



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Das Aufgriffsrecht in der GmbH

Verfasserin

Mag.iur. Julia Fragner

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur)

Wien, Dezember 2008

Studienkennzahl lt.
Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt:

Unternehmensrecht

Betreuerin / Betreuer:

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

I. EINLEITUNG	1
II. GRUNDLAGEN	5
III. DAS AUFGRIFFSRECHT	44
IV. DIE RECHTSNATUR DES AUFGRIFFSRECHTS	53
V. EINZELFRAGEN DES AUFGRIFFSRECHTS	94
VI. AUSGEWÄHLTE AUFGRIFFSFÄLLE	104
VII. AUFGRIFFSRECHT UND VINKULIERUNG	159
VIII. REGELUNGEN FÜR DEN FALL DER NICHTSAUSÜBUNG DES AUFGRIFFSRECHTS.....	165
IX. ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT.....	168
X. LITERATURVERZEICHNIS	174
XI. ANHANG	183

I. EINLEITUNG	1
A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit	1
B. Aufbau der Arbeit.....	3
II. GRUNDLAGEN	5
A. Entwicklung der GmbH mit Bezug auf die Regelungen der Geschäftsanteile	5
1. Entwicklung der GmbH	5
2. Regelungen betreffend die Übertragung von Geschäftsanteilen im GmbHG 1906...	6
B. Der Geschäftsanteil im GmbHG	7
C. Der Inhaber des Geschäftsanteils	8
1. Einheitlichkeit des Geschäftsanteils.....	9
a) Die Anwachsung	9
b) Die Teilung.....	9
2. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile	10
D. Verbriefungsverbot.....	11
E. Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen	11
1. Freie Übertragbarkeit als gesetzlicher Grund und tatsächlicher Ausnahmefall	12
a) Verlust der Mitgliedschaft.....	12
b) Freie Übertragbarkeit	13
c) Der Gesellschaftsvertrag	13
2. Die Übertragung als zivilrechtliches Rechtsgeschäft.....	14
a) Mängel der Übertragung	14
3. Rechtsfolgen der Übertragung	15
F. Der Notariatsakt als maßgebliche Form.....	17
1. Formzweck.....	17
2. Reichweite der Formpflicht.....	18
3. Rechtsfolgen des Formverstößes.....	20
G. Die Verpfändung des Geschäftsanteils	21
1. Form der Verpfändung	22
2. Inhalt des Pfandrechts	24
3. Veräußerung der Pfandsache.....	26
4. Verwertung des Pfandrechts.....	26
H. Die Pfändung des Geschäftsanteils	27
I. Die Vererbung von Geschäftsanteilen.....	28
J. Gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen.....	29
1. Allgemeines.....	29
2. Zweck und Bedeutung.....	31
K. Vinkulierung.....	34
1. Zustimmungserfordernis	34
2. Anrufung des Gerichts wegen Unwirksamkeit der Übertragung	35
a) Voraussetzungen des § 77 GmbHG	35
b) Nominierungsrecht der Gesellschaft	38
3. Nachträgliche Vereinbarungen betreffend die Vinkulierungsklausel	39
a) Nachträgliche Einführung einer Vinkulierungsklausel	39
b) Nachträgliche Änderung und Aufhebung einer Vinkulierungsklausel	41
4. Wirkung von Vinkulierungsklauseln	42
III. DAS AUFGRIFFSRECHT	44
A. Aufgriffsrecht in Lehre und Rechtsprechung.....	44
B. Aufgriffsrecht in der Vertragspraxis	45

C.	Die Elemente des Aufgriffsrechts	47
a)	Berechtigter	47
b)	Verpflichteter	47
c)	Aufgriffsfall.....	48
d)	Weitere Elemente	48
D.	Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen.....	49
E.	Zweck.....	51
IV.	DIE RECHTSNATUR DES AUFGRIFFSRECHTS	53
A.	Das Aufgriffsrecht als Vorkaufsrecht	53
1.	Allgemeines.....	53
a)	Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB	54
b)	Vorkaufsfall iSd § 1078 ABGB	55
c)	Abweichendes auslösendes Moment bzw Aufgriffsfalls	56
d)	Problemfall: Veräußerungswille als auslösendes Moment	57
2.	Rechtsfolgen.....	59
a)	§ 1073 ABGB: Absolute Wirkung.....	59
b)	§ 1074 ABGB: Bestimmtheit des Berechtigten	67
c)	§ 1075 ABGB: Wirkliche Einlösung des Vorkaufsrechts an Geschäftsanteilen	70
d)	§ 1076 ABGB: Die gerichtliche Feilbietung.....	73
e)	§ 1077 ABGB: Der Vorkaufspreis	74
3.	Ergebnis.....	75
B.	Das Aufgriffsrecht als Vorvertrag.....	77
1.	Allgemeines.....	77
a)	Bestimmtheit der wesentlichen Stücke und Form.....	77
b)	Vorvertrag bei Anbots- oder Mitteilungspflicht.....	79
c)	Anbotspflicht.....	80
d)	Mitteilungspflicht	81
2.	Rechtsfolgen.....	81
a)	Umstandsklausel – clausula rebus sic stantibus	81
b)	Geltendmachung binnen Jahresfrist	83
3.	Ergebnis.....	83
C.	Aufgriffsrecht als Option	85
1.	Allgemeines.....	85
a)	Bestimmtheit der wesentlichen Stücke und Form.....	85
b)	Das Aufgriffsrecht in Gestalt eines Optionsrechts.....	86
2.	Rechtsfolgen.....	87
a)	Umstandsklausel – clausula rebus sic stantibus	87
3.	Ergebnis.....	88
D.	Aufgriffsrecht als bedingter Kauf	89
1.	Allgemeines.....	89
a)	Aufgriffsrecht als einfach bedingter Kauf.....	89
b)	Aufgriffsrecht als doppelt bedingter Kauf	90
2.	Rechtsfolgen.....	90
3.	Ergebnis.....	91
E.	Ergebnis.....	92
V.	EINZELFRAGEN DES AUFGRIFFSRECHTS.....	94
A.	Form	94
B.	Nachträgliche Einführung, Änderung und Aufhebung von Aufgriffsrechten.....	96
1.	Formpflicht.....	96
a)	Nachträgliche Einführung und Änderung	96
b)	Aufhebung.....	97

2.	Zustimmungserfordernisse	98
a)	Nachträgliche Einführung	98
b)	Änderung und Aufhebung	99
C.	Wirkung des Aufgriffsrechts	101
1.	Allgemeines	101
2.	Begründung der absoluten Wirkung in Rechtsprechung und Lehre	101
3.	Abweichende Begründung der absoluten Wirkung	102
4.	Reichweite der absoluten Wirkung	102
VI.	AUSGEWÄHLTE AUFGRIFFSFÄLLE	104
A.	Aufgriffsrecht im Konkursfall	104
1.	Allgemeines	104
2.	Zweck	104
3.	Formpflicht des Masseverwalters	105
4.	Das Aufgriffsrecht im Konkurs	107
a)	Wirksamkeit des Aufgriffsrechts	107
b)	Anwendung des § 76 Abs 4 GmbHG	111
c)	Aufgriffspreis	114
5.	Vertragsgestaltung	115
a)	Aufschiebend bedingte Abtretung	115
b)	Ausschluss aus wichtigem Grund	117
6.	Vorkaufsrecht und Konkurs	119
B.	Aufgriffsrecht im Todesfall	120
1.	Allgemeines	120
2.	Zweck	120
3.	Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Regelungen für den Todesfall	121
4.	Aufgriffsrecht für den Todesfall	122
a)	Aufgriffspreis	124
5.	Vertragsgestaltung	126
C.	Aufgriffsrecht im Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung	128
1.	Allgemeines	128
2.	Fallkonstellationen	129
a)	Veräußerung der Anteile der Tochtergesellschaft	129
b)	Vorangehende Übertragung an Tochterunternehmen bei Konzernklausel	130
3.	Wirksamkeit des Aufgriffsrechts für den Fall der Veräußerung auch im Falle der mittelbaren Anteilsverschiebung?	130
a)	Ad Vinkulierung	130
b)	Ad Aufgriffsrecht	132
c)	Rechtsfolgen	133
4.	Das Aufgriffsrecht für den Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung	134
D.	Aufgriffsrecht im Fall der Gesamtrechtsnachfolge	136
1.	Allgemeines	136
2.	Verschmelzung	136
a)	Zustimmungsrecht gem § 99 GmbHG	137
b)	Fallkonstellationen	139
c)	Aufgriffsrecht für den Fall der Verschmelzung	142
3.	Spaltung	143
a)	Zustimmungsrecht gem § 10 SpaltG	143
b)	Wirksamkeit des Aufgriffsrechts im Fall der Spaltung	144
c)	Aufgriffsrecht für den Fall der Spaltung	145
E.	Aufgriffsrecht im Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters	146
1.	Allgemeines	146

2.	Zweck.....	147
3.	Das Aufgriffsrecht für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters.....	148
a)	Ausschlussverfahren.....	149
4.	Das Aufgriffsrecht als der „bessere Ausschluss“?	150
F.	Aufgriffsrecht im Fall der Kündigung	152
1.	Allgemeines.....	152
2.	Zweck.....	152
3.	Das Aufgriffsrecht für den Fall der Kündigung.....	153
G.	Aufgriffsrecht im Fall der Verpfändung	154
1.	Allgemeines.....	154
a)	Ad Vinkulierung.....	154
b)	Ad Aufgriffsrecht	154
2.	Das Aufgriffsrecht für den Fall der Verpfändung.....	156
a)	Ad Vinkulierung.....	156
b)	Ad Aufgriffsrecht	157
VII.	AUFGRIFFSRECHT UND VINKULIERUNG	159
A.	Die gesellschaftsvertragliche Verknüpfung von Vinkulierung und Aufgriffsrecht ..	159
1.	Zweck.....	159
a)	Zustimmungsrecht bei Nichtausübung des Aufgriffsrechts	160
b)	Aufgriffsrecht bei Erteilung der Zustimmung durch die Berechtigten	160
c)	Aufgriffsrecht bei Erteilung der Zustimmung durch das Gericht	161
d)	Aufgriffsrecht bei Verweigerung der Zustimmung durch die Berechtigten	162
B.	Aufgriffsrecht und § 77 GmbHG	162
1.	Das Verhältnis von Aufgriffsrecht und Nominierungsrecht	163
a)	Aufgriffsrecht bei Erteilung der Zustimmung durch das Gericht	163
b)	Aufgriffsrecht bei Verweigerung der Zustimmung durch die Berechtigten	164
VIII.	REGELUNGEN FÜR DEN FALL DER NICHTSAUSÜBUNG DES	
AUFGRIFFSRECHTS.....		165
A.	Vereinbarung des Anwachsens des Aufgriffsrechts.....	165
B.	Keine Vereinbarung für den Fall des Nichtaufgreifens	166
IX.	ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT.....	168
X.	LITERATURVERZEICHNIS	174
XI.	ANHANG	183

I. EINLEITUNG

A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit

GmbH-Geschäftsanteile sind grundsätzlich frei übertragbar (§ 76 Abs 1 GmbHG). Allerdings kann im Gesellschaftsvertrag Abweichendes vereinbart und die Übertragung erschwert (aber nicht ganz ausgeschlossen) werden. Das GmbHG ist insoweit für vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten offen: § 76 Abs 2 GmbHG nennt ausdrücklich nur die Vinkulierung, erlaubt es aber auch, die Übertragung „von weiteren Voraussetzungen“ abhängig zu machen.

Wie zwei empirische Untersuchungen belegen, macht die Praxis von diesen Möglichkeiten vielfältigen Gebrauch. Die erste Untersuchung wurde zum Stichtag 31.07.1991 von *Reich-Rohrwig* durchgeführt.¹ Ihr liegt eine Stichprobe von 560 Gesellschaften aller damals registrierten GmbHs zu Grunde. Die zweite Studie basiert auf einer Stichprobe von 175 in Wien registrierten Gesellschaften.² Beide Arbeiten kommen zu weitgehend übereinstimmenden Ergebnissen. In etwa 80 % der Gesellschaftsverträge wurden Vinkulierungsklauseln vereinbart;³ Aufgriffsrechte finden sich in etwa 50 % der Gesellschaftsverträge.⁴ Auffallend ist, dass in vielen Verträgen sowohl Vinkulierungs- als auch Aufgriffsklauseln vereinbart wurden.⁵

Diese Zahlen zeigen deutlich, dass gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen von GmbH-Geschäftsanteilen eine bedeutende Rolle spielen und die freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen in der Praxis die Ausnahme darstellt. Während heute das Wesen der Vinkulierung relativ klar ist, fehlen zum Aufgriffsrecht bisher noch Untersuchungen. In der Literatur wird das Aufgriffsrecht zumeist nur im Zusammenhang mit Spezialproblemen, wie dem Aufgriffsrecht im Konkurs- oder im Todesfall eines Gesellschafters behandelt. Neben diesen Problemfällen bestehen aber eine Vielzahl von Fragen und Unklarheiten, die einer näheren Analyse bedürfen. Unklar ist etwa die Rechtsnatur des Aufgriffsrechts, insbesondere die Frage, ob das Aufgriffsrecht eine Vereinbarung *sui generis* darstellt oder ob eine

¹ *Reich-Rohrwig*, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in *Kastner-FS* (1992) 371 f.

² *Kolarik*, Gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen – Quantitative Untersuchung und rechtliche Analyse, Diplomarbeit Wien 2006.

³ In der Studie von *Reich-Rohrwig* waren es rund 83 %; jener von *Kolarik* 78, 3 %.

⁴ *Reich-Rohrwig*: 53 % (wobei hier Aufgriffs- und Vorkaufsrechte miteinbezogen wurden); *Kolarik*: 54.3 %.

⁵ *Kolarik*, Gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen 56.

Qualifikation als ein bekanntes Rechtsinstitut möglich ist. Dies ist vor allem angesichts der Frage von Bedeutung, ob und inwieweit Regelungen für andere Rechtsinstitute angewendet werden müssen oder analog angewendet werden sollen. Besondere Bedeutung kommt auch der Frage nach der Wirkung von Aufgriffsrechten zu. Obwohl Lehre und Rechtsprechung im Ergebnis einhellig von der absoluten Wirkung ausgehen, ist ihre dogmatische Begründung noch ungeklärt. Aufgriffsrechte können ferner nicht nur für den Fall der Veräußerung, sondern auch für andere auslösende Momente vereinbart werden. Die damit in Zusammenhang stehenden vielfältigen Fragen wurden bisher noch nicht umfassend untersucht. Von Interesse sind schließlich Rechtsfragen, die sich bei Kombination von Aufgriffs- und Zustimmungsrechten in einem Gesellschaftsvertrag stellen (etwa die Bedeutung eines Aufgriffsrechts für das Verfahren nach § 77 GmbHG).

Ziel der Arbeit ist daher eine umfassende Analyse der Rechtsnatur sowie der Wirkung und der Reichweite des Aufgriffsrechts. Die Arbeit soll dabei einen Beitrag zur Diskussion über die Zulässigkeit von Aufgriffsrechten in der Lehre, zudem aber auch einen Beitrag für die Praxis leisten.

B. Aufbau der Arbeit

Die Arbeit ist in neun Kapitel unterteilt. Kapitel II setzt sich nach einer kurzen Darstellung der Entwicklung der GmbH und der Regelungen betreffend die Geschäftsanteile mit jenen Bestimmungen des GmbHG auseinander, die für den weiteren Verlauf der Arbeit von Relevanz sind.

Kapitel III gibt zunächst einen Überblick über das Aufgriffsrecht in der Lehre und Rechtsprechung. Im Anschluss werden die Elemente des Aufgriffsrechts dargestellt und es wird eine Definition des Aufgriffsrechts vorgenommen. Weiters werden Parallelen sowie Unterschiede zu anderen Erscheinungsformen aufgezeigt.

Kapitel IV setzt sich mit der Rechtsnatur des Aufgriffsrechts auseinander. In diesem Kapitel wird zunächst eine Einordnung des Aufgriffsrechts unter bestehende Rechtsinstitute versucht. Dabei werden auch jene Probleme dargestellt, die solche Qualifikationen nach sich ziehen können.

Kapitel V beschäftigt sich mit Einzelfragen des Aufgriffsrechts. Behandelt werden dabei die Formpflicht, die nachträgliche Einführung, Änderung und Aufhebung von Aufgriffsklauseln sowie die Frage nach der Wirkung von Aufgriffsrechten.

Kapitel VI untersucht ausgewählte Aufgriffsfälle. Dabei wird jeweils ein Überblick über das Problem dargestellt sowie der Zweck solcher Vereinbarungen herausgearbeitet. Im Anschluss werden jeweils einzelne problematische Bereiche behandelt. Die Palette der ausgewählten Aufgriffsfälle reicht vom Aufgriffsrecht im Konkursfall bis zum Aufgriffsrecht im Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung.

Kapitel VII nähert sich der Problematik der Vereinbarkeit von Aufgriffs- und Zustimmungsrechten. In diesem Kapitel werden nach einer Analyse des Zwecks solcher Verknüpfungen, die einzelnen möglichen Gestaltungsvarianten dargestellt und beleuchtet.

Kapitel VIII beschäftigt sich mit dem Schicksal des Aufgriffsrechts für den Fall der Nichtausübung. Dabei werden verschieden Regelungsmöglichkeiten dargestellt, zudem wird auch jener Fall behandelt, in dem im Gesellschaftsvertrag keine Vereinbarung für den Fall der Nichtausübung des Aufgriffsrechts getroffen wurde.

