NZ 2012/110

Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters*

Das rechtliche Schicksal gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters war schon bisher umstritten. Das IRÄG 2010 hat diesbezüglich zusätzliche Fragen aufgeworfen. In diesem Aufsatz wird versucht, diese umstrittene Thematik einer Lösung zuzuführen. Insbesondere wird auch die Frage beleuchtet, ob ein für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters vereinbarter, unter dem Verkehrswert liegender Übernahmspreis bzw Abschichtungsbetrag insolvenzfest ist.

Von Manfred Umlauft

Inhaltsübersicht:

A. Einleitung und Fragestellung
B. Meinungsstand zum § 26 Abs 3 KO (vor IRÄG 2010)
C. Das IRÄG 2010: neue Fragen und Aspekte
1. Geltung der §§ 25a, 25b IO grundsätzlich auch für Gesellschaftsverträge
2. Die Auswirkungen der §§ 25a, 25b IO (IRÄG 2010) auf Gesellschaftsverträge: bisheriger Meinungsstand
3. Eigene Meinung
4. Keine Sondernormen für die GmbH und AG: Schlussfolgerungen daraus
5. Auslegungstechnik
D. Bestätigung des Ergebnisses durch aus verschiedenen Gesetzesbestimmungen ableitbare Grundwertungen des Gesetzgebers
E. Exkurs: Insolvenzrechtliche Einordnung der Aufgriffsrechte
F. Gesellschaftsvertragliche Reduktion des Abschichtungsguthabens bzw des Übernahmspreises unter den Verkehrswert
1. Die aktuelle OGH-Entscheidung 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h
2. Die Meinung *Rüfflers*
3. Eigene Stellungnahme
4. Exkurs: Aktiengesellschaft
G. Zusammenfassung

A. Einleitung und Fragestellung

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 bzw die Anwachsung des Gesellschaftsanteils des ausgeschiedenen Gesellschafters an diese vorzusehen. Dasselbe gilt auch für den **GmbH-Gesellschaftsvertrag,** der zulässigerweise durch entsprechende Beschränkungen bzw Aufgriffsrechte personalistisch ausgestaltet werden kann.[1] Beispielsweise 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 seiner Insolvenz bzw seines Konkurses bzw bei Exekutionsführung in seinen Gesellschaftsanteil aus der Gesellschaft aus; den übrigen Gesellschaftern steht ein Aufgriffsrecht zu.

Enthält nun der Gesellschaftsvertrag im Zusammenhang mit Aufgriffsrechten keine Bestimmung des Übernahmspreises, ist der **Verkehrswert** zu leisten.[2] Im Regelfall sieht jedoch der **Gesellschaftsvertrag** eine Regelung für die **Ermittlung des Übernahmspreises** anlässlich der Ausübung eines Aufgriffsrechts 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.

* Um die Fußnoten erweiterte schriftliche Zusammenfassung eines Vortrags, den der Verfasser am 23. 1. 2012 auf der Universität Innsbruck gehalten hat.

[1] *Koppensteiner/Rüffler,* GmbHG³ § 4 Rz 19 (mwN); *Kalss,* Anmerkungen zur Privatautonomie in der GmbH, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 12ff; OGH 9. 4. 1992, 8 Ob 631/90 ecolex 1992, 481; 22. 2. 2000, 1 Ob 8/00h ecolex 2000, 585 ua.

[2] *Koppensteiner/Rüffler,* GmbHG³ Anh § 71 Rz 8; *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht (1983) 620; OGH 6 Ob 142/05h GesRZ 2007, 258.

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.
- Meistens werden die parallelen Ziele auch im Falle des Todes eines Gesellschafters durch Begründung entsprechender Aufgriffsrechte verfolgt.
- Die Kündigung durch einen Gesellschafter soll nicht zur Auflösung der Gesellschaft führen, sondern die übrigen Gesellschafter sollen in die Lage versetzt werden, das Gesellschaftsverhältnis unter sich fortzusetzen.
- Die durch die **Insolvenz eines Gesellschafters** eintretende Situation soll möglichst bald bereinigt werden: Einerseits soll damit der **Kreis der Gesellschafter** geschlossen bleiben und der insolvente Gesellschafter, dessen Gesellschaftsrechte durch den Insolvenzverwalter ausgeübt werden, **möglichst rasch** aus der Gesellschaft **ausscheiden,** da die Interessenlage des Insolvenzverwalters einerseits und der übrigen Gesellschafter andererseits meist nicht deckungsgleich ist. Außerdem soll sichergestellt werden, dass die Übernahme des Gesellschaftsanteiles des insolventen Gesellschafters zu **„überschaubaren Bedingungen"** erfolgen kann, indem meistens auch für diesen Fall eine **Bewertungsregelung** in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird.

Nun besteht aber, wie aus der einschlägigen Lit bekannt ist, ein gewisses **Spannungsverhältnis mit dem Insolvenzrecht:** Einerseits bestimmt § 26 Ab 3 IO, dass der Insolvenzverwalter an Anträge des Schuldners, die vor der Insolvenzeröffnung noch nicht angenommen worden sind, nicht gebunden ist. Einige Lehrmeinungen in Österreich sehen in einem Aufgriffsrecht, welches im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern zusteht, ein Anbot des Schuldners, also einen „Antrag" iSd § 26 Abs 3 IO, an welchen der Insolvenzverwalter demnach nicht gebunden ist.[3]

Nicht genug damit: Durch das **IRÄG 2010** (BGBl I 2010/29) wurden die §§ 25 a, 25 b in die Insolvenzordnung (IO) eingefügt. § 25 a IO bestimmt, dass Vertragspartner des Schuldners mit dem Schuldner geschlossene Verträge, deren Auflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte, bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur aus **wichtigem Grund** auflösen können. Eine wichtige „flankierende Maßnahme" zum Schutz der vorgenannten Bestimmung enthält **§ 25 b Abs 2 IO:** Durch diese Norm wird die Vereinbarung eines **Rücktrittsrechts** oder der **Vertragsauflösung** für den Fall der **Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** grundsätzlich für unzulässig und damit für unwirksam erklärt. Durch diese Gesetzesbestimmung wird verhindert, dass die Erschwerung der Vertragsauflösung gem § 25 a Abs 1 IO dadurch leicht umgangen werden kann, indem im Vertrag schon von vornherein die Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vereinbart wird.[4] Die Bestimmungen des § 25 a IO und des § 25 b IO stehen daher in einem engen Zusammenhang. Bei beiden Normen handelt es sich um **zwingendes Recht (§ 25 b Abs 1 IO).**

Wenn diese Bestimmungen auch auf **Gesellschaftsverträge** anwendbar sind – dies wird sogleich erörtert werden –, könnte die Meinung, wonach ein Aufgriffsrecht gegen diese Bestimmung verstoße, nicht von vornherein als falsch eingestuft werden, führt die Ausübung des Aufgriffsrechts doch zur Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses für den insolventen Gesellschafter.

Nun wird die wichtige Frage, ob die Bestimmungen der §§ 25 a, 25 b IO auch auf **mehrseitige Rechtsgeschäfte,** insb also auch auf **Gesellschaftsverträge** anzuwenden sind, nicht einheitlich beantwortet. *Widhalm-Budak*[5] und *Taufner*[6] vertreten die Meinung, dass die §§ 25 a, 25 b IO nur auf zweiseitige (synallagmatische) Verträge und somit nicht auf Gesellschaftsverträge anzuwenden sind. Dies wird von *Widhalm*-Budak[7] mit der Überschrift der §§ 21 ff IO „Erfüllung von zweiseitigen Rechtsgeschäften" und von *Taufner*[8] damit begründet, dass der OGH[9] zum alten § 21 KO judiziert habe, dass diese Bestimmung nur auf synallagmatische Verträge anwendbar sei. Diese Argumente werden allerdings schon dadurch relativiert, dass § 25 a IO mit der durch das IRÄG 2010 eingeführten Überschrift „Auflösen von Verträgen durch Vertragspartner des Schuldners" versehen ist; hier ist also ganz allgemein von „Verträgen" die Rede.

