Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte

MANFRED UMLAUFT

Durch einige Beiträge im jüngeren gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Schrifttum[1] und insb durch eine aktuelle OGH-Entscheidung vom 16.3.2007, 6 Ob 142/05h, wurde die Diskussion darüber intensiviert, welche Grenzen das Insolvenzrecht der Gestaltung gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsrechte setzt. Die Positionen sind breit gefächert: Sie reichen von relativer Liberalität (Voraussetzung ist nur, dass der Masseverwalter im Vergleich zu anderen Aufgriffsfällen nicht benachteiligt ist)[2] bis zur gegenteiligen Haltung, wonach der Masseverwalter im Hinblick auf § 26 Abs 3 KO an ein Aufgriffsrecht überhaupt nicht gebunden sei.[3] Wenn man bedenkt, dass solche Aufgriffsrechte – insb auch für den Insolvenzfall eines Gesellschafters – regelmäßig in Gesellschaftsverträgen begründet werden, ist es selbstredend, dass die Situation für die Praxis höchst unbefriedigend ist: Es kann in der Literatur quasi für jede Meinung eine Belegstelle gefunden werden, während der OGH[4] nur zögerlich Position bezieht und entscheidende Fragen offenlässt. Im Rahmen dieser Arbeit soll die Problematik nochmals näher beleuchtet und einer Lösung zugeführt werden.

I. Das Rechtsproblem

In Personengesellschaftsverträgen (OG, KG und GesBR) ist es üblich, keine freie Übertragung der Gesellschaftsanteile vorzusehen und auch den Personenkreis, der im Falle des Todes eines Gesellschafters zur Rechtsnachfolge berechtigt ist, einzugrenzen. Außerdem ist es in Personengesellschaftsverträgen weit verbreitet, für bestimmte Situationen (insb bei Kündigung, Insolvenz und Ausschluss eines Gesellschafters) Aufgriffsrechte der übrigen Gesellschafter zu begründen. Dasselbe gilt auch für den GmbH-Gesellschaftsvertrag, der zulässigerweise auch personalistisch durch entsprechende Beschränkungen bzw Aufgriffsrechte ausgestaltet werden kann.[5] Bspw sind folgende Regelungen denkbar und üblich:

- Die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles bedarf der Zustimmung der übrigen Gesellschafter, und zwar entweder in jedem Fall oder wenn die Übertragung an eine nicht einem begünstigten Personenkreis (zB Mitgesellschafter und/oder Kinder des abtretungswilligen Gesellschafters) angehörende Person erfolgen soll.
- Im Falle des Todes eines Gesellschafters steht den übrigen Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht zu, und zwar in jedem Fall oder bei Vererbung des Gesellschaftsanteiles an Personen, die nicht einem begünstigten Personenkreis angehören.
- Ein Gesellschafter scheidet durch Kündigung oder im Falle seines Konkurses bzw bei Exekutionsführung in seinen Gesellschaftsanteil aus der Gesellschaft aus; den übrigen Gesellschaftern steht ein Aufgriffsrecht zu.

Enthält nun der Gesellschaftsvertrag iZm Aufgriffsrechten keine Bestimmung des Übernahmspreises, ist der *Verkehrswert* zu leisten.[6] Im Regelfall sieht jedoch der Gesellschaftsvertrag eine Regelung für die Ermittlung des Übernahmspreises anlässlich der Ausübung eines Aufgriffsrechtes vor. Hier gibt es zahlreiche Varianten: Verkehrswert nach dem Gutachten des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder (derzeit KFS/BW 1); Verkehrswert mit einem bestimmten prozentuellen Abschlag; Substanzwert; Ertragswert (Discounted-Cashflow-Methode); Buchwert.

Die mit solchen Regelungen verbundenen *Zielsetzungen* sind unterschiedlich. In den meisten Fällen soll damit jedoch Folgendes erreicht werden:

- Der *Kreis der Gesellschafter* soll *geschlossen* bleiben, indem die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf (Vinkulierung gem § 76 Abs 2 GmbHG; bei der Personengesellschaft entspricht die für die Übertragung notwendige Zustimmung der übrigen Gesellschafter ohnedies dem gesetzlichen Leitbild). Dieses Prinzip ist abgeschwächt, wenn die

Univ.-Doz. Dr. *Manfred Umlauft* ist öffentlicher Notar in Dornbirn. – Dieser Aufsatz ist die – um die Fußnoten ergänzte – schriftliche Zusammenfassung des Vortrages, den der Autor am 23.10.2008 anlässlich der Tagung der österreichischen Firmenbuchrichter in Kitzbühel gehalten hat.

[1] *Nitsche*, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in FS Jelinek (2002) 187; *Duursma-Kepplinger/Duursma*, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffs- und Andienungsrechte im Konkursfall, in *Buchegger*, Beiträge zum Zivilprozess VI (2002) 175 (186 ff); *Höller*, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Gesellschafters, ZIK 2004, 151; *ders*, GesRZ 2007, 259 (Glosse); *Schmidsberger*, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 93 (119 ff); *Hager-Rosenkranz*, Beschränkungen der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Exekution und Insolvenz, WBl 2006, 253; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007 (2008) 65 (92 ff); *Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, WBl 2008, 353.

[2] Siehe FN 22 und 25 bis 34.

[3] Siehe FN 8 und 19 bis 21.

[4] OGH 16.3.2007, 6 Ob 142/05h, GesRZ 2007, 258 (*Höller*).

[5] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gestz[3] (2007) § 4 Rz 19 mwN; *Kalss*, Anmerkungen zur Privatautonomie in der GmbH, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 9 (12 ff); OGH 9.4.1992, 8 Ob 631/90, ecolex 1992, 481; 22.2.2000, 1 Ob 8/00h, ecolex 2000, 585 ua.

[6] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3], Anh § 71 Rz 8; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht (1983) 620; OGH 16.3.2007, 6 Ob 142/05h.

Übertragung innerhalb eines bestimmten Personenkreises (zB Mitgesellschafter, Kinder und/oder Ehegatte des abtretungswilligen Gesellschafters) genehmigungsfrei möglich ist, die Abtretung an andere Personen jedoch der Zustimmung bedarf.

