

Zur Anwendbarkeit der §§ 1072 ff ABGB auf GmbH-Aufgriffsrechte

Der Beitrag behandelt die bisher wenig diskutierte Frage, ob und inwieweit §§ 1072 ff ABGB über Vorkaufsrechte auf Aufgriffsrechte anwendbar sind, die für GmbH-Geschäftsanteile im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.

ALEXANDER SCHOPPER / MATHIAS WALCH

A. Begriff des Aufgriffsrechts

Ein Aufgriffsrecht ist ein Gestaltungsrecht, das bei Eintritt eines bestimmten vordefinierten Ereignisses („Aufgriffsfall“) einer einzelnen oder mehreren Personen das Recht eröffnet, den Geschäftsanteil eines Gesellschafters gegen eine Abfindung zu erwerben.¹⁾ Es wird durch eine zugangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt.

Ganz allgemein wird ein Geschäftsanteil durch ein Verpflichtungs- und ein Verfügungsgeschäft übertragen, die häufig in einem (Anteils-)Kauf- und Abtretungsvertrag zusammengefasst werden.²⁾ Aus dieser Sicht ist der Abtretungsvertrag das Verfügungsgeschäft und der Anteilskaufvertrag das Verpflichtungsgeschäft. Häufig sind mit Abtretungsvertrag aber das zusammengefasste Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft gemeint,³⁾ manchmal offenbar lediglich das Verpflichtungsgeschäft.⁴⁾ Nach hier vertretener Auffassung sollten in Anlehnung an § 1392 ABGB⁵⁾ und um Missverständnisse zu vermeiden, die Begriffe „Abtretung“ und „Abtretungsvertrag“ nur iZm dem Verfügungsgeschäft verwendet werden.

B. Begriff des Vorkaufsrechts

Ein Vorkaufsrecht iSd §§ 1072 ff ABGB beinhaltet eine schuldrechtliche Pflicht, das Objekt des Vorkaufsrechts vor der Veräußerung an einen anderen dem Vorkaufsberechtigten zur Einlösung anzubieten.⁶⁾ Der OGH hat in einer älteren E allgemein ausgeführt, dass das „für den Fall der Übertragung (Abtretung) der Geschäftsanteile eines Gesellschafters an einen Dritten festgelegte Übernahmsrecht der übrigen Gesellschafter, das bei Verzicht durch die anderen Gesellschafter schließlich zum Übernahmsrecht eines einzigen Gesellschafters führen kann, (...) seiner ganzen Ausprägung nach in Wahrheit ein Vorkaufsrecht im Sinne des § 1072 ABGB [ist]“. ⁷⁾ Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Ein Aufgriffsrecht kann zwar als Vorkaufsrecht iSd §§ 1072 ff ABGB ausgestaltet sein.⁸⁾ Der Begriff des Aufgriffsrechts ist jedoch weiter als jener des Vorkaufsrechts nach §§ 1072 ff ABGB.⁹⁾ Dies zeigt sich schon daran, dass der Vorkaufsfall als auslösendes Ereignis beim Vorkaufsrecht eng vordefiniert ist, während beim Aufgriffsrecht das auslösende Ereignis (Aufgriffsfall) weitgehend frei bestimmbar ist.¹⁰⁾ Als Aufgriffsfall kann zB Insolvenz, Exekution, Aufkündigung, Erreichen einer bestimmten Altersgrenze oder Tod eines Gesellschafters vereinbart werden.¹¹⁾

C. Einzelfragen der Anwendung von §§ 1072 ff ABGB auf Aufgriffsrechte

1. § 1073 ABGB – schuldrechtliche Wirkung

Bereits *F. Bydlinski* hat erkannt, dass §§ 1072 ff ABGB nicht unbesehen auf zivilrechtliche Optionsverträge anwendbar sind.¹²⁾ Dennoch sind Vorkaufsrechte und Aufgriffsrechte einander so ähnlich, dass die Anwendbarkeit von §§ 1072 ff ABGB auf Aufgriffsrechte nicht von vornherein ausscheidet.

Die §§ 1072 ff ABGB können aber jedenfalls nicht uneingeschränkt auf gesellschaftsvertraglich vereinbarte Aufgriffsrechte angewendet werden. Das ist inzwischen insoweit anerkannt, als es um die „absolute Wirkung“ geht: Vorkaufsrechte entfalten nach § 1073 ABGB grundsätzlich nur eine schuldrechtliche Wirkung, sofern nicht bei Liegenschaften das Vorkaufsrecht im Grundbuch eingetragen wird.¹³⁾

Univ.-Prof. Dr. *Alexander Schopper* ist Vorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck, E-Mail: alexander.schopper@uibk.ac.at

Univ.-Ass. MMag. Dr. *Mathias Walch*, LL.M. (Yale), ist dort als Universitätsassistent (Post Doc) tätig, E-Mail: mathias.walch@uibk.ac.at

Der Beitrag ist Herrn o. Univ.-Prof. DDr. *Arthur Weilinger* zum runden Geburtstag gewidmet.

1) Vgl. *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 32; *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); OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10y.

2) Vgl. etwa den Kauf- und Abtretungsvertrag von *Wenger* im Formularhandbuch *Nowotny/Winkler*, Wiener Vertragshandbuch III² 68; dies gilt auch für zahlreiche nicht veröffentlichte Vertragsmuster, die in der notariellen Praxis verwendet werden.

3) Auch der Kauf- und Abtretungsvertrag von *Wenger* (FN 2).

4) Siehe etwa OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10y: „Dieser Abtretungsvertrag ist als Verpflichtungsgeschäft aber obnehin notariatsaktspflichtig.“

5) „Eine solche Handlung heißt Abtretung (Cession).“

6) Vgl. *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1072 Rz 1.

7) OGH 9. 4. 1992, 8 Ob 631/90.

8) Vgl. etwa das Gesellschaftsvertragsmuster von *Wenger* im Formularhandbuch *Nowotny/Winkler*, Wiener Vertragshandbuch III² 6 und den Gesellschaftsvertrag in OGH 27. 4. 2015, 6 Ob 4/15 d.

9) *Umfahrer*, GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH 2006, 28; *Kals/Probst*, Familienunternehmen Rz 5/82.

10) *Umfahrer*, GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH 2006, 28; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 32 f.

11) Siehe *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 32 f.

12) *F. Bydlinski* in *Klang* IV/2² 793 ff.

13) *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1072 Rz 2 und 5 f.