Kapitel IX enthält das Fazit und eine Zusammenfassung der im Laufe der Arbeit gewonnenen Ergebnisse.

II. GRUNDLAGEN

A. Entwicklung der GmbH mit Bezug auf die Regelungen der Geschäftsanteile

1. Entwicklung der GmbH

Vor der Schaffung der GmbH bestanden in Österreich nur die Aktiengesellschaft, die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Genossenschaft sowie der Verein. Erstmals angeregt wurde die Einführung einer neuen Gesellschaftsform in Österreich durch die Handels- und Gewerbekammer Eger im Jahr 1892.⁶ Ausgangspunkt der Diskussion zur Einführung und auch Vorbild bei der Gestaltung des österreichischen GmbHG war das deutsche Parallelgesetz aus dem Jahr 1892. Während in Deutschland der Grund zur Schaffung einer GmbH in der Verschärfung des deutschen Aktiengesetzes durch die Novelle 1884 lag, stellte die österreichische Gesetzesinitiative vor allem eine Antwort auf die strenge Konzessionspraxis der AG dar.⁷ Weiters sollte mit einer neuen Rechtsform auch eine gewisse Steuererleichterung einhergehen, da die Aktiengesellschaft einer sehr ungünstigen Besteuerung unterlag. Neben der AG mit dem strengen Konzessionssystem kamen für kaufmännische Unternehmen, die vom Gesetzgeber als Adressaten einer Gesellschaftsform betrachtet wurden,⁸ noch die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft in Betracht. Nachteil dieser Formen war die damit verbundene persönliche Haftung. Mit der Einführung einer neuen Rechtsform wollte man nach dem Vorbild des deutschen Gesetzes eine Aktiengesellschaft ohne Aktien bzw eine Kommanditgesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter schaffen.

Zur Bedarfserhebung wurde zunächst eine Umfrage an die Handelskammern gestellt. In ihren Stellungnahmen sprachen sich die Kammern überwiegend für die Einführung der

⁶ 236 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Herrenhauses. - XVII Session 1904, Allgemeiner Teil.

⁷ Vgl dazu *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 27f.

⁸ 236 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Herrenhauses. - XVII Session 1904, Allgemeiner Teil.

GmbH aus,⁹ sodass das Justizministerium mit der Ausarbeitung eines Entwurfes beginnen konnte. Bei der Ausarbeitung des Gesetzes orientierte man sich weitgehend am deutschen Gesetz, wobei jedoch auch eine Reihe von Abweichungen ausgearbeitet wurden. Bei den Überarbeitungen wurde auch die Auswirkung der in Deutschland eingetretenen wirtschaftlichen Krise auf die Bestandsfähigkeit der GmbH abgewartet. Dabei stellte sich die neue Rechtsform auch in Zeiten der Krise als lebensfähig dar, was naturgemäß für die Einführung der GmbHG sprach. Nachdem der erste Entwurf des Gesetzes im Jahr 1890 vorlag, wurde dieser noch drei Mal überarbeitet. Schließlich trat das GmbHG am 15. Juni 1906 in Kraft.

2. Regelungen betreffend die Übertragung von Geschäftsanteilen im GmbHG 1906

Zweck des GmbHG war es, eine Rechtsform zu schaffen, bei der die Gesellschafter wie bei der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft bloß beschränkt haften.¹⁰ Für die Schaffung der GmbH brachte die Wirtschaft vor, dass sich die Aktiengesellschaft nicht für alle Unternehmen eigne.¹¹ Bei der Aktiengesellschaft bedürfe es aufgrund der Vielzahl an Mitgliedern und deren ständigen Wechsels besonderer Schutzinstrumente zugunsten des beteiligten Publikums. Eine Gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH sollte hingegen für solche Unternehmen geschaffen werden, die sich durch eine kleinere Zahl an Mitgliedern auszeichnen, deren Beziehungen zur Geschäftsführung eng seien. Für diese Gesellschaften gebe es dann aber keinen Bedarf an strengen zwingenden Schutzinstrumenten, wie jene des Aktiengesetzes. Dem Bedürfnis der Wirtschaft nach einer geeigneteren Rechtsform für solche nicht kapitalmarktorientierten Gesellschaften wurde im GmbHG nachgekommen.

Die Regelungen betreffend die Geschäftsanteile fanden im 4. Abschnitt des GmbHG in den §§ 75 ff Eingang. Grundgedanke der Regelungen in Bezug auf die Geschäftsanteile war die Fernhaltung der Anteile vom Kapitalmarkt. Ein gänzliches Verbot der Übertragung wurde allerdings nicht vorgesehen, da der Gesetzgeber dies als mit der Konstruktion der GmbH unvereinbar erachtete.¹² Um dennoch einen börsenmäßigen Handel mit Geschäftsanteilen zu

⁹ Vgl. Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 58.

¹⁰ 272 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Herrenhauses. - XVII Session 1905, Bericht der Kommission des Herrenhauses zur Vorbereitung der Gesetzesvorlage über Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

¹¹ Vgl. zum Folgenden Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 54.

¹² Erläuternde Bemerkungen zur RV 236 Beil. StenProtHH, XVII Session 1904, 84.

verhindern, wurde die Übertragung der Geschäftsanteile aber an strenge Formerfordernisse gebunden. Der Gesetzgeber begründete dies vor allem aus Schutzgründen.¹³ Mit einer weitgehenden Immobilisierung der gesellschaftlichen Beteiligung sollte *„die Gefahr, dass breite Schichten der Bevölkerung...durch unsolide Gründungen in Zeiten der wirtschaftlichen Krise in Mitleidenschaft gezogen werden könnten“* verringert werden. Die Formpflicht stellt aber nicht die einzige gesetzliche Regelung zur Verhinderung des börsenmäßigen Handels mit den Geschäftsanteilen dar, vielmehr verfolgen auch andere Vorschriften diesen Zweck. So sieht § 75 Abs 3 GmbHG das Verbot von Inhaber—und Orderpapieren und § 75 Abs 4 GmbHG das Verbot von Dividendenscheinen vor.¹⁴ Auch mit der Regelung betreffend die Teilung von Geschäftsanteilen (§ 79 GmbHG) verfolgte der Gesetzgeber den Zweck der Fernhaltung der Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt.

B. Der Geschäftsanteil im GmbHG

Die Bestimmungen betreffend die Geschäftsanteile befinden sich im 4. Abschnitt des GmbHG in den §§ 75- 83. § 75 GmbHG bestimmt zunächst den Umfang des Geschäftsanteils. §§ 76 bis 78 GmbHG beinhalten Regelungen der Übertragung der Anteile. In §§ 79 und 80 GmbHG finden sich Bestimmungen betreffend die Teilung und die Berechtigung mehrerer an einem Anteil. §§ 81 bis 83 GmbHG beinhalten Vorschriften in Bezug auf die Kapitalerhaltung. Im Folgenden möchte ich die für diese Arbeit relevanten Bestimmungen näher erläutern.

Da Ausgangspunkt dieser Arbeit der Geschäftsanteil ist, bedarf es zunächst seiner näheren Beleuchtung. Trotz der einschlägigen Regelungen in Bezug auf den Geschäftsanteil ist im GmbHG keine Legaldefinition des Geschäftsanteils zu finden.¹⁵ Allerdings sind in den Materialien zum GmbHG Anhaltspunkte auszumachen. So erhalten die Gesellschafter nach der Intention des historischen Gesetzgebers als *„Äquivalent für die von ihnen übernommenen Stammeinlagen ein Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen, das sich in einer quotenmäßigen Beteiligung an der Verwaltung, den Nutzungen und einer allfälligen Verteilung des Gesellschaftsvermögens“* ausdrückt. Die Summe dieser Berechtigungen wird als

¹³ 272 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Herrenhauses. - XVII Session 1905, 5.

¹⁴ Siehe hierzu noch unten II.D.

¹⁵ *Trenkwalder*, Übertragung von Anteilen an österreichischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in Kalss, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in 14 europäischen Rechtsordnungen (2003) 26.

Geschäftsanteil bezeichnet.¹⁶ Entgegen dem Wortlaut des historischen Gesetzgebers, der nur von den Berechtigungen spricht, umfasst der Geschäftsanteil nach der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung nicht nur Rechte, sondern stellt die Summe der gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten des Gesellschafters dar.¹⁷ Auszugehen ist daher vom Geschäftsanteil als der Summe der gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten. Diese Rechte und Pflichten können in Vermögens- und Herrschaftsrechte sowie in Gesellschafterpflichten geteilt werden.¹⁸ Zu den Vermögens- und Herrschaftsrechten zählen ua der Anspruch auf den Bilanzgewinn sowie Teilnahme-, Auskunfts- und Stimmrechte. Bei den Gesellschafterpflichten handelt es sich zBsp um die Einlagenleistung- oder Nachschusspflicht. Weiters kann man zwischen allgemeinen Mitgliedschaftsrechten und Minderheitsrechten (ab einer Beteiligung von 10 % am Stammkapital) unterscheiden.¹⁹ Gem § 75 GmbHG steht es den Gesellschaftern frei, die Größe des Geschäftsanteils selbst zu bestimmen, wobei sich der Geschäftsanteil mangels anderweitiger Regelung im Gesellschaftsvertrag nach der Höhe der übernommenen Stammeinlagen richtet. Zu beachten ist aber, dass die Geschäftsanteile streng von der Stammeinlage zu unterscheiden sind.²⁰

C. Der Inhaber des Geschäftsanteils

Als Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft gilt gem § 78 Abs 1 GmbHG derjenige, der im Firmenbuch als solcher aufscheint. Dem Wortlaut des § 78 GmbHG widerspricht es nach der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung jedoch nicht, dass die Gesellschaft den Erwerber schon vor der Eintragung als Gesellschafter im Firmenbuch als solchen behandelt.²¹ Nach § 80 GmbHG besteht die Möglichkeit, dass ein Geschäftsanteil von mehreren Personen gehalten wird, wie etwa bei Erben- oder ehelichen Gütergemeinschaften.²² In einem solchen Fall können die Rechte aus dem Anteil von den

¹⁶ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 84.

¹⁷ OGH 11.10.1995, 3 Ob 108/95, ecolx 1996, 273; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz-Kommentar³ (2007) § 75 Rz 4; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG⁶ (2006) § 75 Rz 1.

¹⁸ *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ (2008) Rz 708.

¹⁹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 426 f.

²⁰ Die Stammeinlage stellt die vom Gesellschafter geleistete Einlage auf das Stammkapital dar und muss gem § 6 GmbHG mindestens € 70.- betragen.

²¹ OGH 17.02.2006, 10 Ob 132/05 t; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 5; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 78 Rz 3; *Schauer* in Kalss/Schauer, zum 16. Österreichischen Juristentag (2006) 741 (jeweils mwN); siehe dazu noch unten II.E.3.

²² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 80 Rz 3.

Mitberechtigten nur gemeinsam, dh entweder von allen zusammen oder von einer von ihnen ermächtigten Person, ausgeübt werden.

1. Einheitlichkeit des Geschäftsanteils

a) Die Anwachsung

Zwar können mehrere Personen einen Geschäftsanteil halten, allerdings kann eine Person nicht Inhaber mehrerer Geschäftsanteile sein. Nach § 6 Abs 3 GmbHG darf bei der Gründung jeder Gesellschafter nur eine Stammeinlage übernehmen. Diesen Grundsatz folgend bestimmt § 75 Abs 2 GmbHG, dass jedem Gesellschafter nur ein Geschäftsanteil zusteht.²³ Egal ob bei der Gründung oder zu einem späteren Zeitpunkt kann ein Gesellschafter daher nur einen Geschäftsanteil haben.²⁴ Das bedeutet aber nicht, dass ein Gesellschafter nicht einen weiteren Geschäftsanteil übernehmen kann, vielmehr wird sein Anteil dann bloß verhältnismäßig erhöht. Es kommt also zur Anwachsung des bereits bestehenden Anteils.

b) Die Teilung

Kongruent zur Anwachsung beim Anteilserwerb durch einen Mitgesellschafter ist eine Teilung ohne Übertragung unzulässig, denn auch bei der Zulassung der Teilung sah der historische Gesetzgeber die Gefahr des börsenmäßigen Handels mit Geschäftsanteilen verwirklicht.²⁵ Der historische Gesetzgeber hielt es zwar für untunlich, die Teilbarkeit von Geschäftsanteilen gänzlich zu verbieten, jedoch wollte er sie nicht ohne Weiteres zulassen.²⁶ Gem § 79 GmbHG ist die Teilung eines Geschäftsanteils (mit Ausnahme der Vererbung) nur zulässig, wenn im Gesellschaftsvertrag die Abtretung von Teilen eines Geschäftsanteiles vorgesehen ist.²⁷ Die Teilung daher als Vorstufe einer Teilveräußerung konzipiert.²⁸ Ist die Teilabtretung im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich zugelassen, ist sie unzulässig und unwirksam.²⁹ Wird eine Teilübertragung aber zugelassen, kann sie auch von der

²³ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 84.

²⁴ *Trenkwalder* in Kalss, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen 27.

²⁵ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 86.

²⁶ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 86.

²⁷ Da der historische Gesetzgeber die Teilung durch die Erben bei Tod eines Gesellschafters als das Normale betrachtete, ist eine Vorsehung im Gesellschaftsvertrag in diesem Fall nicht notwendig.

²⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 79 Rz 2.

²⁹ OGH 20.11.1957, 2 Ob 493/57.

Zustimmung der Gesellschaft zur Abtretung abhängig gemacht werden. Diese Beschränkungsmöglichkeit soll das Interesse der Gesellschaft vor einer schrankenlosen Vermehrung der Gesellschafter schützen.³⁰ Wer die Zustimmung erteilt, bestimmt der Gesellschaftsvertrag, wobei bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung die Gesellschafterversammlung zuständig ist.³¹ Wird die Zustimmung verweigert, kann sie allerdings nicht – so wie bei der Zustimmungsverweigerung zur Übertragung³² – nach § 77 GmbHG durch das Gericht ersetzt werden.³³ Nach § 79 Abs 1 Satz 2 GmbHG kann der Zustimmungsvorbehalt auch auf die Abtretung an Nichtgesellschafter beschränkt werden. Gem § 79 Abs 3 GmbHG bedarf die Zustimmung der Schriftform, wobei der Erwerber und der Betrag der übernommenen Stammeinlage bezeichnet werden müssen. Als Folge der Teilübertragung erhält der Übernehmer einen Teil des Geschäftsanteils, dem ein bei der Teilung bestimmter Teil der Stammeinlage entspricht.³⁴ Allerdings ist zu beachten, dass bei der Teilung die gesetzlichen Bestimmungen über Stammeinlage und Geschäftsanteil nicht verletzt werden dürfen. Es müssen daher die Bestimmungen über die Mindestbeträge der Stammeinlagen und ihrer Bareinzahlung beachtet werden.

2. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile

Bis zum Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007 war der Erwerb eines Geschäftsanteils durch die Gesellschaft grundsätzlich verboten. Zulässig war gem § 81 GmbHG nur der Erwerb im Exekutionsweg zur Hereinbringung einer Forderung der Gesellschaft. Durch das GesRÄG wurde die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile jedoch erweitert.³⁵ So sieht § 81 GmbHG nun vor, dass auf den unentgeltlichen Erwerb eigener Anteile, auf den Erwerb eigener Anteile im Weg der Gesamtrechtsnachfolge und auf den Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern die entsprechenden, für den Erwerb eigener Aktien geltenden Vorschriften (§ 65 AktG) sinngemäß anzuwenden sind.

³⁰ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 86.

³¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 79 Rz 8.

³² Siehe hierzu noch unten II.K.2.

³³ OGH 13.09.1923, 3 Ob 631/23.

³⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht (1983) 639.

³⁵ *Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, GesRZ 2007, 222 ff.

D. Verbriefungsverbot

Gem § 75 Abs 3 GmbHG darf ein Geschäftsanteil nicht in der Form eines Order- oder Inhaberpapiers verbrieft werden. Dies ergibt sich schon aus § 76 GmbHG, der für eine wirksame Übertragung zwingend den Notariatsakt vorsieht, weshalb die Bestimmung daher bloß klarstellende Funktion hat.³⁶ Das Verbriefungsverbot dient so wie die Formpflicht der Verhinderung des börsenmäßigen Handels mit Geschäftsanteilen. Zulässig ist jedoch die Beurkundung des Besitzes in Form einer Beweisurkunde. Die Vorlage einer solchen darf jedoch nicht zur Voraussetzung der Ausübung von Gesellschafterrechten gemacht werden.³⁷ Weiters ist gem § 75 Abs 4 GmbHG die Ausgabe von Dividendenscheinen verboten. Auch sie können nur zu Beweis Zwecken ausgegeben werden.³⁸

E. Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen

Geschäftsanteile können auf verschiedene Arten erworben werden, wobei zwischen den originären und den derivativen Erwerbsarten unterschieden werden kann. Zunächst kommt ein Erwerb anlässlich der Errichtung der Gesellschaft in Betracht. Aber auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung sowie einer rechtsformändernden Umwandlung gem § 242 AktG kommt es zu einem Anteilserwerb. Diese Möglichkeiten zählen zu den originären Erwerbsarten. Hingegen zählen der Erwerb des Geschäftsanteils mittels Rechtsgeschäft unter Lebenden, im Rahmen eines Kaduzierungs- und Exekutionsverfahrens, im Rahmen eines Erbgangs, durch gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge (Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung) sowie im Rahmen des GesAusG zu den derivativen Erwerbsarten.

³⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 75 Rz 13.

³⁷ *Trenkwalder* in Kalss, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen 28.

³⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 617.

