt in den Genuss des Aufgriffsrechts zu kommen. Beispiel: A zahlt dem Gesellschafter B € 99,-, damit ihm ein Aufgriffsrecht mit einem Aufgriffspreis zu € 1,- für einen Geschäftsanteil im Wert von € 100,- eingeräumt wird.

<sup>10</sup> Zur GmbH-rechtlichen Formpflicht vgl § 76 Abs 2 GmbHG und Pkt C.1.d.

<sup>11</sup> Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 653 Rz 6.

<sup>12</sup> Vgl, allerdings nicht iZm dem Eindringen von Erben, OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17 i (3.3.7.); Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 33 und Rz 19; Schopper/Walch, NZ 2019, 441 (446 f); Weber/Lotz, JEV 2019, 169 (180).

<sup>13</sup> Vgl bereits in anderem Zusammenhang Jhering, Der Zweck im Recht I (1877) 217 f; U. Torggler, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007) 62 f.

<sup>14</sup> OGH 7. 7. 2017, 6 Ob 18/17s; OGH 16. 3. 1966, 6 Ob 345/65 JBl 1967, 257; RIS-Justiz RS0018060; entgeltfremd bedeutet, dass die Bestimmungen über entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte nicht ohne Weiteres angewendet werden können (Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesell-

die Einräumung eines Aufgriffsrechts unter den Gesellschaftern kein unentgeltliches, sondern ein entgeltfremdes Rechtsgeschäft.

### c) Aleatorischer Charakter

Von der Entgeltfremdheit oder Unentgeltlichkeit zu unterscheiden ist die Frage, ob das Rechtsgeschäft einen aleatorischen Charakter hat. Ein aleatorisches Rechtsgeschäft kann sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich sein (§ 1267 Satz 2 ABGB). Die Vereinbarung eines wechselseitigen Aufgriffsrechts auf den Todesfall unter den Gesellschaftern bildet regelmäßig ein entgeltliches aleatorisches Rechtsgeschäft.<sup>15</sup> Die Gesellschafter wissen anlässlich der Verankerung der Aufgriffsrechte nämlich nicht, welcher Gesellschafter zuerst sterben wird, sodass aus Sicht ex ante nicht klar ist, wer von der Regelung profitiert. Die Verankerung des Aufgriffsrechts erfolgt auch bei einem sehr niedrigen oder überhaupt keinem Aufgriffspreis nicht aus Freigiebigkeit (Schenkungsabsicht) und ist demnach nicht unentgeltlich. Die Gesellschafter räumen jeweils den Mitgesellschaftern die Möglichkeit ein, ihren eigenen Geschäftsanteil im Fall ihres Vorversterbens aufzugreifen, und erhalten im Gegenzug ebendiese Möglichkeit, falls ein Mitgesellschafter vor ihnen stirbt. Eine Ausnahme besteht im Einzelfall dann, wenn absehbar ist, dass ein Gesellschafter aufgrund des erheblichen Altersunterschieds oder einer bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung des Aufgriffsrechts bestehenden Krankheit aller Voraussicht nach vor den anderen Gesellschaftern versterben wird.<sup>16</sup> Im

schaftsrecht<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). Freilich ändert die Kategorie der entgeltfremden Rechtsgeschäfte nichts daran, dass im Einzelfall entschieden werden muss, ob die Bestimmungen über entgeltliche oder unentgeltliche Bestimmungen entsprechend angewendet werden (Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 1/69; vgl auch Zollner, Aufgriffsrechte in der GmbH und Pflichtteilsrecht, JEV 2014, 6 [10 ff]). Aus diesem Blickwinkel ist die allseitige Vereinbarung eines Aufgriffsrechts tendenziell den entgeltlichen Rechtsgeschäften zuzuordnen, weil es – wie oben im Text ausgeführt – idR an einer Schenkungsabsicht bzw Freigiebigkeit fehlt (vgl dazu Schauer in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 30).

<sup>15</sup> Vgl dazu OGH 25. 7. 1950, 1 Ob 95/50 SZ 23/227: „Wenn aber die aleatorische Klausel, daß ein Unternehmen dem Überlebenden zufallen soll, im Falle eines Gesellschaftsvertrags zulässig ist, so muß sie auch unter Miteigentümern oder präsumptiven Miteigentümern gestattet sein“; der OGH erkennt zu Recht, dass ein aleatorisches Element die Unentgeltlichkeit ausschließen kann. Auf den Umstand, dass beim Gesellschaftsvertrag uU überhaupt kein aleatorisches Element besteht, geht der OGH nicht ein; vgl auch Schauer in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 31 („enthält die Abfindungsklausel insofern ein aleatorisches Element, das ihr jedoch nicht den Charakter der Unentgeltlichkeit verleiht“).

<sup>16</sup> Vgl Umlauf, Die Hinzunahme und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht<sup>2</sup> (2018) 264 und 267 f; Schauer, Hinzunahme und Anrechnung von Schenkungen, in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 193 (211 f); Schauer

Rahmen der auch hier anzustellenden Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls kann dies ein Indiz dafür sein, dass kein aleatorisches und auch kein entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt. Es kann sich aber immer noch um ein entgeltfremdes Rechtsgeschäft handeln, wenn der voraussichtlich bald hinscheidende Gesellschafter den Mitgesellschaftern das Aufgriffsrecht einräumt, um den Gesellschaftszweck zu fördern (dazu noch Pkt B.1.e).

Wird einem Nichtgesellschafter ein Aufgriffsrecht eingeräumt, liegt idR keine aleatorische Vereinbarung vor. Zwar hängt es vom Zufall – nämlich dem Ableben des Gesellschafter – ab, wann der Aufgriffsberechtigte in den Genuss des Geschäftsanteils kommt, und ein früher Eintritt der aufschiebenden Bedingung ist aus wirtschaftlicher Sicht für den Aufgriffsberechtigten günstiger.<sup>17</sup> Jedoch wohnt diese Ungewissheit vielen Rechtsvereinbarungen inne und führt für sich genommen nicht zu einem aleatorischen Vertrag nach § 1267 ABGB.<sup>18</sup> Eine aleatorische Vereinbarung dürfte dagegen vorliegen, wenn der Aufgriffsberechtigte dem Gesellschafter im Gegenzug für die Einräumung des Aufgriffsrechts zu einem symbolischen Aufgriffspreis von € 1,- zeitlebens eine Leibrente leistet. Diese Vereinbarung muss jedoch nicht rein entgeltlich sein. Ist die verbleibende Lebensspanne des Gesellschafter so gering, dass aller Voraussicht nach ein deutliches Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen entstehen wird, liegt – Schenkungsabsicht vorausgesetzt (Pkt B.1.e) – eine gemischt entgeltliche/unentgeltliche (aleatorische) Vereinbarung vor.<sup>19</sup>

### d) Rechtsprechung

Der OGH geht zu weit, wenn er in einer Entscheidung aus 1950 ausspricht, dass ein Gesellschaftsvertrag „immer den entgeltlichen Verträgen zuzuzählen ist und auch dann nicht als unentgeltlicher Vertrag bezeichnet werden kann, wenn einzelne seiner Vertragsklauseln einem einzelnen Gesellschafter zugute kommen“.<sup>20</sup> Wenige Monate nach dieser Entscheidung schwächt der OGH seine Ansicht insoweit ab, als ein „Gesellschaftsvertrag regelmäßig [!] den entgeltlichen Verträgen zuzuzählen [ist]; er kann auch dann nicht als unentgeltlicher Vertrag bezeichnet werden, wenn einzelne seiner Vertragsklauseln einem einzelnen Gesellschafter zugute kommen“.<sup>21</sup>

in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 31; Zollner, JEV 2014, 6 (10 ff).

<sup>17</sup> Nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ist ein Euro heute mehr wert als ein Euro in zehn Jahren. Ebenso ist ein Geschäftsanteil heute – schon aufgrund der zu erwartenden Gewinnausschüttungen – mehr wert als ein Geschäftsanteil, den man erst in zehn Jahren erhält.

<sup>18</sup> Vgl dazu zB allgemein Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 1267 Rz 5 ff.

<sup>19</sup> Andeutend OGH 28. 3. 2001, 9 Ob 134/00 x.

<sup>20</sup> OGH 18. 1. 1950, 1 Ob 19/50 SZ 23/8.

<sup>21</sup> OGH 3. 6. 1950, 2 Ob 547/49.

Eine differenzierende Haltung wird in OGH 16. 3. 1966, 6 Ob 345/65,<sup>22</sup> im Anschluss an *Gschnitzer*<sup>23</sup> und *Stanzl*<sup>24</sup> eingenommen:<sup>25</sup> Der Gesellschaftsvertrag ist ein entgeltlicher Vertrag. Er kann auch dann nicht als unentgeltlicher Vertrag angesehen werden, wenn einzelne Vertragsklauseln einem Gesellschafter oder Erben zugutekommen wie zB die Klausel, wonach das Unternehmen dem überlebenden Gesellschafter zufallen soll oder die Erben zu einem geringen Betrag abgefunden werden sollen. Eine Zerlegung des Gesellschaftsvertrags in entgeltliche und unentgeltliche Bestandteile kommt nicht in Betracht. Bei Familienangehörigen sind jedoch Fälle von Gesellschaftsverträgen nicht selten, die der Unentgeltlichkeit bzw der Schenkung gleichzusetzen sind, zB die Aufnahme eines Verwandten als Gesellschafter, der nur eine geringe Einlage erbringen muss.<sup>26</sup> Unter Berufung auf *Gschnitzer*<sup>27</sup> führt der OGH weiter aus, dass von einer gemischten Entgeltlichkeit gesprochen werden kann, wenn ein größerer Gewinn zugestanden wird, als es dem Anteil entsprechen würde, und umgekehrt. Jedoch muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine unentgeltliche Zuwendung und damit verbunden eine Schenkungsabsicht vorliegt. Auf dieser Linie liegen auch andere Entscheidungen. Ein Dissolutionsvertrag (einvernehmliche Einigung) über das Ausscheiden eines Gesellschafters ist wie jeder Vertrag über eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung kein unentgeltlicher Vertrag, zumal es regelmäßig an der Schenkungsabsicht fehlt.<sup>28</sup> Insoweit besteht eine Parallele zu Gesellschaftsverträgen. Primär ist die Schenkungsabsicht der Parteien entscheidend; bei in Geld schätzbaren Leistungen kommt ein gemischter Vertrag in Betracht.<sup>29</sup>

In OGH 11. 2. 1997, 10 Ob 34/97 s, kehrt der OGH wieder zur alten Rsp zurück und führt pauschalisierend aus, dass die Bestimmung in einem Gesellschaftsvertrag, wonach das ganze Unternehmen dem überlebenden Teil zufallen soll, wirksam ist und weder den Formvorschriften für letztwillige Verfügungen noch für Schenkungen auf den Todesfall unterliegt. Im konkreten Fall war die im Jahr 1966 noch vorgenommene Differenzierung wohl nicht entscheidungserheblich, weil der Sohn als begünstigter Gesellschafter eine monatliche Versorgungsrente von ATS 10.000,- leisten musste und dies als Gegenleistung verstanden wurde. Der OGH erwähnt

jedoch in einem obiter dictum, dass selbst die Bestimmung, wonach zwei Enkelkinder und Nichtgesellschafter je mit 1% begünstigt werden, nicht zu einem unentgeltlichen Vertrag führen würde.

Der OGH kommt in seiner Entscheidung aus 1966 der uE zutreffenden Auffassung bereits sehr nahe. Entscheidend ist die Erkenntnis, dass der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags oder die „kostenlose“ Aufnahme einer Person als Gesellschafter zugleich eine Schenkung sein kann. Erbringt die bedachte Person eine geringe Gegenleistung, liegt uU eine gemischte Schenkung vor. Das ist im Grundsatz sowohl in Österreich als auch in Deutschland anerkannt.<sup>30</sup> So wie der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags oder die Aufnahme eines Gesellschafters kann ganz allgemein auch die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts eine (gemischte) Schenkung sein.<sup>31</sup> Ein Unterschied besteht lediglich insoweit, als der bei einer Schenkung ohne Übergabe erforderliche Notariatsakt beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrags oder bei der Aufnahme eines Gesellschafters meist ohnehin erfüllt sein wird (§ 4 Abs 3 und § 76 Abs 2 GmbHG).<sup>32</sup> Bei anderen Gesellschaftsformen, bei denen kein Notariatsakt erforderlich ist, heilt der Formmangel rasch, weil eine wirkliche Übergabe iSv § 943 ABGB stattfindet.<sup>33</sup> Dagegen ist die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts auf den Todesfall keine Schenkung unter Lebenden, sondern allenfalls eine Schenkung auf den Todesfall (dazu Pkt C.1), bei der eine Heilung durch wirkliche Übergabe ausgeschlossen ist.<sup>34</sup>

<sup>22</sup> JBI 1967, 257 (259).

<sup>23</sup> *Gschnitzer* in *Klang IV/1<sup>2</sup>* 639.

<sup>24</sup> *Stanzl* in *Klang IV/1<sup>2</sup>* 589 und 596 f.

<sup>25</sup> Vgl dazu auch *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 263: gewisse „Aufweichung“ gegenüber älteren Entscheidungen.

<sup>26</sup> Die OGH-Entscheidung referierend und offenbar zust *Artmann* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang ABGB<sup>3</sup>* § 1175 Rz 35.

<sup>27</sup> *Gschnitzer* in *Klang IV/1<sup>2</sup>* 639.

<sup>28</sup> OGH 1. 9. 1964, 8 Ob 233/64 JBI 1965, 37; OGH 7. 10. 1970, 6 Ob 227/70 JBI 1971, 197.

<sup>29</sup> OGH 7. 10. 1970, 6 Ob 227/70 JBI 1971, 197; s auch RIS-Justiz RS0018164.

<sup>30</sup> *U. Torggler*, *Gesellschaftsrecht: AT und Personengesellschaften* (2013) Rz 124; *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>* § 4.1.1; zur stillen Gesellschaft *Straube/V. Appl* in *Straube/Ratka/Rauter*, *UGB<sup>14</sup>* § 179 Rz 38 (ausführlicher noch *Straube/U. Torggler* in *Straube*, *HGB<sup>3</sup>* § 179 Rz 19); *BGH* 2. 7. 1990, II ZR 243/89 NJW 1990, 2616 (Kommanditanteil); *Schäfer* in *MünchKommBGB<sup>7</sup>* § 705 Rz 42 (GesB); *K. Schmidt* in *MünchKommHGB<sup>4</sup>* § 230 Rz 48 (stille Gesellschaft); *Lange* in *MünchKommBGB<sup>7</sup>* § 2325 Rz 30; in Deutschland wird diskutiert, ob die Aufnahme als unbeschränkt haftender Gesellschafter aufgrund des damit verbundenen Haftungsrisikos und der regelmäßigen Pflicht zur Geschäftsführung eine Schenkung sein kann (*BGH* 26. 3. 1981, IVa ZR 154/80 NJW 1981, 1956; dazu *Lange*, aaO; *Schäfer*, aaO Rz 43). Für die GmbH ist dies aber nicht relevant, weil den Gesellschafter keine Pflicht zur Geschäftsführung und trotz Ausfallhaftung kein mit einem OG-Gesellschafter vergleichbares Haftungsrisiko trifft.

<sup>31</sup> Das hier interessierende Aufgriffsrecht auf den Todesfall kann freilich keine Schenkung unter Lebenden sein; dazu sogleich oben im Text.

<sup>32</sup> Insoweit stellt sich die Frage, ob der Notar nicht nur über die Gefahren einer Gesellschafterstellung belehren muss, sondern den Geschenkgeber auch auf die allgemeinen Folgen einer Schenkung hinzuweisen hat (vgl dazu § 52 NO). Ein allfälliger Verstoß gegen die Belehrungspflicht ändert jedoch nichts an der Wirksamkeit des Notariatsakts (*Wagner/Knechtel*, *Notariatsordnung<sup>6</sup>* § 52 NO Rz 1).

<sup>33</sup> Siehe dazu FN 34.