Dagegen bilden gesellschaftsvertraglich vereinbarte Aufgriffsrechte ein absolutes – dh gegen jedermann wirkendes – Verfügungsverbot.¹⁴⁾

2. § 1074 ABGB – Höchstpersönlichkeit

Auch andere Regelungen der §§ 1072 ff ABGB sind nicht uneingeschränkt auf gesellschaftsvertraglich vereinbarte Aufgriffsrechte anwendbar. Nach § 1074 ABGB kann das Vorkaufsrecht weder einem Dritten abgetreten noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden. Die Bestimmung ist zwingend und verfolgt den Zweck, der im Vorkaufsrecht enthaltenen Beschränkung des freien Verkehrs eine zeitliche Grenze zu setzen.¹⁵⁾ Die Stellung des Verpflichteten ist dagegen ohne weiteres übertragbar (Schuldübernahme) und im Zweifel auch vererblich.¹⁶⁾ Die Anwendung von § 1074 ABGB auf gesellschaftsvertraglich verankerte Aufgriffsrechte würde bedeuten, dass die Berechtigung eines Gesellschafters A, den Geschäftsanteil des Gesellschafters B aufzugreifen, nicht auf den Rechtsnachfolger übergeht, wenn A seinen Geschäftsanteil veräußert oder vererbt. Damit könnten Aufgriffsrechte in vielen Fällen nicht sicherstellen, dass die Gesellschaft dauerhaft vor dem unerwünschten Anteilerwerb durch Außenstehende geschützt ist. Gerade dies ist aber häufig deren zentraler Zweck.¹⁷⁾ Nach § 76 Abs 2 GmbHG kann die Übertragung von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag von weiteren Voraussetzungen, insb von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Der Gesetzgeber erlaubt damit eine zeitlich uneingeschränkte Beschränkung des freien Verkehrs.¹⁸⁾ Diese Wertung des § 76 Abs 2 GmbHG geht als „lex specialis“ dem allgemeinen § 1074 ABGB vor, sodass § 1074 ABGB auf im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Aufgriffsrechte nicht anwendbar ist.¹⁹⁾

Beispiel

Die Gesellschafter A, B, C haben Aufgriffsrechte, wenn ein Gesellschafter den Geschäftsanteil an einen Dritten veräußert („allseitiges/omnilaterales Aufgriffsrecht“). Die Aufgriffsrechte gelten nicht für den Fall der Vererbung des Geschäftsanteils an Nachkommen. Gesellschafter A stirbt und vererbt den Geschäftsanteil seiner Tochter X. Später will Gesellschafter B seinen Geschäftsanteil an E verkaufen. X hat – ebenso wie C – ein Aufgriffsrecht. Ihr Aufgriffsrecht ist nicht durch den Erbgang nach § 1074 ABGB erloschen.

3. § 1075 ABGB – mehrere Vorkaufsfälle

Ein zivilrechtliches Vorkaufsrecht wirkt nur für einen Vorkaufsfall.²⁰⁾ Es geht daher unter, wenn der Berechtigte auf die Ausübung dieses Rechts ausdrücklich oder durch Verstreichenlassen der Einlösungsfrist stillschweigend verzichtet (§ 1075 ABGB).²¹⁾ Dabei handelt es sich jedoch um dispositives Recht, dh die Wirkung für mehrere Vorkaufsfälle kann ohne weiteres vereinbart werden („revolvierendes Vorkaufsrecht“).²²⁾ Bei Vorkaufsrechten, die im Gesellschaftsvertrag vereinbart sind, dreht sich die dispositive Regel um. Vorbehaltlich einer abweichenden Regelung gilt das Aufgriffsrecht auch für mehrere Vorkaufsfälle.²³⁾ § 1075 ABGB wird durch spezifische Besonderheiten des GmbH-Rechts – zB Schutz vor dem Eindringen Dritter – überlagert.²⁴⁾

Dogmatischer Ansatzpunkt ist wiederum § 76 Abs 2 GmbHG. Wird die Übertragung des Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht, gelten diese bis zu einer allfälligen Änderung des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich für alle künftigen Veräußerungen.²⁵⁾

Der Geschäftsanteil ist – als Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters aus seiner Mitgliedschaft –²⁶⁾ durch den Gesellschaftsvertrag geprägt. Tritt jemand der Gesellschaft bei, unterwirft er sich durch den Anteilerwerb ganz allgemein dem Regime des Gesellschaftsvertrags. Ist der (potentielle) Erwerber mit einer dort enthaltenen Klausel nicht einverstanden, kann er nur auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrags drängen oder von einem Beitritt absehen. Der eintretende Gesellschafter hat aber kein Recht, einzelne Klauseln mit der Wirkung abzulehnen, dass diese für ihn nicht gelten.

Beispiel

Die Mitgesellschafter haben nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht, wenn ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil veräußern will. Gesellschafter A veräußert Geschäftsanteil an X. Die Mitgesellschafter machen ihre Aufgriffsrechte nicht geltend. Gesellschafter X will den erworbenen Geschäftsanteil später an Y veräußern. Die Aufgriffsrechte der Mitgesellschafter sind nicht nach § 1075 ABGB erloschen, dh die Mitgesellschafter können den Geschäftsanteil aufgreifen.

4. § 1078 ABGB – Ausdehnung auf andere Veräußerungsarten

Nach § 1078 ABGB lässt sich das Vorkaufsrecht grundsätzlich nicht auf andere Veräußerungsarten ausdehnen. Dies gilt allerdings nur vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung, dh, auch § 1078 ABGB

14) OGH 22. 2. 2000, 1 Ob 8/00h, *ecolex* 2000, 585 (*J. Zehetner*); 17. 2. 2005, 6 Ob 205/04x; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 33.

15) OGH 27. 11. 2001, 1 Ob 259/01x; *Verschraegen* in *Kleteckal Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1074 Rz 1.

16) OGH 27. 11. 2001, 1 Ob 259/01x; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1074 Rz 7f.

17) OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17i; vgl nur *Kals/Probst*, Familienunternehmen Rz 17/14f.

18) Bei einem jederzeit ausübbares Aufgriffsrecht, das also nicht an einen Aufgriffsfall geknüpft ist, dürfte die 30-jährige Verjährungsfrist nach § 1478 ABGB nicht gelten (vgl OGH 18. 6. 2013, 4 Ob 245/12a); anders ist die Rechtslage, wenn der Aufgriffsfall eingetreten ist, aber die Aufgriffsfrist nicht zu laufen beginnt (dazu Pkt C.5.b).

19) IdS bereits *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 32.

20) *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1075 Rz 12.

21) *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1075 Rz 12.

22) OGH 27. 11. 2001, 1 Ob 259/01x; *Verschraegen* in *Kleteckal Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1074 Rz 11.

23) *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 32; jüngst auch zutreffend mit ausführlicher Begründung, aber ohne Berücksichtigung der Ansichten von *Schopper* und *Enzinger*, I. *Vonkileb*, Immobilisierung von GmbH-Geschäftsanteilen durch Vorkaufsrechte? RdW 2019, 228; aA *Enzinger*, Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit von Gesellschaftsbeteiligungen, in FS Koppensteiner zum 80. Geburtstag (2016) 73 (78f).

24) *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 32; I. *Vonkileb*, RdW 2019, 228 (230f).

25) Es ist zulässig, im Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung zu treffen.