- Meistens werden die parallelen Ziele auch im Falle des *Todes eines Gesellschafters* durch die Begründung entsprechender Aufgriffsrechte verfolgt.
- Wenn ein Gesellschafter seine Beteiligung „aufgeben" will, wird ihm dies oft durch die Einräumung einer *Kündigungsmöglichkeit* eröffnet. Die Kündigung soll jedoch nicht zur Auflösung der Gesellschaft und damit möglicherweise zur Zerschlagung des Unternehmens führen, sondern die übrigen Gesellschafter erhalten ein Aufgriffsrecht bezüglich des Gesellschaftsanteiles des kündigenden Gesellschafters, welcher sodann mit Geld abgefunden wird.
- Die durch die *Insolvenz eines Gesellschafters* eintretende Situation soll möglichst bald „bereinigt" werden, indem der insolvente Gesellschafter – ähnlich wie bei der Kündigung – ausscheidet und den übrigen Gesellschaftern bezüglich des betreffenden Gesellschaftsanteiles ein Aufgriffsrecht zu einem im Gesellschaftsvertrag definierten Übernahmspreis zusteht.
- Der im Zuge der Ausübung eines Aufgriffsrechtes zu leistende Übernahmspreis wird – wie soeben geschildert – vielfach beschränkt. Der Zweck dieser Regelung besteht darin, den *weiteren Bestand des Unternehmens* der Gesellschaft zu sichern. Mit anderen Worten: Das Gesellschaftsinteresse wird über das subjektive Interesse des einzelnen Gesellschafters gestellt. Außerdem soll durch klare, streitvermeidende Regelungen die Höhe des Übernahmspreises *rasch* feststehen.
- Besonders zu erwähnen sind die mit dem Aufgriffsrecht iZm dem *Konkurs eines Gesellschafters* verfolgten Ziele: *Erstens* soll der *Kreis* der Gesellschafter *geschlossen* bleiben und der insolvente Gesellschafter, dessen Gesellschaftsrechte durch den Masseverwalter ausgeübt werden, *möglichst rasch* aus der Gesellschaft ausscheiden, damit die Gesellschafterbeschlüsse wieder ohne Einfluss des Masseverwalters – die von ihm zu verfolgenden Interessen decken sich gewöhnlich nicht mit den Gesellschafts- bzw Unternehmensinteressen – gefasst werden können. Zu denken ist an Investitionsentscheidungen, Gewinnausschüttungsbeschlüsse, Satzungsänderungen etc. *Zweitens* soll die Übernahme des Gesellschaftsanteiles des insolventen Gesellschafters zu *„überschaubaren" Bedingungen* erfolgen, damit durch die Anteilsübernahme durch die übrigen Gesellschafter nicht die Gesellschaft selbst in eine existenzielle Krise gerät. Diesen Zielsetzungen dient die Verankerung eines Aufgriffsrechtes bezüglich des Gesellschaftsanteiles eines insolventen Gesellschafters zu einem – in Bezug auf Höhe und Fälligkeit – im Vorhinein definierten Übernahmspreis. Es ist verständlich, dass solche Regelungen in den Gesellschaftsverträgen überaus häufig, ja regelmäßig vorkommen.

IdZ ist eine Position seit langem klar und unstrittig: Eine einseitige Benachteiligung des Masseverwalters dergestalt, dass der Übernahmspreis bei Ausübung eines Aufgriffsrechtes anlässlich des konkursbedingten Ausscheidens eines Gesellschafters niedriger ist als in sonstigen Fällen der Geltendmachung des Aufgriffsrechtes, ist sittenwidrig und daher gem § 879 ABGB unwirksam („Gleichbehandlungsgebot").[7] Eine *solche Ungültigkeit* ist vom Firmenbuchgericht *von Amts wegen* wahrzunehmen und führt zu einem Verbesserungsauftrag bzw, wenn diesem nicht nachgekommen wird, zur Abweisung des Antrages auf Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch (§ 17 FBG).

Strittig ist jedoch die Beziehung einer solchen Aufgriffsregelung (allenfalls mit Bestimmung des Übernahmspreises) zum *§ 26 KO*. Im Abs 3 leg cit wird bestimmt, dass der Masseverwalter an Anträge des Gemeinschuldners, die vor der Konkurseröffnung noch nicht angenommen worden sind, nicht gebunden ist. Einige Kommentatoren in Österreich sehen in einem Aufgriffsrecht, welches im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern zusteht, ein Anbot des Gemeinschuldners, also einen *„Antrag"* iSd § 26 Abs 3 KO, an welchen der Masseverwalter im Konkurs des Gesellschafters demnach nicht gebunden ist.[8] Von vornherein kann dieser Ansicht nicht widersprochen werden, liegt doch dem Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter das Anbot des mit dem Aufgriffsrecht belasteten Gesellschafters auf Übertragung seines Gesellschaftsanteiles zugrunde.

Dies würde sogar bedeuten, dass nicht nur ein mit einem begünstigten Übernahmspreis ausgestattetes, sondern jedes Aufgriffsrecht unwirksam wäre. IdZ sind allerdings die *gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten*, die mit den in Gesellschaftsverträgen begründeten Aufgriffsrechten verbunden sind, zu beachten. Dies ist notwendig, um die *insolvenzrechtliche Beurteilung* auf solider Grundlage vornehmen zu können.

Nur für den Fall, dass die Untersuchung ergibt, dass Aufgriffsrechte trotz § 26 Abs 3 KO wirksam sind, ist der weiteren Frage nachzugehen, was genau das Gebot der Gleichbehandlung des konkursbedingten Ausscheidens und der übrigen Fälle des Ausscheidens von Gesellschaftern beinhaltet; insb ist auch zu klären, ob der Übernahmspreis für alle Fälle des Ausscheidens *generell reduziert* werden kann.

Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit der aufgeworfenen Frage in Bezug auf *GmbH- und Personengesellschaftsverträge*. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung der Rechtswirksamkeit solcher Regelungen zu gleichförmigen Ergebnissen sowohl bei den Personengesellschaften wie auch im GmbH-Bereich führen muss. Denn die diesbezüglichen Abwägungsfragen sind, wie insb der OGH,[9] *Rüffler*[10] und *Kalss/Eckert*[11] zu Recht betonen, jedenfalls im Personengesellschafts- und GmbH-Bereich unabhängig von der Gesellschaftsform. Dies deckt sich auch damit, dass der Gesellschaftsvertrag sowohl der Personengesellschaft wie auch der GmbH personalistisch ausgestaltet sein kann.[12] Somit kön-

[7] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3], Anh § 71 Rz 18; *Schmidsberger*, Beschränkungen, 121; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I[3] (2003) Art 7 Nr 15, 16 Rz 23; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] (1990) 131; *Roth/Fitz/Murschitz*, Unternehmensrecht[2] (2006) Rz 360; OGH 16.3.2007, 6 Ob 142/05h mwN.

[8] *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 619; *Nitsche*, Insolvenzvorsorge, 194; *Höller*, ZIK 2004, 154 f; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I[4] (2000) § 26 KO Rz 19; *Duursma-Kepplinger/Duursma*, Aufgriffs- und Andienungsrechte, 189 ff.

[9] OGH 16.3.2007, 6 Ob 142/05h.

[10] *Rüffler*, WBl 2008, 258.