1. Freie Übertragbarkeit als gesetzlicher Grund und tatsächlicher Ausnahmefall

a) Verlust der Mitgliedschaft

Möchte ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden, sind seine Möglichkeiten begrenzt. Eine Beendigung der Mitgliedschaft ist nämlich nicht ohne Weiteres möglich, zudem hat sie zumeist die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. So endet die Mitgliedschaft zunächst im Rahmen der Auflösung der Gesellschaft gem § 84 GmbHG bei Vorliegen eines in Abs 1 genannten Auflösungsgrunds (wie etwa bei Zeitablauf oder Konkurs). Zwar kann der austrittswillige Gesellschafter gem § 84 Abs 1 Z 2 GmbHG versuchen mittels Gesellschafterbeschluss die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen, allerdings benötigt er dafür einen Beschluss mit einfacher Mehrheit.³⁹ Gem § 84 Abs 2 GmbHG besteht die Möglichkeit, in der Satzung ein gesellschaftsvertragliches Kündigungsrecht einzuräumen. Wenn in einem solchen Fall im Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges vereinbart ist (etwa ein Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter), bewirkt die Kündigung aber auch die Auflösung der Gesellschaft.⁴⁰ Weiters ist eine Beendigung im Rahmen einer Kapitalherabsetzung, einer Verschmelzung, Spaltung oder Umwandlung sowie im Rahmen des GesAusG möglich. All diese Fälle betreffen allerdings den Bestand der Gesellschaft bzw sind von einem Gesellschafterbeschluss abhängig. Für einen Gesellschafter, der bloß an seiner Mitgliedschaft nicht mehr interessiert ist, stellt sich die Situation daher problematisch dar. Deshalb wird der ausscheidungswillige Gesellschafter - falls kein Auflösungsgrund iSd § 84 GmbHG vorliegt, der Auflösungsbeschluss nicht die nötige einfache Mehrheit erreicht hat und ihm kein gesellschaftsvertragliches Kündigungsrecht eingeräumt wurde – die Beendigung seiner Mitgliedschaft meistens nur durch Übertragung seines Anteils erreichen können. Angesichts dieser engen Grenzen für austrittswillige Gesellschafter, wurde in der Lehre der Ruf nach einer außerordentlichen Kündigung und Ausschließung laut.⁴¹ Dies wird von der Rechtsprechung jedoch strikt abgelehnt.⁴² Auch jüngst hat der OGH wieder ausgesprochen, dass kein Anlass bestehe, von dieser Rechtsprechung abzugehen.⁴³

³⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 8.

⁴⁰ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 675.

⁴¹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 425.

⁴² OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95, ecolex 1996, 757.

⁴³ OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v, ecolex 2007/120.

b) Freie Übertragbarkeit

Wie gerade aufgezeigt, wird sich ein ausscheidungswilliger Gesellschafter meist um einen Erwerber bemühen und seinen Geschäftsanteil auf diesen übertragen müssen.⁴⁴ Dies steht den Gesellschaftern – abgesehen von den Formerfordernissen - grundsätzlich frei, da § 76 GmbHG die freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen regelt. Allerdings kann nach Abs 2 dieser Bestimmung die Übertragung im Gesellschaftsvertrag von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden, was Ausgangspunkt dieser Arbeit ist.

c) Der Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag wird von der herrschenden Lehre als Organisationsvertrag bezeichnet.⁴⁵ Er konstituiert die Gesellschaft als Rechtsperson und legt ihre Organisation sowie ihre Beziehungen zu den Mitgliedern fest.⁴⁶ Zur Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch muss gem § 3 Abs 1 Z 1 GmbHG ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden sein. Zwingender Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist gem § 4 Abs 1 GmbHG die Firma und der Sitz der Gesellschaft, der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stammkapitals und die Beträge der Stammeinlagen. Die Gesellschafter können in den Gesellschaftsvertrag aber auch Bestimmungen aufnehmen, die über die in Abs 1 genannten Bestandteile hinausgehen. Solche Ergänzungen sind zulässig, solange sie nicht vom GmbHG verboten sind.⁴⁷ Manche Bestimmungen müssen sogar, um wirksam zu sein, im Gesellschaftsvertrag enthalten sein. Andere Bestimmungen wiederum können bloß im Gesellschaftsvertrag getroffen werden. Zu diesen zählen auch die Vinkulierung und das Aufgriffsrecht. Werden sie außerhalb des Gesellschaftsvertrags getroffen, entfalten sie nur relative Wirkung⁴⁸ und genießen daher keinen absoluten Schutz. Ein entgegen der Vereinbarung vorgenommene Rechtsgeschäft ist daher wirksam. Bei Vorsehung im Gesellschaftsvertrag entfalten sie hingegen absolute Wirkung und müssen auch nicht jeweils mit jedem neu eintretenden Gesellschafter vereinbart werden.

⁴⁴ *Harrer*, Ausschluss, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in Frotz-FS (1993) 275.

⁴⁵ *Umfahrer*, Die GmbH⁶ Rz 38 mwN.

⁴⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 3 Rz 8.

⁴⁷ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 346 (mit einer Aufzählung besonders häufiger Ergänzungen).

⁴⁸ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 347.

2. Die Übertragung als zivilrechtliches Rechtsgeschäft

Die Übertragung des Geschäftsanteils richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen, erforderlich sind daher Titel und Modus. Als Titel kommt für die Übertragung von Geschäftsanteilen etwa ein Kauf oder eine Schenkung, aber auch eine letztwillige Verfügung, ein richterlicher Ausspruch oder eine gesetzliche Anordnung in Betracht.⁴⁹ Da es sich bei einem Geschäftsanteil nicht um eine bewegliche körperliche Sache handelt, besteht der Modus nicht in der Übergabe, sondern in der Einigung und der Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung der Parteien darüber.⁵⁰ Mit dem Abschluss des Verfügungsgeschäfts ist der Anteil abgetreten. Der Übergang ist sodann von den Geschäftsführern unverzüglich beim Firmenbuch anzumelden. Die Wirksamkeit der Übertragung ist jedoch nicht von der Eintragung im Firmenbuch abhängig. Ist die Eintragung im Firmenbuch fehlerhaft, stellt sich die Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich ist. Von einem Teil der Lehre wird dies mit dem Hinweis auf die positive bzw negative Publizität gem § 15 Abs 1 und 2 UGB bejaht, jedoch lehnt die überwiegende Lehre diese Ansicht ab.⁵¹ Auch für die Rechtsprechung ist ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten nicht möglich.⁵²

a) Mängel der Übertragung

So wie bei jedem Rechtsgeschäft können bei der Übertragung von Geschäftsanteilen Mängel auftreten. Die Geltendmachung solcher Mängel richtet sich dabei nach allgemeinen Grundsätzen.⁵³ So kann die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH wegen Irrtum oder arglistiger Täuschung angefochten werden.⁵⁴ Auch die Regeln des Gewährleistungsrechts kommen bei einer entgeltlichen Übertragung von Geschäftsanteilen zu Anwendung. Bei der Anteilsübertragung muss man zwischen Mängeln des Anteils und Mängeln des Unternehmens unterscheiden. Anteilmängel bestehen darin, dass dem Erwerber nicht die vertraglich vereinbarte Rechtsstellung eingeräumt wird.⁵⁵

⁴⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 328.

⁵⁰ *Trenkwalder* in Kalss, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen 29.

⁵¹ *Schauer* in Kalss/Schauer, Gutachten 741 (auch mit Nachweis der gegenteiligen Auffassung).

⁵² OGH 07.09.1971, 3 Ob 588/71 = ÖJZ 1972/62.

⁵³ Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 11.

⁵⁴ OGH 05.10.1994, 7 Ob 614/93 = RdW 1995, 138.

⁵⁵ *Reich-Rohrwig*, Gewährleistungsfragen beim Anteilsverkauf, *ecolex* 1991, 90.

Unternehmensmängel wiederum beruhen auf einer nicht vertragskonformen Beschaffenheit des Unternehmens.⁵⁶ Umstritten ist, ob ein Anteilsverkäufer auch für Mängel des Unternehmens haften muss. Beim Erwerb aller Anteile wurde dies vom OGH mit der Begründung, dass ein solcher Erwerb wirtschaftlich einem Unternehmenskauf gleichzuhalten ist, bejaht.⁵⁷ Bejaht wird auch die Haftung des Veräußerers, wenn die Parteien die Eigenschaften des Unternehmens durch ausdrückliche oder konkludente Willenserklärung zu solchen des Anteils erhoben haben.⁵⁸ Unterschiedlich beantwortet wird jedoch die Frage, welche Beteiligungsgrenze – mangels abweichender Vereinbarung - die Haftung für die Qualität des Unternehmens auslöst. Die Auffassungen reichen von nur einem Anteil bis zur Mehrheitsbeteiligung.⁵⁹

3. Rechtsfolgen der Übertragung

Mit der wirksamen Übertragung des Geschäftsanteils tritt der Erwerber in die Rechtsstellung des Veräußerers ein. Die Rechte und Pflichten, die sich aus der Inhaberschaft des Anteils ergeben, gehen auf den Erwerber über. Dies ergibt sich daraus, dass der Geschäftsanteil die Summe der Rechte und Pflichten des Gesellschafters darstellt. Jene Pflichten, die aber nicht unmittelbar mit der Gesellschafterstellung zusammenhängen (etwa eine Bürgschaft des Veräußerers für eine Gesellschaftsschuld), gehen im Zweifel nicht auf den Erwerber über. Sonderrechte gehen grundsätzlich auf den Erwerber über, für manche Sonderrechte gilt jedoch, dass sie nur übergehen, wenn die Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht worden ist.⁶⁰ Sonderrechte höchstpersönlicher Natur gehen jedoch nicht über. Sonderpflichten, die alle Gesellschafter treffen, also nicht höchstpersönlich sind, gehen auf den Erwerber über; dies gilt aber nicht für höchstpersönliche Sonderpflichten.⁶¹

§ 78 Abs 1 GmbHG bestimmt, dass im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter gilt, der im Firmenbuch als solcher aufscheint. In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage nach dem Schicksal der Rechte aus dem Anteil in der Zeitspanne zwischen Erwerb und Eintragung im Firmenbuch. Folgt man dem Wortlaut des § 78 Abs 1 GmbHG, kann der Erwerber seine Rechte aus dem Anteil erst ab Eintragung ausüben. Auf

⁵⁶ Puck, Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadenersatz und Irrtum (1996) 33.

⁵⁷ OGH 06.09.1990, 6 Ob 564/90 = ecolex 1991, 24.

⁵⁸ Puck, Der Unternehmenskauf 13 f (mwN).

⁵⁹ Zum Überblick über den Meinungsstand vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 13.

⁶⁰ So etwa § 30c Abs 2, siehe dazu näher *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 616.

⁶¹ Dies ergibt sich aus § 8 Abs 2, der die Zustimmungspflicht der Gesellschaft vorsieht.

eine möglichst rasche Eintragung kann der Erwerber aber keinen Einfluss nehmen, da dafür nur die Geschäftsführer gem § 26 GmbHG (berechtigt und) verpflichtet sind. Diese Situation wird für den Erwerber meist unbefriedigend sein. Dem Wortlaut des § 78 GmbHG widerspricht es nach der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung jedoch nicht, dass die Gesellschaft den Erwerber schon vor der Eintragung als Gesellschafter im Firmenbuch als solchen behandelt.⁶² In Konsequenz dieser Konstruktion würde dem Erwerber schon vor der Eintragung die Ausübung von Verwaltungsrechten zukommen. Ob die Gesellschaft von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, steht in ihrem Ermessen; der Erwerber hat kein Recht darauf.

⁶² OGH 17.02.2006, 10 Ob 132/05t; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 5; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 78 Rz 3; *Schauer* in Kalss/Schauer, Gutachten 741 (jeweils mwN).

F. Der Notariatsakt als maßgebliche Form

Grundsätzlich normiert § 76 Abs 1 GmbHG die freie Übertragbarkeit des Geschäftsanteils, allerdings stellt das Gesetz dafür strenge Formerfordernisse auf, da die wirksame Übertragung nach der gesetzlichen Normierung des § 76 Abs 1 GmbHG des Notariatsakts bedarf. Gem § 52 NO muss der Notar bei einem solchen die persönliche Fähigkeit und Berechtigung der Parteien zum Geschäftsabschluss erforschen sowie die Parteien über den Sinn und die Folgen des Geschäfts belehren und sich von ihrem ernstlichen und wahren Willen überzeugen. Weiters hat der Notar die Erklärung mit voller Klarheit und Bestimmtheit schriftlich aufzunehmen und nach der Vorlesung des Notariatsakts sich durch persönliches Befragen der Parteien zu vergewissern, dass diese ihrem Willen entspricht. Die Einhaltung der Notariatsaktsform ist zwingend, sie kann nicht durch Gesellschaftsvertrag abbedungen werden.⁶³

1. Formzweck

Umstritten ist in der Lehre und Rechtsprechung, welche Zwecke mit der Notariatsaktspflicht verfolgt werden. In Betracht kommen hierbei der Immobilisierungszweck, der Schutz vor Übereilung und die Klarstellungsfunktion.

Überwiegend bejaht wird von der Lehre und Rechtsprechung der Immobilisierungszweck.⁶⁴ Dieser ist schon den Materialien zu entnehmen: *„Dem Gedanken möglichst weitgehender Immobilisierung der gesellschaftlichen Beteiligung würde es entsprechen, die Übertragung von Geschäftsanteilen unter Leben entweder ganz auszuschließen oder sie doch von Gesetzes wegen der Zustimmung der Gesellschaft zu unterwerfen. Dies wäre jedoch nicht nur unvereinbar mit der Konstruktion der Gesellschaft als Zweckvermögen, sondern auch praktisch in vielen Fällen unbrauchbar. In Übereinstimmung mit dem Deutschen Gesetze anerkennt daher der Entwurf die Vererblichkeit und Übertragbarkeit der Geschäftsanteile und begnügt sich mit einer besonders solennen Form der Veräußerung, durch welche die*

⁶³ OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95.

⁶⁴ Vgl stellvertretend für viele Entscheidungen OGH 21.02.1990, 1 Ob 519/90; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 16; *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998) 113 f; *Trenkwalder* in *Kalss*, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen 16 (jeweils mwN).

*Geschäftsanteile dem Handel um so größerer Sicherheit entzogen werden.*⁶⁵ Da ein gänzliches Verbot der Übertragung nicht den erwünschten Zweck erfüllen würde, entschied sich der historische Gesetzgeber dafür, den Geschäftsanteilen die Zirkulationsfähigkeit und Negoziabilität mittels Notariatspflicht zu entziehen. Denn durch den zwingenden Notariatsakt wird die Übertragung der Anteile schon soweit erschwert, dass der Zweck weitgehend erreicht wird.⁶⁶ Gegen diese Auffassung wird aber vorgebracht, dass der Immobilisierungszweck – soweit man ihn überhaupt anerkennen will – schon durch das Verbot von Inhaber- und Orderpapieren erreicht werden kann.⁶⁷ Neben dem Immobilisierungsschutz sind zur Begründung der Notariatsaktsform aber noch zwei weitere Gründe zu finden: Der Übereilungsschutz und die Klarstellungsfunktion. So soll der Erwerber mit dem Notariatsakt vor einem übereilten Erwerb geschützt und zu reiflicher Überlegung angehalten werden.⁶⁸ Zum Teil wird in der Lehre jedoch vertreten, dass es sich beim Übereilungsschutz nicht um einen selbständigen Formzweck handelt.⁶⁹ Und auch die Klarstellungsfunktion, dh Notariatspflicht zum Zweck der Klarstellung, wer Gesellschafter ist, wird von der Lehre teilweise abgelehnt.⁷⁰

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nur der Immobilisierungszweck (fast) unbestritten ist. Dies liegt wohl auch an dem Umstand, dass nur die Immobilisierung schon in den Materialien erwähnt wird. Praktisch relevanter als die Frage, ob neben dem Immobilisierungszweck auch andere Zwecke zu bejahen sind, ist die Frage nach der Reichweite der Notariatsaktspflicht. Zudem werden die Einzelfragen in Bezug auf die Reichweite der Formpflicht ohnehin zumeist anhand des Immobilisierungszwecks diskutiert.

2. Reichweite der Formpflicht

Die Frage nach der Reichweite der Notariatsaktspflicht wirft zahlreiche Fragen auf. Zunächst gilt es zu klären, ob sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft der Formpflicht unterliegen. In der Vergangenheit wurde vom OGH teilweise nur die

⁶⁵ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 84.

⁶⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 16.

⁶⁷ *Enzinger*, Von überschießenden Formpflichten: Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, AnwBl 2001, 513.

⁶⁸ OGH 21.02.1990, 1 Ob 519/90.

⁶⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 16; *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 116; *Schauer* in Kalss/Schauer, Gutachten 732.

⁷⁰ Jeweils mwN: *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 115 f; *Enzinger*, AnwBl 2001, 513 f; *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 36; *Schauer* in Kalss/Schauer, Gutachten 736; *Auer*, Zum Formgebot bei (treuhändiger) Übertragung eines GmbH-Anteils, JBl 2002, 445 f.