Überwiegend wird jedoch die gegenteilige Ansicht vertreten: Das stärkste Argument **für** die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 25 a, 25 b IO auf Gesellschaftsverträge findet sich wohl in den **Gesetzesmaterialien**[10] selbst.[11] Dort wird nämlich ausgeführt, dass von diesen neuen insolvenzrechtlichen Bestimmungen jene Ver-

[3] *Reich-Rohrwig,* GmbH-Recht 619; *Nitsche,* Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen in FS Jelinek (2002) 194; *Höller,* Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Gesellschafters, ZIK 2004, 151 (154 f); *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger,* Österreichisches Insolvenzrecht I[4] (2000) § 26 KO Rz 19; *Duursma-Kepplinger/Duursma,* Gesellschaftsvertragliche Aufgriffs- und Andienungsrechte im Konkursfall, in *Buchegger,* Beiträge zum Zivilprozess VI (2002) 175 (189 ff); OLG Graz 21. 4. 2005, 4 R 64/05 x, referiert in OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05 h; OLG Linz 28. 4. 1998, 2 R 80/98 t, referiert in OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 241/98 d.

[4] *Konecny,* Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010/119, 86; *Reisenhofer,* Auflösung von Verträgen, Zak 2010/500, 288.

[5] Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial 2010, 23 (27).

[6] Gesellschaftsvertragliche Ausschluss- und Aufgriffsrechte nach dem IRÄG 2010, GesRZ 2011, 157 ff.

[7] Siehe FN 5.

[8] Siehe FN 6.

[9] 17. 4. 1996, 7 Ob 2097/96 z.

[10] RV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13.

[11] Dazu ausführlich *Umlauft,* Insolvenzeröffnung als gesellschaftsvertraglich vereinbarter Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft: Zulässigkeit nach IRÄG 2010? in FS Roth (2011) 847 f.

träge nicht erfasst sind, für die **spezielle Auflösungsbestimmungen** gerade für den Insolvenzfall vorgesehen sind; als **Beispiel** wird die gesetzliche Regelung des **§ 1210 ABGB** angeführt, wonach ein Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Falle der Konkurseröffnung über sein Vermögen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann. Daraus ergibt sich schlüssig, dass jedenfalls die **Gesetzesverfasser** der Ansicht sind, dass diese Bestimmungen auch auf **mehrseitige Rechtsgeschäfte (Gesellschaftsverträge)** anwendbar sind, da es bei gegenteiliger Meinung keinen Sinn machte zu erwähnen, dass spezielle gesetzliche Auflösungsbestimmungen die erwähnten insolvenzrechtlichen Normen zurückdrängen und als Beispiel hiefür § 1210 ABGB (Gesellschaft bürgerlichen Rechtes: mehrseitiges Rechtsgeschäft!) anzuführen. Diese Meinung wird auch von *Konecny*[12], *Leupold*[13] und *Schmidsberger*[14] geteilt. Insbesondere im Hinblick auf die Ausführungen in der RV verdient diese Meinung den Vorzug.

Auch wenn das IRÄG 2010 – ausweislich der Gesetzesmaterialien – Verträge, für die besondere gesetzliche Bestimmungen für den Fall der Insolvenzeröffnung bestehen, vom Anwendungsbereich der §§ 25a, 25b ausnimmt, so ist damit insb für **Aufgriffsrechte in GmbH-Gesellschaftsverträgen** nichts gewonnen, da das **GmbHG** gerade **keine gesetzlichen Bestimmungen** für den Fall der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters enthält.

Wir haben uns also nicht nur unter dem Aspekt des § 26 Abs 3 IO, sondern auch im Hinblick auf die §§ 25a, 25b IO die Frage zu stellen, inwieweit **insolvenzrechtliche Vorschriften** der rechtswirksamen Begründung von Aufgriffsrechten in GmbH-Gesellschaftsverträgen **entgegenstehen.**

B. Meinungsstand zum § 26 Abs 3 KO (vor IRÄG 2010)

Die Zulässigkeit von in GmbH-Gesellschaftsverträgen begründeten Aufgriffsrechten für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters war schon vor dem IRÄG 2010 **strittig:**

Der **Oberste Gerichtshof** hat diese Frage bislang zweimal, nämlich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1999[15] und in einer ganz aktuellen Entscheidung aus dem Jahre 2007,[16] ausdrücklich **offen gelassen.** 1980 hat der OGH[17] eine Entscheidung des OLG Wien,[18] wonach ein in einem GmbH-Gesellschaftsvertrag verankertes Übertragungsgebot nicht für den Masseverwalter (heute Insolvenzverwalter) im Gesellschafterkonkurs gelte, für nicht „offenbar gesetzwidrig" im Sinne des § 16 AußStrG (aF) gehalten. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, dass die Entscheidung der II. Instanz rechtmäßig gewesen ist.[19]

Das OLG Wien hat seine soeben erwähnte Entscheidung,[20] welche vom OGH für nicht offenbar gesetzwidrig gehalten wurde, damit begründet, dass der Geschäftsanteil mit der Konkurseröffnung in die Konkursmasse falle; der Insolvenzverwalter 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[21] sowie das OLG Linz.[22] Nach dieser Entscheidung des OLG Linz sei § 26 Abs 3 KO (vor IRÄG 2010) 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 (damaligen) Masseverwalter für zulässig angesehen.[23] Das OLG Innsbruck stützt seine Ansicht auf deutsche Judikatur und Lit; weiters wird ins Treffen geführt, dass der **Gesellschaftsvertrag** den Geschäftsanteil von vornherein nur **mit dieser Belastung** entstehen lasse.[24]

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,*[25] sieht in einem für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters begründeten Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter einen Fall des **§ 26 Abs 3 KO** (vor IRÄG 2010). Nach dieser Bestimmung sei der Masseverwalter an Anträge des Schuldners 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*[26] in seinem GmbHG-Kommentar schon immer für die Wirksamkeit solcher Aufgriffsrechte im Falle des Konkurses eines Gesellschafters eingetreten ist, haben *Kastner/Doralt/Nowotny*[27] 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

[12] Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010/119, 86.
[13] Das IRÄ-BG – Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010/244, 170f.
[14] Gestaltung von GmbH-Verträgen (2011) 61f.
[15] 6 Ob 241/98d RdW 1999, 410.
[16] 6 Ob 142/05h GesRZ 2007, 258.
[17] 20. 2. 1980, 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8.
[18] 5 R 119/79.
[19] *Rüffler,* Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten eines GmbH-Gesellschafters, wbl 2008, 353 (354).
[20] Siehe FN 18.
[21] 4 R 64/05x, referiert in der eingangs erwähnten Entscheidung des OGH 6 Ob 142/05h GesRZ 2007, 258.
[22] 2 R 80/98t, referiert in OGH 6 Ob 241/98d.
[23] 5 R 264/84 NZ 1987, 323; 5 R 288/86 NZ 1987, 321 = HS 16.318; 3 R 136/03d, referiert in OGH 6 Ob 271/03a.
[24] 5 R 264/84 NZ 1987, 323.
[25] Siehe FN 3.
[26] GmbHG² § 76 Rz 10.
[27] Gesellschaftsrecht⁵, 423.

jene von *Koppensteiner/Rüffler*,[28] *Schmidsberger*,[29] *Hager-Rosenkranz*[30], *Fantur*[31], *Kalss/Eckert*[32], *Rüffler*[33] und *Umlauft*,[34] 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; die Höhe des Übernahmspreises darf jedoch für den Insolvenzfall nicht niedriger sein als in vergleichbaen Fällen des Ausscheidens.[35]