<sup>34</sup> Worin die wirkliche Übergabe liegt, kann hier offengelassen werden; vgl dazu *U. Torggler*, *Gesellschaftsrecht: AT und Personengesellschaften* Rz 125; *Straube/U. Torggler* in *Straube*, *HGB<sup>3</sup>* Rz 19; *Stanzl* in *Klang IV/1<sup>2</sup>* 614; insbesondere stellt sich die

### e) Schenkungsabsicht

Ganz allgemein setzt eine (gemischte bzw teilweise) Schenkung nicht nur ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern auch eine Schenkungsabsicht (*animus donandi*) voraus.<sup>35</sup> Eine gemischte Schenkung kann nicht schon allein deshalb angenommen werden, weil die Leistung der einen Seite objektiv wertvoller ist als die der anderen.<sup>36</sup> Selbst ein krasses Missverhältnis führt nicht automatisch zu einer Schenkungsabsicht,<sup>37</sup> ist allerdings ein Indiz für eine solche.<sup>38</sup> Eine Schenkung ist im Zweifel nicht zu vermuten.<sup>39</sup> Den Bestand der Schenkungsabsicht hat derjenige zu beweisen, der sich darauf beruft.<sup>40</sup>

Frage nicht, ob eine wirkliche Übergabe iSd § 943 ABGB vorliegt, wenn alles Erforderliche getan ist, damit der Berechtigte den Geschäftsanteil nach dem Tod des Gesellschafters erhält. Anders ist die Rechtslage in Deutschland (vgl § 2301 Abs 2, § 518 Abs 2 BGB und dazu BGH 14. 7. 1971, III ZR 91/70 WM 1971, 1338 = BeckRS 1971, 31081173; BGH 29. 11. 2011, II ZR 306/09 NZG 2012, 222; *Blaurock*, Vollzug der unentgeltlichen Zuwendung einer neu begründeten Unterbeteiligung, NZG 2012, 521; s auch BGH 24. 9. 1952, II ZR 136/51 BGHZ 7, 174 [179]; *K. Schmidt* in MünchKommHGB<sup>4</sup> § 230 Rz 99); in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die ABGB- und die BGB-rechtliche Schenkung auf den Todesfall grundsätzlich unterscheiden. Während sich das ABGB an die deutschrechtliche *donatio post obitum* anlehnt, orientiert sich das BGB an der römischrechtlichen *donatio mortis causa* (ausführlich *Ehrenzweig*, Die Schenkung auf den Todesfall, in FS 100 Jahre ABGB [1911] 626 [630 ff]; anders *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> [1983] 165 f).

<sup>35</sup> OGH 25. 6. 2019, 1 Ob 97/19z; RIS-Justiz RS0019356; *Schubert* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 4; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB<sup>3</sup> § 938 Rz 30 und Rz 38; *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 938 Rz 11.

<sup>36</sup> RIS-Justiz RS0019293; OGH 30. 3. 2016, 4 Ob 18/16z.

<sup>37</sup> OGH 21. 10. 1986, 5 Ob 145/86; vgl auch, wobei nicht alle angegebenen Entscheidungen voll einschlägig sind, RIS-Justiz RS0019371.

<sup>38</sup> OGH 30. 3. 2016, 4 Ob 18/16z; OGH 23. 2. 2017, 2 Ob 96/16f; OGH 24. 1. 2011 5 Ob 191/10i (insbesondere bei schutzwürdigen Interessen pflichtteilsberechtigter Dritter); missverständlich OGH 21. 1. 2014, 5 Ob 188/13b: „Selbst ein krasses objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung bedeutet noch nicht zwingend ein Indiz für eine Schenkungsabsicht.“ Ein krasses Missverhältnis bildet zumindest bei synallagmatischen Verträgen stets ein Indiz für eine Schenkungsabsicht, nur muss dieses Indiz für sich nicht eine Schenkungsabsicht begründen; nicht ganz präzise, aber mit der hier vertretenen Auffassung nicht im Widerspruch stehend, der häufig zitierte Rechtssatz RIS-Justiz RS0012959: „Bei Beurteilung der Frage, ob eine Schenkung oder eine teilweise Schenkung vorliegt, kommt es im Wesentlichen auf den geäußerten Willen, also die Schenkungsabsicht und darauf an, ob der Wert der versprochenen Leistung in einem krassen Missverhältnis zum Übergabswert steht.“ Entscheidend ist die Schenkungsabsicht, auf die häufig aus einem krassen Missverhältnis geschlossen werden kann, weshalb es für die Abgrenzung der gemischten Schenkung im Wesentlichen darauf ankommt.

<sup>39</sup> OGH 23. 4. 2015, 1 Ob 61/15z; RIS-Justiz RS0018794.

<sup>40</sup> OGH 21. 1. 2014, 5 Ob 188/13b; RIS-Justiz RS0019370; siehe auch die Nachw in FN 39; für die Möglichkeit eines Anscheinsbeweises iZm dem Pflichtteilsrecht *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 269.

Nimmt der Vater die Tochter zu einem günstigen oder gar nur symbolischen Preis in die Gesellschaft auf,<sup>41</sup> wird häufig eine Schenkungsabsicht und demzufolge eine (partielle)<sup>42</sup> Schenkung vorliegen.<sup>43</sup> Die Gründung einer Gesellschaft durch Vater und Tochter zu sehr unvorteilhaften Positionen für den Vater wird nach Maßgabe des Einzelfalls häufig durch eine Schenkungsabsicht des Vaters getragen sein. Kann der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags im Einzelfall zugleich eine Schenkung sein, muss dies erst recht für die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts zu einem günstigen Preis gelten. Dem OGH ist durchaus darin zuzustimmen, dass es auf eine Gesamtbetrachtung ankommt, weil dem unvorteilhaften Aufgriffsrecht andere Vorteile gegenüberstehen

<sup>41</sup> Die Aufnahme in die Gesellschaft kann etwa dadurch erreicht werden, dass der Gesellschafter einen Teil seines Geschäftsanteils zu einem symbolischen Preis abtritt (§ 79 GmbHG). Alternativ kann eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden und die Tochter erhält den zusätzlichen Geschäftsanteil. Die Tochter muss die Stammeinlage übernehmen und einen Teil darauf einzahlen (dazu ausführlich *Walch*, Leistungspflichten bei der effektiven Kapitalerhöhung einer GmbH, NZ 2018, 161). Ist die GmbH mehr wert als das Stammkapital, werden die Anteile der Mitgesellschafter verwässert (vgl dazu FN 45), was jedoch mit deren Zustimmung unproblematisch ist (vgl dazu OGH 19. 12. 2012, 6 Ob 155/12f). Die Gesellschaftsgläubiger haben kein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass die Gesellschaft ein angemessenes Agio erhält (vgl *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 153 Rz 66; vgl auch § 149 Abs 3 AktG, wo von der Zulässigkeit einer Ausgabe zum Nennwert implizit ausgegangen wird). Lediglich eine Unter-Pari-Ausgabe ist unzulässig. Können selbst die Gesellschafter zusätzliche Geschäftsanteile ohne angemessenes Agio übernehmen (genauer: ihren Geschäftsanteil aufstocken, vgl § 75 Abs 2 GmbHG), ohne dass ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegt, liegt auch kein Verstoß vor, wenn einer nahestehenden Person die günstige Übernahme eines Geschäftsanteils ermöglicht wird. Im Unterschied zur (zu) günstigen Veräußerung von Gesellschaftsvermögen an Gesellschafter oder diesen nahestehende Dritte (zB Verkauf eines Grundstücks im Wert von € 100,- um € 80,-) wird das Gesellschaftsvermögen nicht geschmälert, weil sich lediglich der Wert der Beteiligungen der Gesellschafter verändert; Beispiel: GmbH mit Stammkapital von € 35.000,- und Wert von € 140.000,-. Dann ist eine €-17.500-Beteiligung vereinfacht € 70.000,- wert. Nach einer Kapitalerhöhung um € 35.000,- ohne Agio beträgt das Stammkapital € 70.000,- und der Wert der GmbH € 175.000,-. Die €-17.500-Beteiligung ist nun nur noch € 43.750,- wert (Verwässerungseffekt). Die Gesellschaft ist nur dadurch benachteiligt, dass sie bloß € 35.000,- erhalten hat, obwohl zusätzlich ein Agio hätte gefordert werden können (angemessen wäre ein Agio iHv € 105.000,-). Darin liegt aber keine unzulässige Gläubigerbenachteiligung und insbesondere kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.

<sup>42</sup> Es besteht kein grundsätzlicher Unterschied, ob die Abfindung herabgesetzt (dann gemischte Schenkung) oder zur Gänze ausgeschlossen (dann reine Schenkung) wird, wobei Letzterem ein symbolischer Preis (zB € 1,-) gleichzuhalten ist.

<sup>43</sup> Vgl dazu OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a (Pkt 4.2; Kommanditbeteiligung und nach altem Erbrecht, aber uE dennoch einschlägig); *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 211.

können.<sup>44</sup> Insbesondere unter Familienmitgliedern kann eine Schenkungsabsicht aber nicht von vornherein abgelehnt werden.

Gründet der Vater dagegen mit einem Fremden eine Gesellschaft oder nimmt diesen in die Gesellschaft auf, ist dies trotz objektivem Missverhältnis zwischen Stammeinlagen (bzw allgemeiner: Beiträgen)<sup>45</sup> und Gewinnanteilen im Zweifel keine Schenkung. Das Missverhältnis kann viele Gründe haben wie ein besonderes Verhandlungsgeschick oder eine bessere Verhandlungsposition. Auch bei Vereinbarung eines Aufgriffsrechts auf den Todesfall bei gleichzeitigem Vorliegen eines großen Altersunterschieds zwischen den aufgriffsberechtigten Gesellschaftern ist nicht automatisch eine Schenkungsabsicht anzunehmen. UU liegt wie erwähnt ein aleatorisches Rechtsgeschäft (Pkt B.1.c) oder eine entgeltfremde Vereinbarung vor.<sup>46</sup> Ein Grund für das Einverständnis in die übervorteilende Leistung kann zB sein, dass der Gesellschafter den Gesellschaftszweck fördern will, mit anderen Worten wird die Regelung nicht aufgrund einer *causa donandi*, sondern einer *causa societatis* getroffen.

Beispiel: Der 75-jährige Milliardär A gründet eine privatnützige GmbH, die sich der Erforschung von Elektromotoren widmet. Er stattet die GmbH mit einem Millionenvermögen aus und nimmt die drei brillanten Technikstudenten B, C und D als Angestellte sowie als Minderheitsgesellschafter auf, die nur eine symbolische Stammeinlage von je € 100,- übernehmen. Räumt A den Mitgesellschaftern ein Aufgriffsrecht zu sehr günstigen Konditionen ein, kann dahinter die Absicht stehen, das Fortkommen der Gesellschaft zu fördern, indem B, C und D zur verstärkten Mitarbeit motiviert werden und nach seinem Ableben verhindert wird, dass die desinteressierten Erben von A Mehrheitsgesellschafter werden.

## 2. Nichtgesellschafter

Wird das Aufgriffsrecht mit keinem oder einem geringen Aufgriffspreis einem Dritten (iSv Nichtgesellschafter) eingeräumt, bei dem es sich in vielen Fällen um einen Nachkommen und Erben handeln wird (zB Kind), liegt häufig ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vor.<sup>47</sup>

Im Unterschied zur Einräumung eines Aufgriffsrechts an eine nahestehende Person, die zugleich Gesellschafter ist (Pkt B.1), stellt sich idR die Frage nicht, ob es sich um ein entgeltfremdes Rechtsgeschäft handelt.<sup>48</sup> Aus Sicht der Gesellschaft und des Gesellschafterkreises kann die Vereinbarung des Aufgriffsrechts zwar einen entgeltfremden Charakter aufweisen, wenn zB nur ein einzelner Dritter aufgriffsberechtigt ist und dadurch eine Zersplitterung des Gesellschafterkreises infolge des Erbgangs verhindert wird (vgl bereits Pkt A). Im Verhältnis zwischen dem Gesellschafter<sup>49</sup> und dem aufgriffsberechtigten Dritten wird das Aufgriffsrecht aber nicht *causa societatis* eingeräumt, sodass bei einem niedrigen Aufgriffspreis regelmäßig eine *causa donandi* anzunehmen sein wird. Das Aufgriffsrecht ist außerdem nur einseitig, weshalb auch kein (entgeltlicher) aleatorischer Vertrag vorliegt.

## C. Einhaltung erbrechtlicher Formvorschriften

### 1. Schenkung auf den Todesfall

#### a) Unentgeltliche Vereinbarung

Ist die Vereinbarung des Aufgriffsrechts für den Tod des Gesellschafters eine entgeltliche oder entgeltfremde Vereinbarung, wie dies in der Praxis auf viele Aufgriffsrechte zutrifft, liegt von vornherein keine unentgeltliche letztwillige Verfügung oÄ vor. Lediglich bei einer Qualifikation als unentgeltliche Vereinbarung stellt sich die Frage, ob diese als Schenkung auf den Todesfall (§ 603 ABGB) oder als Vermächtnis (dazu Pkt C.2) qualifiziert wird.<sup>50</sup>

Auf den ersten Blick könnte man argumentieren, dass nicht der Geschäftsanteil, sondern das Aufgriffsrecht geschenkt wird. Dann würde es sich nicht um eine Schenkung auf den Todesfall handeln, sondern um eine Schenkung unter Lebenden, weil der Beschenkte das Aufgriffsrecht ja sofort erhält. Diese Auffassung ist jedoch zu formalistisch. Der Gesellschafter will dem oder den Berechtigten die Möglichkeit geben, den Geschäftsanteil gratis oder zumindest günstig zu erhalten. Es ist der Geschäftsanteil, in dessen Genuss der Berechtigte kommen soll, jedoch nicht sofort, sondern erst

<sup>44</sup> Schauer in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 212; ders, Nachfolge im Recht der Personengesellschaften, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2018) Rz 33/30.

<sup>45</sup> Bei der GmbH-Gründung wird das Stammkapital häufig auf € 35.000,- festgesetzt und die Gesellschafter leisten zusätzliche Beiträge, die nicht als Stammeinlagen gelten; wird ein Dritter im Zuge einer Kapitalerhöhung in die Gesellschaft aufgenommen, muss er häufig ein Agio leisten (dazu ausführlich Eckert, Kapitalaufbringung und Agio, in FS Nowotny [2015] 275).

<sup>46</sup> Vgl Graisny, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen (2016) 92; insoweit zutr OGH 10. 9. 1992, 8 Ob 644/91.

<sup>47</sup> Vgl Schauer in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 30.

<sup>48</sup> Das bloße Motiv, den Gesellschaftszweck zu fördern, indem bspw nur der fähigste Erbe den Geschäftsanteil erhalten soll, ist uE jedenfalls idR unbeachtlich.

<sup>49</sup> Der mit dem Aufgriffsrecht belastet wird.

<sup>50</sup> Schauer, GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH 2006, 33 (39 f); ders in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 34; Lukas, Unternehmensnachfolge von Todes wegen bzw im Hinblick auf den Todesfall (Teil II), JEV 2009, 40 (45); Zollner, JEV 2014, 6 (12); Graisny, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen 89 und 93 f; Blümel, Das Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015 und der GmbH-Geschäftsanteil (Diss Uni Wien 2019) 148 ff; anders Cohen, Drittbegünstigung auf den Todesfall (2016) 38, die Aufgriffsrechte offenbar pauschal zu den entgeltlichen (entgeltfremden) Vereinbarungen zählt und daher von vornherein nicht in ihrer ausführlichen Arbeit behandelt.

nach seinem Tod. Das Aufgriffsrecht ist nicht Gegenstand der Schenkung,<sup>51</sup> sondern ein Mittel, die Schenkung des Geschäftsanteils nach dem Tod des Gesellschafters zu ermöglichen.

#### b) Notariatsaktspflicht

Bei der Schenkung auf den Todesfall muss nach § 603 ABGB der Vertrag als Notariatsakt aufgenommen werden (zur GmbH-rechtlichen Notariatsaktspflicht s noch Pkt C.1.d.i), wobei sowohl Anbot als auch Annahme formpflichtig sein sollen.<sup>52</sup> Der Normzweck der Notariatsaktspflicht liegt in einer Warnfunktion bzw einem Übereilungsschutz. Wie bei Schenkungen unter Lebenden ohne Übergabe, die ebenfalls notariatsaktspflichtig sind, soll sich der Schenkungswillige nicht leichtfertig eines Teils seines Vermögens begeben. Während ihm bei der sofortigen Übergabe die Konsequenzen seines Handelns vor Augen geführt werden, erfüllt der Notariatsakt diese Funktion bei einer Schenkung ohne Übergabe. Andere Funktionen wie die Beweissicherung sind allenfalls eine Reflexwirkung von § 603 ABGB, aber kein Normzweck.<sup>53</sup>

Der Normzweck eines Übereilungsschutzes passt auch für einen Gesellschafter, der in Schenkungsabsicht ein Aufgriffsrecht an seinem Geschäftsanteil zu einem günstigen Preis einräumen will. Es besteht daher jedenfalls kein Anhaltspunkt, § 603 ABGB teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass bei der Vereinbarung eines Aufgriffsrechts auf den Todesfall kein Notariatsakt nach § 603 ABGB erforderlich wäre.