[11] *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, 94.

nen jeweils Erkenntnisse aus dem Bereich der Personengesellschaften auch für die GmbH und umgekehrt nutzbar gemacht werden. Am Ende werde ich diese Frage noch kurz in Bezug auf Aufgriffsrechte iZm AG-Satzungen erörtern.[13]

II. Unwirksamkeit des Aufgriffsrechtes für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters wegen § 26 Abs 3 KO?

1. Meinungsstand

1.1. Breites Meinungsspektrum

Die Zulässigkeit von in GmbH-Gesellschaftsverträgen begründeten Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters ist *strittig*:

Der *OGH* hat diese Frage bislang zweimal, nämlich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1999[14] und in der bereits erwähnten ganz aktuellen Entscheidung aus dem Jahre 2007[15] ausdrücklich offengelassen. 1980 hat der OGH[16] eine Entscheidung des OLG Wien,[17] wonach ein in einem GmbH-Gesellschaftsvertrag verankertes Übertragungsgebot nicht für den Masseverwalter im Gesellschafterkonkurs gelte, für nicht „*offenbar gesetzwidrig*" iSd § 16 AußStrG (aF) gehalten. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, dass die Entscheidung rechtmäßig gewesen ist.[18]

Das OLG Wien hat seine soeben erwähnte Entscheidung,[19] welche vom OGH für nicht offenbar gesetzwidrig gehalten wurde, damit begründet, dass der Geschäftsanteil mit der Konkurseröffnung in die Konkursmasse falle; der Masseverwalter sei zur Ausübung der diesbezüglichen Rechte befugt, wobei eine Immunisierung des Geschäftsanteils gegenüber den Gläubigern im Konkurs des Gesellschafters nicht zulässig sei. Dieselbe Meinung vertreten das OLG Graz[20] sowie das OLG Linz.[21] Nach dieser Entscheidung des OLG Linz sei § 26 Abs 3 KO für solche Aufgriffsrechte einschlägig und seien diese daher nicht rechtswirksam. Hingegen hat das OLG Innsbruck in drei Entscheidungen aus den Jahren 1985, 1986 und 2003 solche Aufgriffsrechte in GmbH-Gesellschaftsverträgen auch im Verhältnis zum Masseverwalter für zulässig angesehen.[22] Das OLG Innsbruck stützt seine Ansicht auf deutsche Judikatur und Literatur; weiters wird ins Treffen geführt, dass der Gesellschaftsvertrag den Geschäftsanteil von vornherein nur mit dieser Belastung entstehen lasse.[23]

In der *Lehre* werden zu dieser Frage *gegensätzliche Positionen* bezogen:

Ein Teil der österreichischen Lehre, namentlich *Reich-Rohrwig, Nitsche, Höller, Gamerith* und *Duursma-Kepplinger/Duursma*[24] sehen in einem für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters begründeten Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter einen Fall des *§ 26 Abs 3 KO*. Nach dieser Bestimmung sei der Masseverwalter an Anträge des Gemeinschuldners nicht gebunden, weshalb nach dieser Ansicht solche Aufgriffsrechte unwirksam seien.

Zu dieser Position gibt es eine „*Gegenbewegung*", die gerade in jüngster Zeit stärker wird: Während *Koppensteiner*[25] in seinem GmbHG-Kommentar schon immer für die Wirksamkeit solcher Aufgriffsrechte im Falle des Konkurses eines Gesellschafters eingetreten ist, haben *Kastner/Doralt/Nowotny*[26] gegenüber solchen gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten dann keine Bedenken erhoben, wenn die Übernahme zu einem dem wahren Wert entsprechenden Preis erfolgt. Auch die in jüngster Zeit publizierten Lehrmeinungen, namentlich jene von *Koppensteiner/Rüffler*,[27] *Schmidsberger*,[28] *Hager-Rosenkranz*[29], *Fantur*[30] und *Kalss/Eckert*[31] gehen von der *Zulässigkeit solcher Aufgriffsrechte* im Insolvenzfall eines Gesellschafters aus. Ein Teil dieser Autoren hat auch keine Bedenken dagegen, dass ein solches Aufgriffsrecht zu einem im Gesellschaftsvertrag definierten, unter dem wahren Verkehrswert liegenden Übernahmspreis ausgeübt werden kann;[32] die Höhe des Übernahmspreises darf jedoch für den Insolvenzfall nicht niedriger sein als bei sonstigen Fällen des Ausscheidens.[33]

1.2. Die Meinung Rüfflers

In einer ganz aktuellen Arbeit hat sich *Rüffler* mit dieser Thematik sehr ausführlich auseinandergesetzt.[34] Er tritt für die Zulässigkeit solcher Aufgriffsrechte für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters ein. Seine Hauptargumente sind:

- Der Geschäftsanteil entstehe durch die Satzung der GmbH. Der Geschäftsanteil trete in der durch die Satzung geprägten Ausgestaltung in das Vermögen des Gesellschafters, was auch der Masseverwalter gegen sich gelten lassen müsse. Voraussetzung sei aber, dass es sich um materielle (korporative/echte) und nicht nur um formelle (unechte/nicht korporative), lediglich schuldrechtlich wirkende Satzungsklauseln handelt.
- Der Geschäftsanteil sei ein Bündel von Rechten und Pflichten, weshalb nicht einzelne Pflichten daraus herausgelöst und als Anträge iSd § 26 Abs 3 KO qualifiziert werden können. Außerdem sei § 26 Abs 3 KO nur für zweiseitige und daher nicht für mehrseitige Rechtsgeschäfte – um solche handelt es sich bei Gesellschaftsverträgen – anwendbar, was sich aus der Überschrift zu den §§ 21 bis inklusive 26 KO („*Erfüllung von zweiseitigen Rechtsgeschäften*") ergebe.

[12] Siehe FN 4.
[13] Siehe Pkt IV.
[14] OGH 25.2.1999, 6 Ob 241/98d, RdW 1999, 410.
[15] OGH 16.3.2007, 6 Ob 142/05h.
[16] OGH 20.2.1980, 6 Ob 21/79, NZ 1981, 8.
[17] OLG Wien 19.11.1979, 5 R 119/79.
[18] *Rüffler*, WBl 2008, 354.
[19] Siehe FN 17.
[20] OLG Graz 21.4.2005, 4 R 64/05x, referiert in OGH 16.3.2007, 6 Ob 142/05h.
[21] OLG Linz 28.4.1998, 2 R 80/98t, referiert in OGH 25.2.1999, 6 Ob 241/98d.
[22] OLG Innsbruck 31.1.1985, 5 R 264/84, NZ 1987, 323; 7.10.1986, 5 R 288/86, NZ 1987, 321 = HS 16.318; 30.9.2003, 3 R 136/03d, referiert in OGH 27.4.2004, 6 Ob 271/03a.
[23] OLG Innsbruck 31.1.1985, 5 R 264/84.
[24] Siehe FN 8.
[25] *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² (1999) § 76 Rz 10.
[26] *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 423.
[27] *Kopensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 76 Rz 10.
[28] *Schmidsberger*, Beschränkungen, 120 f.
[29] *Hager-Rosenkranz*, WBl 2006, 257.
[30] *Fantur*, GeS 2007, 188 (Entscheidungsanmerkung).
[31] *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, 94 f.
[32] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 76 Rz 10 mwN.
[33] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 76 Rz 10 mwN; *Schmidsberger*, Beschränkungen, 121
[34] *Rüffler*, WBl 2008, 353 ff.

- Gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen, wonach ein Gesellschafter einer OG bzw KG im Falle seines Konkurses aus der Gesellschaft ausscheidet, seien unstrittig zulässig. Der Gesetzgeber (insb jener des UGB) habe dies nicht beanstandet.

Gegen das zentrale Argument *Rüfflers*, wonach der Geschäftsanteil durch den Gesellschaftsvertrag gestaltet und in dieser Form ins Vermögen des Gesellschafters tritt, könnte allerdings folgender *Einwand* erhoben werden: Gleichzeitig mit dem Kauf einer Liegenschaft wird ein *Wiederkaufs- und/oder Vorkaufsrecht* zugunsten des Verkäufers oder auch zugunsten einer dritten Person vereinbart und im Grundbuch einverleibt. Dieses Wiederkaufs- bzw Vorkaufsrecht wird, wie erwähnt, gleichzeitig mit dem Kauf der Liegenschaft begründet. Diese Liegenschaft tritt also ebenfalls in dieser Ausgestaltung, nämlich mit der Belastung durch das Wiederkaufs- bzw Vorkaufsrecht, in das Vermögen des Käufers; außerdem handelt es sich durch die Verbücherung um ein absolut, gegenüber jedem Dritten wirkendes Recht. Die Situation ist also durchaus vergleichbar mit dem von vornherein durch das Aufgriffsrecht belasteten Geschäftsanteil. Und dennoch wird im insolvenzrechtlichen Schrifttum die Meinung vertreten, dass ein solches an einer Liegenschaft begründetes Wiederkaufs- bzw Vorkaufsrecht im Konkurs des damit belasteten Liegenschaftseigentümers erlischt.[35] Vor diesem Hintergrund soll die aufgeworfene Problematik noch weiter und vertieft untersucht werden.

2. Eigene Stellungnahme

2.1. Besonderheiten gesellschaftsvertraglich begründeter Aufgriffsrechte

Um in dieser Frage noch mehr Klarheit zu erhalten, sind die *gesetzgeberischen Wertungen* aufzuspüren.

IdZ rückt die Bestimmung des *§ 76 Abs 4 GmbHG* ins Blickfeld. Diese Bestimmung besagt – kurz zusammengefasst – Folgendes: Wenn ein Geschäftsanteil, der nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar ist – also ein vinkulierter Anteil –, im Exekutionsverfahren verkauft werden soll, hat das *Exekutionsgericht* den *Schätzwert des Geschäftsanteiles* festzustellen und von der Bewilligung des Verkaufes auch die Gesellschaft und alle Pfandgläubiger unter Bekanntgabe des festgestellten Schätzungswertes zu benachrichtigen. Wenn der Geschäftsanteil nicht innerhalb von 14 Tagen nach Benachrichtigung der Gesellschaft durch einen von der Gesellschaft zugelassenen Käufer gegen Bezahlung eines den Schätzungswert erreichenden Kaufpreises übernommen wird, so erfolgt der Verkauf, ohne dass zu dieser Übertragung des Anteiles dann die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich wäre.

Vorerst ist festzuhalten, dass § 76 Abs 4 GmbHG nicht nur für das Exekutionsverfahren, sondern auch für das *Konkursverfahren* gilt,[36] und zwar sowohl für den gerichtlichen wie auch für den freihändigen Verkauf des Geschäftsanteiles durch den Masseverwalter.[37] Aus dieser Bestimmung lassen sich nun zwei interessante Feststellungen ableiten: *Erstens* ist festzuhalten, dass ein „gewöhnlicher" (also nicht insolventer) GmbH-Gesellschafter, der die Zustimmung zur Übertragung seines vinkulierten Geschäftsanteiles von der Gesellschaft nicht erhält, die Zustimmung bei Gericht erzwingen kann, wenn ausreichende Gründe für die Verweigerung der Zustimmung nicht vorliegen und die Übertragung ohne Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Gesellschafter und der Gläubiger erfolgen kann (§ 77 GmbHG).[38] Trotz erteilter gerichtlicher Zustimmung kann die Übertragung nach der soeben genannten Gesetzesbestimmung dennoch nicht stattfinden, wenn die Gesellschaft innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Entscheidung dem betreffenden Gesellschafter mitteilt, dass sie die Übertragung des betreffenden Geschäftsanteiles zu den *gleichen Bedingungen*, wie sie vom *dritten Kaufinteressenten* geboten werden, an einen anderen von ihr bezeichneten Erwerber gestatte.[39] Diese Möglichkeit ist dem *Masseverwalter* im Konkurs des insolventen Gesellschafters gem § 76 Abs 4 GmbHG *verwehrt*: Der Geschäftsanteil kann von einem von der Gesellschaft zugelassenen Käufer gegen Bezahlung eines den *Schätzwert erreichenden Kaufpreises* übernommen werden.[40] Dem Masseverwalter ist es also nicht gestattet, die Zustimmung zur Veräußerung des vinkulierten Geschäftsanteiles des insolventen Gesellschafters an einen interessierten Dritten zu erwirken, um dadurch in die Lage versetzt zu werden, dass die Masse den vom Dritten gebotenen (allenfalls über dem Schätzwert liegenden) Kaufpreis – wie dies § 77 GmbH für den solventen Gesellschafter vorsieht – lukrieren kann. Zwischen den gegensätzlichen Interessen der Gläubiger einerseits sowie der Gesellschafter und der Gesellschaft andererseits wählt hier das Gesetz einen *ausgleichenden Mittelweg*: Durch diese Lösung ist gewährleistet, dass die Übernahme des Geschäftsanteiles durch einen der Gesellschaft genehmen Käufer *rasch* und zu *kalkulierbaren Konditionen* erfolgen kann. Dadurch wird der Bestand der Gesellschaft und des von ihr betriebenen Unternehmens mit all den daran geknüpften Konsequenzen geschützt und gestärkt. Dieses Ziel zu verfolgen ist ebenso wichtig wie der Schutz der Gläubiger. Die vom Gesetz gewählte Lösung ist daher, wie auch *Höller*[41] und *Rüffler*[42] attestieren, überzeugend.