Formpflicht des Verfügungsgeschäfts bejaht.⁷¹ Diese Auffassung wurde von der Literatur allerdings stark kritisiert, wobei die Notwendigkeit des Notariatsakts auch beim Verpflichtungsgeschäft vor allem mit dem Formzweck begründet wurde. So würde es der Immobilisierung der Geschäftsanteile widersprechen, wenn der bloße Konsens der Parteien einen klagbaren Anspruch auf Errichtung eines Notariatsaktes zur Abtretung schaffen könnte.⁷² Auch der OGH bejaht heute die Formpflicht sowohl für das Verfügungs- als auch das Verpflichtungsgeschäft. Man kann somit heute davon ausgehen, dass der Notariatsakt beim Verpflichtungs- und beim Verfügungsgeschäft einzuhalten ist.⁷³

Jedenfalls zulässig ist eine Teilung des Rechtsgeschäfts in Anbot und Annahme. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass dann beide Willenserklärungen des Notariatsakts bedürfen.⁷⁴ Zu beachten gilt es weiters, dass bei Auseinanderfallen von Anbot und Annahme das Rechtsgeschäft (gem § 862 a ABGB) erst mit dem Einlangen der Annahmeerklärung beim Anbotsteller zustande kommt.⁷⁵

§ 76 Abs Satz 2 GmbHG bestimmt, dass auch Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteils des Notariatsakts bedürfen. Dies gilt für alle obligatorischen Geschäfte, die auf eine künftige Abtretung von Geschäftsanteilen gerichtet sind, egal ob sich ein Gesellschafter oder ein Nichtgesellschafter (für den Fall, dass er künftig Gesellschafter wird) zur Abtretung des Geschäftsanteils im Voraus verpflichtet.⁷⁶ Damit unterliegen auch Vorverträge, Optionen sowie Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Aufgriffsrechte der Formpflicht.⁷⁷ All diese Vereinbarungen regeln die Verpflichtung zur Abtretung zu einem späteren Zeitpunkt.⁷⁸

⁷¹ OGH 11.09.1985, 3 Ob 544/85.

⁷² Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte 118.

⁷³ OGH 21.02.1990, 1 Ob 519/90; OGH 26.04.1990, 6 Ob 542/90; P. Bydlinki, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 39 f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 17; Schauer, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen, RdW 1986, 358.

⁷⁴ OGH 15.04.1980, 4 Ob 517/80; Umfahrer, Die GmbH⁶ Rz 715; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 18; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 627; Kostner, Verträge in Form von notariellen Anbot- und Annahmeerklärungen, NZ 1969, 20; aA P. Bydlinki, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 41, der sich für die Formpflicht nur beim Anbot bzw Annahme des Erwerbers ausspricht. Allerdings begründet er dies nur mit dem Übereilungsschutz.

⁷⁵ Kostner, NZ 1969, 20.

⁷⁶ OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95.

⁷⁷ OGH 09.04.1986, 1 Ob 518/86; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 19; Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte 121; P. Bydlinki, Zur Formpflicht bei der Übertragung von GmbH-Anteilen, NZ 1986, 243.f.

⁷⁸ Zu den Einzelfragen der Formpflicht des Aufgriffsrechts bzw beim Vorvertrag, bei der Optionen sowie beim Vorkaufsrecht siehe noch unten V.A.

Nach der herrschenden Lehre⁷⁹ und Rechtsprechung⁸⁰ sind Nebenabreden grundsätzlich nicht formbedürftig. So muss nach Auffassung des OGH der Notariatsakt weder einen Kaufpreis noch einen Rechtsgrund enthalten.⁸¹ Auch hier ist wiederum auf den Formzweck abzustellen.⁸² Wenn die Parteien schon einen Notariatsakt über die Abtretung des Geschäftsanteil errichten, wird damit dem Zweck der Verhinderung des börsenmäßigen Handels schon genüge getan; das Vorhandensein weiterer Abreden steht diesem Zweck dann nicht im Weg.⁸³ Auch in Bezug auf die beiden weiteren Formzwecke ist die Formbedürftigkeit der Nebenabreden zu verneinen. Der Übereilungsschutz soll den Erwerber zur reiflichen Überlegung anhalten, was aber schon durch die Notwendigkeit des Notariatsakts über die Abtretung erreicht wird. Und auch die Klarstellungsfunktion ist zu verneinen, als sie nur die Frage betrifft wer Gesellschafter ist.⁸⁴

3. Rechtsfolgen des Formverstoßes

Wurde die erforderliche Notariatsaktsform nicht eingehalten, zieht dies die Unwirksamkeit der Abtretung nach sich.⁸⁵ Aus einem formlos geschlossenen Vertrag kann somit weder auf Errichtung eines Notariatsakts über die Abtretung noch auf Zahlung des Kaufpreises geklagt werden.⁸⁶ Fraglich ist allerdings, ob ein solcher Formmangel geheilt werden kann. In § 76 GmbHG findet sich keine ausdrückliche Regelung. In der Lehre und Rechtsprechung ist die Möglichkeit der Heilung umstritten. So lehnt der OGH einerseits in einzelnen Entscheidungen die Möglichkeit der Heilung durch Zahlung des Kaufpreises ab,⁸⁷ andererseits bejaht er eine Heilung durch tatsächliche Erfüllung beider Seiten und Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Erwerber über eine längere Zeit, da die Rückforderung des Kaufpreises in einem solchen Fall gegen die guten Sitten verstoßen würde.⁸⁸ Allerdings blieb in den Entscheidungen des OGH bislang ungeklärt, ob sich die Heilung in den behandelten Fällen auf das Verpflichtungs- oder das Verfügungsgeschäft bezieht. Fest steht somit bloß, dass nach der Rechtsprechung eine Heilung jedenfalls dann ausgeschlossen ist,

⁷⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 20; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 423.

⁸⁰ S etwa OGH 03.06.1953, 2 Ob 158/53; OGH 03.04.1975, 6 Ob 200/74; OGH 24.04.1979, 5 Ob 560/79.

⁸¹ OGH 11.09.1985, 3 Ob 544, 545/85; kritisch zur Aufnahme des Rechtsgrunds in den Notariatsakt aber *Schauer*, RdW 1986, 359; *Wilhelm*, Zur Formalität verdeckter Schenkungen von GmbH-Anteilen, NZ 1994, 250 f.

⁸² OGH 15.05.2001, 5 Ob 41/01t.

⁸³ *Schauer*, RdW 1986, 358.

⁸⁴ *Schauer* Rdw 1986, 358.

⁸⁵ OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95.

⁸⁶ OGH 19.10.1999, 4 Ob 255/99z.

⁸⁷ So etwa in OGH 09.04.1992, 6 Ob 640/91.

⁸⁸ OGH 07.07.1983, 7 Ob 598/82.

wenn beide Geschäfte formlos abgeschlossen wurden.⁸⁹ Im Unterschied zum OGH unterscheidet die Lehre bei der Frage der Heilung hingegen klar zwischen dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft. In Bezug auf das Verpflichtungsgeschäft wird eine Heilung weitgehend mit § 1432 ABGB begründet, wonach Zahlungen aus einer Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeit ungültig sind, nicht zurückgefordert werden können.⁹⁰ Eine Heilung des Verfügungsgeschäftes wird jedoch von der herrschenden Lehre abgelehnt.⁹¹

G. Die Verpfändung des Geschäftsanteils

Grundsätzlich können alle im Verkehr stehenden Sachen Gegenstand eines Pfandrechts sein (§ 448 ABGB). Der Begriff der Sache ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen; auch Pfandrechte an Anteilsrechten an Gesellschaften fallen darunter.⁹² Für die GmbH bestimmt § 76 Abs 3 GmbHG ausdrücklich, dass die Geschäftsanteile frei verpfändet werden können. Der Zweck der Verpfändung besteht darin, dass sich der Pfandgläubiger im Falle des Erfüllungsverzugs des Schuldners, aus der Pfandsache befriedigen kann (§ 461 ABGB). Zum Erwerb eines Pfandrechts bedarf es nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts eines schuldrechtlichen Pfandbestellungsvertrags als Titelgeschäft und eines dinglichen Pfandvertrags als Verfügungsgeschäft.⁹³ Der Pfandbestellungsvertrag besteht in einer rechtsgeschäftlichen Abmachung zwischen dem Pfandbesteller (der Gesellschafter, der seinen Anteil verpfänden möchte) und dem Pfandnehmer (des Dritten). Diese Sicherungsabrede ist grundsätzlich formfrei. Formvorschriften sind jedoch dann zu beachten, wenn auch das der Verpfändung zugrunde liegende Kausalgeschäft formbedürftig ist.⁹⁴ Zum wirksamen Erwerb muss neben dem Pfandbestellungsvertrag das Pfandrecht aber auch wirklich eingeräumt werden (§ 1368 ABGB).⁹⁵

⁸⁹ OGH 20.10.2004, 7 Ob 110/04h.

⁹⁰ P.Bydlinski, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 57 f; Dehn, Formnichtige Geschäfte 227 f; Reich-Rohrwig, Zur Heilung formunwirksamer Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, eolex 1990, 547.

⁹¹ P.Bydlinski, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 62 f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 27.

⁹² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I 375.

⁹³ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I 377.

⁹⁴ Diese Form ist dann auch für den Pfandbestellungsvertrag einzuhalten; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 77 Rz 28.

⁹⁵ Zum Aufgriffsrecht im Fall der Verpfändung VI.G.

1. Form der Verpfändung

Nach § 76 Abs 3 GmbHG bedarf es zur Verpfändung von Geschäftsanteilen keines Notariatsakts. Die Entscheidung über die Form und die Wirkung einer solchen Verpfändung hat der Gesetzgeber mit Absicht dem bürgerlichen Recht überlassen.⁹⁶ Somit sind bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen die allgemein gültigen Grundsätze der Akzessorietät, der Spezialität, der Publizität und der Priorität zu beachten.⁹⁷

Nicht abschließend geklärt ist dabei, wie dem Grundsatz der Publizität genüge getan werden kann. Da es sich bei Geschäftsanteilen um bewegliche Sachen handelt, die keine körperliche Übergabe zulassen, ist nach Auffassung der herrschenden Lehre⁹⁸ und Rechtsprechung⁹⁹ § 452 ABGB, der eine symbolische Übergabe vorsieht, anzuwenden. Welche Form für die symbolische Übergabe iSd § 452 ABGB anzuwenden ist, ist allerdings umstritten. Dieser Bestimmung ist bloß zu entnehmen, dass man sich solcher Zeichen bedienen muss, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann. Nach der Rechtsprechung des OGH reicht jedenfalls die Verständigung des Drittschuldners aus.¹⁰⁰ Dieser Auffassung hat sich auch ein Großteil der Lehre angeschlossen.¹⁰¹ In der Literatur werden zudem noch weitere Publizitätsformen bejaht: die Eintragung in die öffentlichen Bücher, der Buchvermerk in den Büchern des Gesellschafters und die Anmerkung auf einer gem § 75 Abs 3 GmbHG ausgestellten Urkunde über die Beteiligung samt Übergabe dieser Urkunde.¹⁰² Eine Eintragung ins Firmenbuch ist aber mangels gesetzlicher Grundlage nicht ausreichend,¹⁰³ jedoch wird von einem Teil der Lehre die Hinterlegung der Pfandurkunde in der Urkundensammlung beim Firmenbuch als zulässig angesehen.¹⁰⁴ Der Buchvermerk in den

⁹⁶ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 84.

⁹⁷ Torggler, Zur Verpfändung von Geschäftsanteilen, ÖBA 1998, 431.

⁹⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ §77 Rz 4; Madl, Publike Verpfändung von GmbHG-Anteilen, ecolex 1998, 306 (jeweils mwN).

⁹⁹ OGH 18.06.1997, 3 Ob 2270/96m: „Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung aus der Erwägung an, dass § 452 ABGB schon aufgrund seines Wortlauts auf die Verpfändung eines Geschäftsanteils an einer Gesellschaft mbH anzuwenden ist, weil ein solcher Geschäftsanteil zufolge § 298 ABGB zu den beweglichen Sachen gehört, und weil kein Grund dafür zu erkennen ist, daß von der wörtlichen Auslegung des § 452 ABGB abgegangen werden müsste.“

¹⁰⁰ OGH 22.02.2001, 8 Ob 278/00s.

¹⁰¹ Torggler, Zur Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, GesRZ 1977, 80; Madl, ecolex 1998, 306; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 28; aA aber Eiselsberg/Schenk/Weißmann, Firmenbuchgesetz (1991) § 26 GmbHG Rz 13.

¹⁰² Torggler, GesRZ 1977, 80; Madl, ecolex 1998, 306.

¹⁰³ Madl, ecolex 1998, 306; Schmidtsberger, Beschränkung der Übertragung von Geschäftsanteilen, in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH-Möglichkeiten und Grenzen (2005) 100; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 28.

¹⁰⁴ Madl, ecolex 1998, 306; Torggler, GesRZ 1977, 80; Kralik, Veräußerungsverbot nach § 76 GmbHG, in Kastner-FS 224.

Büchern des Gesellschafters, der den Geschäftsanteil verpfändet, wird dann als ausreichend erachtet, wenn für den mit verkehrsüblicher Sorgfalt handelnden Dritten erkennbar ist, dass der Geschäftsanteil zu einem Betriebsvermögen gehört.¹⁰⁵ Ob diese weiteren Publizitätsformen tatsächlich ausreichen, hat der OGH bisher jedoch offen gelassen. Er führt allerdings gegen diese an, dass die Hinterlegung einer Pfandbestellungsurkunde beim Firmengericht im Gesetz nicht vorgesehen ist und dass eine Eintragung in den Geschäftsbüchern nur in jenen Fällen in Frage kommt, in denen der Pfandbesteller zur Buchführung verpflichtet ist.¹⁰⁶

Somit scheint die Verständigung des Drittschuldners die einzig „sichere“ Verpfändungsform zu sein. Probleme können sich bei einer solchen jedoch ergeben, wenn ein Geschäftsführer seinen Anteil verpfänden will, da sich der Geschäftsführer in diesem Fall selbst verständigt. Fraglich ist, ob hierbei die erforderliche Öffentlichkeitswirkung des § 452 ABGB gegeben ist. Für *Schmidsberger* reicht die Verständigung des Drittschuldners in diesem Fall nicht, vielmehr muss die Publizität durch eine andere Form gewahrt werden.¹⁰⁷ Für *Koppensteiner/Rüffler* hingegen ist die Formpflicht gewahrt, wenn es noch einen oder mehrere weitere Geschäftsführer gibt und diese verständigt werden.¹⁰⁸ Nach der Rechtsprechung kann allerdings auch in dem Fall, dass es nur einen Geschäftsführer gibt, die Verständigung des Drittschuldners ausreichen. Der OGH führte aus, dass im Anlassfall der Geschäftsführer namens der Gesellschaft ausdrücklich und schriftlich „die Verpfändung zustimmend zur Kenntnis“ nahm.¹⁰⁹ In einem solchen Fall ist nach Ansicht des OGH das Publizitätserfordernis erfüllt: Zweck der Drittschuldnerverständigung sei es, dass der „wissende“ Drittschuldner potentielle Gläubiger informieren kann, wenn diese bei ihm als einzig verlässlicher Auskunftsource Erkundigungen einholen. Es komme daher primär auf das Wissen an. Die Verständigung im Sinn einer Information eines schon Informierten erscheine somit überflüssig.¹¹⁰ Nach Ansicht des OGH ist demnach die Publizität gewahrt, wenn der Pfandbesteller in seiner Eigenschaft als Drittschuldner oder als dessen Organ vor dem Pfandgläubiger erklärt, die Verpfändung namens der Gesellschaft zur Kenntnis zu nehmen. Wenn eine solche Erklärung des Pfandbestellers nicht vorliegt, wird eine ausreichende Publizität aber wohl verneint werden müssen.

¹⁰⁵ *Torgler*, GesRZ 1977,80; *Madl*, ecolex 1998, 306.

¹⁰⁶ OGH 10.04.2008, 3 Ob 22/08v.

¹⁰⁷ *Schmidsberger* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 101.

¹⁰⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 28.

¹⁰⁹ OGH 10.04.2008, 3 Ob 22/08v.

¹¹⁰ OGH 10.04.2008, 3 Ob 22/08v.

2. Inhalt des Pfandrechts

Zweck der Verpfändung ist es, dem Gläubiger für den Fall, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, die Befriedigung aus einer Sache zu sichern. Fraglich ist allerdings, inwiefern sich der Gläubiger aus dem Geschäftsanteil befriedigen kann. Hierbei kann man nämlich zwischen jenen Rechten unterscheiden, die von der Pfandrechtseinräumung erfasst werden, und jenen Rechten, die beim Schuldner verbleiben.

Für *Torggler* ergibt sich aus § 447 ABGB, dass der Inhalt des Pfandrechts durch den Zweck der Pfandbestellung, nämlich dass sich der Pfandgläubiger bei Säumigkeit aus dem Pfand befriedigen kann, beschränkt ist. Somit ist nach Ansicht *Torgglers* nur der zur Verwertung geeignete Teil der Gesellschaftsrechte erfasst.¹¹¹ Zu beachten ist weiters § 457 ABGB, der bestimmt, dass sich das Pfandrecht nur soweit auf Früchte erstreckt, solange sie noch nicht abgesondert oder bezogen sind. Eine Nebenvereinbarung, die dem Gläubiger ein Recht auf Fruchtnießung der verpfändeten Sache einräumt, ist nach § 1372 ABGB verboten. Demnach beschränkt sich das Pfandrecht grundsätzlich auf die Liquidationsquote und umfasst nicht den Dividendenanspruch. Allerdings kann dieser gesondert gepfändet werden.¹¹² Auch für die Mitgliedschaftsrechte gilt, dass diese nur soweit übergehen, als sie zur Verwertung geeignet sind. So gehen etwa das Stimmrecht, Minderheits- und Kontrollrechte sowie das Recht auf Einsicht in die Bücher durch die Pfandrechteinräumung nicht über.¹¹³ Allerdings ist der Pfandschuldner dazu angehalten, bei Wahrnehmung dieser Rechte die Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen.¹¹⁴ Andererseits ist der Pfandschuldner auch weiterhin den anderen Gesellschaftern bzw der Gesellschaft gegenüber zur Treue verpflichtet. Bei einem allfälligen Interessenskonflikt darf der Gesellschafter daher nur soweit gegen einen die Interessen des Pfandgläubigers widersprechenden Gesellschafterbeschluss stimmen, als ausreichend sachliche Gründe dafür vorliegen.¹¹⁵ Beschlüsse, die unter Verletzung dieser Pflicht zustande kommen, sind jedoch trotzdem gültig und machen den Pfandschuldner schadenersatzpflichtig.¹¹⁶ Das Stimmrecht des Gesellschafters geht zwar nach einhelliger

¹¹¹ *Torggler*, ÖBA 1998, 434.