#### c) Nichtvorbehalt eines Widerrufsrechts

Die zweite Voraussetzung für eine wirksame Schenkung auf den Todesfall ist nach § 603 ABGB, dass sich der Geschenkgeber kein Widerrufsrecht vorbehalten hat. Für das bessere Verständnis des Erfordernisses eines Nichtvorbehalts des Widerrufsrechts ist die Genese

von § 603 ABGB zu berücksichtigen. Nach der Vorgängerbestimmung § 956 ABGB aF musste sich der Schenkende der Befugnis, die Schenkung zu widerrufen, ausdrücklich begeben. Darin konnte eine Warnfunktion erblickt werden, weil dem Geschenkgeber vor Augen geführt wurde, dass die Schenkung im Unterschied zu einem Vermächtnis nicht mehr ohne Weiteres widerrufen werden konnte.<sup>54</sup> Nach der Rechtslage seit dem ErbRÄG 2015 muss der Schenkungsvertrag keinen solchen Passus mehr enthalten. Ausreichend ist, dass sich der Schenkende nicht einen Widerruf vorbehält. Damit ist dieser allfällige Normzweck einer Warnfunktion nach neuer Rechtslage jedenfalls obsolet. Der verbleibende und seit jeher primäre Normzweck liegt darin, dass die Schenkung auf den Todesfall vom – frei widerrufbaren – Vermächtnis abgegrenzt wird.<sup>55</sup> Wer freigiebig eine widerrufliche letztwillige Verfügung treffen will, soll sich des Vermächtnisses (bzw der Erbeinsetzung) mitsamt dessen Formvorschriften bedienen.<sup>56</sup>

§ 603 ABGB stellt auf die vertragliche Modifizierung des § 946 ABGB ab, wonach Schenkungsverträge grundsätzlich nicht widerrufen werden dürfen. Weichen die Parteien hiervon ab und räumen dem Geschenkgeber ein freies Widerrufsrecht ein, liegt keine wirksame Schenkung auf den Todesfall vor. Unschädlich sind hingegen die Möglichkeiten eines Widerrufs, die dem Geschenkgeber nach dispositivem Recht zustehen, zB des Widerrufs wegen groben Undanks (§§ 947 ff ABGB).<sup>57</sup>

#### d) Einhaltung der Gültigkeitsvoraussetzungen bei Aufgriffsrecht zugunsten der Mitgesellschafter

##### i) Notariatsakt

Bei der Verankerung eines Aufgriffsrechts zugunsten der Mitgesellschafter im Gesellschaftsvertrag könnten die Gültigkeitsvoraussetzungen einer Schenkung auf den Todesfall ohnedies bereits aufgrund der GmbH-rechtlichen Vorgaben erfüllt sein. Dies gilt insbesondere für das Erfordernis eines Notariatsakts. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist in aller Regel notariatsaktspflichtig.<sup>58</sup> In der Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag liegt auch eine Zustimmung zur Vereinbarung der Aufgriffsrechte sowie eine Annahme durch die Mitgesell-

<sup>51</sup> Vgl dazu OGH 25. 6. 2004, 1 Ob 108/03v; OGH 15. 7. 2010, 5 Ob 131/10s.

<sup>52</sup> OGH 4. 9. 2014, 5 Ob 39/14t; OGH 10. 5. 1984, 8 Ob 569/83 (8 Ob 570/83); RIS-Justiz RS0018809; Fischer-Czermak, Verträge auf den Todesfall, EF-Z 2016, 228 (228); das Erfordernis eines Notariatsakts auch für die Annahmeerklärung erscheint im Hinblick auf den Normzweck des Übereilungsschutzes überprüfungsbedürftig (s bereits zu Schenkungen unter Lebenden P. Bydlinski, Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe [§ 1 Abs 1 lit d NZwG], NZ 1991, 166). Zwar könnte die Formpflicht damit begründet werden, dass die Formpflicht auch dem Schutz der Gläubiger vor vorgetäuschten Schenkungen dient (so Schauer, Zur Formpflicht der Vollmacht bei der Schenkung, NZ 1984, 185; Stanzl in Klang IV/1<sup>2</sup> 611), jedoch wird dieser Normzweck überwiegend abgelehnt (so P. Bydlinski, aaO, gegen Schauer, aaO; ebenso Liedermann, Die „wirkliche Übergabe“ im Schenkungsrecht, NZ 2011, 321 [324]). Im vorliegenden Zusammenhang ist die Frage letztlich nicht entscheidend (s im Text bei FN 59).

<sup>53</sup> Ausführlich Liedermann, NZ 2011, 321; freilich besteht ein Spannungsverhältnis zu jener Ansicht, wonach gem § 56 Abs 1 lit a NO zwei Zeugen beizuziehen sind (dazu bei und in FN 62), was offenbar eine Beweisfunktion erfüllt.

<sup>54</sup> OGH 3. 8. 2006, 8 Ob 107/05a; Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228 (228); B. Jud, Die bedingte Schenkung auf den Todesfall, NZ 2004, 321; Welser, Schenkung auf den Todesfall – Widerrufsverzicht und Bedingung, NZ 2005, 161.

<sup>55</sup> OGH 3. 8. 2006, 8 Ob 107/05a; OGH 4. 9. 2014, 5 Ob 39/14t; Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228 (228); Welser, NZ 2005, 161.

<sup>56</sup> Vgl Umlauf, Die Anwendung des § 1253 ABGB auf die Schenkung auf den Todesfall, EF-Z 2017, 4 (5).

<sup>57</sup> Ferrari, Vermächtnis und Schenkung auf den Todesfall, in Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht (2015) 57 (67).

<sup>58</sup> Eine Ausnahme besteht für die vereinfachte Gründung nach § 9a GmbHG, aber ohnehin nur ein Gründer zugelassen ist und keine Aufgriffsrechte in die Satzung aufgenommen werden können; dazu Schopper/Walch, Die vereinfachte Gründung nach § 9a GmbHG, ÖBA 2018, 379 (381 und 383 f).



schafter,<sup>59</sup> sodass die Formvorschrift des § 603 ABGB erfüllt ist.<sup>60</sup> Demnach müssen nicht zwei separate Notariatsakte errichtet werden.<sup>61</sup> Zu berücksichtigen ist allerdings, dass für die beiden Notariatsakte nicht dieselben Voraussetzungen gelten. Nach § 56 Abs 1 lit a NO müssen nämlich beim Notariatsakt über die Schenkung auf den Todesfall zwei Aktszeugen beigezogen werden.<sup>62</sup> Ein Notariatsakt, welcher den Gültigkeitsvoraussetzungen sowohl für die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts als auch einer Schenkung auf den Todesfall gerecht werden will, muss diese Voraussetzung erfüllen.<sup>63</sup>

Werden die Aufgriffsrechte nachträglich per Satzungsänderung eingeführt, ist nach neuerer Rsp des OGH nur eine notarielle Beurkundung erforderlich.<sup>64</sup> Diese reicht nicht aus, um dem Formerfordernis bei einer Schenkung auf den Todesfall gerecht zu werden.<sup>65</sup> Wird jedoch ein Notariatsakt (inkl Zeugen) errichtet, wie dies nach früherer Rsp ohnehin erforderlich war und früher daher auch idR gemacht wurde,<sup>66</sup> ist das Formerfordernis gewahrt.

## ii) Nichtvorbehalt eines Widerrufsrechts

Fraglich ist allerdings, ob das Aufgriffsrecht unwiderruflich ist.<sup>67</sup> Hierbei ist zu berücksichtigen, dass bei einem zivilrechtlichen Vertrag ein Vertragspartner ohne vorbehaltenes Widerrufsrecht für den Widerruf (contrarius actus) auf die Zustimmung des Vertragspartners angewiesen ist. Im Unterscheid dazu kann der Gesellschaftsvertrag nach § 50 Abs 1 GmbHG mit drei Vierteln der abgegebenen Stimmen geändert werden.<sup>68</sup> Der aufgriffsberechtigte Gesellschafter hat keine geschützte Rechtsposition, die mit dem Berechtigten aus einer zivilrechtlichen Schenkung auf den Todesfall vergleichbar ist. Lediglich wenn in ein Sonderrecht eingegriffen wird, ist nach § 50 Abs 4 GmbHG eine Zustimmung des Sonderrechtsinhabers erforderlich.<sup>69</sup> Nach dem OGH ist jedoch ein allseitig vereinbartes Aufgriffsrecht auf den Todesfall im Zweifel kein Sonderrecht,<sup>70</sup> weshalb die Aufgriffsrechte bei Vorliegen der erforderlichen Mehrheit ohne Weiteres mittels Satzungsänderung aufgehoben können werden. Die Berechtigten aus den Aufgriffsrechten haben nur dann eine ähnlich geschützte Rechtsposition wie bei einem zivilrechtlichen Vertrag, wenn die Aufgriffsrechte aufgrund einer eindeutigen Bestimmung in der Satzung als Sonderrecht verankert werden.

Noch schwieriger ist das Erfordernis nach alter Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 zu erfüllen, das auf Altfälle nach wie vor anwendbar ist,<sup>71</sup> weil eine wirksame Vereinbarung einen ausdrücklichen Widerrufsverzicht erfordern würde, der aber typischerweise nicht vorliegt und nur aufwendig in die Satzung integriert werden könnte.<sup>72</sup>

Die Widerrufbarkeit des Aufgriffsrechts wirft die Frage auf, ob vielleicht überhaupt keine Schenkung auf den Todesfall vorliegt, sondern ein Vermächtnis. Kennzeichnend für das Vermächtnis ist, dass es jederzeit frei widerrufen werden kann.<sup>73</sup> Die Widerruflichkeit gehört zum Wesen des Vermächtnisses als letztwilliger Verfü-

<sup>59</sup> Vgl dazu FN 52.

<sup>60</sup> So auch *Schauer*, GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH 2006, 33 (39); *Lukas*, JEV 2009, 40 (45); *Graisny*, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen 94 f.

<sup>61</sup> Selbst wenn der Notar seiner Belehrungspflicht hinsichtlich der Schenkung auf den Todesfall nicht nachkommt und lediglich über die Risiken des Geschäftsanteilerwerbs belehrt, ändert das an der Wirksamkeit der Schenkung auf den Todesfall nichts; ausgeklammert bleibt die allfällige zusätzliche Notariatsaktspflicht bei der Übertragung des Geschäftsanteils von der Verlassenschaft an den Geschenkenehmer; vgl dazu OGH 19. 6. 1997, 6 Ob 2280/96 d; OGH 28. 6. 2000, 6 Ob 18/00 s.

<sup>62</sup> Der Gesetzeswortlaut erwähnt die Schenkung auf den Todesfall nicht, sondern stellt auf einen Notariatsakt über einen Erbvertrag oder eine „andere“ letztwillige Anordnung ab. Erbverträge zählen wie Schenkungen auf den Todesfall zu den letztwilligen Anordnungen iW (Knechtel in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 552 Rz 3). Der Umstand, dass Erbverträge unter die Bestimmung fallen, sowie die Wortfolge der Bestimmung (und „andere“ letztwillige Anordnungen) sprechen dafür, dass die Schenkung auf den Todesfall zu den letztwilligen Anordnungen iS der Bestimmung zählt. Auch die Problematik bei letztwilligen Verfügungen, dass der Verfügende im Zeitpunkt des Rechtsstreits idR verstorben ist, der § 56 Abs 1 lit a NO wohl vorbeugen will, stellt sich ebenso bei der Schenkung auf den Todesfall. Die Frage der Anwendbarkeit von § 56 Abs 1 lit a NO auf die Schenkung auf den Todesfall wird im Schrifttum nur wenig behandelt (vgl, aber ohne nähere Begründung, *Weber/Lotz*, JEV 2019, 169 [183]; andeutend *Schauer* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 34). Fiele die Schenkung auf den Todesfall nicht unter § 56 Abs 1 lit a NO, würde dies viele Probleme lösen. Bis die Frage höchstgerichtlich geklärt ist, sollten zwei Zeugen beigezogen werden.

<sup>63</sup> Vgl *Weber/Lotz*, JEV 2019, 169 (183).

<sup>64</sup> OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10 y; OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 81/11 x; *Weber/Lotz*, JEV 2019, 169 (182 f).

<sup>65</sup> *Graisny*, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen 95 f.

<sup>66</sup> OGH 17. 10. 1995, 1 Ob 510/95.

<sup>67</sup> Unklar *Schauer* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 34.

<sup>68</sup> Insoweit wie hier *Graisny*, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen 96 f.

<sup>69</sup> Geht man davon aus, dass die Kernbereichslehre auch bei der GmbH gilt (dazu *Schopper/Walch*, Ausgewählte Fragen zur Gewinnverwendung und -verteilung im Kapitalgesellschaftsrecht, NZ 2018, 441 [450 ff]), liegt auch kein Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft vor.

<sup>70</sup> OGH 31. 5. 1994, 4 Ob 527/94; vgl in anderem Zusammenhang *Schopper/Walch*, NZ 2018, 441 (450 f).

<sup>71</sup> § 1503 Abs 7 Z 5 ABGB; insoweit ganz hA, s zB *Nemeth* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TK<sup>4</sup> § 603 Rz 15; *Blümel*, ErbRÄG 2015 – Die Schenkung auf den Todesfall, Zak 2016, 264; *Kogler*, Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen des neuen Erbrechts, EF-Z 2016, 60 (62); s aber noch FN 124.

<sup>72</sup> Hierfür müsste wohl für diesen Beschlussgegenstand vorgesehen werden, dass er nur noch mit 100% der Stimmen abgeändert werden kann.

<sup>73</sup> Vgl *Welsler*, Der Erbrechts-Kommentar (2019) § 603 Rz 1.

gung. Wirft man den Blick nun wieder zurück auf die Vereinbarung von Aufgriffsrechten unter den Gesellschaftern, soll der einzelne Gesellschafter die auf seinen Geschäftsanteil bezogene Pflicht gerade nicht frei widerrufen können. Hierfür ist eine Mehrheit zur Änderung des Gesellschaftsvertrags erforderlich. Ein Vermächtnis ist idR nicht gewollt.

Die Auflösung dieses scheinbaren Dilemmas führt zum Kern des Problems. Wesentlich für das Vorliegen einer Schenkung auf den Todesfall im Vergleich zum Vermächtnis ist nicht die geschützte Rechtsposition des Beschenkten, sondern die eingeschränkte Widerruflichkeit durch den Geschenkgeber. Die geschützte Rechtsposition ist lediglich eine Reflexwirkung. Der Gesellschafter, der im Gesellschaftsvertrag mit den Mitgesellschaftern ein Aufgriffsrecht vereinbart, ist vertraglich gebunden. Der Umstand, dass dieses per satzungsändernden Mehrheitsbeschluss geändert werden kann, ist eine spezifisch gesellschaftsrechtliche Besonderheit, die den GmbH-Gesellschaftsvertrag ganz allgemein von der Änderung zivilrechtlicher Verträge unterscheidet. Diese Besonderheit ist auch bei der Schenkung auf den Todesfall zu berücksichtigen. Die bloße Möglichkeit eines „Widerrufs“ durch eine Satzungsänderung führt nicht dazu, dass die Vereinbarung nicht unwiderruflich iSd § 603 ABGB ist.

Im Ergebnis scheitert die Einordnung der Vereinbarung eines Aufgriffsrechts zugunsten der Mitgesellschafter im Gesellschaftsvertrag nicht am Erfordernis der Nichtwiderrufbarkeit.<sup>74</sup> Weitergehend wird man – entgegen der hA – dann auch nach alter Rechtslage (§ 956 ABGB aF) nicht verlangen dürfen, dass der Widerrufsverzicht in die Vereinbarung aufgenommen wird.<sup>75</sup> Ist ein „Widerruf“ bei Aufgriffsrechten aufgrund gesellschaftsrechtlicher Besonderheiten zulässig, ohne an der Wirksamkeit der Schenkung auf den Todesfall etwas zu ändern, sollte die Aufnahme eines expliziten Widerrufsverzichts auch keine Voraussetzung sein.

### iii) Gesellschafterwechsel

Wurden die Aufgriffsrechte wirksam vereinbart, stellt sich die Frage, wie sich ein Gesellschafterwechsel auswirkt. In der Regel wird in der Übernahme eines Geschäftsanteils, der mit einem Aufgriffsrecht samt niedriger Abfindung verbunden ist, kaum je eine Schenkungsabsicht des Erwerbers liegen. Ist dies ausnahmsweise doch der Fall, liegt eine Schenkung auf den Todesfall vor. Freilich ist dies bei der GmbH unproblematisch, weil der Geschäftsanteil ohnehin in Notariatsaktsform

übertragen werden muss (§ 76 Abs 2 GmbHG) und dies eine ausreichende Warnfunktion entfaltet, sodass nicht noch ein zusätzlicher Notariatsakt abgeschlossen werden muss. Lediglich § 56 Abs 1 lit a NO, wonach zwei Zeugen beizuziehen sind, muss wie erwähnt ebenfalls beachtet werden.<sup>76</sup>

Beispiel: A ist mittlerweile der einzige Gesellschafter einer GmbH, bei der die Satzung aus früheren Zeiten einer Mehrpersonengesellschaft eine Aufgriffsregelung auf den Todesfall samt niedrigem Abfindungspreis vorsieht.<sup>77</sup> Die Mutter von A kauft den halben Geschäftsanteil (§ 79 Abs 1 GmbHG) von A mit der Absicht, dass A nach ihrem Tod den Geschäftsanteil zu einem günstigen Preis (zurück)erhalten soll. Handelt die Mutter mit Schenkungsabsicht, liegt eine Schenkung auf den Todesfall an A vor.