Ein ähnliches Bild vermittelt der Blick in das *UGB*. Die OG erlischt grundsätzlich durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters oder durch die rechtskräftige Ablehnung der Eröffnung mangels Masse (§ 131 Z 5 UGB);[43] dasselbe gilt für die KG (§ 161 Abs 2 iVm § 131 Z 5 UGB).[44] Den verbleibenden Gesellschaftern steht jedoch schon kraft Gesetzes das Recht zu, den *Fortbestand der Gesellschaft zu beschließen*, was gegenüber dem Masseverwalter zu erklären ist (§ 141 Abs 1 und 3 UGB).[45] Der aus einer

[35] *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Loseblatt) § 26 KO Rz 80, 91 f; *Engelhart*, Das Wiederkaufsrecht im Exekutions- und Insolvenzverfahren, NZ 1987, 273 (276 f); aA *Aicher* in *Rummel*, ABGB³, § 1070 Rz 15.

[36] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 76 Rz 8; *Rüffler*, WBl 2008, 354; *Höller*, ZIK 2004, 154; *Hager-Rosenkranz*, WBl 2006, 257; *Schmidsberger*, Beschränkungen, 119 f.

[37] *Höller*, ZIK 2004, 154.

[38] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 77 Rz 3 f.

[39] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 77 Rz 5.

[40] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 76 Rz 32.

[41] *Höller*, ZIK 2004, 154.

[42] *Rüffler*, WBl 2008, 358.

[43] *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I³, § 131 Rz 18; *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar (2007) § 131 UGB Rz 5.

[44] *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I³, § 161 Rz 12; OGH 3.10.1956, 3 Ob 450/56, SZ 29/68.

Personengesellschaft ausscheidende Gesellschafter erhält gem § 137 Abs 2 UGB[46] ein *Auseinandersetzungsguthaben*, dessen Höhe sich danach orientiert, was der Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft im Zeitpunkt seines Ausscheidens erhalten hätte; soweit erforderlich, ist eine Schätzung vorzunehmen.[47] Dies gilt für alle Fälle des Ausscheidens aus der Gesellschaft wie zB bei Selbstkündigung und Ausschluss; insb aber auch beim *konkursbedingten Ausscheiden eines Gesellschafters*.[48] Auch hier treten wieder die ähnlichen Wertungen des Gesetzgebers, die uns bereits im § 76 Abs 4 GmbHG begegnet sind, zutage: Dem UGB-Gesetzgeber war bekannt, dass Personengesellschaftsverträge sehr oft die Übertragung von Gesellschaftsanteilen innerhalb eines bestimmten Personenkreises (zB Mitgesellschafter) genehmigungsfrei zulassen. Der austrittswillige „gewöhnliche" Gesellschafter hat bei dieser gesellschaftsvertraglichen Situation die Möglichkeit, seinen Gesellschaftsanteil an eine dem begünstigten Personenkreis angehörende Person um einen den Schätzwert übersteigenden Betrag genehmigungsfrei zu verkaufen. Diese Möglichkeit steht nach dem klaren Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen (§ 131 Z 5, § 141 UGB) dem Masseverwalter *nicht* zu. Durch die gesetzliche Regelung ist wiederum gewährleistet, dass der Schwebezustand, der durch die Beteiligung des Masseverwalters eintritt, möglichst *rasch zu überschaubaren Konditionen* beendet wird.

2.2. Zwischenergebnis

Die im Widerstreit der Interessen zwischen den Gläubigern einerseits und den Gesellschaftern bzw der Gesellschaft andererseits vom Gesetz gewählte Lösung des *Interessensausgleiches* ist selbstredend über *jeden Verdacht der unzulässigen Gläubigerbenachteiligung erhaben*. Diese klar zutage tretende *Grundwertung des Gesetzgebers* ist sachgerecht. Sie überzeugt, da sie einen vermittelnden Ausgleich zwischen legitimen, aber oft gegensätzlichen Interessen der Gläubiger einerseits und der Gesellschafter und damit des Unternehmens andererseits sucht.[49] Dies ist *verallgemeinerungsfähig* und muss dann auch für Regelungen in GmbH- und Personengesellschaftsverträgen gelten, die für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters bezüglich seines Gesellschaftsanteiles ein Aufgriffsrecht zugunsten der anderen Gesellschafter bzw sein Ausscheiden aus der Gesellschaft gegen Bezahlung eines Übernahmspreises bzw Abfindungsbetrages in Höhe des Schätzwertes vorsehen, und zwar unabhängig davon, ob der Gesellschaftsanteil vinkuliert ist bzw einer Übertragungsbeschränkung unterliegt oder nicht. Solche gesellschaftsvertraglichen Regelungen sind daher – und zwar auch dem Masseverwalter gegenüber – als *wirksam* anzusehen, da sie den *gesetzlichen Wertungen entsprechen* und das Gesetz selbst in Teilbereichen gleiche oder ähnliche Bestimmungen enthält. Somit erweist sich die Meinung *Rüfflers* und der weiteren Autoren,[50] die solche Aufgriffsrechte als konkursfest ansehen, nicht nur aus den von ihnen vorgetragenen Gründen, sondern auch unter diesen *wertungsjuristischen Gesichtspunkten* als überzeugend und richtig.

Zur Frage, ob der Übernahmspreis gesellschaftsvertraglich unter den Schätzwert herabgesetzt werden kann, siehe sogleich (Abschnitt III).

2.3. Insolvenzrechtliche Einordnung des Aufgriffsrechtes im Falle des Konkurses eines Gesellschafters

Zu untersuchen ist noch die Frage, wie solche Aufgriffsrechte konkursrechtlich einzuordnen sind.

Die Aussonderungsansprüche werden gesetzlich in § 44 KO wie folgt definiert:

„Befinden sich in der Konkursmasse Sachen, die dem Gemeinschuldner ganz oder zum Teile nicht gehören, so ist das dingliche oder persönliche Recht auf Aussonderung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen."