26) *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 75 Rz 5 mwN.

statuiert eine dispositive Grundregel. Diese Grundregel basiert auf der Überlegung, dass beim Kauf typischerweise die Person des Käufers als solche gleichgültig ist.²⁷⁾ Dem Verkäufer kommt es darauf an, den Kaufpreis zu erhalten, und es ist nicht entscheidend, von welcher Person er diesen erhält, solange diese zahlungsfähig und -willig ist. Demnach fallen unter die anderen, vom Vorkaufsrecht grundsätzlich nicht erfassten Vertragsarten jene, bei denen die typischen Vertragszwecke in besonderem Maße an der Person des Partners oder an der von ihm zu erbringenden individuellen Gegenleistung orientiert sind.²⁸⁾ Wird das Vorkaufsrecht explizit auf andere Veräußerungsarten ausgedehnt, sind alle Geschäfte erfasst, die das endgültige Ausscheiden einer Sache aus dem Vermögen des einen und ihre Übertragung auf einen anderen bezwecken oder bewirken.²⁹⁾ Auch letztwillige Verfügungen (zB Schenkung auf den Todesfall) können erfasst sein, im Zweifel aber nicht die gesetzliche Erbfolge.³⁰⁾ Voraussetzung für eine Geltendmachung soll nach der Rsp bei Geschäften wie der Schenkung sein, dass vorab ein Preis vereinbart wird.³¹⁾ Es wird aber auch ausreichen, dass die Gegenleistung durch einen Schätzwert zu ermitteln ist.³²⁾

Bei Aufgriffsrechten, die nicht an die Veräußerung des Geschäftsanteils anknüpfen, sondern zB an den Tod oder die Insolvenz eines Gesellschafters, ist § 1078 ABGB von vornherein nicht anwendbar. Zahlreiche Aufgriffsrechte beziehen sich jedoch auf die Veräußerung oder die Veräußerungsabsicht des Gesellschafters. Insoweit ist zu erwägen, ob bei Aufgriffsrechten für den Veräußerungsfall die Interessenlage gegenüber einem zivilrechtlichen Vorkaufsrecht derart anders liegt, dass eine teleologische Reduktion von § 1078 ABGB für diese Aufgriffsrechte gerechtfertigt ist.³³⁾ Bei Aufgriffsrechten für den Veräußerungsfall geht es den Aufgriffsberechtigten häufig primär darum, ein Eindringen Dritter zu verhindern. Im Vordergrund steht weniger, dass der Aufgriffsberechtigte den Geschäftsanteil bekommt, sondern dass Dritte den Geschäftsanteil nicht gegen den Willen der Aufgriffsberechtigten erhalten. Auch wenn der Zweck des Aufgriffsrechts darin liegt, dass die Beteiligungen unter den Gesellschafter im gleichen Verhältnis bleiben („Machtbalance“) und ein veräußerungswilliger Gesellschafter den Mitgesellschaftern seinen Geschäftsanteil anteilig zu deren bisherigen Beteiligung anbieten muss, geht es vor allem darum, dass ein Gesellschafter den Geschäftsanteil nicht gegen den Willen der anderen Gesellschafter von einem Mitgesellschafter erwerben kann.

Beispiel

Drei Gesellschafter mit je 1/3 des Stammkapitals. Veräußert Gesellschafter A an B, hat dieser 2/3 und damit die Mehrheit. Ein Aufgriffsrecht der Mitgesellschafter führt dazu, dass B und C den Geschäftsanteil anteilig erwerben können und nachher je 1/2 des Stammkapitals haben.

Beim zivilrechtlichen Vorkaufsrecht möchte der Vorkaufsberechtigte dagegen häufig sicherstellen, dass er die Sache im Falle einer Veräußerungsabsicht des Eigentümers erhält, zB weil eine bestimmte Liegenschaft für ihn besonders wichtig ist.³⁴⁾ Allerdings kann auch bei einem zivilrechtlichen Vorkaufsrecht das primäre Interesse des Vorkaufsberechtigten darauf ge-

richtet sein, den Erwerb der Sache durch Dritte zu verhindern. Zu denken ist an eine Liegenschaft, die der Vorkaufsberechtigte zwar nicht selbst bebauen will, bei der er aber verhindern möchte, dass sie an einen wirtschaftlichen Konkurrenten fällt oder nach einer Veräußerung von einem Dritten bebaut wird und die Aussicht einer Liegenschaft des Vorkaufsberechtigten beeinträchtigt. Die besseren Gründe sprechen daher gegen eine teleologische Reduktion von § 1078 ABGB iZm gesellschaftsvertraglich verankerten Aufgriffsrechten. Der Interessenlage kann jedoch im Wege der Vertragsauslegung Rechnung getragen werden. Ist das Aufgriffsrecht für den Veräußerungsfall erkennbar darauf gerichtet, das Eindringen Dritter zu verhindern, spricht dies für eine ergänzende Vertragsauslegung,³⁵⁾ wonach auch Fälle erfasst sein sollen, die das endgültige Ausscheiden des Geschäftsanteils aus dem Vermögen des Gesellschafters und ihre Übertragung auf einen Dritten bezwecken oder bewirken.³⁶⁾ Anderes gilt wohl für Fälle der Gesamtrechtsnachfolge (Aufspaltung; Verschmelzung),³⁷⁾ sofern die Aufgriffs Klausel diese Fälle nicht explizit erfasst.³⁸⁾

Von einem Aufgriffsrecht für den Veräußerungsfall grds nicht betroffen sind Anteilsübertragungen in einer an der GmbH mitbeteiligten Gesellschaft (Anteilsveräußerung in einer Holding), weil die Mitgesellschafter in diesem Fall wissen bzw wissen müssen, dass sich die Anteilsverhältnisse in der mitbeteiligten Gesellschaft verändern können (zur Umgehung s Pkt D).³⁹⁾ Ein Aufgriffsrecht kann aber ohne weiteres auch für An-

27) OGH 30. 3. 2001, 1 Ob 66/01 i.

28) OGH 28. 4. 2011, 1 Ob 81/11 k; RIS-Justiz RS0020199.

29) OGH 30. 3. 2001, 1 Ob 66/01 i.

30) OGH 21. 12. 2006, 2 Ob 132/06 k.

31) OGH 27. 4. 1982, 5 Ob 24/82; 30. 3. 2001, 1 Ob 66/01 i; vgl auch OGH 26. 8. 2008, 5 Ob 102/08 y, wo der OGH die ältere Rsp lediglich referiert und betont, dass diese Ansicht im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich ist.

32) OGH 19. 6. 2015, 5 Ob 17/15 h; 30. 3. 2001, 1 Ob 66/01 i; aA offenbar OGH 27. 4. 1982, 5 Ob 24/82.

33) Vgl. allerdings iZm § 1480 ABGB, *Walch*, Die Verjährung von Gewinnauszahlungsansprüchen, GesRZ 2019, 308 (313 ff).

34) Vgl dazu *Westermann* in MünchKommBGB⁸ § 463 Rz 1.