¹¹² OGH 27.02.2002, 3 Ob 249/00i; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 29; *Torggler*, ÖBA 1998, 434; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 636.

¹¹³ OGH 22.10.1998, 8 Ob 139/98v.

¹¹⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 636; *Torggler*, GesRZ 1977, 113.

¹¹⁵ *Müller*, Die Verpfändung von GmbH-Anteilen (III), GmbHR 1969, 34.

¹¹⁶ *Torggler*, GesRZ 1977, 113.

Meinung der Lehre nicht automatisch über, jedoch werden die Pfandgläubiger häufig dennoch versuchen, das Stimmrecht selbst auszuüben. Nach zwei Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 1936 kann dem Pfandgläubiger die Ausübung des Stimmrechts im Pfandvertrag ausdrücklich eingeräumt werden.¹¹⁷ In der Lehre ist dies jedoch weitgehend umstritten: *Reich-Rohrwig* hat sich der Auffassung des OGH angeschlossen und spricht sich für die Zulässigkeit einer vertraglichen Übertragung unter Verzicht des Pfandschuldners auf eigene Ausübung des Stimmrechts aus. Für ihn ist dies zum Schutz der Pfandgläubiger zulässig.¹¹⁸ Überwiegend wird von der Lehre jedoch die Zulässigkeit einer solchen vertraglichen Vereinbarung abgelehnt. Für *Kralik* ist das Stimmrecht mit dem Eigentum am Geschäftsanteil untrennbar verbunden und kann auch nicht durch Vertrag gesondert übertragen werden.¹¹⁹ *Torggler* wiederum will eine unzulässige Stimmrechtsübertragung in eine Stimmrechtsvollmacht umdeuten.¹²⁰ Die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht ist auch für *Koppensteiner/Rüffler*¹²¹ und *Umfahrer*¹²² unbedenklich.

Die Vollmachtskonstruktion bringt jedoch den Nachteil mit sich, dass der Pfandschuldner (in diesem Fall der Vertretene) weiterhin zur Stimmrechtsabgabe befähigt bleibt. Geben sowohl der Pfandschuldner als auch der Pfandgläubiger eine Stimme ab, gilt der Grundsatz der Priorität. Ob diese Konstruktion tatsächlich Vorteile mit sich bringt, bleibt meiner Ansicht nach jedoch dahingestellt: Ist der Pfandgläubiger zwar zur Stimmabgabe berechtigt und übt er dieses Recht auch vor dem Pfandschuldner aus, so ist er jedoch bei seiner Entscheidung nicht ganz frei, hat er doch im Rahmen der Vorschriften über die Bevollmächtigung die Vollmacht im Interesse des Vollmachtgebers auszuüben.¹²³ Somit muss auch der Pfandgläubiger bei seiner Stimmabgabe die Interessen des Pfandschuldners (hier des Gesellschafters) beachten, insbesondere hat er die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft bzw den Gesellschaftern zu beachten. Eine freie Verfügung über den Geschäftsanteil hat der Pfandgläubiger somit in keinem Fall: Verbleibt das Stimmrecht beim Gesellschafter, kann er bei schädigender Stimmrechtsausübung mit Schadenersatzansprüchen vorgehen oder auch mittels Devastationsklage einen Unterlassungsanspruch begehren.¹²⁴ Hat der Pfandgläubiger

¹¹⁷ OGH 19.05.1936, 2 Ob 466/36; OGH 24.03.1936, 1 Ob 255/36.

¹¹⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 635.

¹¹⁹ *Kralik* in Kastner-FS 225.

¹²⁰ *Torggler*, GesRZ 1977, 113.

¹²¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 29.

¹²² *Umfahrer*, Die GmbH⁶ Rz 743.

¹²³ *Torggler*, GesRZ 1977, 113.

¹²⁴ Zu den Rechtsbehelfen *Torggler*, ÖBA 1998, 434.

jedoch selbst die Stimmrechtsvollmacht, muss er diese im Interesse des Pfandschuldners ausüben und ist bei Zuwiderhandeln selbst Schadenersatzansprüchen ausgesetzt.

3. Veräußerung der Pfandsache

Hat der Gesellschafter seinen Geschäftsanteil verpfändet, kann er diesen trotzdem weiterhin veräußern. Dies folgt aus § 466 ABGB, der bestimmt, dass der Gläubiger bei Eigentumsübertragung der verpfändeten Sache die Wahl hat, sich auch weiterhin an den Schuldner zu halten. In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, ob der Erwerber den Geschäftsanteil pfandfrei erwirbt oder ob der Pfandgläubiger das Pfandrecht ihm gegenüber geltend machen kann. Grundsätzlich geht die Pfandbelastung auf den neuen Eigentümer über, allerdings kommt ein pfandfreier Erwerb unter den Voraussetzungen des § 367 ABGB in Betracht.¹²⁵ Hat der Erwerber gutgläubig Eigentum am Geschäftsanteil erworben, kann gegen ihn eine Pfandklage nicht stattfinden.¹²⁶ Allerdings findet ein gutgläubiger Erwerb nur auf bewegliche körperliche Sachen Anwendung. Da Geschäftsanteile aber keine körperlichen Sachen darstellen, ist ein Gutgläubenserwerb nicht möglich und führt nicht zum Untergang des Pfandrechts.¹²⁷ Somit muss auch der gutgläubige Erwerber eine Pfandklage gegen sich dulden lassen.¹²⁸ Natürlich kann der Gläubiger gem § 466 2. Halbsatz ABGB auch (abgesehen von der Pfandrechtsklage gegen den Pfandeigentümer) weiterhin die Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner geltend machen.

4. Verwertung des Pfandrechts

Der Zweck der Verpfändung besteht darin, dass sich der Pfandgläubiger gegebenenfalls aus der Pfandsache befriedigen kann. Dahingehend bestimmt § 461 ABGB, dass der Pfandgläubiger bei Erfüllungsverzug des Schuldners die Feilbietung des Pfandes gerichtlich verlangen kann. Voraussetzung für die gerichtliche Feilbietung ist die Schaffung eines Exekutionstitels mittels Klage, die Bewilligung der Exekution durch gerichtliche Pfändung

¹²⁵ Hofmann in Rummel, ABGB Kommentar³ (2000) § 466 Rz 2.

¹²⁶ OGH 08.11.1995, 3 Ob 186/94; Torggler, GesRZ 1977, 114.

¹²⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 29; Torggler, GesRZ 1977, 114.

¹²⁸ Schumacher, Veräußerung gepfändeter GmbH-Geschäftsanteile: Das exekutive Pfandrecht wirkt auch gegen den gutgläubigen Erwerber, RdW 1996, 351.

und die gerichtliche Feilbietung nach der Exekutionsordnung.¹²⁹ Die Pfändung wird gem § 331 Abs 1 EO durch Verfügungsverbot an den Verpflichteten und Leistungsverbot an die Gesellschaft bewirkt.¹³⁰ Aufgrund der Spezialbestimmung des § 76 Abs 4 GmbHG besteht - entgegen der allgemeinen Regelung des § 331 Abs 1 EO – die gewöhnliche Verwertungsart im Verkauf des Geschäftsanteils.¹³¹ Gem § 332 Abs 2 EO sind dabei die Bestimmungen über den Verkauf gepfändeter beweglicher Sachen anzuwenden. Den Parteien des Pfandbestellungsvertrags steht neben der gerichtlichen Pfandverwertung auch die Vereinbarung einer außergerichtlichen Pfandverwertung offen.¹³² So kann etwa eine öffentliche Versteigerung unter Verzicht auf die Pfandklage oder der Freihandverkauf zu einem durch Schätzgutachten festzulegenden Preis vereinbart werden.¹³³ Jedoch sind Verfallsklauseln sowie Vereinbarungen, wonach der Gläubiger die Pfandsache nach Willkür oder zu einem schon im Voraus bestimmten Preis veräußern darf, unzulässig (§ 1371 ABGB).

H. Die Pfändung des Geschäftsanteils

GmbH-Geschäftsanteile sind grundsätzlich pfändbar. Die Pfändbarkeit kann im Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen oder von weiteren Zustimmungen abhängig gemacht werden.¹³⁴ Von der Pfändung erfasst sind nur die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Vermögensrechte, nicht aber auch die Verwaltungsrechte, wie zBsp das Stimmrecht.¹³⁵ Grundsätzlich finden für Geschäftsanteile, deren Übertragung nicht an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, die Bestimmungen über die Fahrnisexekution statt.¹³⁶ Für zustimmungsbedürftige Übertragungen gelten besondere Vorschriften.

Ist der Geschäftsanteil vinkuliert, so ist bei dessen Verwertung nach § 76 Abs 4 GmbHG vorzugehen. Nach dem Wortlaut der Bestimmung würde das spezielle Verfahren nur zur Anwendung kommen, wenn die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung vorgesehen

¹²⁹ Torggler, ÖBA 1998, 437.

¹³⁰ Torggler, GesRZ 1977, 118.

¹³¹ OGH 15.02.1984, 3 Ob 151/83.

¹³² OGH 21.11.1996, 6 Ob 2031/96m.

¹³³ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 637.

¹³⁴ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 637.

¹³⁵ OGH 09.07.1997, 3 Ob 188/97m.

¹³⁶ Siehe dazu schon oben II.G.4.

ist. Nach der herrschenden Lehre ist die Regelung jedoch auch beim Zustimmungsrecht aller oder einzelner Gesellschafter sowie anderer Organe anzuwenden.¹³⁷ Das Recht zur Namhaftmachung steht dann aber nicht der Gesellschaft, sondern den Zustimmungsberechtigten zu. Gem § 76 Abs 4 GmbHG ist folgendermaßen vorzugehen: Das Exekutionsgericht hat zunächst den Schätzwert des Anteils festzustellen und die Gesellschaft sowie andere Gläubiger davon zu verständigen. Der Zweck der Schätzung liegt darin, den Übernahmepreis für den Fall, dass die Gesellschaft einen Käufer benennt oder sich mit einem solchen einverstanden erklärt, zu fixieren.¹³⁸ Aus diesem Grund kann die Schätzung unterbleiben, wenn sich Gläubiger, Schuldner und Gesellschaft über einen Übernahmepreis einigen. Innerhalb von vierzehn Tagen ab Benachrichtigung¹³⁹ kann nun die Gesellschaft einen Käufer, der den Geschäftsanteil mindestens zum Schätzwert bzw Übernahmepreis übernimmt, namhaft machen. Macht die Gesellschaft von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch, wird der Geschäftsanteil jedoch im Exekutionsverfahren und nach den Bestimmungen über die Fahrnisexekution veräußert. Die Gesellschaft hat in diesem Fall kein Zustimmungsrecht mehr.¹⁴⁰

I. Die Vererbung von Geschäftsanteilen

Gem § 76 GmbHG sind Geschäftsanteile vererblich. Im Gegensatz zu den Personengesellschaften führt der Tod eines GmbH-Gesellschafters daher nicht zur Auflösung der Gesellschaft.¹⁴¹ Vielmehr stellt der Geschäftsanteil eines verstorbenen Gesellschafters einen Teil der Verlassenschaft iSd § 351 ABGB dar,¹⁴² sodass er dessen rechtliches Schicksal teilt. Dies bedeutet, dass der Geschäftsanteil mit der gerichtlichen Einantwortung auf den bzw die Erben übergeht. Der Erbe erwirbt den Geschäftsanteil dabei mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten.¹⁴³ Wurde keine anderweitige letztwillige oder gesellschaftsvertragliche Verfügung getroffen, wird der Geschäftsanteil bei

¹³⁷ C. Hager-Rosenkranz, Beschränkungen der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Exekution, wbl 2006, 256; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 638; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 32.

¹³⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 32.

¹³⁹ OGH 09.12.1992, 3 Ob 109,1097/92.

¹⁴⁰ Zur Anwendung auf Aufgriffsrechte VI.A.4.b.

¹⁴¹ Dies gilt für alle Kapitalgesellschaften.

¹⁴² Reich-Rohrwig, Tod eines GmbH-Gesellschafters vor Registrierung der GmbH, ecolex 1991, 389.

¹⁴³ Ausgenommen davon sind jene höchstpersönlicher Natur.

mehreren Erben im Verhältnis der Erbquoten aufgeteilt.¹⁴⁴ Sie können gem § 80 Abs 1 GmbHG ihre Rechte aus dem Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausüben und haften zur ungeteilten Hand.

Es bestimmt somit überwiegend das Erbrecht, wer Rechtsnachfolger eines Gesellschafters wird.¹⁴⁵ Dem Gesellschaftsvertrag kommt nicht die Funktion zu, die Nachlassverteilung zu regeln.¹⁴⁶ Da der Erbe aufgrund der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte Einfluss auf die Gesellschaft hat, könnten die Mitgesellschafter aber daran interessiert sein, diesen Gesellschafterwechsel zu unterbinden.¹⁴⁷ Ist in der Satzung eine Vinkulierungsbestimmung vorgesehen, kommt diese bei Tod eines Gesellschafters grundsätzlich aber nicht zum Tragen.¹⁴⁸ § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG, wonach die Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft¹⁴⁹ abhängig gemacht werden kann, greift nämlich mangels gesetzlicher Regelung nicht auch bei der Vererbung.¹⁵⁰

J. Gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen

1. Allgemeines

Gem § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG kann *„im Gesellschaftsvertrag die Übertragung von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden.“* Den Gesellschaftern steht es grundsätzlich frei, von der Vereinbarung solcher weiteren Voraussetzungen Gebrauch zu machen. Eine Verpflichtung zur Aufnahme einer Vinkulierungsklausel in den Gesellschaftsvertrag besteht nur dann, wenn sich der Gesellschafter zur Erbringung von Nebenleistungen verpflichtet (§ 8 Abs 2 GmbHG), sowie wenn ihm das Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern zukommt (§ 30c Abs 2 GmbHG).

¹⁴⁴ Kalss in Kalss/Schauer, Unternehmensnachfolge – Praktische Fragen und zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten (2001) 79.

¹⁴⁵ In Deutschland wird vom „Vorrang des Erbrechts“ gesprochen; vgl. Reichert/Weller, Der GmbH-Geschäftsanteil – Übertragung und Vinkulierung §15 Rz 438 (mwN).

¹⁴⁶ Kalss in Kalss/Schauer, Unternehmensnachfolge 72.

¹⁴⁷ Schauer, Die GmbH in der Unternehmensfolge - der Geschäftsanteil im Spannungsfeld zwischen erbrechtlicher Nachfolge und gesellschaftsvertraglicher Steuerung, GesRZ Spezial-100 Jahre GmbH, 33.

¹⁴⁸ Zum Aufgriffsrecht im Todesfall VI.B.

¹⁴⁹ Bzw von anderen Voraussetzungen.

¹⁵⁰ Unschuld, Die Vererbung von Geschäftsanteilen in der Familien-GmbH, JEV 2007, 78; Reichert/Weller, Der GmbH-Geschäftsanteil §15 Rz 439.

§ 76 Abs 2 GmbHG nennt ausdrücklich nur die Möglichkeit der Vinkulierung („insbesondere von der Zustimmung der Gesellschafter“). Allerdings sind den Gesellschaftern dadurch keine Grenzen gesetzt. Dem Wortlaut der Bestimmung („weiteren Voraussetzungen“) ist vielmehr zu entnehmen, dass - neben der Vinkulierung - auch andere gesellschaftsvertragliche Beschränkungen zulässig sind. Um welche es sich dabei handelt, ist den Gesellschaftern überlassen. Den Gesellschaftern wird so die Möglichkeit gegeben, ihren Gesellschaftsvertrag und ihren Gesellschafterbestand individuell zu beeinflussen. In § 4 GmbHG wird nämlich nur der Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags geregelt. Dieser muss die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stammkapitals und den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage) bestimmen. Ansonsten steht es den Gesellschaftern jedoch frei, weitere Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Es gilt demnach der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch in § 76 Abs 2 GmbHG zum Ausdruck gebracht wird. Dass Übertragungsbeschränkungen nicht nur in Form von Zustimmungspflichten zulässig sind, ist dem § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG eindeutig zu entnehmen. Jede „weitere Voraussetzung“ ist demnach Übertragungsbeschränkung im Sinne des § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG. Es kommen hierbei nicht nur im Gesetz geregelte Konstruktionen, wie etwa ein Vorkaufsrecht oder ein Vorvertrag, in Betracht. Vielmehr kann auch eine Option oder auch ein automatischer Übergang des Geschäftsanteils bei Eintritt eines auslösenden Moments vorgesehen werden.