C. Das IRÄG 2010: neue Fragen und Aspekte

1. Geltung der §§ 25a, 25b IO grundsätzlich auch für Gesellschaftsverträge

Die folgenden Überlegungen haben, wie oben ausgeführt, davon auszugehen, dass die **§§ 25a, 25b IO** grundsätzlich auch auf **Gesellschaftsverhältnisse anwendbar** sind. Dabei sind ausweislich der Gesetzesmaterialien[36] die gesetzlichen Sondernormen, die Regelungen gerade für den Insolvenzfall eines Gesellschafters enthalten, **Spezialnormen,** die den allgemeinen Regelungen der §§ 25a, 25b IO vorgehen und diese somit **derogieren.** Solche Sondernormen sind der bereits in den Gesetzesmaterialien erwähnte **§ 1210 ABGB** für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, aber auch **§ 131 Z 5 UGB** für die offene Gesellschaft und **§ 161 Abs 2 iVm § 131 Z 5 UGB** für die Kommanditgesellschaft. § 131 Z 5 UGB besagt, dass durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters bzw durch die rechtskräftige Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens die Gesellschaft, an welcher dieser Gesellschafter beteiligt ist, **aufgelöst** wird. Dabei steht jedoch den verbleibenden Gesellschaftern das Recht zu, die **Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft** zu beschließen (§ 141 Abs 1 iVm § 161 Abs 2 UGB).[37] Der Schuldner scheidet in diesem Fall mit der **Konkurseröffnung** aus der Gesellschaft aus (§ 141 Abs 3 UGB).[38] Gem § 1210 ABGB kann ein Gesellschafter, wenn er „in Konkurs verfällt", aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeschlossen werden; er ist zugunsten der Masse abzufinden.[39]

Hingegen enthält weder das GmbHG noch das AktG entsprechende Sondernormen. In **GmbH-Gesellschaftsverträgen** sind geradezu regelmäßig Bestimmungen für den Fall enthalten, dass ein **Gesellschafter insolvent** wird. Gewöhnlich wird vereinbart, dass der Gesellschafter in diesem Falle aus der Gesellschaft ausscheidet und den übrigen Gesellschaftern bezüglich seines Geschäftsanteiles ein **Aufgriffsrecht** zusteht. Nachfolgend wird die Frage untersucht, ob **solche gesellschaftsvertragliche Bestimmungen** nunmehr der neuen Bestimmung des § 25b Abs 2 IO **„zum Opfer fallen".** Diese Frage hat auch für **„Altverträge"** Relevanz, da die Änderungen durch das IRÄG 2010 bereits seit 1. 7. 2010 gelten und grundsätzlich auf nach dem 30. 6. 2010 eröffnete Insolvenzverfahren anzuwenden sind (§ 273 Abs 1 IO); außerdem bestimmt § 273 Abs 7 IO ausdrücklich, dass in solchen Insolvenzverfahren § 25b IO auch für vor dem 1. 7. 2010 abgeschlossene Vereinbarungen gilt.[40]

2. Die Auswirkungen der §§ 25a, 25b IO (IRÄG 2010) auf Gesellschaftsverträge: bisheriger Meinungsstand

Im bisherigen Schrifttum wird die im Lichte der §§ 25a, 25b IO gestellte Frage der **Wirksamkeit gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsrechte** zum Teil verneint,[41] **überwiegend** aber **bejaht.**[42]

3. Eigene Meinung

a) Grundsätzliches

Wie schon weiter oben ausgeführt wurde, lässt der Gesetzgeber die für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters existierenden **Sondernormen** bewusst **aufrecht.**[43] Durch diese Klarstellung in der RV gilt also nicht der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori". Vielmehr kommt der Rechtssatz „lex specialis derogat legi generalis" zur Anwendung. *Die Bestimmungen des § 1210 ABGB sowie des § 131 Z 5 UGB (iVm § 161 Abs 2 UGB) gehen also den insolvenzrechtlichen Nor-*

[28] GmbHG³ § 76 Rz 10.
[29] In *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Satzungsgestaltung 120f.
[30] wbl 2006, 257.
[31] GeS 2007, 188 (Entscheidungsanmerkung).
[32] In *Kodek/Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2007, 94f.
[33] Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten eines GmbH-Gesellschafters, wbl 2008, 353ff.
[34] Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, GesRZ 2009, 4ff.
[35] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 10 mwN; *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Satzungsgestaltung 121; *Rüffler*, wbl 2008, 353ff.
[36] ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13.
[37] *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/626f, 2/894; *Harrer*, Die Personengesellschaft (2009) 485; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I⁴ § 141 Rz 4.
[38] *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/627; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I⁴ § 141 Rz 8; aA *Fellner*, IRÄG 2010, RdW 2010/278, 260, der dabei aber § 141 Abs 3 UGB übersieht.
[39] *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/73.
[40] *Reisenhofer*, Der zeitliche Anwendungsbereich des IRÄG 2010, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial 2010, 189 (191).
[41] *Hoenig/Viehböck*, Insolvenzrechtsreform gefährdet Standort, Die Presse – Rechtspanorama vom 29. 3. 2010; *Fellner*, IRÄG 2010, RdW 2010, 259, 261.
[42] *Leupold*, Das IRÄ-BG-Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010/244, 170f; *Schmidsberger*, Gestaltung von GmbH-Verträgen (2011) 61ff; *Umlauft* in FS Roth 850ff.
[43] ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13; *Umlauft* in FS Roth 850.

men der §§ 25a, 25b IO vor. Flankierend zu diesen Bestimmungen sieht § 141 Abs 1 UGB vor, dass die übrigen Gesellschafter den **Fortbestand** der durch die Insolvenz des betreffenden Gesellschafters aufgelösten Gesellschaft – bei gleichzeitigem Ausscheiden des insolventen Gesellschafters (§ 141 Abs 3 UGB) – beschließen können. Bei der GesbR kann der betreffende Gesellschafter gem § 1210 ABGB aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, was ebenfalls auf die Möglichkeit **der Fortführung der Gesellschaft** durch die übrigen Gesellschafter hinausläuft. *Der Gesetzgeber erhebt es im Bereich der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der offenen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft somit zu seinem Grundsatz, dass die übrigen Gesellschafter die Möglichkeit haben sollen, die Gesellschaft fortzuführen und den insolventen Gesellschafter abzuschichten.* Dem Insolvenzverwalter des insolventen Gesellschafters steht daher weder ein Mitwirkungsrecht bei der Entscheidung der Fortsetzung der Gesellschaft zu, noch ist er berechtigt, den Gesellschaftsanteil des insolventen Gesellschafters weiterhin zu verwalten und Gewinne daraus zu lukrieren. Der möglichst friktionsfreie Fortbestand der Gesellschaft wird also vom Gesetzgeber **über** das Interesse der Insolvenzmasse gestellt, für die optimale Verwertung des Gesellschaftsanteiles einen günstigeren Zeitpunkt zu suchen bzw mehr zeitlichen Spielraum zu haben.