35) Handelt es sich bei der Aufgriffsregelung um einen materiellen Bestandteil des GmbH-Gesellschaftsvertrags (dazu zB OGH 3. 11. 2005, 6 Ob 231/05 x), ist diese nach nunmehr stRsp objektiv auszulegen (OGH 13. 10. 2011, 6 Ob 202/10 i; RIS-Justiz RS0108891). Im Rahmen der objektiven Auslegung kann durchaus berücksichtigt werden, welches Interesse (objektiv) mit einer Regelung verfolgt wird (OGH 23. 5. 2019, 6 Ob 57/19 d).

36) Vgl idZ OGH 30. 3. 2001, 1 Ob 66/01 i, wo es genau genommen um ein zivilrechtliches Vorkaufsrecht ging. In diesem Fall wurde jedoch im Zuge der Vertragsverhandlungen eine Ausdehnung auf andere Veräußerungsarten gerade nicht vereinbart und der OGH betont zu Recht, dass dieses Verhandlungsergebnis nicht einfach nachträglich durch eine weite Auslegung des Vorkaufsrechts korrigiert werden kann.

37) OGH 29. 11. 2007, 1 Ob 130/07 k; vgl OGH 22. 5. 2007, 4 Ob 51/07 i.

38) Vgl *Fellner*, Erstreckung gesellschaftsvertraglicher Abtretungs- und Verfügungsverbote an GmbH-Geschäftsanteilen auf Fälle der Übertragung durch Abspaltung und Verschmelzung. (Universalrechtsnachfolgevorgänge), GeS 2008, 144; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 135.

39) Zu Vinkulierungsklauseln ebenso *Schopper* in *Gruber/Harver*, GmbHG² § 76 Rz 29.

teilsverschiebungen beim Gesellschafter (oder dessen Gesellschaftern) explizit vorgesehen werden.⁴⁰⁾

Beispiel

Die Mitgesellschafter haben nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht, wenn ein Gesellschafter den Geschäftsanteil veräußern will. Vorbehaltlich gegenteiliger Anhaltspunkte liegt der Zweck dieser Regelung häufig darin, ein Eindringen Dritter in die Gesellschaft zu verhindern. Gesellschafter A will den Geschäftsanteil an X verschenken. Ein gewöhnliches Vorkaufsrecht würde nach § 1078 ABGB nicht schlagend werden. Dagegen können die Mitgesellschafter ihre Aufgriffsrechte geltend machen.

5. §§ 1079, 1075 ABGB – Übergehen eines Aufgriffsrechts

a) Keine Anwendung der Fristen des § 1075 ABGB

§ 1075 ABGB statuiert Fristen, innerhalb derer der Vorkaufsberechtigte „wirklich einlösen“ muss, bevor sein Vorkaufsrecht erlischt. Geschäftsanteile zählen zu den beweglichen Sachen (§ 298 ABGB),⁴¹⁾ weshalb für diese grundsätzlich die 24-Stunden-Frist des § 1075 ABGB gelten müsste.⁴²⁾ Für unbewegliche Sachen beträgt die Frist dagegen 30 Tage. Die Parteien können andere Fristen vereinbaren.⁴³⁾ Einerseits sollen die Fristen den Verpflichteten vor einer allzu langen Ungewissheit schützen, andererseits dem Vorkaufsberechtigten eine Überlegungsfrist gewähren.⁴⁴⁾ Die unterschiedliche Länge der Fristen beruht offenbar auf den Überlegungen, 1. dass Grundstücke typischerweise wertvoller als Fahrnisse sind und der Vorkaufsberechtigte daher eine längere Überlegungsfrist benötigt sowie 2. bei unbeweglichen Sachen ein geringeres Bedürfnis nach einer raschen Abwicklung als bei beweglichen Sachen besteht.⁴⁵⁾ Mit Blick auf diese Zwecke steht ein Unternehmen unbeweglichen Sachen näher, weshalb für Vorkaufsrechte über Unternehmen nach hA die 30-Tage-Frist gelten soll.⁴⁶⁾ Dies könnte dafür sprechen, dass jedenfalls für den Erwerb des einzigen Geschäftsanteils der unternehmenstragenden GmbH die 30-Tage-Frist gilt, weil dies wirtschaftlich betrachtet dem Erwerb des Unternehmens der GmbH gleichkommt.⁴⁷⁾ Die eigene Ansicht geht jedoch darüber hinaus.⁴⁸⁾ Zwar kann nicht damit argumentiert werden, dass Geschäftsanteile mitunter deutlich wertvoller als Liegenschaften sind und deshalb eine 30-Tage-Frist geboten wäre, weil dieses Argument ebenso für zahlreiche bewegliche Sachen zutreffen würde, der Gesetzgeber aber aus Rechtssicherheitsgründen bewusst eine undifferenzierte Betrachtungsweise wählt. Ist der Kaufpreis hoch und binnen kurzer Frist nur schwer für eine „wirkliche Einlösung“ iSd § 1075 ABGB aufzutreiben, müssen die Parteien dies antizipieren und von vornherein eine längere Frist vereinbaren. Im Unterschied zum gewöhnlichen Vorkaufsrecht erfolgt die Ausübung des Vorkaufsrechts jedoch nicht formlos,⁴⁹⁾ sondern mittels eines Notariatsakts (§ 76 Abs 2 GmbHG),⁵⁰⁾ was der Gesetzgeber in § 1075 ABGB nicht berücksichtigt hat. Eine Ausübung in Notariatsaktsform binnen 24 Stunden ab Zugang der Mitteilung des Vorkaufsfalls wird kaum zu bewerkstelligen sein. Auch die Überlegung, wonach bei beweglichen Sachen ein Be-

dürfnis nach rascher Abwicklung besteht, greift bei der Übertragung von Geschäftsanteilen nicht, weil ein schwunghafter Handel durch die Notariatsaktspflicht des § 76 Abs 2 GmbHG gerade unterbunden werden soll.⁵¹⁾ Zuletzt zeigt ein Blick auf § 76 Abs 4 und § 77 GmbHG, die spezifische Vorwerbsrechte regeln und Fristen von 14 Tagen bzw einem Monat vorsehen, dass eine 24-Stunden-Frist bei Geschäftsanteilen jedenfalls zu kurz bemessen ist. Dies spricht dafür, mangels abweichender Vereinbarung analog § 1075, Fall 2 ABGB eine Frist für Vorkaufsrechte über Geschäftsanteile mit 30 Tagen anzunehmen.⁵²⁾

Bei gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten ist in aller Regel eine Aufgriffsfrist vereinbart. Fehlt diese ausnahmsweise, gilt im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine angemessene Frist als vereinbart, die in Anlehnung an § 77 GmbHG einen Monat betragen wird.⁵³⁾ Ist man der Ansicht, dass die Anwendung dispositiven Rechts Vorrang vor der er-

40) Rauter in Straubel/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 72/1.