### e) Einhaltung der Gültigkeitsvoraussetzungen bei Aufgriffsrecht zugunsten eines Nichtgesellschafters

Wird im Gesellschaftsvertrag vereinbart, dass ein Nichtgesellschafter ein Aufgriffsrecht zu einem niedrigen Abfindungspreis erhalten soll, handelt es sich um eine Vereinbarung zugunsten Dritter (§§ 881 f ABGB).<sup>78</sup> Die Vereinbarung ist kein „klassischer“ Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, bei dem der Versprechende mit dem Versprechensempfänger vereinbart, dem Dritten eine Leistung zu erbringen, wie bspw bei einer Lebensversicherung.<sup>79</sup> Aber der Gesellschafter vereinbart mit den Mitgesellschaftern, dass einem Nichtgesellschafter als Drittem das Aufgriffsrecht zukommen soll. Die Grundsätze über Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall können entsprechend angewendet werden. Es handelt sich insoweit um eine echte Vereinbarung zugunsten Dritter.<sup>80</sup> Das Aufgriffsrecht soll hauptsächlich dem Dritten zum Vorteil gereichen (§ 881 Abs 2 Satz 2 ABGB) und er wird aus der Vereinbarung berechtigt, weil ihm ein Gestaltungsrecht in Form eines Aufgriffsrechts eingeräumt wird.

Im Gegensatz zu den Aufgriffsrechten zugunsten der Mitgesellschafter sind Vereinbarungen zugunsten eines Nichtgesellschafters regelmäßig keine entgeltfremden Verträge (Pkt B.2). Häufiger als bei Aufgriffsrechten zugunsten von Mitgesellschaftern wird nämlich eine Schenkungsabsicht vorliegen.<sup>81</sup> Zu denken ist etwa an

<sup>74</sup> Im Ergebnis auch *Blümel*, Das Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015 und der GmbH-Geschäftsanteil (Diss Uni Wien 2019) 150; aA wohl *Graisny*, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen 96 f.

<sup>75</sup> AA *Schauer*, GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH 2006, 33 (39); *Lukas*, JEV 2009, 40 (45); *Blümel*, Das Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015 und der GmbH-Geschäftsanteil (Diss Uni Wien 2019) 150.

<sup>76</sup> Dazu bei und in FN 62.

<sup>77</sup> Das ist nicht völlig praxisfremd. Geht man davon aus, dass der Vater den Sohn A als Gesellschafter aufgenommen hat und die Aufgriffsregelung vorgesehen wurde, um dem Sohn A den günstigen Aufgriff zu ermöglichen, bleibt die Regelung auch nach dem Ableben des Vaters im Gesellschaftsvertrag.

<sup>78</sup> Vgl *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 882 Rz 15; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 881 Rz 2.

<sup>79</sup> Vgl dazu *Cohen*, Drittbegünstigung auf den Todesfall, insb 36.

<sup>80</sup> Vgl dazu *Cohen*, Drittbegünstigung auf den Todesfall 35.

<sup>81</sup> Siehe aber *Blümel*, Das Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015 und der GmbH-Geschäftsanteil (Diss Uni Wien 2019) 151, die

eine Regelung, wonach das älteste Kind jedes Gesellschafters berechtigt ist, den Geschäftsanteil zu erwerben. Dann stellt sich wiederum die Frage, ob eine Schenkung auf den Todesfall oder ein Vermächtnis vorliegt und die diesbezüglichen Formvorschriften eingehalten werden müssen.

Die Vereinbarung unter den Gesellschaftern kann als Deckungsverhältnis bezeichnet werden.<sup>82</sup> Das Verhältnis zwischen dem Gesellschafter und dem Nichtgesellschafter, der berechtigt werden soll, ist dann nach dieser Terminologie das Valutaverhältnis.<sup>83</sup> Nach hA zu den wertungsmäßig vergleichbaren Aufträgen auf den Todesfall reicht die Wirksamkeit des (oft formlos zulässigen) Deckungsverhältnisses nicht aus, damit der begünstigte Dritte die Leistung behalten darf.<sup>84</sup> Im Valutaverhältnis müssen zusätzlich die Voraussetzungen einer Schenkung auf den Todesfall oder eines Vermächtnisses erfüllt sein. Überträgt man diese Argumentation auf die Vereinbarung von Aufgriffsrechten, kann der Nichtgesellschafter sich nicht schon deshalb auf das Aufgriffsrecht berufen, weil dieses im Gesellschaftsvertrag verankert ist. Zusätzlich muss der Nichtgesellschafter aus dem Valutaverhältnis berechtigt sein. In Betracht kommt eine wirksame Schenkung auf den Todesfall, falls der Gesellschafter im Verhältnis zum Nichtgesellschafter gebunden sein soll, ein Vermächtnis oder – falls der Nichtgesellschafter als Erbe eingesetzt wird – eine Teilungsanordnung.<sup>85</sup> Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, trifft den Nachlass bzw die Erben keine Pflicht, den Geschäftsanteil an den Nichtgesellschafter auszuhändigen.

Aus Praxissicht sollten Gesellschafter, die ein Aufgriffsrecht in Schenkungsabsicht zugunsten eines Nichtgesellschafters verankern wollen, auf die Notwendigkeit einer korrespondierenden erbrechtlichen Lösung hingewiesen werden. Dieser Umstand kann von Laien nämlich leicht übersehen werden. Zwar wird es zu weit gehen, Notaren eine dahingehende haftungsbewehrte (!) Belehrungspflicht aufzubürden (§ 52 NO), wenn ein Aufgriffsrecht in Notariatsaktsform im Gesellschaftsvertrag verankert werden soll. Ein deutlicher Hinweis wäre aber für den Gesellschafter sehr hilfreich und solche

pauschal annimmt, dass im Regelfall kein Schenkungswille vorliege.

<sup>82</sup> OGH 29. 10. 1980, 6 Ob 594/80; vgl. *Cohen*, Drittbegünstigung auf den Todesfall 33; *dies*, Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 22 Rz 5.

<sup>83</sup> *Cohen*, Drittbegünstigung auf den Todesfall 33.

<sup>84</sup> OGH 29. 10. 1980, 6 Ob 594/80, im Anschluss an *Apathy*, Der Auftrag auf den Todesfall, JBl 1976, 393; *P. Bydlinski* in *KBB*, ABGB<sup>6</sup> § 881 Rz 5; *Parapatits*, Der Vertrag zugunsten Dritter (2011) 84 f; *Cohen* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 22 Rz 14.

<sup>85</sup> Zur Teilungsanordnung s. *Welser*, Der Erbrechts-Kommentar § 555 Rz 2 und § 648 Rz 8; *Lukas*, Unternehmensnachfolge von Todes wegen bzw im Hinblick auf den Todesfall (Teil I), JEV 2009, 4 (8).

Hinweise kommen in der notariellen Praxis auch häufig vor.

Im Ergebnis ist die Verankerung eines Aufgriffsrechts zugunsten eines Nichtgesellschafters nicht besonders sinnvoll, wenn es dem Gesellschafter lediglich darum geht, den Geschäftsanteil nach seinem Tod einer konkreten Person zu vermachen. Er kann dies ganz einfach dadurch erreichen, indem er der Person den Geschäftsanteil in einer Schenkung auf den Todesfall respektive in einem Vermächtnis bedenkt oder sie als Erben einsetzt und den Geschäftsanteil vererbt. Relevant wird die Verankerung eines Aufgriffsrechts zugunsten eines Nichtgesellschafters aber zB, wenn die Gesellschafter sicherstellen wollen, dass der Geschäftsanteil der Gesellschafter jeweils an nur einen Nachfolger geht und das Aufgriffsrecht zugunsten eines Nichtgesellschafters Teil einer weitreichenderen gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeregelung ist. Denkbar wäre bspw eine Klausel, wonach zunächst das erstgeborene (oder ein vom Gesellschafter zu nominierendes) Kind des Gesellschafters den Geschäftsanteil aufgreifen kann. Macht es von der Möglichkeit keinen Gebrauch, haben die Mitgesellschafter ein Aufgriffsrecht. Erst wenn auch diese nicht aufgreifen, bleibt der Geschäftsanteil in der Verlassenschaft und fällt an die Erben (dazu §§ 79 f GmbHG). Ebenso kann solch eine Bestimmung im Einzelfall bei Freiberufler-GmbH sinnvoll sein, weil der Gesellschafterkreis der Angehörigen auf Ehegatten, Kinder und eingetragene Partner beschränkt ist (§ 21 c Z 1 lit b RAO [auch idF BGBl I 2020/19]; § 56 Abs 1 Z 2 Wirtschaftstreuhandberufsgesetz 2017).<sup>86</sup> Möchte der Gesellschafter einer anderen Person ermöglichen, nach dem Abschluss der Ausbildung in die Gesellschaft einzutreten, kann sich eine Regelung empfehlen, die ua einen Aufgriff nach dem Tod des Gesellschafters vorsieht.<sup>87</sup>

#### f) Rechtsfolgen bei Verstoß

Werden die Voraussetzungen des § 603 ABGB nicht erfüllt, ist die Schenkung grundsätzlich unwirksam. Es besteht kein wirksames Gestaltungsrecht, den Geschäftsanteil aufzugreifen. Die formunwirksame Schenkung auf den Todesfall könnte in ein Vermächtnis umgedeutet werden (Konversion),<sup>88</sup> jedoch wird diese daran scheitern, dass auch dessen Formerfordernisse nicht erfüllt sind.<sup>89</sup> Im Schrifttum wird außerdem eine ergänzende Auslegung des Gesellschaftsvertrags vorgeschlagen,

<sup>86</sup> Notaren ist die GmbH als Rechtsform für ihre Tätigkeit verschlossen, s §§ 22 und 29 NO.

<sup>87</sup> Freilich kann die Person den Geschäftsanteil nur aufgreifen, wenn sie die Anforderungen erfüllt.

<sup>88</sup> OGH 14. 3. 2013, 2 Ob 65/12s; *Ferrari* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 67.

<sup>89</sup> Vgl. *Schauer*, GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH 2006, 33 (40); *Graisny*, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen 97 ff; *Zollner*, JEV 2014, 6 (12); *Lukas*, JEV 2009, 40 (45); zu berücksichtigen ist, dass § 56 Abs 1 lit a NO (dazu Pkt C.1.d.i) auch beim Vermäch-

wonach der Geschäftsanteil gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts (Verkehrswert) aufgegriffen werden kann.<sup>90</sup>

### g) Das reine Viertel

Nach § 603 Satz 2 ABGB ist § 1253 ABGB, der in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich auf Erbverträge abstellt, auf die Schenkung auf den Todesfall anzuwenden. Die Neuregelung gilt nur für Verträge, die nach dem 31. 12. 2016 abgeschlossen wurden.<sup>91</sup> Demnach muss dem Verstorbenen ein reines Viertel, das weder durch Pflichtteile noch durch andere Forderungen belastet sein darf, zur freien letztwilligen Verfügung stehen. Die Regelung wird im Schrifttum kritisiert und sie führt auch zu Rechtsunsicherheit,<sup>92</sup> ist aber de lege lata hinzunehmen.

Bereits die Frage, wann überhaupt das reine Viertel beeinträchtigt ist, wird kontrovers diskutiert. Nach einer Ansicht ist auf den Schenkungszeitpunkt abzustellen,<sup>93</sup> andere halten den Zeitpunkt des Todes des Erblassers für maßgeblich.<sup>94</sup> Nach einer weiteren Ansicht sind sowohl die Vermögensverhältnisse im Schenkungszeitpunkt als auch im Todeszeitpunkt zu beachten.<sup>95</sup> Liege per Todestag eine Verletzung des freien Viertels vor, sei diese nur insoweit maßgeblich, als sie auch schon im Schenkungszeitpunkt gegeben war.

Während sich diese Frage für alle Schenkungen auf den Todesfall stellt, wirft die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts auf den Todesfall besondere Probleme auf. Zunächst dürfte es gar nicht selten vorkommen, dass der Geschäftsanteil (die Beteiligung am Unternehmen) den größten Wert im Vermögen eines Verstorbenen bildet. Die Verletzung des freien Viertels durch die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts ist insoweit überaus praxisrelevant.

Kommt man zum Schluss, dass das freie Viertel verletzt ist, weil der Geschäftsanteil das Gros der Verlassenschaft ausmacht, stellt sich die Frage nach den Rechts-

folgen. Ganz allgemein ist die Vereinbarung im Ausmaß der Verletzung teilweise unwirksam.<sup>96</sup> Der Anspruch auf den Schenkungsgegenstand reduziert sich im Ausmaß der Verletzung des freien Viertels, sodass ein Teil des Schenkungsgegenstands in der Verlassenschaft bleibt und an die Erben geht. Die erste Schwierigkeit besteht darin, dass ein allfälliger Aufgriffspreis gemeinsam vom Aufgriffsberechtigten und der Verlassenschaft geleistet werden müsste, wohl nach den Quoten des Teils, der am Geschäftsanteil erworben wird.

Außerdem sind Aufgriffsrechte stets oder zumindest in aller Regel unteilbar.<sup>97</sup> Diese Schwierigkeit kann gemeistert werden, indem etwa der Geschäftsanteil zunächst vom Beschenkten aufgegriffen und anschließend mit der Verlassenschaft geteilt werden soll. Im Einzelfall kann dem jedoch der Gesellschaftsvertrag entgegenstehen, wenn dieser einer Teilung des Geschäftsanteils untersagt. Zwar lässt § 79 Abs 1 GmbHG die Teilbarkeit auch ohne gesellschaftsvertragliche Genehmigung im Falle der Vererbung zu, wobei „Vererbung“ weit zu interpretieren sein und auch auf die Auseinandersetzung zwischen dem Beschenkten auf den Todesfall und den Erben Anwendung finden dürfte.<sup>98</sup> Auch kann die Teilbarkeit des Geschäftsanteils entgegen der herrschenden,<sup>99</sup>

nis gilt (andeutend Schauer in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 34).

<sup>90</sup> Schauer, GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH 2006, 33 (40); ders in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 34; Blümel, Das Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015 und der GmbH-Geschäftsanteil (Diss Uni Wien 2019) 149f; krit, wonach eine solche Auslegung im Widerspruch zur nach nunmehr stRsp gebotenen objektiven Auslegung von Gesellschaftsverträgen stehen könnte, Zollner, JEV 2014, 6 (12). Allerdings lässt sich dieses Auslegungsergebnis uE auch auf der Grundlage einer objektiven Auslegung erzielen.

<sup>91</sup> Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228 (232); offenlassend Blümel, Zak 2016, 264 (266); vgl idZ auch FN 124.

<sup>92</sup> Siehe zB Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228; ausführlich Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 603 Rz 13ff.

<sup>93</sup> Vorsichtig Eccher, Die österreichische Erbrechtsreform (2017) Rz 54 (S 67); zust Apathy/Neumayr in KBB, ABGB<sup>6</sup> § 603 Rz 3.

<sup>94</sup> Welser, Der Erbrechts-Kommentar § 603 Rz 14.

<sup>95</sup> Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 603 Rz 16.

<sup>96</sup> Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 603 Rz 21.

<sup>97</sup> Der zivilrechtliche Grundsatz, wonach Gestaltungsrechte idR unteilbar sind (näher zB Perner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 888 Rz 23; Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 889 Rz 13; vgl OGH 27. 6. 1984 1 Ob 616/84), lässt sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen, weil der Geschäftsanteil bei einer entsprechenden (in der Praxis üblichen) Satzungsbestimmung – uU mit Zustimmung der Gesellschaft – teilbar ist (§ 79 GmbHG). Entscheidend ist uE die Auslegung der Aufgriffsregelung. Diese wird idR ergeben, dass das Aufgriffsrecht unteilbar ist, schon weil es ein Aufgriffsberechtigter ansonsten in der Hand hätte, einen Teil seines Geschäftsanteils an einen Dritten abzutreten. Daher gilt im Regelfall: Es können durchaus mehrere Personen ein Aufgriffsrecht an einem Geschäftsanteil haben und dieser wird – bei Ausübung der Aufgriffsrechte – unter ihnen geteilt (s zB den Gesellschaftsvertrag in OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 172/11 d; OGH 22. 2. 2012, 3 Ob 223/11 g; insbesondere bei einem omnilateralen Aufgriffsrecht unter den Gesellschaftern). Das den einzelnen Personen zukommende Aufgriffsrecht ist jedoch unteilbar. Davon zu unterscheiden sind Regelungen, wonach die Aufgriffsberechtigten nicht den gesamten ihnen zustehenden Teil am Geschäftsanteil aufgreifen müssen (s die Satzungsbestimmung in OGH 27. 4. 2015, 6 Ob 4/15 d [Vorkaufsrecht]) und das nicht ausgeübte Aufgriffsrecht den anderen Aufgriffsberechtigten anteilig zuwächst (s die Satzungsbestimmung in OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 150/08 i).

<sup>98</sup> Gellis/Feil, GmbHG<sup>7</sup> § 79 Rz 7.