§ 11 Abs 1 KO bestimmt, dass *Aussonderungsansprüche* von der Konkurseröffnung *nicht* berührt werden.[51] Wenn nun das Gesetz in § 76 Abs 4 GmbHG dem von der Gesellschaft zugelassenen Käufer bzw in § 141 iVm § 137 UGB den übrigen Gesellschaftern das gegen den Masseverwalter durchsetzbare Recht einräumt, gegen Bezahlung des Schätzwertes den GmbH-Geschäftsanteil zu übernehmen bzw das Ausscheiden des Personengesellschafters zu begehren, so gehört zwar der *Wert* des Gesellschaftsanteiles *zur Konkursmasse, nicht* aber der *Gesellschaftsanteil selbst*. Es liegt nahe, darin ein *Aussonderungsrecht* bezüglich des Gesellschaftsanteiles des insolventen Gesellschafters zu sehen, welches freilich nur *gegen Bezahlung des Schätzwertes* geltend gemacht werden kann. Dass Zug um Zug gegen Ausübung des Aussonderrungsrechts eine Leistung in die Masse zu bewirken ist, ist kein Einzelfall: Hat der Gemeinschuldner oder der Masseverwalter Aufwendungen für den der Aussonderung unterliegenden Gegenstand gemacht, so steht der Masse ein entsprechender Anspruch zu, bis zu dessen Befriedigung der Aussonderungsgegenstand zurückbehalten werden kann; dies bestimmt § 44 Abs 3 KO.[52] Nicht anders verhält es sich beim Eigentumsvorbehalt: Wird die Vorbehaltssache im Wege der Aussonderung beansprucht, sind die sich aus dem Vertrag ergebenden Ansprüche der Masse zu befriedigen.[53] Wenn nun – wie soeben nachzuweisen versucht wurde – auch eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die ein Aufgriffsrecht für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters vorsieht, zulässig und wirksam ist, dann ist die Schlussfolgerung berechtigt, auch dies als *Aussonderungsanspruch iSd § 44 KO* zu qualifizieren. Der Gesellschaftsanteil hat, wie *Rüffler*[54] und auch schon das OLG Innsbruck in der Entscheidung aus 1985[55] zu Recht betonen, bereits in dieser Ausgestaltung und Prägung in das Vermögen des Gemeinschuld-

[46] *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar, § 141 UGB Rz 1; *Weigand*, Die eingetragene Personengesellschaft, in *Dehn/Krejci*, Das neue UGB (SWK-Sonderheft 2005) 63 (77 f).

[47] § 137 Abs 2 UGB entspricht – abgesehen von stilistischen Änderungen – exakt dem bisherigen Art 7 Nr 15 Abs 3 der 4. EVHGB, sodass die bisherige Kommentarliteratur weiterhin herangezogen werden kann (*Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar, § 137 UGB Rz 1).

[48] *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I³, Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 10 mwN; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB (1997) § 138, Art 7 Nr 15, 16 Rz 22 mwN.

[49] *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I³, Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 3; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB, § 138, Art 7 Nr 15, 16 Rz 14.

[49] Diese gesetzgeberische Wertung ausdrücklich billigend *Höller* und *Rüffler* (siehe FN 41 und 42).

[50] Siehe FN 25 bis 34.

[51] *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 456.

[52] *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht, 444 f; OGH 3.9.1952, 3 Ob 475/52, SZ 25/227.

[53] *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 44 KO Rz 84. IdZ danke ich Herrn Univ.-Prof. Dr. *Bernhard König*, Innsbruck, für ein anregendes Gespräch und insb für den Hinweis auf den Eigentumsvorbehalt.

ners Eingang gefunden. Es kann somit ganz iSd Aussonderungsbestimmung des § 44 KO gesagt werden, dass zum Vermögen des Gemeinschuldners nicht der Gesellschaftsanteil selbst, sondern nur der *Wert desselben* gehört. Diese rechtliche Qualifikation als Aussonderungsrecht wird noch dadurch gestützt, dass es sich bei einer solchen gesellschaftsvertraglichen Regelung um ein *absolutes Recht* handelt, welches vom potenziellen Gläubiger durch Einsicht in den Gesellschaftsvertrag, welcher bei der GmbH sogar im Firmenbuchakt erliegt, relativ leicht in Erfahrung gebracht werden kann. Dieses Ergebnis ist also auch unter *Publizitätsaspekten* nicht zu beanstanden.

III. Reduktion des Übernahmspreises – Notwendigkeit der Gleichbehandlung der Ausscheidungsfälle

1. Die aktuelle OGH-Entscheidung 6 Ob 142/05h[56]

Der wesentliche Sachverhalt dieser Entscheidung kann wie folgt umrissen werden: Für den Fall der Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters steht laut Gesellschaftsvertrag den übrigen Gesellschaftern – es handelt sich um eine GmbH – ein Aufgriffsrecht am Geschäftsanteil des insolventen Gesellschafters zu, wobei der Übernahmspreis bei Ausübung des Aufgriffsrechtes dem Buchwert entspricht. Außerdem ist im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit vorgesehen, dass jeder Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis aufkündigen kann, wobei den übrigen Gesellschaftern ebenfalls ein Aufgriffsrecht gegen Bezahlung eines Übernahmspreises in Höhe des Buchwertes zusteht. Weitere Fälle eines Aufgriffsrechtes oder des Ausscheidens eines Gesellschafters sieht der neu gefasste Gesellschaftsvertrag nicht vor. Der OGH führt aus, dass der Kündigungsfall nicht vergleichbar sei mit dem Konkursfall, da der kündigende Gesellschafter nicht kündigen müsse, sondern vorher versuchen könne, den Geschäftsanteil (laut Gesellschaftsvertrag offenbar genehmigungsfrei) an einen Mitgesellschafter oder mit gem § 77 GmbHG gerichtlich ersetzbarer Zustimmung an Dritte zu veräußern. Schließlich führt der OGH in dieser Entscheidung auch aus, dass es in Österreich und Deutschland der hM entspricht, wonach eine Regelung im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft oder einer GmbH wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig ist, wenn sie den Entgeltanspruch eines Gesellschafters im Wesentlichen nur für den Fall seines durch Konkurseröffnung bedingten Ausscheidens, nicht aber in einem *vergleichbaren* Fall auf weniger als den Verkehrswert (Schätzwert) beschränkt (Zitate siehe OGH-Entscheidung). So weit der Sachverhalt.

2. Die Meinung Rüfflers

Rüffler setzt sich in seiner bereits erwähnten Arbeit[57] ausführlich mit dieser OGH-Entscheidung auseinander. Er widerspricht dieser Entscheidung im Wesentlichen mit folgenden Argumenten:

- Nach einer in der österreichischen gesellschaftsrechtlichen Literatur vertretenen Meinung werde die Selbstkündigung als ein dem Aufgriffsrecht im Konkursfall vergleichbarer Fall angesehen, welcher die Sittenwidrigkeit bei „parallelen" Übernahmsbedingungen ausschließt.
- In Deutschland gelte als vergleichbarer Fall der Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund. Wenn in diesem Fall eine Abfindungsbeschränkung vereinbart sei, so könne diese Reduktion des Übernahmspreises auch für den Fall der Ausübung des Aufgriffsrechtes anlässlich des Konkurses eines Gesellschafters wirksam vereinbart werden. Keinesfalls müsse die Abfindungsbeschränkung für alle Gründe des Ausscheidens gelten.
- *Rüffler* sieht in der Selbstkündigung einen Fall, der dem Aufgriffsrecht bei Konkurs des Gesellschafters vergleichbar ist. Er begründet dies damit, dass es insb bei Minderheitsbeteiligungen oft schwierig sei, einen Anteilskäufer zu finden, weshalb dann nur die Selbstkündigung möglich ist. Mit dem deutschen BGH sieht *Rüffler* neben dem Aufgriffsrecht für den Konkursfall den Ausschluss aus wichtigem Grund, aber auch die Selbstkündigung als vergleichbar an. Folglich rechtfertigt nach *Rüffler* die Reduktion des Übernahmspreises für den Fall der Selbstkündigung oder für den Fall des Ausschlusses aus wichtigem Grund auch die Reduktion des Übernahmspreises für den Fall des Konkurses des Gesellschafters.