Diese Wertung des Gesetzgebers ist zur Kenntnis zu nehmen; sie ist auch begründet:

Sie wird insb vor dem Hintergrund verständlich, dass bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts wie auch bei der offenen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft das *personalistische Element* typischerweise im Vordergrund steht. Das Motiv des gesellschaftlichen Zusammenschlusses besteht gewöhnlich nicht bzw nicht nur darin, Kapital zu sammeln, sondern meistens auch in der Absicht, mit **bestimmten Personen ein gemeinsames Ziel** zu erreichen. Wer Gesellschafter wird und bleiben soll, ist auch von persönlichen Umständen abhängig. Dass der Gesetzgeber nicht den Insolvenzverwalter mit der Wahrnehmung der Funktion des insolvent gewordenen Gesellschafters betraut, sondern anordnet, dass die **übrigen Gesellschafter** die Möglichkeit der Fortführung der Gesellschaft bei Abschichtung des insolventen Gesellschafters haben, wird vor diesem Hintergrund besonders verständlich und nachvollziehbar.

b) Die Begriffe „Insolvenzverfahren" und „Konkursverfahren"

Zu beachten ist, dass § 1210 ABGB vom „Konkurs" und § 131 Z 5 UGB von der „Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters" spricht. Nach dem IRÄG 2010 muss die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht identisch sein mit der Eröffnung eines Konkursverfahrens, da – entsprechend dem angestrebten Ziel der Unternehmenssanierung – in vielen Fällen zu Beginn des Insolvenzverfahrens ein Sanierungsverfahren durchgeführt und – bei Erfolg – auch abgeschlossen und das Insolvenzverfahren damit beendet wird. Unter gewissen Voraussetzungen bleibt es im Sanierungsverfahren bei der Eigenverwaltung durch den Schuldner; neben ihm hat lediglich ein Sanierungsverwalter gewisse Aufgaben (§ 172 Abs 1 IO). Wenn die Eröffnung des Sanierungsverfahrens unter Anschluss eines zulässigen Sanierungsplans nicht vom Schuldner beantragt wird oder das Sanierungsverfahren nicht zum Erfolg führt (§ 167 IO), wird dieses Verfahren dann in **„Konkursverfahren"** umbenannt.[44] Obwohl der Gesetzgeber in der nunmehrigen Insolvenzordnung eine terminologische Umgestaltung (Insolvenzverfahren als Überbegriff sowie Sanierungs- bzw Konkursverfahren als Unterbegriffe) vorgenommen hat, hat er im § 1210 ABGB das Wort „Konkurs" *nicht* ersetzt durch das Wort „Insolvenz". Hingegen wird seit dem Insolvenzrechtsänderungs-Begleitgesetz (IRÄ-BG) in den §§ 297a, 1024, 1161, 1356 und 1409a ABGB jeweils der Begriff „Insolvenzverfahren" verwendet. Im § 131 UGB wird das Wort „Konkurs" jeweils ersetzt durch „Konkursverfahren". Es kann dem Gesetzgeber, der sich – wie soeben dargestellt – um eine exakte Terminologie bemüht hat, kaum unterstellt werden, dass die **unveränderte Wortwahl im § 1210 ABGB** und die Verwendung des Begriffs **„Konkursverfahren" im § 131 UGB** versehentlich erfolgt wäre. Dass in diesen Bestimmungen weiterhin vom „Konkurs" bzw vom „Konkursverfahren" gesprochen wird, macht auch **Sinn:** Erklärtes Ziel des IRÄG 2010 ist die Unternehmenssanierung und die Vermeidung der Stigmatisierung des Schuldners durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.[45] Dieses Ziel wird insb auch dadurch erreicht, dass dem Schuldner die Eigenverwaltung im Rahmen des Sanierungsverfahrens möglichst weitgehend belassen wird. Damit soll der Gang des Schuldners zum Insolvenzgericht erleichtert werden.[46] Dies alles würde aber konterkariert, wenn schon bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, bevor dieses in ein Konkursverfahren „mündet", die gesellschaftsrechtlichen Normen über das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters aus der Gesellschaft zum Tragen kämen. Denn der Schuldner und der Sanierungsverwalter streben weiterhin die **Sanierung** und nicht die Zerschlagung und Verwertung des Unternehmens an. Freilich ist zuzugeben, dass in einer solchen Situation der betreffende Gesellschafter und auch sein Sanierungsverwalter möglicherweise nicht mehr dasselbe Engagement in der Gesellschaft entwickeln wie in den vorangegangenen wirtschaftlich guten Zeiten; allenfalls soll sogar durch eine angedachte Veräußerung der Gesellschaftsbeteiligung ein Sanierungsbeitrag geleistet werden. ME ist dies allerdings als **„Preis"** dafür in Kauf

[44] Zu alldem *Konecny,* Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010/119, 82ff.

[45] ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 1.

[46] ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 1.

zu nehmen, dass der frühzeitige Gang zum Insolvenzgericht erleichtert und damit die Chancen für eine Unternehmenssanierung erhöht werden. Wenn die Sanierung scheitert und das Sanierungsverfahren in ein **Konkursverfahren** übergeleitet oder – mangels Vorliegen der Voraussetzungen gem § 167 Abs 1 IO – von vornherein ein Konkursverfahren eingeleitet wird, ist jedoch der gesetzliche Tatbestand des § 1210 ABGB bzw § 131 Z 5 UGB verwirklicht: Ab diesem Zeitpunkt haben die übrigen Gesellschafter die Möglichkeit, die Gesellschaft bei Ausscheiden und Abfindung des insolventen Gesellschafters fortzuführen.[47]

In sehr vielen Fällen sind *natürliche Personen* als Gesellschafter beteiligt. Hier ist zu unterscheiden: Betreibt die insolvente natürliche Person ein Unternehmen, so gelten für diese – ebenso wie für eine juristische Person, eine Personengesellschaft oder eine Verlassenschaft – die Bestimmungen über das Sanierungsverfahren (§ 166 IO). Es ist also im Hinblick auf die hier erörterten gesellschaftsrechtlichen Folgen auch in diesem Falle zwischen Sanierungs- und Konkursverfahren zu differenzieren. Betreibt hingegen die insolvente natürliche Person kein Unternehmen, so ist sie vom Sanierungsverfahren jedenfalls ausgeschlossen (arg § 166 IO); dieses Insolvenzverfahren wird als reines *Konkursverfahren* („Schuldenregulierungsverfahren") geführt[48] – mit den damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen.

4. Keine Sondernormen für die GmbH und AG: Schlussfolgerungen daraus

a) GmbH

Das **GmbHG** enthält **keine** Bestimmung für den Fall, dass über das Vermögen eines Gesellschafters ein Insolvenzverfahren (Konkursverfahren) eröffnet wird. In den meisten GmbH-Gesellschaftsverträgen ist für diesen Fall vorgesehen, dass den übrigen Gesellschaftern bezüglich des Geschäftsanteiles des insolventen Gesellschafters ein **Aufgriffsrecht** zusteht und dieser im Falle der Ausübung des Aufgriffsrechts gegen Bezahlung eines Übernahmspreises aus der Gesellschaft ausscheidet. Es erhebt sich nunmehr die Frage, ob solche Regelungen am neuen § 25b Abs 2 IO scheitern?

Es ist unbestritten und ganz hA, dass der **GmbH-Gesellschaftsvertrag personalistisch** gestaltet sein kann[49] und dies in den weitaus überwiegenden Fällen tatsächlich auch ist. Dies rührt daher, dass der Zweck einer GmbH-Gründung in vielen Fällen nicht nur darin besteht, Kapital für einen gemeinsamen Zweck zu sammeln, sondern es besteht daneben oder allenfalls sogar nur das Interesse, dass bestimmte Personen zu einem gemeinsamen Zweck zusammenwirken. Insoweit ist also eine deutliche **Parallelität mit den Personengesellschaften** (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, offene Gesellschaft und Kommanditgesellschaft) gegeben.[50] Wie oben ausführlich erörtert, enthält unsere Rechtsordnung bezüglich der *Personengesellschaften* einschlägige Regelungen für den Fall, dass über das Vermögen eines Gesellschafters das Konkursverfahren eröffnet wird. Diese Regelungen wurden vom Gesetzgeber des IRÄG 2010 ausweislich der Gesetzesmaterialien[51] **bewusst unverändert beibehalten.** Demnach scheidet der betreffende Gesellschafter im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen aus der Gesellschaft gegen Abfindung aus, wenn dies von den übrigen Gesellschaftern begehrt wird.