<sup>99</sup> OLG Wien 30. 6. 1966, 4 R 93/66 NZ 1967, 186; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 79 Rz 50; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 79 Rz 4 (allerdings mit dem Größenschluss, dass die Gesellschafter sogar befugt seien, die Vererblichkeit des Geschäftsanteils auszuschließen, wobei es sich um eine Minderheitsmeinung handelt); Gellis, GmbHG<sup>2</sup> § 79 Anm 6 (zumal Übergang des Geschäftsanteils selbst nicht betroffen ist); Kalss, Nachfolge im Kapitalgesellschaftsrecht, Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 34 Rz 10; Hoffenscher-Summer in FAH, GmbHG § 79 Rz 7 f; ebenso

aber unzutreffenden Ansicht nicht im Gesellschaftsvertrag generell für den Fall der Vererbung ausgeschlossen werden.<sup>100</sup> Es ist jedoch zulässig, die Teilbarkeit an die Zustimmung der Gesellschaft zu binden,<sup>101</sup> sodass der Geschäftsanteil nicht teilbar ist, wenn die Zustimmung versagt wird. Dann kommt eine Mitberechtigung nach § 80 GmbHG von Beschenktem und der Verlassenschaft (bzw nach Einantwortung der Erben) in Betracht, die aber für Beteiligte, welche kein Einverständnis über die Ausübung der Rechte aus dem Geschäftsanteil erzielen können, nicht erstrebenswert ist (vgl § 80 Abs 2 GmbHG und zur Haftung für Verbindlichkeiten des Mitberechtigten § 80 Abs 1 Satz 2 GmbHG).

Die praktikabelste und auch rechtlich zulässige Lösung wird sein, dass der Aufgriffsberechtigte den ganzen Geschäftsanteil aufgreift und im Ausmaß der Beeinträchtigung des reinen Viertels einen Geldbetrag an die Verlassenschaft leistet.<sup>102</sup>

noch Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 79 Rz 9; Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit 266; referierend Zollner in Torggler, GmbHG § 79 Rz 11; Grassner, Immobilisierungsmaßnahmen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2010) 218; wohl auch Reich-Rohrwig, GmbHG (1983) 621 (weitergehende Beschränkungen der Vererblichkeit zulässig); Graisky, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen 57; aA ohne Begründung Ofner/Thorsch, GmbHG (1911) 93.

<sup>100</sup> § 17 Abs 6 Satz 2 dGmbHG (aF) sah explizit vor, dass die Teilbarkeit auch für den Fall der Vererbung ausgeschlossen werden konnte. Der österreichische Gesetzgeber entschied sich für einen anderen Weg (ErläutRV 236 BlgHH 17. Session 86): „[...] Aufrechterhaltung einer Gemeinschaft unter den Miterben erfahrungsgemäß häufig zu unzumutbarer Komplizierung der Rechtsverhältnisse führt. Aus demselben Grunde geht er nicht so weit, wie das deutsche Gesetz (§ 17), das auch in diesem Falle gänzliche Ausschließung der Teilbarkeit gestattet, weil es zu den bedenklichsten Konsequenzen führen könnte, im Vorhinein, ohne Rücksicht auf die speziellen Umstände, die der Tod eines Gesellschafters im Gefolge haben kann, die Möglichkeit einer Teilung an den komplizierten Apparat einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zu binden. Es dürfte die Gestattung genügen, die Teilung unter den Erben der Zustimmung der Gesellschaft zu unterwerfen.“ Dem Gesetzgeber geht es also darum, dass die Auseinandersetzung unter den Erben nicht durch die Vorgabe der Unteilbarkeit des Geschäftsanteils übermäßig erschwert wird. Diese Entscheidung spiegelt sich auch im Gesetzeswortlaut wider. Dagegen kann nicht mit den allgemeinen Überlegungen argumentiert werden, dass die Übertragbarkeit des Geschäftsanteils durch ein Übertragungsverbot nicht ausgeschlossen ist (vgl Gellis, GmbHG<sup>2</sup> § 79 Anm 6), und erst recht nicht, dass aufgrund der Möglichkeit der Verankerung eines Zustimmungsrechts auch die Festsetzung einer Unteilbarkeit zulässig sein müsse (so OLG Wien 30. 6. 1966, 4 R 93/66 NZ 1967, 186; das ist nicht einmal ein Größenschluss [argumentum a maiore ad minus], weil die Unteilbarkeit ein aliud ist). Angesichts des Gesetzeswortlauts und der eindeutigen Materialien kann die hA nicht aufrechterhalten werden. An unserer früheren Ansicht (Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 79 Rz 9; Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts 266) halten wir daher nicht mehr fest.

<sup>101</sup> Siehe dazu ErläutRV 236 BlgHH 17. Session 86.

<sup>102</sup> Vgl dazu iZm Speziessachen Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 603 Rz 21 („ME erscheint es aber interessengerecht, dem Beschenkten auf den Todesfall ein Wahlrecht zuzugestehen, statt die Teilungültigkeit hinzunehmen

Unklar ist auch das Verhältnis zwischen § 1253 ABGB und § 944 ABGB, wonach zwar das gesamte gegenwärtige, aber nur die Hälfte des künftigen Vermögens verschenkt werden kann.<sup>103</sup> Beim Geschäftsanteil, für den ein Aufgriffsrecht eingeräumt wird, handelt es sich indes im Zeitpunkt der Vereinbarung um ein gegenwärtiges Vermögen, weshalb die Bestimmung ohnehin nicht schlagend wird.

## 2. Erbeinsetzung und Vermächtnis

Statt einer Schenkung auf den Todesfall kann die unentgeltliche Vereinbarung eines Aufgriffsrechts auch eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis sein. Der Vermächtnisnehmer ist nicht Erbe, sondern erhält lediglich einen Gegenstand wie den Geschäftsanteil aus der Verlassenschaft. Der Verstorbene kann auch Gegenstände der Verlassenschaft einzelnen Erben zuweisen und demnach bestimmen, dass ein Erbe den Geschäftsanteil erhalten soll.<sup>104</sup> Die Formvorschriften für die Erbeinsetzung und für Vermächtnisse sind ident. In Betracht kommt etwa eine eigenhändig geschriebene letztwillige Verfügung.

Wie erwähnt, ist die Abgrenzung zwischen Vermächtnis und Schenkung auf den Todesfall bei Aufgriffsrechten schwierig, weil diese nach der Widerruflichkeit abgegrenzt werden und das Aufgriffsrecht mittels Änderung des Gesellschaftsvertrags faktisch „widerrufen“ werden kann (Pkt C.1). Freilich dürfen diese Abgrenzungsschwierigkeiten nicht überbewertet werden. Entscheidend ist uE, dass die Einräumung des Aufgriffsrechts auf den Todesfall im Verhältnis zwischen dem Gesellschafter und dem Aufgriffsberechtigten „gerechtfertigt“ ist. Sind die Erfordernisse für eine Schenkung auf den Todesfall nicht ohnehin erfüllt (Pkt C.1), kann der Gesellschafter dies sicherstellen, indem er den Aufgriffsberechtigten als Erben oder Vermächtnisnehmer mit dem Geschäftsanteil bedenkt.

## D. Beeinträchtigung von Pflichtteilen

### 1. Erbenbenachteiligung bei Aufgriffsrecht mit geringer Abfindung

Bei einem Aufgriffsrecht auf den Todesfall eines Gesellschafters können die Interessen der Erben des verstorbenen Gesellschafters wirtschaftlich bereits dadurch beeinträchtigt sein, dass sie statt des Geschäftsanteils nur Bargeld als „Abfindung“ in Form des Aufgriffspreises erhalten, selbst wenn dieser Preis dem Verkehrswert des Anteils entspricht. Die Erben haben jedoch ganz all-

eine entsprechende Ausgleichszahlung in die Verlassenschaft zu leisten, um das freie Viertel aufzufüllen“); zur alten Rechtslage bereits Zankl, Schenkung auf den Todesfall, Vermächtnisvertrag und „reines Viertel“, NZ 1997, 311; offenlassend Blümel, Zak 2016, 264 (265).

<sup>103</sup> Blümel, Zak 2016, 264 (265).

<sup>104</sup> Zur Teilungsanordnung s Welser, Der Erbrechts-Kommentar § 555 Rz 2 und § 648 Rz 8.

gemein keinen rechtlich geschützten Anspruch, in den Genuss des Geschäftsanteils zu kommen. Solange die vom Aufgriffsberechtigten zu leistende Abfindung dem Verkehrswert des Geschäftsanteils im Zeitpunkt des Erbfalls entspricht, liegt keine rechtlich relevante Beeinträchtigung von Erbeninteressen vor. Nur wenn die Abfindung geringer ist als der Verkehrswert des Geschäftsanteils im Zeitpunkt des Aufgriffs, kann von einer Erbenbenachteiligung gesprochen werden.<sup>105</sup> Somit sind Aufgriffsrechte mit angemessener Abfindung aus erbrechtlicher Sicht weitgehend unproblematisch. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf Aufgriffsrechte auf den Todesfall eines Gesellschafters mit geringer oder überhaupt keiner Abfindung. Die Erben können einerseits durch das Pflichtteilsrecht geschützt werden, andererseits stellt sich auch die Frage, ob eine die Erben benachteiligende Aufgriffsregelung sittenwidrig ist (dazu Pkt D.3.h).

## 2. Altes Erbrecht

Das Instrument der Aufgriffsrechte in Verbindung mit einem niedrigen Abfindungspreis konnte nach alter Rechtslage genutzt werden, um Pflichtteilsansprüche zu vereiteln. Praktisch relevanter als GmbHs waren insoweit Personengesellschaften, bei denen es sogar zu einer Anwachsung kommen kann, sodass der Geschäftsanteil nicht einmal in den Nachlass fällt,<sup>106</sup> und die außerdem kostengünstiger sind. Eine GmbH-rechtliche Lösung bot sich aber an, wenn jemand ohnehin schon Gesellschafter einer GmbH war und sichergehen wollte, dass der Wert des Geschäftsanteils vor Pflichtteilsansprüchen geschützt ist. Hinsichtlich der Beeinträchtigung von Pflichtteilsansprüchen ist die Rechtslage bei der GmbH und den Personengesellschaften wertungsmäßig vergleichbar.

Beispiel: A hat drei Kinder und möchte, dass sein Kind X praktisch sein ganzes Vermögen erbt. Dazu bringt er sein Vermögen in eine GmbH ein und übernimmt 99% der Geschäftsanteile. X erhält 1%. Es wird ein allseitiges Aufgriffsrecht vereinbart, wonach im Todesfall eines Gesellschafters der andere Gesellschafter den Geschäftsanteil um € 1,- aufgreifen kann.

Nach einer Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1992, der einen vergleichbaren Fall – allerdings zu einer Personengesellschaft – betraf, wäre keine unentgeltliche Zuwendung vorgelegen, weil es sich um einen gesellschaftsrechtlichen entgeltlichen (uE entgeltfremden) Vertrag gehandelt hatte.<sup>107</sup> Das konnte nicht überzeugen und öffnete der Umgehung von Pflichtteilsansprü-

chen Tür und Tor.<sup>108</sup> Der Geschäftsanteil war weder bei der Höhe des Pflichtteilsanspruchs zu berücksichtigen, noch konnten sich die Pflichtteilsberechtigten an den Empfänger des Geschäftsanteils als Geschenknnehmer halten, wenn der Nachlass nicht ausreichte, um ihre Pflichtteilsansprüche zu erfüllen. Die Entscheidung war auch vor dem Hintergrund der Bemühungen, einer Umgehung von Pflichtteilsansprüchen durch Einschaltung einer Privatstiftung vorzubeugen,<sup>109</sup> völlig wertungswidersprüchlich.<sup>110</sup> Im Unterschied zu einer Privatstiftung kann der 99%-Gesellschafter zumindest bei einer Personengesellschaft über das von der Gesellschaft gehaltene Vermögen zeitlebens weitgehend faktisch so verfügen, als ob es sein eigenes Vermögen wäre. Rückblickend erscheint es überraschend, dass als Folge der Entscheidung aus 1992 nicht spektakuläre Fälle der Verteilung von Pflichtteilsansprüchen vor dem OGH gelaundet sind. Das ist wohl darauf zurückzuführen, dass weite Teile der Praxis die Entscheidung von 1992 als „Ausreißer“ verstanden hatten und davon ausgingen, dass ähnliche Konstruktionen vor Gericht nicht halten würden.

Den Beispielsfall hätte man uE lösen müssen, indem genau geprüft wird, ob eine Schenkungsabsicht vorgelegen hat und eine Schenkungsanrechnung stattfinden kann. Als Notbehelf wären die Schranken der Sittenwidrigkeit und des Rechtsmissbrauchs offengestanden.

In OGH 11. 2. 1997, 10 Ob 34/97s, hat das Höchstgericht denn auch erkannt, dass durch die Klausel in einem Gesellschaftsvertrag, wonach das ganze Unternehmen dem überlebenden Teil zufallen soll, Pflichtteilsansprüche grundsätzlich nicht geschmälert werden dürfen. Er hat dies jedoch nicht näher ausgeführt. Die Entscheidung erging zu einer Personengesellschaft, ist aber hinsichtlich der Schmälerung von Pflichtteilsansprüchen auf die GmbH übertragbar.<sup>111</sup>

Nach OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h, sind Abfindungsklauseln in einem Gesellschaftsvertrag unzulässig und unwirksam, soweit sie mit zwingenden gesetzlichen Vorschriften oder außergesetzlichen Regeln unvereinbar sind, die dazu dienen, ein Minimum an Chancengleichheit zwischen (1.) den verbleibenden Gesellschaftern einerseits und (2.) dem ausgeschiedenen Gesellschafter, seinen Erben und Gläubigern andererseits zu gewährleisten. Genau genommen stellt die Entscheidung nur auf den Konflikt zwischen den verbleibenden Gesellschaftern und dem (verstorbenen) Gesellschafter sowie dessen Erben und Gläubigern ab, nicht auf einen

<sup>105</sup> Vgl iZm der Vereitelung von Pflichtteilen *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 265.

<sup>106</sup> Vgl dazu zB OGH 2. 3. 2006, 2 Ob 202/05b; *Schauer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> Rz 33/18ff.

<sup>107</sup> OGH 10. 9. 1992, 8 Ob 644/91.

<sup>108</sup> Ebenso *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 263: Würde die Möglichkeit bestehen, einfach eine Gesellschaft dazwischenzuschalten, würde dies das Pflichtteilsrecht illusorisch machen.

<sup>109</sup> Zum neuen Erbrecht s nunmehr § 781 Abs 2 Z 4 und 5 ABGB.

<sup>110</sup> Vgl *Schauer in Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 199 ff; *ders in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/784.

<sup>111</sup> Vgl *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 265.

Konflikt zwischen den Erben untereinander bzw einen Konflikt zwischen dem Gesellschafter und seinen Erben.

### 3. Neues Erbrecht

#### a) Gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklauseln als „Schenkung“

Im Zuge des ErbRÄG 2015 hat der Gesetzgeber korrigierend eingegriffen.<sup>112</sup> Bei der Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen unter Lebenden für die Berechnung des Pflichtteils gilt nach § 781 Abs 2 Z 6 ABGB als Schenkung „jede andere Leistung, die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommt“. Nach den Materialien zählen dazu insbesondere einseitig begünstigende Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen.<sup>113</sup> Von § 781 Abs 2 Z 6 ABGB erfasst sind nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut von § 781 Abs 1 ABGB Schenkungen auf den Todesfall.<sup>114</sup> Die Materialien verweisen außerdem auf einen Beitrag von *Umlauf*,<sup>115</sup> der dort die in Pkt D.2 kritisierte OGH-Entscheidung anführt.<sup>116</sup> Die entscheidende Frage, nämlich welche Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen hinzu- und angerechnet werden, lassen die Materialien offen.<sup>117</sup> Jener Teil der Rsp, wonach sämtliche Nachfolgeregelungen entgeltliche Vereinbarungen sind, ist somit überholt, weil § 781 Abs 2 Z 6 ABGB ansonsten entgegen den Materialien nie auf Nachfolgeklauseln in Gesellschaftsverträgen anwendbar wäre. Von § 781 Abs 2 Z 6 ABGB sind jedenfalls Anteile an Personengesellschaften erfasst, die bei einer entsprechenden Nachfolgeklausel gar nicht in die Verlassenschaft fallen.<sup>118</sup>

Gegen eine Anwendbarkeit des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB auf mit einem Aufgriffsrecht samt niedrigem Aufgriffspreis belasteten Geschäftsanteil spricht auf den ersten Blick, dass der Geschäftsanteil in die Verlassenschaft fällt.<sup>119</sup> Demnach könnte von vornherein kein Anwendungsbereich für eine Hinzu- und Anrechnung verbleiben. Das greift jedoch zu kurz, weil die Wertminderung

des Geschäftsanteils durch das Aufgriffsrecht zu berücksichtigen ist.<sup>120</sup> Der Pflichtteil bezieht sich nur auf die reine Verlassenschaft, dh das Vermögen abzüglich der Verbindlichkeiten (§§ 778 f ABGB).<sup>121</sup>

Beispiel: Ein Geschäftsanteil im Wert von € 1.000,- kann zu einem Aufgriffspreis von € 1,- aufgegriffen werden. Die Aufgriffswahrscheinlichkeit beträgt 100%. Somit beträgt der Wert des Geschäftsanteils für die Verlassenschaft nur € 1,- (Aufgriffspreis, den sie erhalten wird) und demnach kann dieser nur mit einem € 1,- angesetzt werden. Alternativ könnte der Geschäftsanteil auch vor dem Aufgriff mit € 1.000,- und der bedingte Anspruch auf den Aufgriffspreis mit € 1,- bewertet werden. Jedoch muss dann die Pflicht zur Herausgabe des Geschäftsanteils als Verbindlichkeit in Höhe von € 1.000,- angesetzt werden, sodass die reine Verlassenschaft insoweit<sup>122</sup> im Ergebnis wiederum € 1,- beträgt.