3. Eigene Stellungnahme

Es geht um folgende Fragen:

- Kann der Übernahmspreis gesellschaftsvertraglich überhaupt unter den Schätzwert herabgesetzt werden?
- Wenn ja: Ist die Herabsetzung des Übernahmspreises auch für den Fall des konkursbedingten Ausscheidens eines Gesellschafters zulässig? Was ist ein dem konkursbedingten Ausscheiden eines Gesellschafters vergleichbarer Fall?

Im Falle des Konkurses eines Gesellschafters einer Personengesellschaft können die übrigen Gesellschafter gem § 141 UGB die *Fortsetzung der Gesellschaft* beschließen, wobei der insolvente Gesellschafter einen Abschichtungsbetrag erhält[58] und aus der Gesellschaft ausscheidet. Für die Höhe desselben ist § 137 UGB einschlägig: Nach dieser Bestimmung erhält ein Gesellschafter *ganz allgemein* anlässlich seines Ausscheidens aus der Gesellschaft – also unabhängig vom Grund seines Ausscheidens, somit insb auch bei konkursbedingtem Ausscheiden – einen Abschichtungsbetrag in Höhe des Schätzwertes.[59] Allerdings ist seit langem unbestritten, dass dieser Abschichtungsbetrag *gesellschaftsvertraglich modifiziert* und insb auch *unter den Schätzwert* reduziert werden kann. Die Abfindungsregelung des § 137 UGB ist also *disponibel*.[60] Dies war auch dem UGB-Gesetzgeber des Jahres 2005 bekannt. Dennoch hat er an der – bekanntermaßen – *disponiblen* Abfindungsregelung nichts geändert, obwohl sie auch für die Abschichtung anlässlich des konkursbedingten Ausscheidens gilt.[61] Folglich muss die Reduktion des Abfindungsbetrages

[54] *Rüffler*, WBl 2008, 356 f.
[55] Siehe FN 23.
[56] Siehe FN 4.
[57] *Rüffler*, WBl 2008, 353 ff. Im Wesentlichen dasselbe Ergebnis vertretend *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, 98.
[58] Siehe FN 48.
[59] Siehe FN 47.
[60] *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I[4], Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 2; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB, § 138, Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 13, 34 und 37.

unter den Schätzwert grundsätzlich als zulässig angesehen werden. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, gibt es bei der Beurteilung der Frage der Zulässigkeit von Aufgriffsregelungen keinen Unterschied zwischen der Personengesellschaft und der GmbH,[62] sodass die hier gezogenen Schlussfolgerungen für *beide Gesellschaftsformen gleichermaßen* gelten. Aber auch hier gilt wieder der Grundsatz, dass die geschilderten Rechtsfolgen nur eintreten, wenn die entsprechenden Regelungen *echte Satzungsbestandteile* und nicht nur zwischen den Gesellschaftern getroffene schuldrechtliche Vereinbarungen darstellen.

Voraussetzung für die Zulässigkeit ist natürlich, dass diese Reduktion nicht allein für den Fall des Ausscheidens infolge Gesellschafterkonkurses normiert ist.[63]

Es erhebt sich nun die Frage, welcher Fall bzw welche Fälle in Bezug auf die Reduktion des Übernahmspreises *vergleichbar* sind mit dem konkursbedingten Ausscheiden. Gehen wir von folgendem Sachverhalt aus: Es besteht eine KG. Laut Gesellschaftsvertrag ist die Übertragung von Kommanditanteilen an Mitgesellschafter genehmigungsfrei zulässig. Bezüglich der Gründe für die Auflösung der Gesellschaft verweist der Gesellschaftsvertrag auf das Gesetz. Demnach (§ 161 Abs 2 iVm § 131 UGB) wird die Gesellschaft aufgelöst durch Zeitablauf, Gesellschafterbeschluss, Konkurs der Gesellschaft selbst, durch gerichtliche Entscheidung, Tod oder Konkurs eines Gesellschafters oder Kündigung durch einen Gesellschafter. Bei dieser gesellschaftsvertraglichen Konstellation könnte ein Gesellschafter, der aus der Gesellschaft ausscheiden will, versuchen, seinen Gesellschaftsanteil genehmigungsfrei an einen Mitgesellschafter um einen den Schätzwert übersteigenden Kaufpreis zu verkaufen, bevor er das Gesellschaftsverhältnis kündigt und damit auf die Abfindungsregelung des § 137 UGB verwiesen ist. Verfällt hingegen derselbe Gesellschafter in Konkurs, so ist dies dem Masseverwalter verwehrt. Der Gemeinschuldner scheidet nach dem klaren Wortlaut des § 141 UGB aus der Gesellschaft aus, ohne dass der Masseverwalter die Möglichkeit hätte, zu versuchen, den Gesellschaftsanteil an einen Mitgesellschafter genehmigungsfrei über dem Schätzwert zu verkaufen. Dies ist deshalb erwähnenswert, da dem UGB-Gesetzgeber des Jahres 2005, der insb auch die §§ 141, 137 UGB redaktionell geändert hat, sehr wohl bekannt war, dass Personengesellschaftsverträge häufig die genehmigungsfreie Abtretung von Gesellschaftsanteilen an bestimmte Personen (zB Mitgesellschafter) vorsehen. Dennoch hat der Gesetzgeber diese gesetzliche Regelung inhaltlich unverändert aufrecht belassen und somit in Kauf genommen, dass der Masseverwalter in den Möglichkeiten der Verwertung des Gesellschaftsanteiles des Gemeinschuldners beschnitten ist im Vergleich zu den Möglichkeiten eines Gesellschafters, der die Wahl hat zwischen genehmigungsfreiem Verkauf an Mitgesellschafter oder Selbstkündigung. Das Gesetz nimmt also diesen Unterschied in den Verwertungsmöglichkeiten in Kauf, woraus der Schluss zu ziehen ist, dass die Kündigungsmöglichkeit durch einen Gesellschafter *idZ vergleichbar* ist mit dem konkursbedingten Ausscheiden. Umso mehr muss dies natürlich für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters gelten, da dieser – ebenso wie der in Konkurs verfallene Gesellschafter – von vornherein keine Möglichkeit hat, genehmigungsfrei an einen Mitgesellschafter zu verkaufen.[64]