Schon bei oberflächlicher Betrachtung wäre es ein kaum erklärbarer Widerspruch, bei den Personengesellschaften diese Rechtsfolge anzuordnen und bei der GmbH, die unbestritten ebenfalls personalistisch strukturiert sein kann und tatsächlich in den meisten Fällen auch ist, es nicht zuzulassen, dieselben Rechtsfolgen durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung herbeizuführen. Ein sachlicher Grund hiefür könnte schwer gefunden werden.[52]

Dazu kommt, dass die **gesellschaftsvertraglichen Regelungen** bei der **GmbH** mit **absoluter Wirkung** ausgestattet sind, also auch gegenüber *Dritten* wirksam sind.[53] Was die Wirkung gegenüber Dritten anbelangt, sind also gesellschaftsrechtliche Bestimmungen des Gesetzes und Regelungen eines GmbH-Gesellschaftsvertrags vergleichbar: Sie wirken **unter den Gesellschaftern** und auch **gegenüber Dritten.** Weiters ist zu berücksichtigen, dass die erkennbaren Motive, warum der Gesetzgeber die entsprechenden Bestimmungen bei der Personengesellschaft (§ 1210 ABGB; § 131 Z 5 UGB) unverändert aufrecht gelassen hat, auch auf die typischerweise personalistisch ausgestaltete GmbH zutreffen. In allen diesen Fällen kommt es nämlich entscheidend auch auf die **Person** des mitwirkenden Gesellschafters an, weshalb der Gesetzgeber jedenfalls bei der Personengesellschaft mit dieser Funktion nachvollziehbar nicht den Insolvenzverwalter betraut. Wenn das GmbHG schon keine gleichlautende Bestimmung enthält, so ist es im Sinne dieser **Wertungsparallelität** geboten, im

[47] *Umlauft* in FS Roth 850f; *Leupold*, ZIK 2010/244, 170.

[48] *Mair*, IRÄG 2010 und die damit verbundenen Änderungen im Privatkonkursrecht, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial 2010, 167 (174, 179).

[49] *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/128; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 4 Rz 19 mwN; *Kalss*, Anmerkungen zur Privatautonomie in der GmbH, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 9 (12ff); OGH 9. 4. 1992, 8 Ob 631/90 ecolex 1992, 481; 22. 2. 2000, 1 Ob 8/00h ecolex 2000, 585 ua.

[50] *Rüffler*, wbl 2008, 258; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 94; *Umlauft*, GesRZ 2009, 5f; OGH 6 Ob 142/05h GesRZ 2007, 258 *(Höller)*.

[51] ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13.

[52] *Leupold*, ZIK 2010/244, 170f.

[53] *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 9; *Petrasch/Verweijen* in *Straube*, GmbHG § 9 Rz 28; *Rauter* in *Straube*, GmbHG § 76 Rz 126f; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/129; OGH 1 Ob 8/00h GesRZ 2000, 170.

Bereich der GmbH **gesellschaftsvertragliche Regelungen zuzulassen,** die im Ergebnis der bei der Personengesellschaft durch das Gesetz (§ 1210 ABGB; § 131 Z 5 UGB) geschaffenen Situation entsprechen. Somit ist davon auszugehen, dass eine solche Bestimmung in einem GmbH-Gesellschaftsvertrag **nicht** dem neuen § 25b Abs 2 IO widerspricht (zur Auslegungstechnik siehe nachfolgenden Abschnitt C.5.).[54]

Werden solche Aufgriffs- bzw Ausschlussrechte **außerhalb des GmbH-Gesellschaftsvertrags** in einer Gesellschaftervereinbarung (Syndikatsvertrag) getroffen, so entfalten sie **keine absolute Wirkung** gegenüber Dritten. Die Gesellschaftervereinbarung (Syndikatsvertrag) wirkt nur **schuldrechtlich.**[55] Im Hinblick auf diese lediglich schuldrechtliche Wirkung besteht keine Wertungsparallelität mit § 1210 ABGB bzw § 131 Z 5 UGB, was zur Folge hat, dass solche vertragliche Regelungen *außerhalb des Gesellschaftsvertrags* **nicht insolvenz- bzw konkursfest** sind.[56]

b) Aktiengesellschaft

Die **Aktiengesellschaft** kann im Rahmen ihrer Satzung mit absoluter Wirkung gegenüber Dritten *nicht* personalistisch gestaltet werden. Dies könnte nur auf **schuldrechtlicher Basis** unter den Aktionären erfolgen (Grundsatz der Satzungsstrenge).[57] Somit ist eine den Personengesellschaften und der GmbH vergleichbare Situation nicht gegeben. Wenn Aktionäre eine *schuldrechtliche Vereinbarung* unter sich für den Fall getroffen haben, dass im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Aktionärs seine Aktien den anderen Aktionären anzubieten sind bzw diesen ein Übernahmsrecht zusteht, so ist der Insolvenzverwalter daran gem **§ 26 Abs 3 IO nicht gebunden.**[58] Die Frage, ob §§ 25a, 25b IO anwendbar sind, stellt sich somit nicht mehr. Dies ist den beteiligten Aktionären auch zumutbar, da es bei der AG typischerweise nicht um das persönliche Zusammenwirken, sondern vielmehr um die **Kapitalbeschaffung** geht. Dieser Zweck wird vom Umstand, dass die Aktien des insolventen Aktionärs nicht übernommen werden können, nicht tangiert. Der Aktionär hat in Bezug auf die Gestionierung der Gesellschaft im Vergleich zum Gesellschafter einer GmbH oder einer Personengesellschaft ohnedies nur sehr eingeschränkte Rechte; diese werden in einer solchen Situation eben vom Insolvenzverwalter wahrgenommen.[59]

Dieselben Grundsätze gelten auch für die Societas Europea (SE) (vgl Art 15 Abs 1 SE-VO).[60]

5. Auslegungstechnik

Die neuen §§ 25a und 25b IO gelten somit für Gesellschaftsverhältnisse nur eingeschränkt. Auslegungstechnisch gewinnt man dieses Ergebnis folgendermaßen:

Der Gesetzgeber hat die gesetzlichen Spezialnormen, die für den Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters schon bisher Gültigkeit hatten, unverändert belassen. Die entsprechenden Bestimmungen des § 1210 ABGB und § 131 Z 5 UGB (iVm § 161 Abs 2 UGB) verdrängen daher als Spezialnormen insoweit die Generalnormen der §§ 25a und 25b IO. Gesellschaftsvertragliche Regelungen bei der GmbH, die mit absoluter Wirkung gegenüber Dritten ausgestattet sind und mit denen vertragsrechtlich ein Ergebnis, das der bei der Personengesellschaft gesetzlich bestehenden Situation (§ 1210 ABGB; § 131 Z 5 UGB) entspricht, herbeigeführt werden soll, sind auf Grund der gegebenen Interessenparallelität gleich schutzwürdig. Das Gesetz trägt dieser Schutzwürdigkeit nicht ausdrücklich Rechnung. Diese Regelungslücke ist durch entsprechende einschränkende Auslegung der §§ 25a und 25b IO zu schließen, indem diese insolvenzrechtlichen Bestimmungen auf entsprechende Regelungen eines GmbH-Vertrages nicht angewendet werden (teleologische Reduktion).[61]

D. Bestätigung des Ergebnisses durch aus verschiedenen Gesetzesbestimmungen ableitbare Grundwertungen des Gesetzgebers[62]

Die Bestimmung des § 76 Abs 4 GmbHG liefert uns eine gewisse **Bestätigung für die Richtigkeit dieses Ergebnisses:**

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 **Schätzwert** erreichenden Kaufpreises übernommen wird, so erfolgt der Verkauf, ohne dass zu dieser Über-

[54] *Umlauft* in FS Roth 851f.

[55] *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer,* Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/133.

[56] *Umlauft* in FS Roth 852.

[57] *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss,* AktG (2003) § 17 Rz 2 und 33ff; *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser,* AktG³ (1993) § 62 Rz 1; *Kalss* in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Satzungsgestaltung 12f; *Umlauft,* GesRZ 2009, 4 (10f); zweifelnd *Nowotny,* Satzungsstrenge im Aktienrecht? in FS Doralt (2004) 411 (417f).