Aus Sicht der Verlassenschaft steht das Aufgriffsrecht auf den Todesfall dem wirtschaftlichen Gehalt nach einem Rechtsgeschäft unter Lebenden, nämlich der Entäußerung des Geschäftsanteils, weitgehend gleich. Unter § 781 Abs 2 Z 6 ABGB fällt das Aufgriffsrecht auf den Todesfall jedoch nur, wenn es unentgeltlich ist.<sup>123</sup> Insoweit kommt es also wieder darauf an, ob die Vereinbarung des Aufgriffsrechts auf den Todesfall entgeltfremden oder unentgeltlichen Charakter hat (ausführlich Pkt B). Auf ein allseitiges Aufgriffsrecht unter den Gesellschaftern ist § 781 Abs 2 Z 6 ABGB idR mangels Unentgeltlichkeit von vornherein nicht anwendbar, während bei Aufgriffsrechten mit niedrigem Aufgriffspreis zugunsten von Verwandten genau zu prüfen ist, ob eine Schenkungsabsicht vorliegt.

§ 781 Abs 2 Z 6 ABGB gilt nach zutr hA auch für Altfälle.<sup>124</sup> Verstirbt der Gesellschafter nach dem

<sup>112</sup> Vgl dazu auch Schauer in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 210: Absage an die ältere Rsp.

<sup>113</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33.

<sup>114</sup> „Schenkungen [...] zu dessen Lebzeiten oder auf den Todesfall“; die Überschrift von § 781 ABGB („Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen unter Lebenden“) spiegelt den Inhalt der Bestimmung daher nicht vollständig wider; wie hier auch Schauer in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 197 f.

<sup>115</sup> Umlauf, Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht, in Verhandlungen des 17. ÖJT II/2 (2010) 131 (139).

<sup>116</sup> Umlauf in Verhandlungen des 17. ÖJT II/2, 139 FN 415 mit Verweis auf OGH GesRZ 1993, 38 (OGH 10. 9. 1992, 8 Ob 644/91).

<sup>117</sup> Treffend Schauer in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 210; ders in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 28; vgl dazu Kletečka, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht (2015) 89 (103).

<sup>118</sup> Vgl Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht 102.

<sup>119</sup> Siehe FN 6.

<sup>120</sup> Das Stichtagsprinzip (§ 778 Abs 2 ABGB) steht dem nicht entgegen, weil der Geschäftsanteil bereits an diesem Stichtag mit dem Aufgriffsrecht belastet ist (für eine Berücksichtigung des Aufgriffsrechts mit unterschiedlichen Lösungsansätzen bereits, allerdings zum alten Erbrecht Zollner, JEV 2014, 6 [9]). Je nach Sichtweise mindert dies den Verkehrswert des Geschäftsanteils (vgl § 306 ABGB und dazu zB Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 778 Rz 3) oder der drohende Aufgriff ist als Last zu den Passiva zu zählen (dazu oben im Text und in Pkt D.3.f.i).

<sup>121</sup> A. Winkler, Erbrecht<sup>2</sup> (2016) Rz 260.

<sup>122</sup> Andere Vermögenswerte und Verbindlichkeiten bleiben ausgeklammert.

<sup>123</sup> Vgl den Wortlaut der Bestimmung: „jede andere Leistung, die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen [!] Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommt.“

<sup>124</sup> Ausführlich Fischer-Czermak, EF-Z 2016, 228 (231 f); Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 603 Rz 22; Kogler, EF-Z 2016, 60 (60); Welser, Der Erbrechts-Kommentar § 603 Rz 21 f; offenlassend Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 603 Rz 30; aA Schauer, Das neue Erbrecht, ÖJZ 2017, 53 (61), gegen Fischer-Czermak; gegen Schauer wiederum Fischer-Czermak, Mehrseitige Planung der Nachfolge von Todes wegen, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und

31. 12. 2016, ist die Bestimmung auch dann anwendbar, wenn das Aufgriffsrecht vorher in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurde. Lediglich für die Frage, ob ein Aufgriffsrecht wirksam vereinbart wurde, ist die alte Rechtslage anwendbar (Pkt C.1).

#### b) Vermächtnis und Erbeinsetzung

Bildet die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts zugleich ein Vermächtnis, wird die Verlassenschaft erst gar nicht geschmälert. Reichen die Vermögenswerte der Verlassenschaft nicht aus, um Pflichtteilsansprüche zu kürzen, haben die Vermächtnisnehmer verhältnismäßig zu deren Leistung beizusteuern (§ 764 Abs 2 ABGB; § 692 ABGB).<sup>125</sup> Es muss keine Hinzurechnung stattfinden und § 781 Abs 2 Z 6 ABGB ist nicht anwendbar. Wurde der Geschäftsanteil vererbt, findet ebenfalls eine verhältnismäßige Kürzung statt (§ 764 Abs 2 ABGB).<sup>126</sup>

#### c) Schenkung auf den Todesfall

Schenkungen auf den Todesfall werden nach neuem Erbrecht nach dem Tod des Geschenkgebers nicht mehr wie ein Vermächtnis behandelt, sondern als Vertrag gesehen.<sup>127</sup> Es findet somit keine Kürzung wie bei einem Vermächtnis statt. Nach § 781 Abs 2 Z 6 ABGB ist aber der Wert des Geschäftsanteils der Verlassenschaft hinzuzurechnen und uU dem Pflichtteilsberechtigten angerechnet (dazu sogleich).<sup>128</sup>

Vermögensnachfolge<sup>2</sup> Rz 20/25, und *Tschugguel*, aaO Rz 23; *Schauer* argumentiert mit § 5 ABGB, von dem zwar in einfachgesetzlichen Sonderbestimmungen abgewichen werden könne, der aber zum Ausdruck bringe, dass das Vertrauen von Akteuren in die geltende Rechtslage nicht durch eine Rückwirkung enttäuscht werden soll. Allerdings ist die gesamte rückwirkende Regelung über die Hinzu- und Anrechnung im Pflichtteilsrecht diesem Vorwurf ausgesetzt, wie *Schauer* selbst lehrt (aaO 60). Es wäre wertungswidersprüchlich, die Hinzu- und Anrechnung nur bei der Schenkung auf den Todesfall nicht rückwirkend anzuwenden (*Tschugguel*, aaO Rz 23); nach den Materialien hatten die Gesetzesredaktoren bei § 1503 Abs 7 Z 5 ABGB nur die Gültigkeit der Schenkung auf den Todesfall im Blick (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 41; *Fischer-Czermak* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> Rz 20/25; de lege ferenda krit zur Fortgeltung der alten Gültigkeitserfordernisse *Kogler*, aaO 62). Zwar ist stark zu bezweifeln, ob eine authentische Interpretation nach § 8 ABGB vorliegt (so *Fischer-Czermak*, aaO), weil kein Anhaltspunkt für einen *animus interpretandi* besteht (vgl dazu *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 8 Rz 7f). Die Argumentation *Fischer-Czermaks* ist aber auch ohne dieses Argument überzeugend.

<sup>125</sup> *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 216 (allerdings nur auf § 692 ABGB verweisend).

<sup>126</sup> *Welser*, Der Erbrechts-Kommentar § 764 Rz 3.

<sup>127</sup> *Welser*, Der Erbrechts-Kommentar § 603 Rz 2f; *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 198 und 216; *Ferrari* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 65; zum alten Erbrecht bereits *Rabl*, Die Schenkung auf den Todesfall im Pflichtteilsrecht, NZ 2005, 129.

<sup>128</sup> *Fischer-Czermak*, EF-Z 2016, 228 (231); *Welser*, Der Erbrechts-Kommentar § 603 Rz 17.

#### d) Hinzurechnung

§ 781 Abs 2 Z 6 ABGB gilt nach § 781 Abs 1 ABGB sowohl für die Anrechnung, also was der Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser erhält, als auch für die Hinzurechnung, dh was der Verlassenschaft bei der Berechnung des Pflichtteils zugeschlagen wird.<sup>129</sup>

Eine Hinzurechnung findet zunächst statt, wenn sich der Pflichtteilsberechtigte etwas anrechnen lassen muss. Die Verlassenschaft wird rechnerisch um den Wert erhöht und von diesem Wert der Pflichtteil berechnet (§ 787 ABGB).

Außerdem kommt eine Hinzurechnung in Betracht, wenn der Gesellschafter jemand anderem als dem Pflichtteilsberechtigten das Aufgriffsrecht zu einem günstigen Preis eingeräumt hat. Hierbei geht es also darum, dass der Pflichtteil nicht durch weitgehende Schenkungen zu Lebzeiten und auf den Todesfall geschmälert werden soll.

Nicht alle Formen von eingeräumten Aufgriffsrechten, bei denen der Aufgriffspreis niedrig ist, können hinzugerechnet werden. Nach dem weiten Schenkungsbegriff des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB gilt als „Schenkungs“ insoweit jede Leistung, die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommt. Für ein unentgeltliches Rechtsgeschäft ist aber der unentgeltliche Charakter wesentlich. Daraus folgt, dass ein Aufgriffsrecht<sup>130</sup> nur dann hinzugerechnet wird, wenn es in Schenkungsabsicht eingeräumt wurde. Freilich wird diese häufig vorliegen, wenn ein Gesellschafter seinem nahen Verwandten – zu einem Pflichtteilsberechtigten besteht stets ein Naheverhältnis (§ 757 ABGB)<sup>131</sup> – ein Aufgriffsrecht mit niedriger Abfindung einräumt. Entgeltfremde Vereinbarungen (Pkt B) sind demgegenüber nicht erfasst.

Eine Hinzurechnung erfolgt konkret, indem die Wertminderung des Geschäftsanteils durch den Aufgriffspreis nicht berücksichtigt wird.<sup>132</sup>

Beispiel: Ein Geschäftsanteil im Wert von € 1.000,- kann zu einem Aufgriffspreis von € 1,- aufgegriffen werden. Die Aufgriffswahrscheinlichkeit beträgt 100%.

<sup>129</sup> Zur Terminologie s *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 57; *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 197.

<sup>130</sup> Wirtschaftlich betrachtet wird nicht das Aufgriffsrecht verschenkt, sondern der Geschäftsanteil (vgl bereits Pkt C.1.a und FN 51); § 781 Abs 2 Z 6 ABGB liegt ein wirtschaftlicher Schenkungsbegriff zugrunde, der auch eine Ansicht trägt, wonach das Aufgriffsrecht einer Schenkung des Geschäftsanteils (bei nicht nur symbolischem Aufgriffspreis einer partiellen Schenkung) entspricht (vgl iZm einer Privatstiftung OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a [Pkt 4.4]). Im vorliegenden Zusammenhang ist es jedoch aus Vereinfachungsgründen zweckmäßiger, von einer Schenkung des Aufgriffsrechts auszugehen. Am Ergebnis ändert dies hier nichts.

<sup>131</sup> Pflichtteilsberechtigten sind die Nachkommen sowie der Ehegatte oder eingetragene Partner des Verstorbenen.

<sup>132</sup> Vgl *Weber/Lotz*, JEV 2019, 169 (188).



Somit beläuft sich der Wert des Geschäftsanteils für die Verlassenschaft auf € 1,- (Aufgriffspreis, den sie erhalten wird) und kann demnach nur mit € 1,- angesetzt werden. Im Wege der Hinzurechnung ist der Geschäftsanteil aber mit € 999,- anzusetzen (Wert abzüglich Aufgriffspreis, weil insoweit keine Schenkung vorliegt) und zusätzlich als bedingter Anspruch der Aufgriffspreis in Höhe von € 1,-, sodass die reine Verlassenschaft insoweit<sup>133</sup> im Ergebnis € 1.000,- beträgt. (Siehe zu diesem Beispiel auch noch Pkt D.3.f.)

Gehört die begünstigte Person dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten an (§ 757 ABGB), ist die „Schenkungen“ nach § 783 ABGB zeitlich unbefristet hinzuzurechnen. Bei anderen Personen sind nach § 782 ABGB grundsätzlich nur jene Zuwendungen zu berücksichtigen, die der Verstorbene in den letzten zwei Jahren wirklich gemacht hat. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Zuwendung nur als „wirklich gemacht“ gilt, wenn der Zuwendende ein Vermögensopfer erbracht hat.<sup>134</sup> Da dieser bis zu seinem Tod frei über den Geschäftsanteil und dessen Erträge verfügen kann, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt.<sup>135</sup> Somit sind auch diese „Schenkungen“ im Ergebnis zeitlich unbefristet hinzuzurechnen.<sup>136</sup>

#### e) Anrechnung

Der Pflichtteilsberechtigte muss sich anrechnen lassen, was er als Schenkung auf den Todesfall erhalten hat.<sup>137</sup> Wird ihm die Möglichkeit eingeräumt, zu einem günstigen Preis einen Geschäftsanteil aufzugreifen, kann dies als Erbeil, Vermächtnis oder Schenkung auf den Todesfall auf den Pflichtteil anrechenbar sein (§ 761 ABGB). Fraglich ist nun, ob das Aufgriffsrecht in Schenkungsabsicht eingeräumt werden muss, um anrechenbar zu sein. § 761 ABGB verweist auf § 781 ABGB und damit auch auf den weiten Schenkungsbegriff des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB. Erforderlich ist ein unentgeltliches Rechtsgeschäft und damit eine Schenkungsabsicht, die vor allem dann naheliegen wird, wenn das Aufgriffsrecht einer nahestehenden Person eingeräumt wird (Pkt D.3.d).

Ist die Zuwendung nicht durchsetzbar, weil die Formerfordernisse nicht eingehalten wurden (Pkt C.1.f), ist sie auch nicht anzurechnen. Etwas anderes könnte dann gelten, wenn dem Pflichtteilsberechtigten der Ge-

schäftsanteil „freiwillig“ – dh trotz fehlender Durchsetzbarkeit – übergeben wird.

#### f) Schwierigkeiten bei der Bewertung des Aufgriffsrechts und des Geschäftsanteils

##### i) Schmälerung der reinen Verlassenschaft

Während bereits die Frage, ob überhaupt eine Hinzurechnung und Anrechnung stattfindet, mitunter schwierig zu beantworten ist, zB ob und inwieweit eine Schenkungsabsicht vorliegt, dürften Bewertungsfragen den Beteiligten regelmäßig noch größere Schwierigkeiten bereiten. Diese können in diesem Rahmen nur skizziert werden.

Zunächst ist es aus pflichtteilsrechtlicher Sicht unerheblich, ob der durch das Aufgriffsrecht wertgeminderte Geschäftsanteil als Aktivum angesetzt wird oder zum vollen Wert verbunden mit einer Verbindlichkeit im Umfang der Wertminderung durch den drohenden Zugriff (vgl bereits Pkt D.3.a).<sup>138</sup> Entscheidend ist, dass das Aufgriffsrecht im Ergebnis die reine Verlassenschaft schmälert.

##### ii) Unsicherheit über Ausübung des Aufgriffsrechts

Die Bewertung des Aufgriffsrechts bereitet Schwierigkeiten, wenn nicht sicher ist, ob das Aufgriffsrecht geltend gemacht wird. Im erbrechtlichen Schrifttum herrscht nämlich ganz allgemein Uneinigkeit darüber, wie unsichere Rechte bzw unsichere Lasten zu bewerten sind.<sup>139</sup> Umstritten ist insbesondere, inwieweit Fungibilitätsbeschränkungen bei der Unternehmensbewertung zu berücksichtigen sind.<sup>140</sup> Bei Aufgriffsrechten wird vorgeschlagen, die Wahrscheinlichkeit der Ausübung des Aufgriffsrechts zu ermitteln und den erzielbaren Preis mit der Wahrscheinlichkeit zu gewichten.<sup>141</sup> Han-

<sup>133</sup> Andere Vermögenswerte und Verbindlichkeiten bleiben ausgeklammert.

<sup>134</sup> Ausführlich zur Vermögensopfertheorie *Umlauf*, Hinzurechnung<sup>2</sup> 61 ff; *ders*, Das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2017, 241; vgl auch *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 219 f.

<sup>135</sup> Vgl iZm mit dem Vorbehalt der Nutzungen bei Liegenschaften OGH 6. 8. 2015, 2 Ob 125/15v; RIS-Justiz RS0130273.