Grenzen der freien Satzungsgestaltung können sich jedoch – abgesehen von der Verpflichtung zur Aufnahme von Vinkulierungsklauseln gem §§ 8 Abs 2 und 30c Abs 2 GmbHG – ergeben, wenn die Vereinbarung mit dem zwingenden Recht unvereinbar oder sittenwidrig und deswegen nichtig ist.¹⁵¹ So könnte etwa ein GmbH-Gründer, der auch noch nach seiner „Karriere“ die Gesellschafterkonstellation mitgestalten will, nicht in der Satzung vereinbaren, dass seinem Sohn nur dann ein Aufgriffsrecht zukommt, wenn sich dieser von der verhassten Schwiegertochter scheiden lässt. Sittenwidrig sind aber vor allem jene Klauseln, die eine geringe Abfindung vorsehen. So setzt der OGH Aufgriffsklauseln für den Konkursfall einen Riegel vor, wenn der Aufgriffspreis mit dem Buchwert bestimmt wurde.¹⁵² Solche sittenwidrigen Vereinbarungen führen zur Nichtigkeit der Klausel.

¹⁵¹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 4 Rz 17.

¹⁵² Siehe hierzu noch VI.A.c.

2. Zweck und Bedeutung

Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers wird die Vereinbarung von Übertragungsbeschränkungen nicht nur geduldet, sondern ist sogar erwünscht: *„Wenn aber auch die Zustimmung der Gesellschafter zur Veräußerung nicht obligatorisch gemacht werden kann, steht doch nichts im Wege, der Gesellschaft die Festsetzung dieses Rechts im Verträge zuzugestehen, wie denn überhaupt nach der Fassung des Entwurfes die gesetzlich normierten Voraussetzungen der Veräußerung wohl erschwert, nicht aber erleichtert werden können. Die darin gelegene, über die gesetzlichen Voraussetzungen hinausreichende Immobilisierung und Annäherung der Gesellschaft an die individualistische Form kann, wenn die Gesellschaft dies mit dem Unternehmen vereinbar oder dafür förderlich hält, im allgemeinen nur begrüßt werden.“*¹⁵³ Für diesen vom Gesetzgeber erwünschten großzügigen Gestaltungsspielraum gibt es zwei Gründe.

Der historische Gesetzgeber wollte damit zunächst eine möglichst weitgehende Immobilisierung der Geschäftsanteile erlangen. Bei der Gestaltung des GmbH-Rechts war nämlich die Fernhaltung der Anteile vom Kapitalmarkt eines der wichtigsten Prinzipien.¹⁵⁴ Während der Gesetzgeber ein gänzlichliches Übertragungsverbot als mit der Konstruktion der GmbH unvereinbar erachtete, stand einer Erschwerung der gesetzlich normierten Voraussetzungen der Veräußerung durch Satzungsgestaltung nichts im Weg. Machen die GmbH-Gesellschafter von einer gesellschaftsvertraglichen Übertragungsbeschränkung Gebrauch, so wird der Handel mit Geschäftsanteilen hintangehalten. Dadurch wird auch die Gefahr, dass eine breite Bevölkerungsschicht in Mitleidenschaft gezogen wird, hintangehalten, ohne dass der Gesetzgeber durch zwingende Bestimmungen eingreifen muss. Die *„darin gelegene, über die gesetzlichen Erfordernisse hinausreichende Immobilisierung“* wurde vom historischen Gesetzgeber folglich sehr begrüßt.¹⁵⁵

Neben der Fernhaltung der Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt wollte der historische Gesetzgeber mit der Möglichkeit der Vereinbarung von Übertragungsbeschränkungen den Gesellschaftern aber auch eine möglichst individuelle Gestaltung ihres Gesellschaftsvertrags ermöglichen. Dies stimmt wiederum mit dem Zweck der GmbH überein, mit der man eine Rechtsform für kleine Unternehmen schaffen wollte, deren Beziehungen zur

¹⁵³ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 84.

¹⁵⁴ Siehe dazu auch schon oben II.A.4.c.; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 95.

¹⁵⁵ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 84.

Geschäftsführung eng sind. Sind die Beziehungen der Gesellschafter nämlich eng, so wird die Person des einzelnen Gesellschafters von großer Bedeutung sein. Die Gesellschafter werden daher versuchen sich den Einfluss auf den Gesellschafterbestand zu sichern. Möchte etwa ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden und veräußert er zu diesem Zwecke seinen Geschäftsanteil, wird für ihn die Höhe der Abfindung im Vordergrund stehen. Er wird daher in der Regel dem Meistbieter seinen Anteil veräußern. Die übrigen Gesellschafter, die in der Gesellschaft verbleiben, werden hingegen ein Interesse an der Person des Erwerbers haben. Für sie wird die persönliche Erfahrung und die fachliche Kenntnis potentieller Anteilserwerber von Bedeutung sein. Durch das Eindringen unerwünschter Personen besteht nämlich immer die Gefahr des Verlusts der familiären und vertrauensvollen Zusammenarbeit. Das liegt vor allem daran, dass mit dem Geschäftsanteil auch die Rechtsstellung als Gesellschafter und die sich daraus ergebenden Rechte, insbesondere auch die Minderheitsrechte, übergehen. So können Gesellschafter ab einer Beteiligung von 10 % ua Generalversammlungen einberufen oder Ersatzansprüche nach § 48 Abs 1 GmbHG geltend machen und so die effektive Tätigkeit der Gesellschaft erschweren. Um solche problematische Situationen zu verhindern, bedienen sich viele Gesellschaften Übertragungsbeschränkungen. So kann etwa durch eine Vinkulierungsklausel die verpflichtende Zustimmung der Gesellschaft zur Anteilsveräußerung eingeräumt werden (und sogar Ausnahmen für erwünschte Personen vereinbart werden) oder durch eine Aufgriffs,- oder Vorkaufsklausel der Kreis der Erwerber von vornherein bestimmt und beschränkt und so der Gefahr des Eindringens unerwünschter Dritter vorgebeugt werden. Neben dem Schutz für Familiengesellschaften bzw Gesellschaften mit personalistischem Charakter vor „unliebsamen Dritten“ verfolgen gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen aber auch den Zweck, die Kontrolle über die Beteiligungsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft abzusichern.¹⁵⁶ Ist etwa ein Gesellschafter besonders finanzkräftig, besteht die Gefahr, dass er durch Übernahme anderer freiwerdender Geschäftsanteile seine Beteiligung erhöht und sich die Kontrolle über die Gesellschaft sichert. Die übrigen Gesellschafter können so in eine Minderheitsposition gedrängt werden, in der sie sich einem Mehrheitsgesellschafter gegenübersehen. Vor allem in solchen Gesellschaften, die sich bisher durch einen homogenen Mitgliederkreis ausgezeichnet haben, kann die Bündelung der Kontrolle bei einem Gesellschafter zu Konflikten führen. Um daraus resultierende – vor allem in Entscheidungssituationen relevante - Konflikte verhindern zu können, werden in vielen Gesellschaftsverträgen

¹⁵⁶ Reichert, Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteilen in der GmbH (1984) 50.

Übertragungsbeschränkungen vereinbart. Weiters bieten Übertragungsbeschränkungen die Möglichkeit die Gesellschafter an die Gesellschaft zu binden. Ist etwa ein Gesellschafter Geschäftsführer, werden die anderen Gesellschafter naturgemäß ein Interesse daran haben, dass dieser seine Tätigkeit mit großer Sorgfalt ausübt. Kann aber der Geschäftsführer leicht aus der Gesellschaft ausscheiden, wird die Bindung an die Gesellschaft (und damit uU die Mühe, die er in seine Tätigkeit steckt) geringer sein. Kann er aber nicht ohne Weiteres seinen Anteil veräußern und muss er uU in der Gesellschaft bleiben, wird auch sein Interesse an der Gesellschaft größer sein.

Natürlich könnten Übertragungsbeschränkungen auch abseits des Gesellschaftsvertrags vereinbart werden. Allerdings haben solche Vereinbarungen - im Gegensatz zu gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen - bloß relative Wirkung. Sie bieten daher keinen so starken Schutz und gelten nur zwischen den Vertragsparteien. Gesellschaftsvertraglichen Übertragungsbeschränkungen hingegen kommen absolute Wirkung zu. Zudem binden sie auch neue Gesellschafter und müssen daher nicht mit jedem einzelnen Gesellschafter vereinbart werden. Möglich ist es natürlich, dass man im Gesellschaftsvertrag eine „Basisregelung“ schafft und im Syndikatsvertrag diese Regelung detaillierter ausführt. So kann etwa im Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht (ohne weitere Ausführungen) vereinbart werden und im Syndikatsvertrag geregelt werden, wem das Aufgriffsrecht zukommt. Vorteil einer solchen Vorgangsweise ist, dass nicht im Firmenbuch offengelegt werden muss, wem das Aufgriffsrecht zukommt, was für Gesellschaften, an denen ein öffentliches Interesse besteht von Bedeutung sein kann.

Da neben dem Aufgriffsrecht vor allem die Vinkulierung besonders beliebt ist und da Aufgriffs- und Vinkulierungsklausel in vielen Verträgen kombiniert werden, möchte ich – bevor ich mich näher mit dem Aufgriffsrecht beschäftigte – noch die Vinkulierung erörtern. Da eine umfassende Behandlung der Vinkulierung an dieser Stelle nicht möglich ist, werde ich in erster Linie auf die für diese Arbeit relevanten Fragen eingehen.

K. Vinkulierung

Die Vinkulierung ist die einzige vom Gesetzgeber ausdrücklich erwähnte Übertragungsbeschränkung. Wird eine Vinkulierung vereinbart, bedeutet dies, dass der vinkulierte Geschäftsanteil nur übertragen werden kann, wenn die erforderliche Zustimmung vorliegt. Eine solche Zustimmungsbefugnis bietet – so wie alle Übertragungsbeschränkungen – einen zweifachen Schutz.¹⁵⁷ Einerseits bietet sie die Möglichkeit, auf den personellen Bestand der Gesellschaft Einfluss zu nehmen (Schutz vor „unerwünschten Dritten“), andererseits stellt sie ein Instrument des Konzerneingangsschutzes dar.¹⁵⁸ Bei der Vereinbarung von Vinkulierungsbestimmungen stehen immer die Interessen der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter den Interessen der veräußerungswilligen Gesellschafter gegenüber. Da die einzelnen Gesellschafter bei Gestaltung des Gesellschaftsvertrags aber in den meisten Fällen nicht wissen, auf welcher Seite sie in der Zukunft stehen, also ob sie ihren Anteil veräußern oder ob sie in der Gesellschaft verbleiben, werden sie versuchen die widerstreitenden Interessen in der Klausel zum Ausgleich zu bringen.

1. Zustimmungserfordernis

Gem § 76 Abs 2 GmbHG bedarf es zur wirksamen Übertragung des Geschäftsanteils der Zustimmung der Gesellschaft. Nur wenn die Zustimmung erteilt wird, darf der Geschäftsanteil übertragen werden. Der Wortlaut der Bestimmung geht von der Zustimmung der Gesellschaft aus, allerdings kann in der Satzung frei festgelegt werden, wem die Zustimmung obliegt. So kann auch vorgesehen werden, dass der Generalversammlung, den Geschäftsführern, einem allfälligen Aufsichtsrat oder auch einzelnen oder allen Gesellschaftern das Zustimmungsrecht zukommt.¹⁵⁹ Liegt keine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag vor, muss anhand Auslegung ermittelt werden, wer zur Erteilung der Zustimmung berufen ist.¹⁶⁰ Wird im Gesellschaftsvertrag gar keine Regelung getroffen, ist (im Einklang mit § 76 Abs 2 GmbHG) die Gesellschaft zuständig, wobei unter der

¹⁵⁷ Winter/Löbke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG I (2005) § 15 Rz 221.

¹⁵⁸ Siehe zum Zweck gesellschaftsvertraglicher Übertragungsbeschränkungen allgemein schon oben II.J.2.

¹⁵⁹ Koppensieiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 5; Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 96; Umfahrer, Die GmbH⁶ Rz 733.

¹⁶⁰ Fantur/Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (I), ecolex 2000, 428; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 624.

Zustimmung der Gesellschaft die Zustimmung der Generalversammlung verstanden wird.¹⁶¹ Mangels abweichender Vereinbarung bedarf es in der Generalversammlung für die Zustimmung zur Übertragung der einfachen Mehrheit der abgegeben Stimmen (§ 39 Abs 1 GmbHG). Auch der veräußerungswillige Gesellschafter ist dabei mangels Ausschluss vom Stimmrecht gem § 39 Abs 4 GmbHG stimmberechtigt.¹⁶² Ist im Gesellschaftsvertrag die Zustimmung „der (übrigen) Gesellschafter“ vorgesehen, so müssen im Zweifel alle einzelnen Gesellschafter zustimmen.¹⁶³ Es hat dann jeder Gesellschafter - unabhängig von seiner Beteiligungsquote – ein individuelles Zustimmungsrecht.

2. Anrufung des Gerichts wegen Unwirksamkeit der Übertragung

Nach langer Diskussion um die Zulassung einer Auflösungsklage aus wichtigem Grund wurde § 77 GmbHG in das Gesetz aufgenommen und die Auflösungsklage ausgeschlossen. Gem § 77 GmbHG kann der veräußerungswillige Gesellschafter bei Verweigerung der Zustimmung durch die Gesellschaft die Zustimmung durch das Gericht verlangen. Dem veräußerungswilligen Gesellschafter wird damit die Möglichkeit der „Überprüfung“ durch das Gericht gegeben. Insofern ergibt sich aus § 77 GmbHG eine Grenze der absoluten Wirkung der Vinkulierung. Dies widerspricht auf den ersten Blick der durch die Vinkulierungsklausel bezweckten Mitbestimmung der Zustimmungsberechtigten, da ihnen so uU die Möglichkeit genommen wird, die Übertragung tatsächlich zu verhindern. Allerdings kann gem § 77 GmbHG die Gesellschaft bei ersatzweiser Zustimmung des Gerichts innerhalb eines Monats nach Rechtskraft die Übertragung (zu den gleichen Bedingungen) an einen anderen von ihnen bezeichneten Erwerber verlangen. Auch wenn die Gesellschafter die Übertragung somit nicht gänzlich verhindern können, bleibt ihnen dennoch die Möglichkeit, das Eindringen unerwünschter Personen zu verhindern.

a) Voraussetzungen des § 77 GmbHG

§ 77 GmbHG macht die ersatzweise Zustimmung der Gesellschaft von mehreren Voraussetzungen abhängig. Zunächst muss die Zustimmung der Gesellschaft verweigert

¹⁶¹ OGH 04.12.1974, 5 Ob 288/74.

¹⁶² OGH 04.12.1974, 5 Ob 288/74 = NZ 1976, 62; krit. *Schauer* in *Kalss/Schauer*, Gutachten 751.

¹⁶³ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 624; *Fantur/Zehetner*, *ecolex* 2000, 429; *Karollus/Artmann*, Zur Auslegung einer Vinkulierungsklausel - individuelles Zustimmungsrecht, Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht und mittelbare Anteilsverschiebung, *GesRZ* 2001, 64.

worden sein. Dh der übertragungswillige Gesellschafter kann das Gericht erst anrufen, wenn er an der Zustimmung der Gesellschaft gescheitert ist. Dem Wortlaut des § 77 GmbHG zufolge dürfte die Bestimmung nur bei Zuständigkeit der Gesellschaft zur Zustimmung zur Anwendung kommen, jedoch geht die herrschende Lehre davon aus, dass sie auch bei Zustimmung der Gesellschafter Anwendung findet.¹⁶⁴ Auf diese Frage kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden, jedoch lässt sich feststellen, dass die Auffassung der herrschenden Lehre mit dem Zweck der Bestimmung in Einklang steht. Wollte der Gesetzgeber mit dem § 77 GmbHG verhindern, dass ein Gesellschafter an die Gesellschaft gekettet wird, so würde es keinen Sinn machen, die Anrufung des Gerichts nur für den Fall der Zustimmungskompetenz der Gesellschaft zuzulassen. Denn auch wenn nur ein oder einzelne Gesellschafter zustimmungsbefugt sind, ist die Gefahr der „Ankettung“ an die Gesellschaft gegeben.

§ 77 GmbHG macht die Anwendung der Bestimmung weiters davon abhängig, dass der veräußerungswillige Gesellschafter die Stammeinlage vollständig eingezahlt hat, keine ausreichenden Gründe für die Verweigerung der Zustimmung vorliegen und die Übertragung ohne Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Gesellschafter und der Gläubiger erfolgen kann. Was einen wichtigen Grund für die Verweigerung darstellt und wann die Übertragung eine Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Gesellschafter und der Gläubiger mit sich bringt, wird im Gesetz nicht ausgeführt. Diese Frage hat das Gericht im Rahmen seiner Ermessensentscheidung zu prüfen. Zuständig ist das Handelsgericht des Sitzes der Gesellschaft.¹⁶⁵ Inwieweit die Interessen der Beteiligten bei dieser Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sind, wird von der Lehre unterschiedlich beantwortet. Zu beachten sind einerseits die Interessen des Gesellschafters, der aus der Gesellschaft ausscheiden möchte, andererseits besteht auf Seite der verbleibenden Gesellschafter der Wunsch, unliebsame Dritte vom Kreis der Gesellschafter fernzuhalten. Das Gesetz bestimmt in § 77 GmbHG zudem, dass das Gericht vor seiner Entscheidung die Geschäftsführer zu hören hat. Dies offenbar mit dem Zweck, die Grundlagen der dem Gericht auferlegten Interessensabwägung in tatsächlicher Hinsicht zu vervollständigen.¹⁶⁶

¹⁶⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ §77 Rz 3; *Karollus/Artmann*, GesRZ 2001, 65; *Fantur/Zehetner*, *ecolex* 2000, 429; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 625.