Es könnte noch eingewendet werden, dass gem § 137 Abs 2 UGB als Abschichtungsbetrag der Schätzwert des Gesellschaftsanteiles zu leisten ist, während bei unserer Fragestellung ein unter dem Schätzwert liegender Betrag als Abfindung bezahlt wird. Dagegen ist jedoch ins Treffen zu führen, dass – wie bereits erwähnt – die Abschichtungsregelung des § 137 Abs 2 UGB (vormals Art 7 Nr 15 Abs 3 der 4. EVHGB) seit langem und unbestritten als disponibel angesehen wird. Auch dies war dem UGB-Gesetzgeber des Jahres 2005 bekannt, und damit auch der Umstand, dass der Abschichtungsbetrag gesellschaftsvertraglich häufig für alle Falle des Ausscheidens, somit auch für den Fall des konkursbedingten Ausscheidens, reduziert wird. Dennoch hat der Gesetzgeber an dieser Regelung unverändert festgehalten.

Da in diesem Bereich zwischen einer Personengesellschaft und einer GmbH, wie schon oben ausgeführt wurde, ein Gleichklang besteht, sind diese Grundsätze somit auch auf den GmbH-Bereich anzuwenden.

Somit ist insb die Aufgriffsregelung im Falle der Selbstkündigung durch einen Gesellschafter, aber auch das Aufgriffsrecht bei Tod oder Ausschluss eines Gesellschafters *vergleichbar* mit dem Aufgriffsrecht bei Konkurs eines Gesellschafters.

Nach der in Österreich und Deutschland hA ist eine Satzungsbestimmung einer Personengesellschaft oder einer GmbH wegen Gläubigerbenachteilung gem § 879 Abs 1 ABGB bzw § 138 Abs 1 BGB *nichtig*, wenn – wie der OGH[65] wörtlich zusammenfasst – „*sie den Entgeltanspruch eines Gesellschafters im Wesentlichen nur für den Fall seines durch Konkurseröffnung bedingten Ausscheidens, nicht aber in einem vergleichbaren Fall auf weniger als den Verkehrswert beschränkt*". Diese Meinungen hat der OGH referierend wörtlich so dargestellt und seiner bereits erwähnten Entscheidung zugrunde gelegt. Daraus folgt, dass schon *ein* weiterer *vergleichbarer Fall* des Ausscheidens (zB Selbstkündigung, Ausschluss oder Tod) die Sittenwidrigkeit der konkursbedingten Aufgriffsregelung ausschließt, wenn der Übernahmspreis in beiden Fällen *in gleicher Weise* reduziert ist.

IV. Exkurs: Aktiengesellschaft

In der Satzung einer AG ist es rechtlich nicht möglich, Aufgriffsregelungen als *echte Bestandteile der Satzung* aufzunehmen. Dies kann nur auf schuldrechtlicher Basis erfolgen.[66]

Solche Regelungen haben also keine absolute Wirkung gegenüber Dritten; sie wirken nur unter den Gesellschaftern obligatorisch. Ein potenzieller Gläubiger muss also nicht damit rechnen, dass in einer Satzung entsprechende Bestimmungen mit absoluter Wirkung gegenüber Dritten enthalten sind. Verkehrsschutzinteressen verbieten es, in diesem Fall ein

[61] Siehe FN 47.

[62] Siehe FN 9 und 10.

[63] *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I², Art 7 Nr 15, 16 Rz 23; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB, § 138, Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 37.

[64] Vgl auch *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, 98.

[65] OGH 16.3.2007, 6 Ob 142/05h mit den zahlreichen Zitaten der diesbezüglich in Österreich und Deutschland hA.

[66] *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 17 Rz 2 und 40; *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, AktG³ (1993) § 62 Rz 1; *Kalss*, Privatautonomie, 12 f; zweifelnd *Nowotny*, Satzungsstrenge im Aktienrecht? in FS Doralt (2004) 411 (417 f).

Aussonderungsrecht gem § 44 KO anzunehmen. Auf eine solche Regelung wäre also, auch wenn sie als unechter Bestandteil in der Satzung enthalten ist, § 26 Abs 3 KO anzuwenden.

V. Zusammenfassung

1. Ein für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters vereinbartes Aufgriffsrecht ist konkursfest, wenn es in einem GmbH- oder Personengesellschaftsvertrag als echter (materieller) Satzungsbestandteil enthalten ist. § 26 Abs 3 KO ist nicht anzuwenden. Den aufgriffsberechtigten übrigen Gesellschaftern steht ein Aussonderungsrecht gegen Bezahlung des Übernahmspreises zu.

2. Die Höhe des anlässlich der Ausübung des Aufgriffsrechtes zu leistenden Übernahmspreises bzw Abfindungsbetrages kann durch entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung auch unter dem Schätzwert angesetzt werden. Voraussetzung ist jedoch, dass jedenfalls für einen weiteren vergleichbaren Ausscheidungsfall (zB Selbstkündigung, Ausschluss oder Tod) der Übernahmspreis mindestens im selben Ausmaß gesellschaftsvertraglich reduziert ist. Eine solche Regelung ist nur sittenwidrig, wenn die Reduktion des Übernahmspreises ausschließlich für den Fall des konkursbedingten Ausscheidens vereinbart wird.

3. Die Begründung solcher Aufgriffsrechte als echte Satzungsbestandteile einer AG ist aktienrechtlich nicht möglich, weshalb schon aus Verkehrsschutzgründen ein Aussonderungsrecht in diesem Fall nicht angenommen werden kann. § 26 Abs 3 KO ist somit für diesen Fall anwendbar.

Der Praxiskommentar zum URÄG 2008

- Die Änderungen im Überblick
- Unabhängigkeit des Abschlussprüfers
- Befangenheit und Ausgeschlossenheit im Netzwerk

Dr. Aslan Milla, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, ist Partner bei PwC, Mitglied zahlreicher Institutionen (z.B. AFRAC) und Präsident des Instituts Österreichischer Wirtschaftsprüfer (IWP).

Dr. Ruth Vcelouch-Kimeswenger, Steuerberaterin, ist Managerin bei PwC sowie Lehrbeauftragte für Privatrecht an der FH des Bfi Wien.

Dr. Martin Weber ist Referent im BMJ in der Abteilung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht und war mit der Erstellung des Ministerialentwurfs und der Regierungsvorlage des URÄG 2008 betraut.

Milla/Vcelouch-Kimeswenger/Weber
2008, 392 Seiten, geb.
ISBN 978-3-7073-1267-6
EUR 68,–

Dieser Praxiskommentar umfasst alle durch das **URÄG 2008** geänderten Bestimmungen, die Materialien sowie die im Justizausschuss erfolgten Änderungen samt Erläuterungen.