<sup>136</sup> Vgl *Umlauf*, EF-Z 2017, 4; *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 220; referierend *Blümel*, Zak 2016, 264.

<sup>137</sup> Dazu zB *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 212 f.

<sup>138</sup> Vgl iZm der Schenkung auf den Todesfall *Musger* in *KBB*, ABGB<sup>6</sup> § 779 Rz 1: „Die auf den Todesfall geschenkte Sache ist daher im Inventar als Aktivum anzusetzen, der darauf gerichtete Herausgabeanspruch mit gleichem Wert als Passivum; für die Bemessung des Pflichtteils ist die Sache auf Antrag wieder der Verlassenschaft hinzuzurechnen“; vgl auch, offenbar für eine Wertminderung aufgrund des unentgeltlich eingeräumten Aufgriffsrechts, *Blümel*, Das Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015 und der GmbH-Geschäftsanteil (Diss Uni Wien 2019) 154 iVm 88 ff.

<sup>139</sup> Dazu *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 802 Rz 21; *F. Binder/Giller*, Pflichtteilsrecht, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2018) Rz 9/208 f; *Welser*, Der Erbrechts-Kommentar § 779 Rz 8; zu Bewertungsmethoden für Geschäftsanteile bei der Berechnung des Pflichtteils s *Umlauf*, Hinzurechnung<sup>2</sup> 313 f; *Hügel/Aschauer*, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 227 (266 ff); *Blümel*, Das Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015 und der GmbH-Geschäftsanteil (Diss Uni Wien 2019) 87 ff.

<sup>140</sup> *Hügel/Aschauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 266 ff; *Aschauer*, Unternehmensbewertung bei erbrechtlichen Bewertungsanlässen, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016), 69 (78 ff).

<sup>141</sup> *Aschauer* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 82; gemeint ist uE: Wahrscheinlichkeit Zugriff x Auf-

delt es sich um ein omnilaterales Aufgriffsrecht, wäre überdies zu berücksichtigen, dass die vermögenswerte Chance besteht, günstig anteilig Geschäftsanteile von Mitgesellschaftern zu erwerben. In den hier interessierenden Fällen ist zu beachten, dass es sich um ein Aufgriffsrecht handelt, bei dem der Aufgriffsfall am Bewertungsstichtag – Tod des Gesellschafters – bereits eingetreten ist, und bei einem niedrigen Aufgriffspreis die Aufgriffswahrscheinlichkeit sehr hoch ist. Bei einem symbolischen Aufgriffspreis von € 1,- beträgt die Aufgriffswahrscheinlichkeit im Regelfall nahezu 100% und der Geschäftsanteil ist demnach für die Verlassenschaft nur € 1,- wert. Unabhängig davon, ob bei der gewählten Bewertungsmethode ganz allgemein Faktoren wie die eingeschränkte Fungibilität aus Vereinfachungsgründen ignoriert werden,<sup>142</sup> wäre es uE nicht vertretbar, den Umstand eines Aufgriffsrechts mit einem bereits eingetretenen Aufgriffsfall bei der Bewertung völlig außer Acht zu lassen.

### iii) Latente Steuern

Inwieweit latente Steuern bei der Bewertung zu berücksichtigen sind, ist nicht geklärt. Latent sind Steuern, die mit dem Erwerb oder der (nach dem Erwerb erfolgenden) Veräußerung des Geschäftsanteils verbunden sind. Probleme bereiten insbesondere Fälle, bei denen der Geschenknehmer den Vermögenswert veräußern und – uU für ihn ungünstig – versteuern muss, um Pflichtteilsansprüche anderer zu befriedigen.<sup>143</sup> Umgekehrt können latente Steuern für einen Pflichtteilsberechtigten problematisch sein, wenn er zur Deckung des Pflichtteils (§ 780 ABGB) einen Geschäftsanteil erhält, der aufgrund latenter Steuern praktisch nicht veräußert werden kann.<sup>144</sup> Auch im Fall eines Aufgriffsrechts für den Todesfall wird die Frage, inwieweit latente Steuern bei der Bewertung des Geschäftsanteils zu berücksichtigen sind, schlagend. Sie wird im Schrifttum nicht ihrer praktischen Bedeutung entsprechend behandelt, aber überwiegend vorsichtig bejaht.<sup>145</sup> Der OGH berücksich-

griffspreis + (1 minus Wahrscheinlichkeit Aufgriff) x „Verkehrswert des Geschäftsanteils bei nicht ausgeübtem Aufgriffsrecht“.

<sup>142</sup> So vertreten bei der indirekten Anteilsbewertung.

<sup>143</sup> Zur Haftung des Geschenknehmers s Pkt D.3.g; zu restriktiv *Vogl*, Steuern als Belastung des Pflichtteils iSd § 762 ABGB nF, ÖJZ 2020, 245, iZm der ImmoESt bei Liegenschaften, wonach überhaupt nur rechtliche Gründe beachtlich sein sollen, die das Erwerben bzw Behalten der Liegenschaft verunmöglichen.

<sup>144</sup> Vgl zu einem ähnlichen Beispiel *Reich-Rohrwig*, Fehler vermeiden – von Unklarheiten, Fehlern und Überraschungen bei Testamenten, in *CMS Reich-Rohrwig Hainz*, Erbrecht 2017 (2016) 5 (19f).

<sup>145</sup> *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 313f; *Zimmermann/Reich-Rohrwig*, Schenkungen zu Lebzeiten, in *CMS Reich-Rohrwig Hainz*, Erbrecht 2017 (2016) 109 (118f); ausführlich, allerdings zum alten Erbrecht, *Ferrari/Taucher*, Latente Steuern im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht (1995); *Mandl/Rabel*, Unternehmensbewertung und Pflichtteilsbemessung, in FS Loitsberger (1991) 447 (Berücksichtigung von Fremdfinanzierungskosten

tigte in einem aktuellen Fall zum Anerbenrecht die Immobilienertragsteuer (ImmoESt).<sup>146</sup> Die dort zu beurteilende Konstellation weist zwar Parallelen auf,<sup>147</sup> lässt sich allerdings wertungsmäßig nicht ohne Weiteres übertragen.<sup>148</sup> Die allfällige Nichtberücksichtigung latenter Steuern kann in vielen Konstellationen zu unausgewogenen Ergebnissen führen. Auf der anderen Seite ist deren Berücksichtigung schwierig, weil die Steuerbelastung häufig von den konkreten Personen abhängt.<sup>149</sup> Vertreten wird, dass Steuern, die nur aus der besonderen Situation des Pflichtteilsberechtigten resultieren (zB steuerlicher Sitz im Ausland), der Schenkung nicht anhängen und nicht berücksichtigt werden.<sup>150</sup> Immerhin könnten latente Steuern insoweit berücksichtigt werden, als sie unabhängig vom konkreten Erwerber auf den Verkehrswert durchschlagen.<sup>151</sup> ZB hätte eine Liegenschaft, bei der die Veräußerung eine hohe ImmoESt auslöst, einen niedrigeren Verkehrswert als eine Liegenschaft, bei der dies nicht der Fall ist. Selbst laufende objektbezogene Steuerbelastungen könnten berücksichtigt werden, sofern diese so gravierend sind, dass sie den Verkehrswert mindern (zB wenn ein Objekt im Ausland prohibitiv besteuert wird), jedoch wird die

und ESt); aA *Aschauer* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 76f.

<sup>146</sup> OGH 17. 12. 2019, 2 Ob 74/19z.

<sup>147</sup> Veräußert der Anerbe den Erbhof, sollen die Miterben am den Übernahmepreis übersteigenden Erlös nach § 18 Anerbengesetz partizipieren. Hierbei muss die ImmoESt abgezogen werden, damit der Anerbe nicht mit dieser allein belastet wird. Insofern besteht eine Parallele zum hier interessierenden Fall, weil ein Erbe ohne Abzugsmöglichkeiten von Steuern Gefahr läuft, ein geerbtes Vermögen zwecks Deckung von Pflichtteilsansprüchen veräußern zu müssen und nach Entrichtung von Steuern und Pflichtteilen fast kein Vermögen mehr übrig bleibt.

<sup>148</sup> Im Anerbenrecht zahlt der Anerbe nur einen geringen Übernahmepreis, um die Fortführung des Erbhofs zu erleichtern. Veräußert der Anerbe den Erbhof, gibt es keine sachliche Rechtfertigung für dessen Privilegierung mehr. Um Pflichtteilsansprüche geht es nur am Rande (vgl § 17 Anerbengesetz). Die Berechnung der von § 18 Anerbengesetz angeordneten Nachtragererteilung ist vergleichsweise einfach (idR muss der Verkehrswert ermittelt werden). Dagegen kann die Berücksichtigung latenter Steuern iZm Pflichtteilsansprüchen sehr kompliziert werden, wenn zahlreiche Vermögenswerte vorhanden sind, die unter Einbeziehung steuerlicher Gesichtspunkte bewertet werden müssen. ZB könnte ein Pflichtteilsberechtigter, der einen Bauplatz erhält/erhalten hat, die darauf liegende Steuerlast bei einer Veräußerung geltend machen (ImmoESt). Der Haupteerbe würde einwenden, dass das geerbte Unternehmen mit latenten Steuern belastet wird und die reine Verlassenschaft gering ist.

<sup>149</sup> Dazu *Aschauer* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 76f.

<sup>150</sup> *Vogl*, ÖJZ 2020, 245; nicht einschlägig, weil es um die Berücksichtigung der Steuerlast des Geschenkgebers geht, aber zumindest für die Möglichkeit des Durchschlagens einer fehlenden Mietzinsreserve auf den Verkehrswert, OGH 11. 7. 2002, 6 Ob 117/02b.

<sup>151</sup> Vgl dazu *Ferrari/Taucher*, Latente Steuern 31f; *Vogl*, ÖJZ 2020, 245 (zB bei Grunderwerbsteuer).

Steuerbelastung aus Vereinfachungsgründen häufig ausgeblendet werden.<sup>152</sup>

#### iv) Notargebühren

Die von latenten Steuern zu unterscheidende Höhe der Notargebühren ist gesondert im Gerichtskommissionstarifgesetz (GKTG) geregelt.<sup>153</sup> Abweichend vom Regelfall des GKTG, wonach vom Vermögen ohne Abzug von Schulden auszugehen ist, gilt für Unternehmen die „Wohltat“<sup>154</sup>, dass der „Gebührenbemessung der Wert des Unternehmens nach Abzug der darauf bezüglichen Schulden, mindestens aber ein Viertel des Wertes ohne Abzug dieser Schulden zugrunde zu legen [ist]; betrifft sie den Anteil eines Gesellschafters, so ist der Gebührenbemessung der Wert des Geschäftsanteils nach Abzug der darauf bezüglichen anteiligen Schulden, mindestens aber ein Viertel seines Wertes ohne Abzug dieser Schulden zugrunde zu legen“. Bei „gesetz- oder vertragsgemäßem Ausscheiden der Rechtsnachfolger aus der Gesellschaft“, worunter wohl auch Aufgriffsrechte fallen, wird im Schrifttum vorsichtig und ohne Begründung vertreten, dass als Wert des Geschäftsanteils der Abfindungsbetrag zu veranschlagen ist.<sup>155</sup>

Mit den „bezüglichen anteiligen Schulden“ sind uE die Schulden der GmbH gemeint. Dies war in der Stammfassung des GKTG (BGBl 1971/108) noch deutlicher geregelt („darauf bezüglichen anteiligen Schulden des Unternehmens“), jedoch fiel die Wortfolge „des Unternehmens“ später weg, weil nunmehr auch nichtunternehmerische Gesellschaften privilegiert sind.<sup>156</sup> Zunächst werden die Aktiven der GmbH ermittelt, anschließend die Schulden abgezogen und der Wert des Geschäftsanteils entsprechend der Beteiligungshöhe berechnet (vgl idZ auch § 12 Abs 1 GKTG). Das Aufgriffsrecht ist keine „Schuld“ der GmbH, sondern des Gesellschafters und müsste nach dieser Systematik unbeachtlich sein. Indessen ist der Gesetzeswortlaut so weit, dass unter „darauf bezüglichen Schulden“ GmbH-bezogene „Schulden“ des GmbH-Gesellschafters subsumiert werden können (zB bereits eingeforderte, aber nicht geleistete Stammeinlageforderungen). Auch erscheint eine Analogie nicht ausgeschlossen, sodass das Aufgriffsrecht als wertmindernde Schuld angesetzt werden könnte. Dann wäre aber als Untergrenze mindestens ein Viertel des Werts des Geschäftsanteils – ohne Abzug von Schulden – anzusetzen (§ 3 Abs 1 Satz 2, Halbsatz 2 GKTG).

Dies führt auch zu sachgerechten Ergebnissen: (1.) Hat eine GmbH mit einem Alleingesellschafter ein Aktivver-

mögen in Höhe von € 1.000,- und Schulden in Höhe von € 1.000,-, werden jedenfalls € 250,- angesetzt. Dann wäre es wertungswidersprüchlich, wenn die GmbH ein Vermögen in Höhe von € 1.000,- sowie keine Verbindlichkeiten hätte, aber ein Aufgriffsrecht mit einem Aufgriffspreis in Höhe von € 1,- vorgesehen wäre und nur € 1,- angesetzt werden würde. (2.) Die Abwicklung eines Geschäftsanteils mit einem Aufgriffsrecht ist für den Notar durchaus mit Aufwand verbunden, der entsprechende Gebühren rechtfertigt.

#### v) Pflichtteilsdeckung

Spezifische Bewertungsprobleme stellen sich außerdem bei der Pflichtteilsdeckung. Nach neuem Pflichtteilsrecht muss der Pflichtteilsberechtigte nicht über die Zuwendung frei verfügen können, damit diese zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist.<sup>157</sup> Ausreichend ist, dass der Pflichtteilsberechtigte bloß wertmäßig so viel Vermögen erhält, wie es seinem Pflichtteil entspricht. Beschränkungen sind allerdings bei der Bewertung zu berücksichtigen.<sup>158</sup> Für das Aufgriffsrecht folgt daraus, dass es sich jedenfalls um eine beachtliche Zuwendung handelt, wenn der Aufgriffspreis nur symbolisch ist (zB € 100,-). Aber auch ein höherer Aufgriffspreis wie zB der Buchwert schließt eine unentgeltliche Zuwendung nicht per se aus. Die Zuzahlung ist lediglich bei der Bewertung zu berücksichtigen. Es ist auch nicht erforderlich, dass der aufgegriffene Geschäftsanteil frei veräußerbar ist; er kann ohne Weiteres einer Vinkulierungsklausel oder einem Aufgriffsrecht zugunsten der Mitgesellschafter bei Veräußerungsabsicht unterliegen.<sup>159</sup>

Zunächst ist der Geschäftsanteil im Zeitpunkt des Todesfalls zu bewerten;<sup>160</sup> davon ist der Aufgriffspreis abzuziehen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Geschäftsanteil wirtschaftlich betrachtet weniger wert ist, wenn Geld in die Hand genommen werden muss, um diesen zu erwerben. Ein Geschäftsanteil ist idR nicht so leicht zu Geld zu machen wie zB Aktien einer ATX-Gesellschaft. Dies wirkt sich bereits beim Verkehrswert des Geschäftsanteils aus,<sup>161</sup> aber auch bei der Höhe des Aufgriffspreises. Mit anderen Worten: Ein Geschäftsanteil im Wert von € 1.000,- ist für den Pflichtteilsberechtig-

<sup>152</sup> Anders, aber im Ergebnis wie hier restriktiv, Vogl, ÖJZ 2020, 245.

<sup>153</sup> Siehe §§ 3 und 12 ff Gerichtskommissionstarifgesetz.

<sup>154</sup> ErläutRV 316 BlgNR 12. GP 6.

<sup>155</sup> Michalek/Aufner, Notariatsgebühren<sup>26</sup> § 3 GKTG Anm 5; zust Tschugguel in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 3 GKTG Rz 8.

<sup>156</sup> Vgl dazu Michalek/Aufner, Notariatsgebühren<sup>26</sup> § 3 GKTG Anm 4.

<sup>157</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 32; Kalss/Dauner-Lieb, Ein nachhaltiges Pflichtteilsrecht für Unternehmen, GesRZ 2018, 261 (insb 265 und 267); Wolkerstorfer, Erbfolge 337 ff.

<sup>158</sup> Siehe FN 157; zur Berücksichtigung von latenten Steuern vgl Pkt D.3.f.iii.)

<sup>159</sup> Kalss/Dauner-Lieb, GesRZ 2018, 261 (267).

<sup>160</sup> Vgl dazu Umlauf, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 269; allgemein Schauer in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 215; es ist daher nicht erforderlich, den Wert des Geschäftsanteils im Zeitpunkt der Verankerung des Aufgriffsrechts festzustellen und dann aufzuwerten (vgl dazu OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a [Pkt 4.5]; ferner, allerdings ausschließlich zum alten Erbrecht, OGH 28. 10. 2013, 8 Ob 55/13 s).