41) OGH 10. 4. 2008, 3 Ob 22/08 v; 18. 6. 1997, 3 Ob 2270/96 m; vgl iZm der Gewährleistungsfrist Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 16; Kogler, Gewährleistungsfrist beim Unternehmenskauf, ecolex 2010, 239.

42) Kals/Probst, Familienunternehmen Rz 5/82; Grassner, Immobilisierungsmaßnahmen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2010) 112.

43) Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1075 Rz 12.

44) Faistenberger, Das Vorkaufsrecht (1967) 172; vgl Westermann in MünchKommBGB⁸ § 469 Rz 1.

45) Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (1907) 52; ein unterschiedlicher Fristenlauf findet sich rechtsvergleichend zB auch in § 469 BGB.

46) Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1075 Rz 11; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.07} § 1075 Rz 7; Binder/Spitzer in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1075 Rz 2; Apathy/Perner in KBB, ABGB⁵ § 1075 Rz 2; vgl OGH 1. 6. 1955, 2 Ob 164/55 (zum Wiederkaufsrecht, wobei sich die Begründung auf die hA zum Vorkaufsrecht stützt); im Ergebnis bereits Ehrenzweig, Privatrecht II/1 (1920) 390 in FN 24 (24-Stunden-Frist offenbar zu kurz bemessen).

47) Siehe bereits, allerdings nicht nach der Höhe des Anteils differenzierend Pisko, Unternehmen 52 in FN 12 (die dort zitierte E Obertribunal Berlin 7. 7. 1870, Buschs Archiv [= Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts] 23 [1871], 244 ist insoweit nicht einschlägig); vgl dazu OGH 30. 8. 1995, 3 Ob 520/94 (3 Ob 559/95); iZm der Gewährleistung Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 14 f mwN.

48) Die vorstehende Ansicht kann etwa beim Erwerb von Aktien infolge zivilrechtlicher Vorkaufsrechte relevant werden und führt dort zu sachgerechten Ergebnissen.

49) Siehe FN 56.

50) Vgl, jeweils zum Aufgriffsrecht, OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17 i; 26. 4. 1990, 6 Ob 542/90; offengelassen in OGH 19. 12. 2012, 6 Ob 233/12 a.

51) Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 34; Walch, Zur Notariatsaktspflicht der Geschäftsanteilsübertragung bei zeitlichem Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, NZ 2015, 126 (129 f).

52) Sollte die 24-Stunden-Frist durch den Gesetzgeber künftig verlängert werden, könnte die Begründung für eine Analogie zu § 1075 Fall 2 ABGB wegfallen; vgl zu einer ähnlichen Entwicklung bei der Länge der Gewährleistungsfrist für Unternehmensveräußerungen Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 16.

53) § 77 GmbHG passt wertungsmäßig besser als § 76 Abs 4 GmbHG, weil die letztgenannte Bestimmung spezifische Gläubigerinteressen im Blick hat, die bei § 77 GmbHG und bei Aufgriffsrechten nicht relevant sind.

gänzenden Vertragsauslegung hat,⁵⁴⁾ findet die 24-Stunden-Frist nach § 1075 Fall 1 ABGB keine Anwendung, weil diese wie ausgeführt nicht für Geschäftsanteile passt. Zu erwägen wäre daher lediglich, ob wie bei Vorkaufsrechten (s oben) § 1075 Fall 2 ABGB analog (30-Tage-Frist) oder – wohl zutr – der spezifisch GmbH-rechtliche § 77 GmbHG analog (Monatsfrist) gilt.

b) Kein Beginn des Fristenlaufs bei unterlassenem Anbieten

§ 1075 ABGB, wonach der Verpflichtete dem Vorkaufsberechtigten die Einlösung anbieten muss, wird von der hA so ausgelegt, dass der Fristenlauf für die Einlösung nicht beginnt, bevor die Anbietung erfolgt ist.⁵⁵⁾ Hat der Vorkaufsberechtigte trotz unterlassener Anbietung umfassende Kenntnis vom Vorkaufsfall, kann er nicht auf Anbietung klagen,⁵⁶⁾ aber das Vorkaufsrecht ohnehin sofort ausüben.⁵⁷⁾ Der Fristenlauf beginnt jedoch in einem solchen Fall trotz Kenntnis nicht.⁵⁸⁾ Der Verpflichtete kann diesen nur in Gang setzen, indem er dem – bereits informierten – Vorkaufsberechtigten die Einlösung nachträglich anbietet.⁵⁹⁾ Die 30-jährige Verjährungsfrist nach §§ 1478 f ABGB ist anwendbar.⁶⁰⁾ Sie beginnt unabhängig von

der Kenntnis mit der Ausübbarkeit des Rechts (= Eintreten des Vorkaufsfalls) zu laufen.⁶¹⁾ Bei fehlender Ausübung trotz Kenntnis des Vorkaufsfalls kommt keine Verwirkung in Betracht, weil dieses Institut dem österr Privatrecht weitgehend fremd ist.⁶²⁾ Denkbar ist ein stillschweigender Verzicht des Vorkaufsberechtigten nach § 863 Abs 1 ABGB, wobei jedoch ein strenger Maßstab anzulegen ist und nach Berücksichtigung aller Umstände kein vernünftiger Grund übrig bleiben darf, am Rechtsfolgwillen in Richtung eines Verzichts zu zweifeln.⁶³⁾ Im Einzelfall könnte die sehr späte Ausübung des Vorkaufsrechts trotz langandauernder Kenntnis vom Eintritt des Vorkaufsfalls rechtsmissbräuchlich sein, wobei Rechtsmissbrauch nicht vorschnell angenommen werden sollte.⁶⁴⁾

Die zivilrechtlichen Grundsätze zum Vorkaufsrecht lassen sich nur eingeschränkt auf gesellschaftsvertraglich vereinbarte Aufgriffsrechte anwenden. Ob eine (förmliche) Anbietungspflicht besteht und ob der Fristenlauf bei Kenntnis des Aufgriffsberechtigten vom Aufgriffsfall in Gang gesetzt wird, richtet sich bei Aufgriffsrechten nämlich nach der (ergänzenden) Auslegung des Gesellschaftsvertrags. Diese ist nach nunmehr stRsp objektiv vorzunehmen.⁶⁵⁾ Häufig sieht der Gesellschaftsvertrag ein förmliches Aufgriffsverfahren vor (zB Information und „Andienung“ mittels eingeschriebenen Briefs), was der Rechtssicherheit für die Parteien dient. Mit Blick auf diesen Vertragszweck sprechen idR die besseren Gründe dafür, dass der Fristenlauf bei bloßer Kenntnis des Aufgriffsberechtigten vom Aufgriffsfall gar nicht in Gang gesetzt wird. Praktisch führt dies dazu, dass ein Aufgriffsberechtigter, der nicht entsprechend dem gesellschaftsvertraglich geregelten Aufgriffsverfahren über den Aufgriffsfall informiert wurde, das Aufgriffsrecht – allerdings mit den genannten Einschränkungen der 30-jährigen Verjährungsfrist, des stillschweigenden Verzichts oder der missbräuchli-

54) Vgl zur Problematik *Schopper/Walch* in *Zib/Dellinger*, UGB § 114 Rz 7; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 205.