¹⁶⁵ Gem § 102 GmbHG hat es im Außerstreitverfahren zu entscheiden.

¹⁶⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ §77 Rz 4

Weitgehend bejaht wird das Vorliegen einer Schädigung, wenn der Geschäftsanteil an einen Konkurrenten übertragen werden soll oder wenn eine Konzernierung droht.¹⁶⁷ Für *Fantur/Zehetner* ist bei der Ermessensentscheidung des Gerichts auch das Verhalten der Zustimmungsberechtigten zu berücksichtigen. Wird die Zustimmung ohne die Angabe von Gründen verweigert oder werden die vom veräußerungswilligen Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern angebotenen Geschäftsanteile ohne Grund abgelehnt und die Mitwirkung der zustimmungsberechtigten Gesellschafter bei Namhaftmachung eines anderen Käufers verweigert, so sollte dies ihrer Ansicht nach vom Gericht bei der Entscheidung entsprechend bedacht werden.¹⁶⁸ Teilweise wird das Vorliegen schwerwiegender Gründe auch dann bejaht, wenn gesellschaftsvertragliche Regelungen dem Erhalt der Gesellschaftsstruktur - etwa bei Familiengesellschaften - dienen sollen und dies durch eine Übertragung gefährdet wäre.¹⁶⁹ Für *Schmidsberger* liegt aber jedenfalls dann kein wichtiger Grund für die Verweigerung vor, wenn im Gesellschaftsvertrag eine Übertragungsmöglichkeit nur an Familienmitglieder vorgesehen ist, die Übertragung jedoch an einen Familienfremden erfolgen soll.¹⁷⁰

Gegen die Entscheidung des Gericht kann gem §§ 45 ff AußStrG innerhalb von vierzehn Tagen ab Zustellung Rekurs erhoben werden. Ein Revisionsrekurs nach § 62 AußStrG ist nur dann zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist. Eine Ermessensentscheidung wird nur dann aufgegriffen werden können, wenn eine eklatante Überschreitung des Ermessens vorliegt.¹⁷¹ Andersfall ist sie nicht revisibel.¹⁷²

¹⁶⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ §77 Rz 4; *Karollus/Artmann*, GesRZ 2001, 65; *Fantur/Zehetner*, ecolex 2000, 429.

¹⁶⁸ *Fantur/Zehetner*, ecolex 2000, 431.

¹⁶⁹ *Karollus/Artmann*, GesRZ 2001, 65.

¹⁷⁰ *Schmidsberger* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 97.

¹⁷¹ OGH 08.10.1991, 8 Ob 81/91.

¹⁷² OGH 16.04.1996, 4 Ob 2052/96k.

b) Nominierungsrecht der Gesellschaft

Erteilt das Gericht die Zustimmung nach § 77 GmbHG, können die Gesellschafter die Übertragung zwar nicht mehr verhindern, sie haben jedoch weiterhin einen Einfluss auf die Person des Erwerbers. Gem § 77 GmbHG kann nämlich die Gesellschaft innerhalb von einem Monat nach Rechtskraft der Entscheidung des Gerichts die Übertragung zu den gleichen Bedingungen an einen von ihnen bezeichneten Erwerber verlangen. Hat der veräußerungswillige Gesellschafter also die Zustimmung des Gerichts zur Übertragung erhalten, muss er noch einen Monat zuwarten. Wird die Gesellschaft innerhalb dieses Zeitraums nicht tätig, so findet die Veräußerung an den „ersten“ Erwerber planmäßig statt.

Auch das Nominierungsrecht kommt nach dem Wortlaut des § 77 GmbHG nur bei der Zustimmungszuständigkeit der Gesellschaft in Betracht.¹⁷³ Wie oben schon erläutert, wird die Anwendung des § 77 GmbHG jedoch auch bei Zustimmungszuständigkeit aller oder einzelner Gesellschafter bejaht.¹⁷⁴ Nicht geklärt ist in diesem Zusammenhang aber, wem das Nominierungsrecht zukommt. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Thematik besteht bisher noch nicht. Ein Teil der Lehre geht von der Zuständigkeit der Geschäftsführer aus.¹⁷⁵ *Fantur/Zehetner* führen allerdings an, dass durch die Gerichtszustimmung in die Rechtssphäre der zustimmungsberechtigten Gesellschafter eingegriffen wird, sodass der zustimmungsberechtigten Gesellschaft bzw den zustimmungsberechtigten Gesellschaftern Parteistellung und Rechtsmittellegitimation zukommen soll.¹⁷⁶ Auch hier kann meines Erachtens wieder – ohne näheres Eingehen auf die Problematik – vom Zweck des § 77 GmbHG aus betrachtet, die Nominierungsbefugnis auch einzelner Gesellschafter bejaht werden, wenn diesen auch das Zustimmungsrecht eingeräumt wurde. Wurde nämlich einzelnen Gesellschaftern die Zustimmung anvertraut, wird damit der Zweck verfolgt, diesen Gesellschaftern die Entscheidung über den Gesellschafterbestand anzuvertrauen. Kommt es bei Zustimmungsverweigerung zur Anrufung des Gerichts und räumt der Gesetzgeber dennoch das Recht zur Mitbestimmung des eintretenden Gesellschafters ein, so sollte dies auch den Zustimmungsberechtigten obliegen. An der Entscheidungskompetenz der Zustimmungsberechtigten hat sich ja dadurch nichts geändert. Außerdem sollte den

¹⁷³ Zum Verhältnis Aufgriffsrecht – Nominierungsrecht siehe VII.B.

¹⁷⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ §77 Rz 3; *Karollus/Artmann*, GesRZ 2001, 65; *Fantur/Zehetner*, *ecolex* 2000, 429; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 625.

¹⁷⁵ *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 98; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 758.

¹⁷⁶ *Fantur/Zehetner*, *ecolex* 2000, 432.

Berechtigten, wenn ihnen schon die Möglichkeit genommen wird die Veräußerung zu verhindern, zumindest das Recht zur Namhaftmachung bleiben.

Wem auch immer im Endeffekt das Nominierungsrecht zukommt, fest steht, dass innerhalb eines Monats ab Rechtskraft dem Gericht der Erwerber mittels eingeschriebenen Briefs mitzuteilen ist. Dies hat nicht zur Folge, dass der veräußerungswillige Gesellschafter den Anteil nur noch an die benannte Person veräußern kann. Zu denken ist hierbei etwa an den Fall, dass der Erwerber die gleichen Bedingungen nicht innerhalb angemessener Frist erfüllt,¹⁷⁷ also etwa nicht den mit dem ursprünglichen Erwerber vereinbarten Kaufpreis zahlt. Den Gesellschafter an die Person des Erwerbers zu binden, entspricht in so einem Fall nicht dem vom Gesetzgeber gewünschten Zweck des § 77 GmbHG. Auch könnte so die gerichtliche Zustimmung umgangen werden, wenn einfach ein anderer Erwerber nominiert werden könnte, der dann nicht die Bedingungen erfüllt und dem Gesellschafter die Übertragung unmöglich macht. Demnach ist der Ansicht *Reich-Rohrwig* zu folgen, der eine Nominierung als obsolet betrachtet, wenn der von der Gesellschaft bestimmte Erwerber, die ihn treffende Pflicht zur Kaufpreiszahlung nicht erfüllt.¹⁷⁸ In jedem Fall steht es dem veräußerungswilligen Gesellschafter aber frei, von der Veräußerung Abstand zu nehmen und doch in der Gesellschaft zu verbleiben.¹⁷⁹

3. Nachträgliche Vereinbarungen betreffend die Vinkulierungsklausel

a) Nachträgliche Einführung einer Vinkulierungsklausel

Das Gesetz sagt nichts darüber aus, wie zu verfahren ist, wenn die Gesellschafter nachträglich – wenn also bereits ein Gesellschaftsvertrag vorhanden ist - eine Vinkulierungsklausel in die Satzung aufnehmen wollen. Grundsätzlich bedarf eine Satzungsänderung gem § 50 Abs 1 GmbHG der Zustimmung von Dreiviertel der abgegebenen Stimmen. Das würde bedeuten, dass die nachträgliche Einführung einer Vinkulierungsklausel mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden kann. Dies wird aber seit langem kritisiert und die Zustimmung aller Gesellschafter als notwendig erachtet. Die rechtliche Begründung dieser Kritik hat sich jedoch im Laufe der Zeit wesentlich gewandelt.

¹⁷⁷ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 759; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ §77 Rz 5.

¹⁷⁸ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 760.

¹⁷⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ §77 Rz 5 (mwN).

Erst durch das EU-GesRÄG 1996 scheint diese Auffassung nun auch eine gesetzliche Grundlage erhalten zu haben.

Zunächst wurde vorgebracht, dass es sich bei der freien Veräußerlichkeit um ein Sonderrecht der Gesellschafter handelt, dessen Beschränkung der Zustimmung eines jeden Gesellschafters bedarf.¹⁸⁰ Gegen diese Auffassung wurde eingewendet, dass zu den Sonderrechten nur Individualrechte und der Anspruch auf Gleichbehandlung mit den anderen Gesellschaftern zählen.¹⁸¹ Nach dem Wortlaut des § 50 Abs 4 Fall 2 GmbHG liegt ein Sonderrecht dann vor, wenn der Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern ein Recht einräumt, dass den anderen nicht zusteht. Ob ein Sonderrecht auch dann gegeben ist, wenn alle Gesellschafter gleichmäßig begünstigt werden, ist umstritten, wird jedoch in der Lehre bejaht.¹⁸² Da das Recht auf die freie Veräußerlichkeit den gesetzlichen Normalfall darstellt, liegt jedoch gerade nicht ein durch den Vertrag eingeräumtes Recht vor. Man kann in diesem Fall also nicht vom Bestehen eines Sonderrechts iSd § 50 Abs 4 Fall 2 GmbHG ausgehen. Auch wird das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt, da ja alle Gesellschafter gleichmäßig betroffen sind.¹⁸³ Weiters wurde von der Literatur angeführt, dass es sich bei der Vinkulierung um eine Leistungsvermehrung iSd § 50 Abs 4 Fall 1 handelt¹⁸⁴ und sie deswegen der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf. Der Begriff der Leistungsvermehrung ist weit aufzufassen; nicht nur Leistungs- sondern auch Unterlassungspflichten fallen darunter.¹⁸⁵ Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass der Gesetzgeber diese „naheliegende“ Frage offen gelassen hat¹⁸⁶ und dem veräußerungswilligen Gesellschafter durch die Bestimmung des § 77 GmbHG¹⁸⁷ die Möglichkeit gegeben hat, seinen Anteil auch gegen den Willen der Gesellschaft zu übertragen. In der Lehre findet sich weiters die Ansicht, dass die freie Veräußerlichkeit schlichtweg als ein relativ unentziehbares Mitgliedschaftsrecht zu qualifizieren und ein Eingriff in ein solches nur mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich sei.¹⁸⁸ Auch diese Auffassung wird von der Lehre in Österreich

¹⁸⁰ Wiedemann, Die nachträgliche Vinkulierung von Aktien und GmbH-Anteilen, NJW 1964, 283 (mwN).

¹⁸¹ OGH, 20.05.1965, 5 Ob 103/65.

¹⁸² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 50 Rz 12; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 429;

¹⁸³ Tichy, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschluss, RdW 1998, 56.

¹⁸⁴ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 618; Wiedemann, NJW 1964, 283 (mwN).

¹⁸⁵ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 50 Rz 11.

¹⁸⁶ Tichy, RdW 1998, 56.

¹⁸⁷ Siehe dazu oben II.V.2.

¹⁸⁸ Winter/Löbke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG I § 15 Rz 217.

kritisiert,¹⁸⁹ stellt in Deutschland aber (mangels einer mit in Österreich vergleichbaren Regelung¹⁹⁰) die herrschende Ansicht dar.¹⁹¹

In Österreich scheint die Frage nach dem notwendigen Zustimmungserfordernis nun jedoch geklärt, als durch das EU-GesRÄG 1996 mit § 99 Abs 4 GmbHG eine Bestimmung eingeführt wurde, die für einen Verschmelzungsbeschluss die Zustimmung aller Gesellschafter vorsieht, wenn die Geschäftsanteile der übertragenden Gesellschaft frei übertragbar sind, bei der übernehmenden oder neu gegründeten Gesellschaft jedoch eine Vinkulierung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Auch in § 10 Abs 3 SpaltG findet sich eine Regelung, die die Zustimmung aller Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft vorsieht, wenn in der übertragenden Gesellschaft die Anteile frei übertragbar sind, während in der neu errichteten Gesellschaft die Übertragung an eine Vinkulierung gebunden ist. Aus der in den genannten Bestimmungen enthaltenen verallgemeinerungsfähigen Wertung folgert die herrschende Lehre, dass auch die Zustimmung zur nachträglichen Einführung einer Vinkulierungsklausel der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.¹⁹²

b) Nachträgliche Änderung und Aufhebung einer Vinkulierungsklausel

Im Gegensatz zur nachträglichen Einführung einer Vinkulierungsklausel ist bisher nicht geklärt, wie eine Vinkulierungsklausel nachträglich geändert oder aufgehoben werden kann. Auch hier ist grundsätzlich wieder an § 50 Abs 1 GmbHG zu denken, der bei Satzungsänderungen die Zustimmung von Dreiviertel der abgegebenen Stimmen vorsieht. Das Erfordernis der qualifizierten Mehrheit zur Abänderung oder Aufhebung wird von der herrschenden Lehre einstimmig in den Fällen, in denen zur Anteilsveräußerung die Zustimmung der Generalversammlung mit einfacher Mehrheit vorgesehen ist, als ausreichend betrachtet.¹⁹³ Anders vorzugehen ist nach der Lehre jedoch, wenn der Gesellschaftsvertrag die Übertragung von anderen Quoren abhängig macht. Ist die Übertragung von der Zustimmung aller Gesellschafter abhängig, so handelt es sich für die

¹⁸⁹ Tichy, RdW 1998, 56.

¹⁹⁰ Siehe dazu gleich unten.

¹⁹¹ Winter/Löbke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG I § 15 Rz 217; Ebbing in Michalski, GmbHG Kommentar (2002) § 15 Rz 133 (jeweils mwN).

¹⁹² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ §77 Rz 4; Tichy, RdW 1998, 58; Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 102 f; Kalss, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung (1997) § 10 SpaltG Rz 7.

¹⁹³ Tichy, RdW 1998, 59; Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 103; Winter/Löbke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG I § 15 Rz 218; Ebbing in Michalski, GmbHG Kommentar § 15 Rz 134 (jeweils mwN).

herrschende Lehre bei dem Zustimmungsrecht um eine relativ unentziehbares Mitgliedschaftsrecht jedes einzelnen Gesellschafters, sodass eine Änderung nur mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich ist.¹⁹⁴ Sieht die Vinkulierungsklausel einen einstimmigen oder mit höherer als satzungsändernder Mehrheit zu fassenden Beschluss vor, so sind die gleichen Mehrheiten auch für die Änderung bzw. Aufhebung notwendig.¹⁹⁵ So auch, wenn der Gesellschaftsvertrag die Zustimmung bestimmter Gesellschafter oder Gesellschaftergruppen vorsieht; eine Änderung ist dann nur mit ihrer Zustimmung möglich.¹⁹⁶ In Deutschland findet sich aber auch die Auffassung, dass sich aus der Auslegung des Gesellschaftsvertrags etwas anderes ergeben kann. Ist etwa die Zustimmung aller Gesellschafter vorgesehen und enthält die Satzung keine Regelung für die Vererbung, so kann dies bedeuten, dass die Vinkulierung kein grundlegendes Strukturelement der Gesellschaft ist und daher mit bloßer satzungsändernder Mehrheit aufgehoben werden kann.¹⁹⁷

4. Wirkung von Vinkulierungsklauseln

Wird eine Vinkulierungsklausel in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, stellt sich die Frage, ob diese relative oder absolute Wirkung entfaltet. Spricht man ihr absolute Wirkung zu, so entfaltet sie Wirkung auch gegenüber Dritten, was bedeutet, dass eine Übertragung ohne die Zustimmung des Berechtigten nicht wirksam ist und der Verpflichtete Gesellschafter bleibt.¹⁹⁸ Kommt Vinkulierungsklauseln jedoch nur relative Wirkung zu, so darf der Verpflichtete seinen Geschäftsanteil zwar nicht ohne Zustimmung des Berechtigten übertragen, jedoch macht eine unter Missachtung dieser Verpflichtung vorgenommene Übertragung diese nicht unwirksam.

Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung kommt Vinkulierungsklauseln absolute Wirkung zu.¹⁹⁹ Damit der Geschäftsanteil wirksam an einen Dritten übertragen werden kann,

¹⁹⁴ Tichy, RdW 1998, 59; Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 103; Winter/Löbke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG I § 15 Rz 218; Ebbing in Michalski, GmbHG Kommentar § 15 Rz 134.

¹⁹⁵ Für Tichy ist dies auch deswegen notwendig, weil sonst die Vinkulierungsklausel umgangen werden könnte.

¹⁹⁶ Zutt in Hachenburg, GmbHG (1992) § 15 Rz 102; Ebbing in Michalski, GmbHG Kommentar § 15 Rz 134.

¹⁹⁷ Winter/Löbke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG I § 15 Rz 218; Zutt in Hachenburg, GmbHG § 15 Rz 103 (jeweils mwN auch zur deutschen Judikatur).

¹⁹⁸ Der Verpflichtete bleibt aber nicht ungestraft, vielmehr kann der Dritte Schadenersatz verlangen.