<sup>161</sup> Freilich wird die geringe Fungibilität in der Unternehmens- und Anteilsbewertung mitunter aus Vereinfachungsgründen ausgeklammert, vgl Pkt D.3.f.ii).

ten mehr wert als ein Geschäftsanteil im Wert von € 2.000,-, zu dessen Erwerb ein Aufgriffspreis in Höhe von € 1.000,- geleistet werden muss. Der Pflichtteilsberechtigte muss uU frei verfügbare € 1.000,- aus seinem Privatvermögen binden und diese uU sogar fremdfinanzieren, um einen schwer veräußerbaren Geschäftsanteil zu erhalten. Werden die angeführten Nachteile bei der Frage, ob das Aufgriffsrecht den Pflichtteilsanspruch deckt, nicht ausreichend berücksichtigt, kann sich dieses als Danaergeschenk entpuppen.

### g) Haftung des Aufgriffsberechtigten

Wird das eingeräumte Aufgriffsrecht hinzugerechnet und reicht die Verlassenschaft zur Deckung der Pflichtteile nicht aus, kann der verkürzte Pflichtteilsberechtigte vom Geschenknehmer die Zahlung des Fehlbetrags verlangen (§§ 789 ff ABGB). Sofern es mehrere Geschenknehmer gibt, besteht nach § 789 Abs 2 ABGB eine anteilige Haftung nach dem Wert der Geschenke. Bezahlt der Gesellschafter den Fehlbetrag nicht, so haftet er grundsätzlich nur mit der zugewendeten Sache (§ 789 Abs 3 und § 790 ABGB). Die Zahlung des Fehlbetrags kann uU gestundet werden (§ 790 Abs 2 ABGB).<sup>162</sup>

§§ 789 ff ABGB gehen vom Regelfall aus, wonach der Geschenknehmer die Schenkung angenommen hat. Auch bei der Vereinbarung eines Aufgriffsrechts wird die Schenkung grundsätzlich angenommen (Pkt C.1). Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass in Wahrheit der Geschäftsanteil verschenkt wird und der Berechtigte von seinem Aufgriffsrecht nicht Gebrauch machen muss. Nach § 788 ABGB ist die geschenkte Sache auf den Zeitpunkt zu bewerten, in dem die Schenkung wirklich gemacht wurde, und dann auf den Todeszeitpunkt nach dem Verbraucherpreisindex anzupassen.<sup>163</sup> Das Aufgriffsrecht mit geringer Abfindung hat bis zum Zeitpunkt, in dem dessen Ausübung abgelehnt wird, jedenfalls einen wirtschaftlichen Wert. Dennoch kommt es bei einem Nichtaufgriff des Geschäftsanteils nicht zu einer Haftung. Der Geschäftsanteil fällt in diesem Fall nämlich ohnehin in die Verlassenschaft, sodass es gar nicht erst zu einer Hinzurechnung kommt.

### h) Keine Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit

Abseits des Pflichtteilsrechts stellt sich die Frage, ob die Erben durch § 879 ABGB vor benachteiligten Aufgriffsregelungen geschützt sind (vgl bereits Pkt D.1). Ganz allgemein kann eine gesellschaftsvertragliche Regelung

– wie bei der Gläubigerbenachteiligung<sup>164</sup> sittenwidrig sein, wenn sie die Erben des Gesellschafters benachteiligt. Allerdings sind hierbei auch erbrechtliche Wertungen zu berücksichtigen. Grundsätzlich darf jedermann über sein Vermögen frei verfügen. Das Pflichtteilsrecht schränkt diese Freiheit ein. Es stellt durch unterschiedliche Instrumentarien (Hinzu- und Anrechnung) sicher, dass die Pflichtteilsberechtigten ihren Pflichtteil erhalten. Die Pflichtteilsberechtigten können ihren Anspruch gegen die Verlassenschaft geltend machen, subsidiär auch gegen Geschenknehmer (Pkt D.3.g). Zumindest nach neuem Pflichtteilsrecht, das wie aufgezeigt einer Umgehung durch gesellschaftsrechtliche Nachfolgeregelungen vorbeugt, ist eine Nichtigkeit unentgeltlich eingeräumter Aufgriffsrechte bzw der Regelung über den Aufgriffspreis selbst nicht erforderlich und nicht vorgesehen, um den Pflichtteilsberechtigten zu ihrem Recht zu verhelfen. Geht man davon aus, dass der Verstorbene über sein Vermögen völlig frei verfügen darf und selbst Verfügungen wirksam sind, welche Pflichtteilsansprüche der Erben beeinträchtigen, bleibt für die Unwirksamkeit wegen Erbenbenachteiligung überhaupt kein oder allenfalls ein geringer Anwendungsbe-  
reich.<sup>165</sup> Unentgeltlich eingeräumte Aufgriffsrechte sind daher wirksam, und zwar selbst dann, wenn aufgrund der niedrigen Abfindung Pflichtteilsansprüche beeinträchtigt sind. Freilich ist dadurch nicht ausgeschlossen, dass ein Aufgriffsrecht aus anderen Gründen nichtig ist, zB wenn eine gesellschaftsvertragliche Aufgriffsregelung geschlechterdiskriminierend wirkt.<sup>166</sup> Auch für entgeltlich eingeräumte Aufgriffsrechte, bei denen das

<sup>164</sup> Dazu *Schopper/Walch*, Aufgriffsrechte in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, NZ 2019, 441.

<sup>165</sup> Zu erwägen wäre, ob eine Aufgriffsklausel sittenwidrig sein kann, weil sie die Verlassenschaftsgläubiger benachteiligt, indem der Haftungsfonds, auf den sie zugreifen können (Verlassenschaftsvermögen), geschmälert wird. Die besseren Gründe sprechen jedoch dagegen, s *Schopper/Walch*, NZ 2019, 441 (443 f).

<sup>166</sup> Vgl dazu jüngst OGH 24. 1. 2019, 6 Ob 55/18h NZ 2019, 213 = EvBl 2019/133 (krit *Perner*) = AnwBl 2019, 686 (zust *Walkner*); die Entscheidung betrifft einen Komplementär, weshalb sich die Frage stellt, ob sie sich auf (nichtgeschäftsführende) GmbH-Gesellschafter übertragen lässt (dafür zB *Arlt*, GesRZ 2019, 181 [Anmerkung]; sogar für den Begünstigten einer Privatstiftung *Kubasta*, Die Begünstigtenstellung in der Privatstiftung im Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und Gleichbehandlung, JEV 2019, 155). Problematisch ist dies vor allem bei generell-abstrakten Aufgriffsregelungen (zB ältester Sohn hat jeweils ein Aufgriffsrecht), während sich bei einem auf eine konkrete Person bezogenen Aufgriffsrecht nur schwer eine Diskriminierungsabsicht beweisen lässt (vgl *Zimmermann*, *ecolex* 2019, 602 [Anmerkung]; *Walkerstorfer*, *Erbfolge* 232). Hinzuweisen ist auch darauf, dass es nicht immer möglich ist, eine Aufgriffsregelung geschlechtsneutral zu lesen (vgl dazu *Czernich*, OGH zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen: Diskriminierung von Frauen unzulässig, NZ 2019, 373 [375 f]), dann ist die Aufgriffsregelung (jedenfalls) zur Gänze unwirksam. Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass nicht nur eine im Gesellschaftsvertrag verankerte Aufgriffsregelung, sondern auch eine diese flankierende Bestimmung in einem Testament

<sup>162</sup> *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 226; *Apathy*, Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 1 (16).

<sup>163</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist der Geschäftsanteil im Zeitpunkt des Todesfalls zu bewerten, sodass eine Valorisierung nicht erforderlich ist (FN 160). Stellt man jedoch auf das Aufgriffsrecht als Wert ab, weil der Geschäftsanteil nicht übernommen wird, wurde dieses bereits vor dem Tod verschenkt.

Pflichtteilsrecht die Erben nicht vor einer Übervorteilung schützt, bildet § 879 ABGB eine Schranke vor einer sittenwidrigen Benachteiligung.<sup>167</sup>

## E. Besonderheiten bei Aufgriffsrechten in Syndikatsverträgen

Ein Aufgriffsrecht muss nicht zwingend im Gesellschaftsvertrag verankert werden, sondern kann auch in eine (schuldrechtliche) Vereinbarung außerhalb des Gesellschaftsvertrags aufgenommen werden. Insbesondere wenn die Gesellschafter ein Aufgriffsrecht für den Todesfall unter sich vereinbaren, wird es sich hierbei um einen Syndikatsvertrag in der Rechtsform einer GesbR handeln.<sup>168</sup> Während eine GesbR grundsätzlich formfrei gegründet werden kann, besteht in diesem Fall ausnahmsweise eine Notariatsaktpflicht, weil ein Aufgriffsrecht über einen GmbH-Geschäftsanteil vereinbart wird.<sup>169</sup> Der mitunter gewünschten geringeren Publizität – im Unterschied zu einem GmbH-Gesellschaftsvertrag kann der Syndikatsvertrag nicht öffentlich eingesehen werden – stehen Nachteile wie die schwierigere Durchsetzbarkeit und Überbindung auf Rechtsnachfolger gegenüber.<sup>170</sup> Während bei der Übertragung eines Geschäftsanteils per Einzelrechtsnachfolge (zB Kauf) die Stellung als Syndikatsmitglied nicht ohne Weiteres auf den neuen Gesellschafter übergeht,<sup>171</sup> ist die Verlassenschaft an die Verpflichtung aus dem Syndikatsvertrag gebunden. Soll auch der eingantwortete Erbe des Geschäftsanteils Mitglied des Syndikats sein, müssen entsprechende vertragliche Vorkehrungen getroffen werden.<sup>172</sup> Zu beachten ist außerdem § 1208 Z 5

sittenwidrig sein kann (vgl dazu OGH 25. 7. 2019, 2 Ob 15/19y NZ 2020, 54; OGH 8. 9. 2004, 7 Ob 193/04 i).

<sup>167</sup> Schauer in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 33f; vgl OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h und dazu die Ausführungen in Pkt D.2. am Ende.

<sup>168</sup> OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 80/11 z; ausnahmsweise liegt keine GesbR vor, wenn kein gemeinsamer Zweck verfolgt wird (zB indiziert bei uneingeschränktem Weisungsrecht eines Syndikatsmitglieds). Hierbei handelt es sich jedoch um Ausnahmen; zu weit und nicht überzeugend daher Schmidberger/Zeppitz, Syndikatsverträge begründen keine GesbR?! RdW 2016, 10 (12 ff).

<sup>169</sup> Kalss/Probst, Syndikatsverträge in Familienunternehmen – rasch überprüfen! GesRZ 2015, 154 (156); Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 33.

<sup>170</sup> Vgl iZm der Vinkulierung von Geschäftsanteilen in Syndikatsverträgen Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 23 mwN; Weber/Lotz, JEV 2019, 169 (181 f).

<sup>171</sup> OGH 16. 6. 2011, 6 Ob 99/11 v (Pkt 7; Legatäre).

<sup>172</sup> Fraglich ist, ob jemand als Erbe Mitglied der Syndikats-GesbR werden kann, ohne den GmbH-Geschäftsanteil zu erben bzw erwerben. Dann hätte er ein Aufgriffsrecht ggü den anderen Gesellschaftern, jedoch würde die ihn treffende Aufgriffspflicht ins Leere laufen. Der Erbe könnte ggf jedenfalls ausgeschlossen werden, weil ein wichtiger Grund vorliegt, jedoch ist hierfür nach § 1213 ABGB eine Klage erforderlich. Vorbehaltlich einer näheren Überprüfung werden aber gute Gründe dafür sprechen, dass jemand, der keinen GmbH-Geschäftsanteil hat, überhaupt nicht im Wege der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge Mitglied der Syndikats-GesbR werden kann.

ABGB, wonach die GesbR durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird. Die Bestimmung ist jedoch dispositiv.<sup>173</sup> Bei einem vereinbarten Aufgriffsrecht auf den Todesfall wird auch ohne explizite Regelung die Auslegung des GesbR-Gesellschaftsvertrags in aller Regel ergeben, dass die GesbR nicht aufgelöst werden soll. Vorbehaltlich gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass zumindest die verbleibenden Gesellschafter die GesbR fortsetzen.<sup>174</sup> Wird die GesbR mit dem Erben als GmbH-Gesellschafter fortgesetzt, ist ferner § 1205 ABGB zu berücksichtigen, wonach der Erbe die Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft verlangen und aus der GesbR austreten kann, wenn die Mitgesellschafter dem nicht nachkommen. § 1205 ABGB ist zwingend.<sup>175</sup> Die Bestimmung dient allerdings dazu, das Haftungsrisiko des Erben zu beschränken, indem er von der Stellung eines unbeschränkt haftenden GesbR-Gesellschafters (§ 1199 ABGB) in jene eines beschränkt haftenden Kommanditisten (§§ 171 ff UGB) wechseln kann. Für Innengesellschaften, bei denen kein Haftungsrisiko droht, wie eben bei einer Syndikats-GesbR, ist die Bestimmung teleologisch zu reduzieren.<sup>176</sup> § 1205 ABGB ist für diese Gesellschaften nicht nur dispositiv, sondern von vornherein nicht anwendbar, sodass das Recht auf Umwandlung in eine GesbR im Gesellschaftsvertrag der GesbR nicht einmal ausgeschlossen werden muss.

## F. Zusammenfassung in Thesen

- Wie der Gesellschaftsvertrag selbst zählt auch die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts im Gesellschafts-

<sup>173</sup> Dies folgt bereits aus dem Gesetzeswortlaut („sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt“).

<sup>174</sup> Relevant wird dies, wenn ein Erbe des Geschäftsanteils nicht Mitglied der Syndikats-GesbR wird.

<sup>175</sup> § 1205 Abs 5 ABGB.

<sup>176</sup> Vorsichtig Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> § 1205 Rz 2; die Problematik erkennend, aber ohne eigene Stellungnahme Warts in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1205 Rz 14; eine ähnliche Problematik stellte sich nach der GesbR-Reform bei der Frage des Ausschlusses eines Kündigungsrechts (dazu Artmann, Zur Kündbarkeit von Syndikatsverträgen nach der GesbR-Reform, RdW 2015, 403), jedoch wurde § 1209 Abs 2 ABGB im Zuge des Abschlussprüfungsrechts-Änderungsgesetzes 2016 (BGBl I 2016/43) dahingehend geändert, dass das zwingende Verbot eines Ausschlusses des Kündigungsrechts nicht für Innengesellschaften gilt (krit zur Reform U. Torggler, Die Kündbarkeit von Gesellschafter-Nebenvereinbarungen vor/nach GesbR-RG und APRÄG 2016, in FS Echer [2017], 1173). Aus der Reform des § 1209 Abs 2 ABGB – die § 1205 ABGB außer Acht ließ – lässt sich nicht im Wege des Umkehrschlusses ableiten, dass eine teleologische Reduktion des § 1205 ABGB ausgeschlossen sei und aufgrund des beredeten Schweigens des Gesetzgebers keine planwidrige Gesetzeslücke vorliege. Die Problematik des § 1205 ABGB für Syndikatsverträge wurde nämlich lange nicht erkannt und ihr wird offenbar auch kein vergleichbares Gewicht zugemessen. Vielmehr zeigt die Reform von § 1209 Abs 2 ABGB, dass der Gesetzgeber grundsätzlich bereit ist, den Besonderheiten von Innengesellschaften Rechnung zu tragen.

vertrag zu den entgeltfremden Geschäften. Häufig sind die Bestimmungen über entgeltliche Rechtsgeschäfte entsprechend anwendbar. Insbesondere bei Aufgriffsrechten zugunsten nahestehender Personen mit einem geringen Aufgriffspreis kann aber eine Schenkungsabsicht und demnach ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegen.

- Wird ein Aufgriffsrecht für den Fall des Todes eines Gesellschafters unentgeltlich eingeräumt, sind erbrechtliche Formvorschriften zu berücksichtigen. Häufig handelt es sich aus erbrechtlicher Sicht um eine Schenkung auf den Todesfall, sodass deren Formvorschriften einzuhalten sind. Andernfalls ist das Aufgriffsrecht unwirksam.
- Ein unentgeltlich eingeräumtes Aufgriffsrecht auf den Todesfall könnte Pflichtteilsansprüche beeinträchtigen, weil der Geschäftsanteil von der Verlassenschaft herausgegeben werden muss und diese im Gegenzug allenfalls einen geringen Aufgriffspreis

oder gar keine Gegenleistung erhält. Jedoch kann der Wert des Geschäftsanteils im Ausmaß der Schenkung bei der Berechnung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs hinzugerechnet werden und der Aufgriffsberechtigte haftet, falls das Verlassenschaftsvermögen nicht zur Begleichung der Pflichtteilsansprüche reicht.

- Unentgeltlich eingeräumte Aufgriffsrechte können nach neuem Erbrecht auch dazu dienen, Pflichtteilsansprüche zu erfüllen. Dabei können sich im Einzelfall schwierige Bewertungsfragen stellen.

#### 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.