[58] *Umlauft,* GesRZ 2009, 11.

[59] *Umlauft* in FS Roth 852f.

[60] *Hügel* in *Kalss/Hügel,* Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar (2004) vor § 17 SEG Art 15 SE-VO Rz 28.

[61] *F. Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 480.

[62] Dazu ausführlich *Umlauft,* GesRZ 209, 4ff mwN.

tragung 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 **Insolvenzverfahren** gilt (§ 119 Abs 2 IO),[63] und zwar sowohl für den gerichtlichen wie auch für den freihändigen Verkauf des Geschäftsanteiles durch den Insolvenzverwalter.[64] § 77 GmbHG wiederum bestimmt, 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.[65] 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.[66] Diese Möglichkeit ist dem **Insolvenzverwalter** in der Insolvenz des 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.[67] Dem Insolvenzverwalter 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 GmbHG 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*[68] und *Rüffler*[69] attestieren, überzeugend.

Ein ähnliches Bild vermittelt der Blick in das **Unternehmensgesetzbuch.** Die offene Gesellschaft (OG) erlischt grundsätzlich durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters oder durch die rechtskräftige Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens (§ 131 Z 5 UGB);[70] dasselbe gilt für die Kommanditgesellschaft (KG) (§ 161 Abs 2 iVm § 131 Z 5 UGB).[71] Den verbleibenden Gesellschaftern steht jedoch schon kraft Gesetzes das Recht zu, den **Fortbestand der Gesellschaft zu beschließen,** was gegenüber dem Insolvenzverwalter zu erklären ist (§ 141 Abs 1 und 3 UGB).[72] Der aus einer Personengesellschaft ausscheidende Gesellschafter erhält gem § 137 Abs 2 UGB[73] 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.[74] Dies gilt für alle Fälle des Ausscheidens aus der Gesellschaft wie zB bei Selbstkündigung und Ausschluss; insb aber auch beim **konkursbedingten Ausscheiden eines Gesellschafters.**[75] 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 Bestimmun-

[63] *Koppensteiner/Rüffler,* GmbHG³ § 76 Rz 8; *Rüffler,* wbl 2008, 354; *Höller,* ZIK 2004, 154; *Hager-Rosenkranz,* wbl 2006, 257; *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Satzungsgestaltung 119 f.

[64] *Höller,* ZIK 2004, 154.

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

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

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

[68] ZIK 2004, 154.

[69] wbl 2008, 358.

[70] *Koppensteiner* in *Straube,* HGB³ § 131 Rz 18; *Krejci* in *Krejci,* Reformkommentar (2007) UGB § 131 Rz 5.

[71] *Koppensteiner* in *Straube,* UGB I⁴ § 161 Rz 16; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann,* UGB² § 161 Rz 26; OGH SZ 29/68.

[72] *Krejci* in *Krejci,* Reformkommentar (2007) UGB § 141 Rz 1; *Weigand,* SWK 2005 (Sonderheft), Das neue UGB 77 f.

[73] § 137 Abs 2 UGB entspricht, abgesehen von stilistischen Änderungen, exakt dem bisherigen Art 7 Nr 15 Abs 3 EVHGB, sodass die bisherige Kommentarliteratur weiterhin herangezogen werden kann (*Krejci* in *Krejci,* Reformkommentar [2007] UGB § 137 Rz 1).

[74] *Koppensteiner* in *Straube,* UGB I⁴ §§ 137, 138 Rz 10; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann,* UGB² § 137 Rz 13; *Koppensteiner* in *Straube,* HGB³ Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 10 mwN; *Jabornegg* in *Jabornegg,* HGB (1997) § 138, Art 7 Nr 15, 16 Rz 22 mwN.

[75] *Koppensteiner/Auer* in *Straube,* UGB I⁴ §§ 137, 138 Rz 4; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann,* UBG² § 137 Rz 6; *Koppensteiner* in *Straube* (Hrsg), HGB³ Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 3; *Jabornegg* in *Jabornegg,* HGB (1997) § 138, Art 7 Nr 15, 16 Rz 14.

gen § 131 Z 5, § 141 UGB dem Insolvenzverwalter **nicht** zu. Durch die gesetzliche Regelung ist wiederum gewährleistet, dass der Schwebezustand, der durch die Beteiligung des Insolvenzverwalters eintritt, möglichst **rasch** zu **überschaubaren Konditionen** beendet wird.

Die im Widerstreit der Interessen zwischen den Gläubigern einerseits und den Gesellschaftern bzw der Gesellschaft andererseits vom Gesetz gewählte Lösung des **Interessenausgleiches** ist selbstredend über **jeden Verdacht der unzulässigen Gläubigerbenachteiligung erhaben.** Diese klar zu Tage 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.[76] 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 gesellschaftsvertragliche Regelungen sind daher – und zwar auch dem Insolvenzverwalter 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,[77] die solche Aufgriffsrechte als konkursfest ansehen, nicht nur aus den von ihnen vorgetragenen Gründen, sondern auch unter diesen **wertungsjuristischen Gesichtspunkten** als überzeugend und richtig. Auch die Meinung, dass die §§ 25 a, 25 b IO der wirksamen Begründung von gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten nicht entgegenstehen, erfährt dadurch eine Bestätigung.

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

E. Exkurs: Insolvenzrechtliche Einordnung der Aufgriffsrechte

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

Die Aussonderungsansprüche werden gesetzlich im § 44 IO wie folgt definiert:

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

§ 11 Abs 1 IO bestimmt, dass **Aussonderungsansprüche** von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **nicht** berührt werden.[78] Wenn nun das Gesetz im § 76 Abs 4 GmbHG dem von der Gesellschaft zugelassenen Käufer bzw im § 141 iVm § 137 UGB den übrigen Gesellschaftern das gegen den Insolvenzverwalter 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 Insolvenzmasse, 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 Übernahmspreises** geltend gemacht werden kann.[79] Dass Zug um Zug gegen Ausübung des Aussonderungsrechts eine Leistung in die Masse zu bewirken ist, ist kein Einzelfall: Hat der Schuldner oder der Insolvenzverwalter 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 IO.[80] 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.[81] 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 IO** zu qualifizieren. Der Gesellschaftsanteil hat, wie *Rüffler*[82] und auch schon das OLG Innsbruck in der Entscheidung aus 1985[83] zu Recht betonen, bereits in dieser Ausgestaltung und Prägung in das Vermögen des Schuldners Eingang gefunden. Es kann somit ganz im Sinne der Aussonderungsbestimmung des § 44 IO gesagt werden, dass zum Vermögen des Schuldners 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 potentiellen Gläubiger durch Einsicht in den Gesellschaftsvertrag, welcher bei der GmbH sogar

[76] Diese gesetzgeberische Wertung ausdrücklich billigend: *Höller* und *Rüffler* (s FN 68 und 69).

[77] Siehe FN 26 bis 35.

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

[79] Vgl auch *Leupold,* ZIK 2010/244, FN 35.

[80] *Petschek/Reimer/Schiemer,* Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 444 f; OGH SZ 25/227.

[81] *Schulyok* in *Konecny/Schubert,* Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2002) § 44 KO Rz 84.

[82] wbl 2008, 356 f.

[83] Siehe FN 24.

im Firmenbuchakt erliegt, relativ leicht in Erfahrung gebracht werden kann. Dieses Ergebnis ist also auch unter **Publizitätsaspekten** nicht zu beanstanden.

F. Gesellschaftsvertragliche Reduktion des Abschichtungsguthabens bzw des Übernahmspreises unter den Verkehrswert

1. Die aktuelle OGH-Entscheidung 16. 3. 2007, 6 Ob 142/05h[84]

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 Aufgriffsrechts 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 Aufgriffsrechts 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 herrschenden Meinung 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). Soweit der Sachverhalt.