55) OGH 30. 5. 1985, 7 Ob 559/85; 24. 3. 1988, 6 Ob 739/87; 2. 9. 1999, 2 Ob 201/99 v; 29. 3. 2014, 2 Ob 89/13 x; *Schwartz* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1075 Rz 7; *Apathy/Perner* in *KBB*, ABGB⁵ § 1075 Rz 2; missverständlich, aber keine Änderung der stRsp beabsichtigend OGH 15. 12. 2010, 7 Ob 198/10 h; missverständlich auch *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,07} § 1072 Rz 23 („Bei Kenntnis [...] innerhalb der nach § 1075 maßgeblichen Frist ausüben“), aber ohne die hA anzuzweifeln (vgl die Nw aaO in FN 66 sowie § 1075 Rz 10); offenlassend *Binder/Spitzer* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1075 Rz 4.

56) OGH 4. 11. 1981, 6 Ob 673/81 JBl 1983, 203; 2. 9. 1999, 2 Ob 201/99 v; die Anbietung muss nicht mittels einer Vertragsofferte erfolgen, sondern eine formlose Mitteilung reicht aus (*Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1072 Rz 28; vgl OGH 4. 4. 1951, 1 Ob 231/51). Genau genommen läuft eine Vertragsofferte ins Leere, weil ohnehin ein Gestaltungsrecht vorliegt (vgl OGH 18. 12. 2007, 10 Ob 76/07 k), jedoch ist auch eine Vertragsofferte hinreichend. Entscheidend ist, dass der Vorkaufsberechtigte vom Veräußerer (evtl vom Erwerber, worauf hier nicht näher einzugehen ist; s OGH 18. 4. 1963, 7 Ob 80/63 EvBl 1963/354; *Binder/Spitzer* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1075 Rz 3) alle Informationen erhält (OGH 17. 2. 1983, 7 Ob 512/83; 3. 9. 2009, 2 Ob 40/09 k; 13. 6. 2019, 5 Ob 51/19 i; RIS-Justiz-RS0020180).

57) OGH 30. 5. 1985, 7 Ob 559/85; 15. 12. 2010 7 Ob 198/10 h; RIS-Justiz RS0020309.

58) In OGH 29. 3. 2014, 2 Ob 89/13 x, wurde das Vorkaufsrecht erst 15 Jahre nach dem Eintritt des Vorkaufsfalls ausgeübt.

59) *F. Bydlinski* in *Klang IV/2*² 851; *Schwartz* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1075 Rz 7.

60) Das Vorkaufsrecht unterliegt der Verjährung, jedoch kann diese erst mit Eintritt des Vorkaufsfalls zu laufen beginnen (*F. Bydlinski* in *Klang IV/2*² 850; zum Wiederkaufsrecht OGH 10. 4. 2018, 5 Ob 218/17 w; OGH 27. 1. 2016, 4 Ob 148/15 s); die Fristen des § 1075 ABGB sind Präklusivfristen und stehen einer Anwendung von § 1478 ABGB nicht entgegen (*Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1075 Rz 12). Bei den Fristen des § 1075 ABGB soll der Fristenlauf ohne Anbietung nicht beginnen, weil ansonsten der Verpflichtete aus dem Vorkaufsrecht für sein Fehlverhalten (fehlende Anbietung) belohnt werden würde (*F. Bydlinski* in *Klang IV/2*² 851). Bei der 30-

jährigen Verjährungsfrist verliert dieses Argument an Überzeugungskraft und tritt hinter Rechtssicherheitserwägungen zurück.

61) Das Vorkaufsrecht kann mit Eintritt des Vorkaufsfalls ausgeübt werden (vgl zB OGH 13. 2. 1986, 8 Ob 526/86 EvBl 1986/148), wenn auch uU zunächst auf Informationserteilung über die Konditionen geklagt werden muss; § 1478 ABGB stellt ganz allgemein nicht auf die Kenntnis ab und nach 30 Jahren wäre auch schwer zu beurteilen, wann diese erlangt wurde. Lediglich wenn die Kenntnismahme arglistig vereitelt wurde, beginnt der Fristenlauf später (dazu *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1478 Rz 46).

62) *Koziol – Welsch/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 708; *Schopper/Walch* in *Zib/Dellinger*, UGB § 115 Rz 85 und § 117 Rz 42 mwN; vgl RIS-Justiz RS0014221.

63) OGH 22. 5. 2012, 1 Ob 17/12 z; RIS-Justiz RS0013947; vgl auch OGH 27. 6. 2019, 8 Ob 62/19 d (Pkt 2.4., konkret offenlassend).

64) Nach jüngerer Rsp ist ausreichend, dass das unlautere Motiv der Rechtsausübung das lautere Motiv eindeutig überwiegt (s zB OGH 21. 12. 2017, 6 Ob 211/17 y; 29. 8. 2019, 1 Ob 121/19 d; vgl allgemein RIS-Justiz RS0026265, RS0026271); problematisch ist an einer späten Ausübung ua, dass der Vorkaufsberechtigte die Wertentwicklung der Sache beobachten und auf dem Rücken der anderen spekulieren könnte (der Einlösendpreis ist aber immerhin zu valorisieren; s OGH 28. 3. 2014, 2 Ob 89/13 x); einen Rechtsmissbrauch trotz fünfjährigen Zuwartens ablehnend, allerdings spezifische Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigend, BGH 26. 1. 1973, V ZR 2/71 BGHZ 60, 275 (289 f).

65) Siehe FN 35.

chen Rechtsausübung – zeitlich unbegrenzt ausüben kann. Ist das Aufgriffsrecht infolge eingetretener Verjährung, eines (stillschweigenden) Verzichts und wohl auch eines wirksamen Rechtsmissbrauchseinwands nicht mehr ausübbar, „heilt“ uE auch die schwebende Rechtsunwirksamkeit (zu dieser Pkt C.5.c).

Ein Sonderfall liegt vor, wenn der Aufgriffsfall an einen Zustand geknüpft ist, der nach einiger Zeit wieder wegfällt. Zu denken ist bspw an ein Aufgriffsrecht für den Fall eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters.⁶⁶⁾ Ist das Insolvenzverfahren aufgehoben, kann das Aufgriffsrecht grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden. Ganz allgemein darf sich aber niemand durch eigenes unredliches Verhalten Rechtsvorteile verschaffen, weshalb zB eine Bedingung als eingetreten gilt, wenn deren Eintritt wider Treu und Glauben vereitelt wird.⁶⁷⁾ Entsprechend diesem Rechtssatz darf der Verpflichtete keinen Vorteil daraus ziehen, dass er den Berechtigten nicht rechtzeitig gemäß dem gesellschaftsvertraglich geregelten Aufgriffsprocedere über den Aufgriffsfall informiert hat.⁶⁸⁾ Besteht eine Mitteilungspflicht und wird dieser nicht nachgekommen, kann der Aufgriffsberechtigte sein Recht auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens (allgemeiner: nach Wegfall des Aufgriffsfalls) ausüben.⁶⁹⁾ Wurde der Geschäftsanteil zwischenzeitig vom Insolvenzverwalter verkauft, ist die Veräußerung (schwebend) unwirksam (dazu sogleich Pkt C.5.c.). Der Erwerb vom Insolvenzverwalter ist insoweit nicht privilegiert und es gibt auch keinen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen.⁷⁰⁾

c) Ansprüche des übergangenen Aufgriffsberechtigten

Nach § 1079 Satz 1 ABGB hat der Vorkaufsberechtigte einen Schadenersatzanspruch gegen den Verpflichteten.⁷¹⁾ Im Falle eines dinglichen Vorkaufsrechts kann er sich nach § 1079 Satz 2 ABGB auf einen sog Abforderungsanspruch gegen den Erwerber stützen. Zu berücksichtigen ist, dass der Erwerb ohnedies idR unwirksam ist, wenn ein dingliches Vorkaufsrecht besteht. Ist der Scheinerwerber nicht Eigentümer, kann er kein Eigentum an den Vorkaufsberechtigten übertragen (nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet).⁷²⁾ Der Abforderungsanspruch beschränkt sich in diesem Fall auf die Herausgabe der Sache in Natur sowie auf Herausgabe der Bereicherung bei einem (unredlichen) Scheinerwerber.⁷³⁾

Die Wertungen des § 1079 Satz 2 ABGB lassen sich auf Aufgriffsrechte grundsätzlich übertragen, weil diese wie dingliche Vorkaufsrechte absolute Wirkung entfalten (vgl Pkt C.1.). Das spricht für eine analoge Anwendung. Jedoch läuft § 1079 Satz 2 ABGB bei Aufgriffsrechten weitgehend ins Leere. Die Übertragung des mit einem Aufgriffsrecht belasteten Geschäftsanteils ist nämlich schwebend unwirksam, wenn der Aufgriffsberechtigte übergangen wird, dh er nicht vom Eintritt des Aufgriffsfalls in Kenntnis gesetzt wird und das Aufgriffsrecht nicht ausübt. Übt der Aufgriffsberechtigte sein Recht später aus, ist der Erwerb jedenfalls endgültig unwirksam, dh, der Veräußerer – nicht der Scheinerwerber

– ist Inhaber des Geschäftsanteils.⁷⁴⁾ Daraus folgt aber, dass der Scheinerwerber den Geschäftsanteil nicht auf den übergangenen Aufgriffsberechtigten übertragen kann. Auch ein Anspruch auf Herausgabe des Geschäftsanteils in natura zwecks Besitzverschaffung gem § 1079 Satz 2 ABGB analog kommt mangels Körperlichkeit des Geschäftsanteils nicht in Betracht.⁷⁵⁾ Der Aufgriffsberechtigte muss sich an den Veräußerer halten und von diesem die Übertragung des Geschäftsanteils (Verfügungsgeschäft) in Notariatsaktsform verlangen.

§ 1079 Satz 2 ABGB könnte lediglich insoweit relevant sein, als der Aufgriffsberechtigte wohl vom unredlichen Erwerber die Früchte – insb Dividenden – analog § 1079 Satz 2 ABGB iVm § 335 ABGB herausverlangen könnte.⁷⁶⁾ Der Aufgriffsberechtigte hätte somit die Wahl, die seit Vorliegen des Aufgriffsfalls ausgezahlten Gewinne als Schadenersatzanspruch gegenüber dem Veräußerer geltend zu machen oder diese analog § 1079 Satz 2 ABGB vom Scheinerwerber herauszuverlangen. Der Aufgriffspreis ist jedenfalls an den Veräußerer zu zahlen.⁷⁷⁾

66) Vgl dazu zB den Sachverhalt in OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17 i, wo diese Frage allerdings nicht relevant wurde; die Wirksamkeit des Aufgriffsrechts wird im Folgenden vorausgesetzt (vgl zur Nichtanwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO jüngst *Schopper/Walch*, Aufgriffsrechte in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, NZ 2019, 441).

67) RIS-Justiz RS0016433; RS0012728; *Koziol – Welscher/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 609; vgl zu einem spiegelverkehrten Fall, wonach ein Vorkaufsberechtigter bzw Aufgriffsberechtigter den Eintritt des Vorkaufsfalls wider Treu und Glauben herbeiführt, indem er zunächst ein Vertrauen erweckt, sein Aufgriffsrecht nicht auszuüben und dies dann dennoch tut, OGH 27. 6. 2019, 8 Ob 62/19 d.

68) Vgl iZm dem Fristbeginn des § 1075 ABGB *F. Bydlinski in Klang IV/2² 851*: „unverdiente Prämie für den pflichtvergessenen Vorkaufsbelasteten“.

69) Ist keine Aufgriffsfrist vorgesehen oder passt diese nicht (zB ein Aufgriffsrecht während des aufrechten Insolvenzverfahrens, was ins Leere läuft, wenn das Insolvenzverfahren bereits aufgehoben wurde), gilt eine angemessene Frist (dazu Pkt C.5.a).

70) Siehe zu Letzterem *Schopper in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 5 mwN.

71) Welche Ansprüche der Vorkaufsberechtigte sonst noch hat (Erfüllungsanspruch; s zB *Verschraegen in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1079 Rz 2), ist hier nicht relevant.

72) *Schwartzte in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1079 Rz 4; vgl OGH 20. 4. 2016, 5 Ob 7/16 i; praktisch relevant kann dies insb werden, wenn das Eigentum bei einer Umgehung des Vorkaufsrechts eingetragen wird (vgl dazu OGH 29. 5. 1964, 1 Ob 79/64; 29. 3. 2014, 2 Ob 89/13 x).

73) OGH 20. 4. 2016, 5 Ob 7/16 i; *Apathy/Perner in KBB*, ABGB⁵ § 1079 Rz 3.

74) Vgl OGH 9. 4. 1992, 8 Ob 631/90 *ecolex* 1992, 481 (*Thiery*).

75) Auf die umstrittene Frage, ob die Bestimmungen über den Besitz nur auf Rechte anwendbar sind, die mit der Innehabung oder dem Gebrauch einer Sache verbunden sind, kann hier nicht eingegangen werden; s dazu zB *Koziol – Welscher/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 820.

76) Vgl zur Unredlichkeit – entscheidend ist nicht die Kenntnis vom Aufgriffsrecht, sondern ob der Erwerber aus guten Gründen glaubt, die Sache endgültig behalten zu dürfen – *Pelinka/Bertsch*, Vorkaufsrecht und Rückabwicklung – ein misslungenes Duo, *ecolex* 2018, 499 (500).