2. Die Meinung *Rüfflers*

Rüffler setzt sich in seiner bereits erwähnten Arbeit[85] ausführlich mit dieser OGH-Entscheidung auseinander. Er widerspricht dieser Entscheidung im Wesentlichen mit folgenden Argumenten:

- Nach einer in der **österreichischen gesellschaftsrechtlichen Lit** 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 Aufgriffsrechts 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. *Rüffler* 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 Bundesgerichtshof 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[86] 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.**[87] Allerdings ist seit langem unbestritten, dass dieser Abschichtungsbetrag **gesellschaftsvertraglich modifiziert** und insb auch **unter den Schätzwert** reduziert werden kann. Die Abfindungsregelung des § 137

[84] Siehe FN 16.

[85] wbl 2008, 353 ff. Im Wesentlichen dasselbe Ergebnis vertretend: *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2007, 98.

[86] Siehe FN 74.

[87] Siehe FN 75.

UGB ist also **dispositiv.**[88] Dies war auch dem UGB-Gesetzgeber des Jahres 2005 bekannt. Dennoch hat er an der – bekanntermaßen – **dispositiven** Abfindungsregelung inhaltlich nichts geändert. Folglich darf angenommen werden, dass die Reduktion des Abfindungsbetrages **unter den Schätzwert** die Akzeptanz des UGB-Gesetzgebers gefunden hat und somit gesetzlich gebilligt wird. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, gibt es bei der Beurteilung der Frage der Zulässigkeit von Aufgriffsregelungen keinen Unterschied zwischen der Personengesellschaft und der GmbH,[89] sodass die hier gezogenen Schlussfolgerungen für **beide Gesellschaftsformen gleichermaßen** gelten.[90] 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.

Aus diesem Grund vermag die von *Kletečka*[91] geäußerte **Kritik** an dieser Meinung **nicht zu überzeugen:** Er anerkennt zwar, dass Aufgriffsrechte in GmbH-Gesellschaftsverträgen auf Grund der aus § 76 Abs 4 GmbHG abzuleitenden Grundwertung konkursfest sind. Gleichzeitig verlangt er aber unter Hinweis auf diese Bestimmung, dass die Übernahme des Geschäftsanteils des Schuldners **nicht unter dem Schätzwert** erfolgt. Dagegen ist allerdings zu erwidern, dass aus der Sicht des Gesetzgebers jener Fall typisch ist, dass das **Übernahmsrecht nach § 76 Abs 4 GmbHG** zum **Schätzwert** ausgeübt wird. Idealtypisch sieht auch **§ 137 UGB** das Ausscheiden eines Gesellschafters gegen eine Abschichtung in Höhe des **Schätzwertes** vor, die aber **gesellschaftsvertraglich** – mit offenbarer **Billigung des UGB-Gesetzgebers** – auch **reduziert** werden kann. Die Bestimmung des § 76 Abs 4 GmbHG sagt nun aber ebenso wenig wie jene des § 137 UGB, dass der Abschichtungsbetrag bzw Übernahmspreis nicht gesellschaftsvertraglich unter den „gewöhnlichen" Verkehrswert reduziert werden kann. Mit *Rüffler*[92], *Schmidsberger*[93] und dem OLG Innsbruck[94] ist nämlich zu betonen, dass der Geschäftsanteil durch den **Gesellschaftsvertrag** ausgeformt und **in dieser Prägung ins Vermögen des Schuldners** tritt; **in dieser Ausgestaltung** ist er **Verwertungsobjekt.** Freilich ist die schon erwähnte Sittenwidrigkeitsgrenze zu beachten: Die Reduktion des Abschichtungsbetrages bzw Übernahmspreises muss neben dem Konkurs- bzw Exekutionsfall für mindestens einen weiteren **vergleichbaren Fall** des Ausscheidens des Gesellschafters vorgesehen werden. Diese Auslegung des § 76 Abs 4 GmbHG harmoniert mit jener des § 137 UGB und seinem unbestritten dispositiven Charakter. Ein **unterschiedliches Auslegungsergebnis** wäre im Hinblick auf das regelmäßig bei der Personengesellschaft und bei der GmbH gleichermaßen vorkommende personalistische Element **kaum argumentierbar.** Die konzeptionellen Unterschiede zwischen Personengesellschaften und GmbHs treten – wie *Leupold*[95] treffend formuliert – in Bezug auf die Behandlung von **Aufgriffsrechten** im Insolvenzfall sowohl in gesellschafts- wie auch insolvenzrechtlicher Sicht vollkommen in den **Hintergrund;** die Interessenlage des GmbH-Gesellschafters deckt sich diesbezüglich mit jener des Gesellschafters einer Personengesellschaft.

Voraussetzung für die Zulässigkeit ist natürlich, dass diese Reduktion – wie erwähnt – nicht allein für den Fall des Ausscheidens infolge Gesellschafterkonkurses normiert ist.[96]

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 Kommanditgesellschaft. 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 Insolvenzverwalter verwehrt. Der Schuldner scheidet nach dem klaren Wortlaut des § 141 UGB aus der Gesellschaft aus, ohne dass der Insolvenzverwalter die Möglichkeit hätte zu versuchen, den Gesellschaftsanteil an einen Mitgesellschafter genehmigungsfrei über dem Schätzwert

[88] *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 2; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB (1997) § 138, Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 13, 34 und 37; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 137, 138 Rz 22 mwN; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 137 Rz 27 mwN (einschränkend jedoch *dieselben*, aaO § 141 Rz 25); *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005) 343 (FN 221); *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 360.

[89] Siehe FN 50.

[90] Grundsätzlich ebenso für die Zulässigkeit der Reduktion des Aufgriffspreises *Umfahrer*, Aufgriffsrechte, Abfindungsregelungen und Vinkulierungsbestimmungen als Gestaltungsinstrumente im GmbH-Gesellschaftsvertrag, GesRZ 2006, Sondernummer „100 Jahre GmbH" 28 (30).

[91] Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009, 86 ff.

[92] wbl 2008, 353.

[93] Gestaltung von GmbH-Verträgen (2011) 60.

[94] Siehe FN 23.

[95] ZIK 2010/244, 171.

[96] *Koppensteiner* in *Straube*, HGB³ Art 7 Nr 15, 16 Rz 23; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB (1997) § 138, Art 7 Nr 15, 16 EVHGB Rz 37; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 137, 138 Rz 22 mwN; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 137 Rz 27 mwN (einschränkend jedoch *dieselben*, aaO § 141 Rz 25); OGH 6 Ob 142/05h GesRZ 2007, 258.

zu verkaufen. Dies ist deshalb erwähnenswert, da dem UGB-Gesetzgeber des Jahres 2005, der insb auch die §§ 137, 141 UGB redaktionell geändert hat, sehr wohl bekannt war, dass **Personengesellschaftsverträge** häufig, ja geradezu regelmäßig 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 Insolvenzverwalter in den Möglichkeiten der Verwertung des Gesellschaftsanteiles des Schuldners beschnitten ist im Vergleich zu den Möglichkeiten eines Gesellschafters, der die Wahl hat zwischen genehmigungsfreiem Verkauf an Mitgesellschafter oder Selbstkündigung. Dies deckt sich auch mit der aus den §§ 76, 77 GmbHG weiter oben herausgearbeiteten Wertung, wonach auch dort die Rechte des Insolvenzverwalters im Vergleich zu jenen des „gewöhnlichen" Gesellschafters offenbar im Interesse des friktionsfreien Fortbestandes der Gesellschaft („Auszahlung" des insolventen Gesellschafters zu überschaubaren Bedingungen; Eingrenzung des Kreises der Gesellschafter) in gewisser Weise beschnitten werden. Das Gesetz nimmt also diesen Unterschied in den Verwertungsmöglichkeiten in Kauf, woraus mit *Rüffler*[97] und *Kalss/Eckert*[98] der Schluss zu ziehen ist, dass die Kündigungsmöglichkeit durch einen Gesellschafter **in diesem Zusammenhang 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.[99]