77) Anders ist dies beim Vorkaufsrecht, s OGH 28. 3. 2014, 2 Ob 89/13 x; *Schwartzte in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1079 Rz 5; *Pelinka/Bertsch*, *ecolex* 2018, 499 (500 f). Jedoch lässt sich die Begründung nicht auf Aufgriffsrechte übertragen, weil der Erwerber nicht Eigentümer und auch nicht Besitzer des Geschäftsanteils ist.

D. Umgehung eines Aufgriffsrechts

Die Frage der Umgehung eines Aufgriffsrechts stellt sich vor allem, wenn dieses auf die käufliche Veräußerung eingeschränkt ist. Der BGH hat bereits erkannt, dass eine Umgehung eines Vorkaufsrechts dann vorliegt, wenn der Verpflichtete die mit einem Vorkaufsrecht belastete Sache in eine von ihm beherrschte Gesellschaft einbringt und er anschließend die Gesellschaftsanteile entgeltlich an einen Dritten überträgt.⁷⁸⁾ Nach einem obiter dictum des OGH kann eine Umgehung vorliegen, wenn der Verpflichtete die Vorkaufssache gegen Wertpapiere eintauscht, um diese sogleich zum Tageskurs zu veräußern oder wenn gar schon von vornherein der Rückkauf dieser Papiere durch den Erwerber um den eigentlich gewünschten Geldbetrag vereinbart ist.⁷⁹⁾ Entscheidend ist bei der Umgehung eines Aufgriffsrechts für den Veräußerungsfall, dass es sich wirtschaftlich betrachtet um einen Verkauf des Geschäftsanteils handelt, was auch von demjenigen nachzuweisen ist, der sich auf die Umgehung beruft.⁸⁰⁾ Das Umgehungsargument kann somit nur dazu dienen, Veräußerungsarten zu erfassen, die wirtschaftlich betrachtet einem Verkauf gleichkommen. Andere Fälle sind danach zu beurteilen, ob bei der gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsregelung von der Grundregel des § 1078 ABGB abgewichen und das Aufgriffsrecht auf andere Veräußerungsarten ausgedehnt wurde (dazu Pkt C.4.).⁸¹⁾

Beispiel

Nach dem Gesellschaftsvertrag haben die Mitgesellschafter ein Aufgriffsrecht, wenn ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil veräußern will. Das Aufgriffsrecht ist auf den Verkauf beschränkt (§ 1078 ABGB). Bringt ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil in eine eigene AG ein und veräußert kurz darauf die Aktien, spricht viel für eine Umgehung. Hat die Einbringung jedoch einen anderen Zweck, zB eine Kooperation mit anderen Personen, die ebenfalls Geschäftsanteile einbringen, liegt keine Umgehung vor. Ebenso liegt keine Umgehung vor, wenn im Zeitpunkt der Vereinbarung des Aufgriffsrechts eine Gesellschaft (zB GmbH, AG oder KG) Gesellschafterin der GmbH war, weil die Mitgesellschafter das Risiko einer späteren Anteilsverschiebung sehen mussten und mangels gesellschaftsvertraglicher Vorkehrungen hingenommen haben.⁸²⁾

78) BGH 27. 1. 2012, V ZR 272/10 NJW 2012, 1354.

79) OGH 30. 3. 2001, 1 Ob 66/01 i.

80) Ausführlich *Karollus*, Umgehung von Vorkaufsrechten durch Einbringung der belasteten Sache in eine Gesellschaft mit nachfolgender Anteilsveräußerung, JBl 2012, 559.

81) Vgl dazu wiederum OGH 30. 3. 2001, 1 Ob 66/01 i.

82) Vgl iZm Vinkulierungen bereits *Schopper in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 29; ein Aufgriffsrecht kann ohne weiteres auch auf Anteilsverschiebungen beim Gesellschafter (oder dessen Gesellschaftern) vorgesehen werden (FN 40).

SCHLUSSTRICH

§§ 1072ff ABGB über Vorkaufsrechte sind nicht uneingeschränkt auf GmbH-Aufgriffsrechte anwendbar.

RECHTSPRECHUNG

Durchsetzung von Auskunfts- und Kontrollrechten ausgeschiedener Kommanditisten im Außerstreitverfahren

1. Nach § 120 Abs 1 JN ist ua das außerordentliche Kontrollrecht eines Kommanditisten gem § 166 Abs 3 UGB im Außerstreitverfahren zu erledigen. Dies gilt nach hRsp auch für vertraglich eingeräumte Kontrollrechte eines Kommanditisten und für Anträge nach § 166 Abs 1 UGB.

2. Auch dem ausgeschiedenen GmbH-Gesellschafter kommt ein Informationsanspruch nach Ende seiner Gesellschafterstellung zu. Solche Ansprüche sind, wenn sie als selbständige Individualrechte geltend gemacht werden, gem § 102 GmbHG im Außerstreitverfahren zu verfolgen. Insoweit ist

aber ein Unterschied zur Rechtslage bei der OG bzw KG nicht zu erkennen.

3. Auskunfts- und Kontrollrechte eines ausgeschiedenen Kommanditisten sind daher im Außerstreitverfahren geltend zu machen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht lediglich in dem Fall, dass nicht nur die Kontroll- und Überwachungsrechte eines Gesellschafters als solche streitig sind, sondern auch ihre tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen (Gesellschafterqualität, Beteiligung an der Gesellschaft, Identität der Gesellschaft). Diesfalls ist der Anspruch auf Bucheinsicht im Klageweg geltend zu machen.

§§ 118, 166
UGB;

§§ 22, 102
GmbHG

OGH
19. 12. 2019,
6 Ob 229/19y

2020/227

Privatstiftung: Zur fehlenden Rekurslegitimation der Begünstigten im Genehmigungsverfahren nach § 33 Abs 2 PSG

1. Die Parteistellung im Genehmigungsverfahren nach § 33 Abs 2 PSG richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Außerstreitverfahrens.

2. Das in § 33 Abs 2 Satz 2 PSG statuierte Genehmigungserfordernis soll sicherstellen, dass der in der Stiftungserklärung zum Ausdruck gebrachte Wille des Stifters nicht verändert oder verfälscht wird. Der Schutz der Privatstiftung liegt in erster Linie in der Verantwortung der Stiftungsorgane. In diesem Sinn, sollen im Genehmigungsverfahren nach

§ 33 Abs 2 PSG sämtliche fakultativen und obligatorischen Stiftungsorgane zur Erhebung des Rekurses berechtigt sein.

3. Die Rekurslegitimation der Begünstigten bzw Letztbegünstigten im Verfahren nach § 33 Abs 2 PSG wird in der Literatur nur unter der Voraussetzung bejaht, dass durch die Änderung der Stiftungserklärung unmittelbar in ihre Rechtsposition eingegriffen wird, indem die Begünstigtenstellung (Letztbegünstigtenstellung) entzogen oder eine aktuelle in

§ 33 Abs 2, § 35
PSG;
§ 2 Abs 1 Z 3
AußStrG

OGH
23. 1. 2020,
6 Ob 130/19i

2020/228