Der mögliche Einwand, 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, überzeugt nicht, da – wie bereits erwähnt – die Abschichtungsregelung des § 137 Abs 2 UGB (vormals Art 7 Nr 15 Abs 3 EVHGB) seit langem und unbestritten als **dispositiv** angesehen wird. Auch dies war – wie ebenfalls bereits erwähnt – 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 herrschenden Ansicht ist eine Satzungsbestimmung einer Personengesellschaft oder einer GmbH wegen Gläubigerbenachteiligung gem § 879 Abs 1 ABGB bzw § 138 Abs 1 BGB **nichtig,** wenn, wie der OGH[100] 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 vergleichbarer Fall** des Ausscheidens die Sittenwidrigkeit der konkursbedingten Aufgriffsregelung ausschließt, wenn der Übernahmspreis in beiden Fällen **in gleicher Weise** reduziert ist. In diesem Punkt ist dem OGH zu **folgen. Nicht** jedoch in der in der vorgenannten Entscheidung getroffenen Aussage, dass die Selbstkündigung kein vergleichbarer Fall sei. Die soeben dargestellte Analyse der §§ 131, 137 und 141 UGB hat nämlich ergeben, dass in diesem Zusammenhang auch das Aufgriffsrecht bei Selbstkündigung, Tod oder Ausschluss aus wichtigem Grund jeweils einen **vergleichbaren Fall** darstellt.

4. Exkurs: Aktiengesellschaft

In der Satzung einer Aktiengesellschaft (AG) ist es rechtlich nicht möglich, Aufgriffsregelungen als **echte Satzungsbestandteile** aufzunehmen. Dies kann nur auf schuldrechtlicher Basis erfolgen,[101] weshalb sie nicht insolvenz- bzw konkursfest sind. Aus diesem Grund erhebt sich die Frage gar nicht, ob der Übernahmspreis konkursfest unter den Schätzwert reduziert werden kann.

G. Zusammenfassung

- Die neuen insolvenzrechtlichen Bestimmungen der §§ 25a und 25b IO gelten nicht nur für zweiseitige, sondern grundsätzlich auch für mehrseitige Rechtsgeschäfte.
- In Bezug auf die Anwendung auf Gesellschaftsverhältnisse bestehen allerdings gewichtige Ausnahmen:
  - Gesetzliche Sondernormen für den Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters gehen als Spezialnormen den Generalnormen der §§ 25a und 25b IO vor. Demnach führt die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters einer OG oder KG zur

[97] Siehe FN 85.
[98] Siehe FN 85.
[99] Vgl auch *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2007, 98.
[100] 6 Ob 142/05h GesRZ 2007, 258 mit den zahlreichen Zitaten der diesbezüglich in Österreich und Deutschland herrschenden Ansicht.
[101] Siehe Abschnitt B.2.b.

Auflösung der Gesellschaft (§ 131 Z 5 UGB [iVm § 161 Abs 2 UGB]). Die übrigen Gesellschafter können jedoch beschließen, die Gesellschaft unter sich fortzusetzen und den ausscheidenden Gesellschafter abzufinden (§ 141 Abs 1 und 3 UGB [iVm § 161 Abs 2 UGB]). Ein Gesellschafter einer GesbR kann in einem solchen Fall aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden (§ 1210 ABGB).

- Auch Aufgriffsrechte, die in GmbH-Gesellschaftsverträgen mit absoluter Wirkung gegenüber Dritten vereinbart werden, unterliegen weder der Anwendung des § 26 Abs 3 IO noch der §§ 25a und 25b IO. Sie sind also konkursfest, was zu einer parallelen Situation wie bei den Personengesellschaften führt.

- Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führt, solange sich dieses im Stadium des Sanierungsverfahrens befindet, noch nicht zum Ausscheiden bzw zum Ausschluss des betreffenden Gesellschafters aus der Gesellschaft. Erst die Überführung des Sanierungsverfahrens in das Konkursverfahren führt zur Anwendung der Bestimmungen des § 1210 ABGB, § 131 Z 5 UGB (iVm § 161 Abs 2 UGB) bzw zur Möglichkeit der Ausübung des für diesen Fall im GmbH-Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Aufgriffsrechts.
- An entsprechende schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Aktionären (einer AG oder auch einer SE) ist hingegen der Insolvenzverwalter ebenso wenig gebunden wie an entsprechende Regelungen in einem neben einem GmbH-Gesellschaftsvertrag bestehenden Syndikatsvertrag, der ebenfalls nur schuldrechtliche Wirkung entfaltet.
- Die Höhe des anlässlich der Ausübung des Aufgriffsrechts 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.

Über den Autor:
Univ.-Doz. Dr. Manfred Umlauft ist Notar in Dornbirn.

Rechtsprechung

Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

NZ 2012/111

§ 16 WEG 2002; § 94 Abs 1 Z 1 GBG
Grundbücherliche Durchführung der Teilung eines Wohnungseigentumsobjekts

Die Teilung eines Wohnungseigentumsobjektes stellt eine Änderung im Sinne des § 16 WEG dar. Im Grundbuchsverfahren ist daher der urkundliche Nachweis notwendig, dass alle Miteigentümer der Wohnungseigentumsanlage mit der beabsichtigten oder bereits durchgeführten Bestandsänderung einverstanden sind oder die fehlende Zustimmung durch einen Beschluss des Außerstreitrichters ersetzt wurde.

OGH 12. 6. 2012, 5 Ob 96/12x (BG Graz-West TZ 2418/2011; LGZ Graz 4 R 302/11b)

Zurückweisung o Revisionsrekurs

Aus den Entscheidungsgründen:

2. Bereits zur Rechtslage nach dem WEG 1975 wurde in stRsp vertreten, dass die Teilung eines WEObjekts eine nach § 13 Abs 2 WEG 1975 zu beurteilende Änderung darstellt (RIS-Justiz RS0083236 [T 2, T 3]). Für das Grundbuchsverfahren wurde daher der urkundl Nachweis gefordert, dass alle Miteigentümer der Wohnungseigentumsanlage mit der beabsichtigten oder bereits durchgeführten Bestandsänderung einverstanden sind oder die fehlende Zustimmung durch einen Beschluss des Außerstreitrichters gem § 26 Abs 1 Z 2 WEG 1975 ersetzt wurde. Das Fehlen einer solchen Urkunde begründet nach dieser Rsp ein Eintragungshindernis iSd § 94 Abs 1 Z 1 GBG (5 Ob 241/98x; 5 Ob 176/01w; RIS-Justiz RS0060530; RS0115744).

3. Die Bestimmung des § 16 WEG 2002 stimmt weitgehend mit § 13 WEG 1975 überein (*Würth/Zingher/Kovanyi*, aaO § 16 WEG Rz 1), wobei § 16 Abs 2 WEG 2002 den Regelungsgehalt der Vorgängerbestimmung des § 13 Abs 2 WEG 1975 nahezu wortgleich übernommen hat. In der Rsp des OGH zu § 16 Abs 2 WEG 2002 wurde daher wiederholt auf die zu § 13 Abs 2 WEG 1975 ergangene Judikatur verwiesen (vgl etwa RIS-Justiz RS0116332; RS0118808 uva). (...) Für das Grundbuchsverfahren folgt daraus das Vorliegen eines Eintragungshindernisses iSd § 94 Abs 1 Z 1 GBG (RIS-Justiz RS0060530; RS0115744), solange der vom RekG geforderte urkundl Nachweis nicht vorliegt.

4. Die RevRekWerber ziehen auch gar nicht in Zweifel, dass die Zerlegung eines WEObjekts in zwei selbständige Einheiten eine nach § 16 Abs 2 WEG zustimmungspflichtige Änderung darstellt (vgl auch *A. Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 16 WEG Rz 18), sondern nehmen ausschließlich Bezug auf die Regelungen zur gerichtl Neufestsetzung von Nutzwerten (§ 9 Abs 2 WEG). Die Nutzwertneufestsetzung