¹⁹⁹ Kralik in Kastner-FS 217; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 617; Umfahrer, Die GmbH⁶ Rz 732; Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 96; Kralik in Kastner-FS 217; Fantur/Zehetner, eolex 2000, 430; Karollus/Artmann, GesRZ 2001, 65; Rauter, Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, JAP 2005/2006,

bedarf es daher der vorhergehenden Zustimmung durch den bzw die Berechtigten. Fehlt die erforderliche Zustimmung, so ist die Übertragung nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung schwebend unwirksam.²⁰⁰ Der Übertragungsvertrag wird jedoch wirksam, wenn nachträglich zugestimmt wird.²⁰¹ Dies bedeutet, dass bei fehlender Zustimmung der Verpflichtete zunächst Gesellschafter bleibt, der Dritte jedoch bei nachträglicher Zustimmung den Geschäftsanteil ex-tunc erwerben kann.²⁰² Eine nachträgliche Zustimmung ist selbst dann möglich, wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde, dass die Übertragung der vorherigen Zustimmung bedarf.²⁰³ Erst wenn fest steht, dass es zu keiner Zustimmung kommt, führt dies zur endgültigen Unwirksamkeit der Abtretung.²⁰⁴

37; Höller, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Gesellschafters, ZIK 2004, 152.

²⁰⁰ Siehe etwa OGH 16.12.1993, 8 Ob 547/92 = ecolex 1994, 817; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 7 (mwN).

²⁰¹ OGH 13. 03.1991, 3 Ob 601/90 = ecolex 1991, 394.

²⁰² Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 630.

²⁰³ Fantur/Zehetner, ecolex 2000, 430.

²⁰⁴ OGH 16.12.1993, 8 Ob 547/92 = ecolex 1994, 817.

III. DAS AUFGRIFFSRECHT

Während heute das Wesen der Vinkulierung relativ klar ist, sind in Bezug auf das Aufgriffsrecht noch viele Fragen offen. Auch eine einheitliche Definition des Begriffs „Aufgriffsrecht“ gibt es nicht. Bei näherer Auseinandersetzung mit dem Aufgriffsrecht fällt vielmehr auf, dass das Aufgriffsrecht immer nur im Zusammenhang mit speziellen Problemen behandelt wird, ohne dass geklärt ist, was das Aufgriffsrecht eigentlich ist. Bevor ich mich mit der Reichweite und anderen Problemen des Aufgriffsrechts auseinandersetze, möchte ich daher zunächst klären, was unter einem Aufgriffsrecht zu verstehen ist.

A. Aufgriffsrecht in Lehre und Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird das Aufgriffsrecht zum Teil mit dem Vorkaufsrecht gleichgesetzt. So hat der OGH in einer Entscheidung ausgesprochen, dass ein *„für den Fall der Übertragung (Abtretung) der Geschäftsanteile eines Gesellschafters an einen Dritten festgelegtes Übernahmsrecht der übrigen Gesellschafter, das bei Verzicht durch die anderen Gesellschafter schließlich zum Übernahmsrecht eines einzigen Gesellschafters führen kann, seiner ganzen Ausprägung nach in Wahrheit ein Vorkaufsrecht im Sinne des § 1072 ABGB ist.“*²⁰⁵ Wie noch zu erläutern sein wird, kommt eine Qualifikation als Vorkaufsrecht allerdings nicht immer in Betracht.²⁰⁶ In der Lehre wird der Begriff „Aufgriffsrecht“ oftmals ohne nähere Definition verwendet oder nur grob umschrieben.²⁰⁷ So erklärt etwa Reich-Rohrwig das Aufgriffsrecht – im Zusammenhang mit der Kündigung - als das Recht der Gesellschafter (oder einzelner von ihnen), den Geschäftsanteil des Kündigenden zu übernehmen.²⁰⁸ An anderen Stellen wiederum findet man nähere Definitionen: Für Frizberg/Frizberg handelt es sich bei Aufgriffsrechten um eine Form von Übernahmsrechten, die die Verpflichtung eines Gesellschafters beinhalten, seinen

²⁰⁵ OGH 09.04.1992, 8 Ob 631/90.

²⁰⁶ Siehe dazu unten IV.A.

²⁰⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 8; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß⁵ 423, 426; Gellis/Feil, GmbHG⁵ § 76 Rz 2,8.

²⁰⁸ So etwa Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 676.

Geschäftsanteil unter bestimmten Voraussetzungen auf einen Berechtigten zu übertragen.²⁰⁹ Ähnlich auch *Umfahrer*, der das Aufgriffsrecht als ein „durch einseitige Willenserklärung ausübbares Gestaltungsrecht, welches bei Eintritt eines bestimmten vordefinierten Ereignisses einen oder mehreren Personen das Recht eröffnet, den Geschäftsanteil eines Mitgesellschafters ganz oder zu den vordefinierten Teilen gegen eine im Rahmen der Abfindungsregelung bestimmbare Gegenleistung zu erwerben“ definiert.²¹⁰ *Tichy* wiederum versteht das Aufgriffsrecht als einen Begriff der Vertragspraxis, unter dem verschiedenste Gestaltungen subsumiert werden.²¹¹ So sind darunter nach *Tichy* alle denkbaren Varianten zu verstehen, von den dem Vorkaufsrecht ähnelnden Bestimmungen bis zur Option. Gemeinsam ist seiner Auffassung nach solchen Erwerbsvorrechten von Gesellschaftern, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Übertragungsverpflichtung eines Gesellschafters oder die Verpflichtung, mit dem Aufgriffsberechtigten einen Kaufvertrag abzuschließen, entsteht.

Folgt man der Auffassung *Tichys* und versteht man das Aufgriffsrecht als ein Erwerbsvorrecht, fallen die verschiedensten rechtlichen Gestaltungen unter diesen Begriff. Nach *Umfahrer* stellt das Aufgriffsrecht hingegen bloß ein einseitiges Gestaltungsrecht dar. Das Aufgriffsrecht wird demnach in der Literatur von sehr eng bis sehr weit gedeutet, weshalb eine einheitliche Definition nicht möglich ist. Gemein ist den Begriffbestimmungen in der Literatur bloß, dass es sich immer um die Übernahme von Geschäftsanteilen auf eine oder mehrere bestimmte Personen handelt.

B. Aufgriffsrecht in der Vertragspraxis

Bisherige Studien haben ergeben, dass in circa der Hälfte der untersuchten Gesellschaftsverträge Aufgriffsrechte vereinbart wurden.²¹² Zudem ist den Untersuchungen zu entnehmen, dass in vielen Verträgen Aufgriffsrechte mit Vinkulierungsklauseln kombiniert werden.²¹³ Gerade aufgrund der Beliebtheit von Aufgriffsrechten in der Praxis

²⁰⁹ *Frizberg/Frizberg*, Die Formpflicht für die Regelung von Aufgriffsrechten für GmbH-Anteile durch Satzungsändernden Gesellschafterbeschluss, *ecolex* 1996, 753.

²¹⁰ *Umfahrer*, Aufgriffsrechte, Abfindungsregelungen und Vinkulierungsbestimmungen als Gestaltungsinstrumente im GmbH-Gesellschaftsvertrag, *GesRZ Spezial-100 Jahre GmbH*, 28.

²¹¹ *Tichy*, *RdW* 1998, 56.

²¹² Siehe schon I.A.

²¹³ *Kolarik*, Gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung 56.

überrascht aber, dass eine grundlegende Untersuchung zum Aufgriffsrecht, insbesondere zur Frage nach dessen Rechtsnatur, in der Literatur nicht zu finden ist. Dies mag aber auch daran liegen, dass sich in der Vertragspraxis unter der Titulierung „Aufgriffsrecht“ ganz unterschiedliche Formulierungen finden. Bedeutet dies nun, dass es kein „eigentliches“ Aufgriffsrecht gibt, sondern dieses von der Literatur und Rechtsprechung nur als Übergriff für mehrere gesellschaftsvertragliche Regelungen verwendet wird oder gibt es tatsächlich das Rechtsinstitut des Aufgriffsrechts? Anhand der Analyse von in der Praxis besonders beliebten Aufgriffsklauseln möchte ich nun versuchen, das Phänomen „Aufgriffsrecht“ zu erfassen. Häufig sind folgende Klauseln unter der Titulierung „Aufgriffsrecht“ zu finden:

(i) „Im Falle der beabsichtigten Abtretung hat der abtretungswillige Gesellschafter dies unter Bekanntgabe der Abtretungsbedingungen sowie des Erwerbers sämtlichen übrigen Gesellschaftern mitzuteilen.“

(ii) „Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, im Fall der beabsichtigten Abtretung, seinen Geschäftsanteil den übrigen Gesellschaftern unter Bekanntgabe der Vertragsbedingungen und des Abtretungspreises zum Erwerb anzubieten.“

(iii) „Jeder Gesellschafter hat das Recht, die Gesellschaft zu kündigen. Die übrigen Gesellschafter sind jedoch berechtigt bis zum Eintritt des Kündigungstermins zu verlangen, dass ihnen die Geschäftsanteile übertragen werden und die Gesellschaft fortgeführt wird.“

(iv) „Mit Ablauf der Kündigungsfrist ist die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zu beschließen, falls nicht die verbleibenden Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft – nach Übernahme des Geschäftsanteils des aufkündigenden Gesellschafters – beschließen. Zu diesem Zweck ist der aufkündigende Gesellschafter verpflichtet, seinen Geschäftsanteil den übrigen Gesellschaftern anzubieten.“

(v) „Jeder Gesellschafter ist berechtigt und verpflichtet einen Gesellschafter mittels Klage auszuschließen...im Fall des Ausschlusses sind die übrigen Gesellschafter berechtigt, den Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters zu übernehmen.“

(vi) „Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters, steht den übrigen Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht am Geschäftsanteil zu.“

(vii) „Wird die Zustimmung von den Gesellschaftern versagt, so steht den Mitgesellschaftern hinsichtlich des abzutretenden Geschäftsanteils ein verhältnismäßiges Aufgriffsrecht zu.“

C. Die Elemente des Aufgriffsrechts

Bei Betrachtung der Klauseln fällt auf, dass das Aufgriffsrecht für die unterschiedlichsten Konstruktionen gewählt wird. So wird ein solches nicht nur für den Fall der Übertragung ((i) und (ii)), sondern ua auch im Zusammenhang mit der Kündigung der Gesellschaft ((iii) und (iv)), für den Fall des Ausschlusses (v), für den Fall des Konkurses (vi) sowie für den Fall der Verweigerung der Zustimmung (vii) vereinbart. Trotz der Unterschiede lässt sich aber bei näherer Betrachtung feststellen, dass es sich immer um solche Klauseln handelt, die vorsehen, dass ein oder mehrere Berechtigte bei Eintritt eines auslösenden Moments (des Aufgriffsfalls) den Geschäftsanteil des Verpflichteten übernehmen können.

Ausgehend von dieser Definition ergeben sich folgende (fixe) Elemente des Aufgriffsrechts:

a) Berechtigter

Berechtigter ist, wem das Recht zur Übernahme des Geschäftsanteils zukommt. Hinsichtlich der Person des Berechtigten kann Unterschiedliches bestimmt sein. So kann vorgesehen werden, dass nur einem bestimmten Gesellschafter das Aufgriffsrecht zukommt, aber auch ein Aufgriffsrecht zugunsten mehrerer oder aller Gesellschafter ist möglich.

b) Verpflichteter

Verpflichteter ist, wer seinen Geschäftsanteil übertragen muss. Auch in Bezug auf den Verpflichteten kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht. So kann vorgesehen werden, dass der Geschäftsanteil eines bestimmten, mehrerer oder aller Gesellschafter aufgegriffen werden kann.

c) Aufgriffsfall

Unter dem Aufgriffsfall ist jenes Moment zu verstehen, welches das Recht zur Übernahme auslöst. Es kommen dabei - aufgrund der Vertragsfreiheit - die verschiedensten Varianten in Betracht; die Gesellschafter können jedes beliebige Ereignis als auslösenden Moment definieren. So könnte – neben den oben schon genannten Aufgriffsfällen - das Aufgriffsrecht ua auch an eine Verpfändung, den Tod, aber auch an eine Verschmelzung, Spaltung oder Umwandlung etc. geknüpft werden. Der “Kreativität“ der Gesellschaft sind dabei keine Grenzen gesetzt.²¹⁴ Im Rahmen dieser Arbeit werden noch einzelne ausgewählte Aufgriffsfälle im Detail beleuchtet.²¹⁵

d) Weitere Elemente

Neben den „fixen“ Elementen des Aufgriffsrechts finden sich in vielen Gesellschaftsverträgen noch weitere, mehr oder wenig detaillierte Regelungen. So wird etwa häufig vorgesehen, wie bei Eintritt des Aufgriffsfalls zu verfahren ist, anders formuliert, wie sich die Vertragsparteien in dieser Situation verhalten müssen. Aber auch hierbei kann Unterschiedliches vorgesehen sein. So etwa, dass der Verpflichtete dem Berechtigten den Eintritt des Aufgriffsfalls mitteilen muss oder auch, dass der Verpflichtete den Geschäftsanteil anbieten muss. Inwiefern sich in diesem Zusammenhang aufgrund unterschiedlicher Formulierungen Unterschiede in den Rechtsfolgen ergeben können, wird noch im Anschluss erörtert.²¹⁶ In vielen Verträgen finden sich auch Regelungen in Bezug auf den Aufgriffspreis, also jenen Preis, den der Berechtigte zu leisten hat, wenn er vom Aufgriffsrecht Gebrauch macht. Es kann im Gesellschaftsvertrag schon ein fixer Betrag genannt werden. In den meisten Fällen werden aber Verfahren zur Bewertung des Geschäftsanteils festgelegt. Beliebte ist auch die Festlegung einer Frist, innerhalb der der Berechtigte vom Aufgriffsrecht Gebrauch machen kann. Dies ist sinnvoll, da ansonsten ein „Schwebezustand“ entsteht, in dem der Geschäftsanteil zwar nicht an einen Dritten veräußert werden kann, der Berechtigte aber auch keine Anstalten macht, den Geschäftsanteil zu übernehmen. Weiters werden in vielen Verträgen Regelungen für den Fall vorgesehen, dass

²¹⁴ Zur Sittenwidrigkeit siehe aber oben II.J.1.

²¹⁵ Siehe dazu unten VI.

²¹⁶ Siehe hierzu bei der Rechtsnatur des Aufgriffsrechts VI.

ein Berechtigter nicht von seinem Aufgriffsrecht Gebrauch macht. Auch auf diese Problematik wird im Rahmen dieser Arbeit näher eingegangen.²¹⁷

In den meisten Fällen, werden detaillierte Regelungen von Vorteil sein, da dadurch die Gefahr von Missverständnissen hintangehalten wird. Gerade eine sehr kurze und schlichte Formulierung wie etwa jene, dass „den Gesellschaftern das Aufgriffsrecht zukommt“ wird in der Praxis Schwierigkeiten mit sich bringen, da bei einer solchen Formulierung etwa unklar ist, ob und wann die Berechtigten vom Eintritt des Aufgriffsfalls Kenntnis erlangen und welche Frist ihnen zur Ausübung des Aufgriffsrechts zukommt.

D. Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen

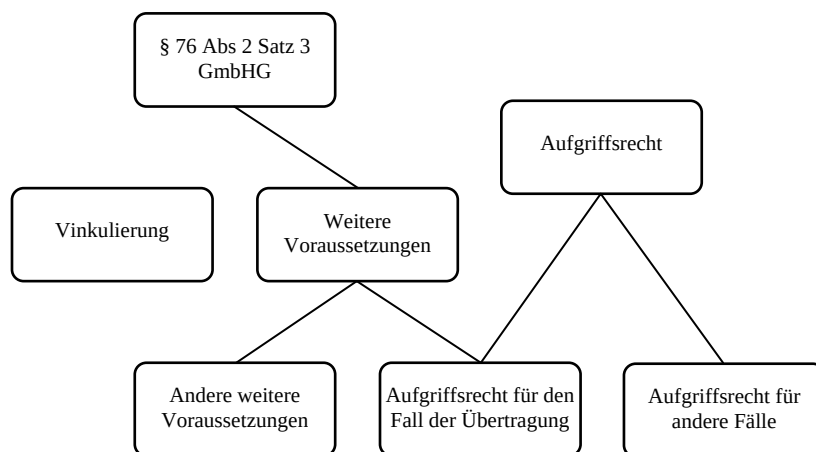
Aufgrund der mit der Vertragsfreiheit einhergehenden Möglichkeit Aufgriffsrechte an individuelle Situationen und Wünsche anzupassen, kann das Aufgriffsrecht als Überbegriff für mehrere Gestaltungsmöglichkeiten aufgefasst werden. Allerdings geht es immer darum, dass ein Berechtigter bei Eintritt eines auslösenden Moments den Geschäftsanteil des Verpflichteten übernehmen kann. Geht man von dieser Auffassung des Aufgriffsrechts aus, kann eine Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen vorgenommen werden.

Fest steht zunächst, dass es sich bei allen Übertragungsbeschränkungen, die in einen Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, um solche iSd § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG handelt. Dabei kann man aber aufgrund des Gesetzeswortlauts (*„im Gesellschaftsvertrag kann die Übertragung von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden“*) die Vinkulierung von anderen Übertragungsbeschränkungen unterscheiden. Demnach handelt es sich bei allen gesellschaftsvertraglichen Übertragungsbeschränkungen, die nicht eine Vinkulierung darstellen, um „weitere Voraussetzungen“ iSd § 76 Abs Satz 3 GmbHG. Auf dieser Stufe kann man wiederum das Aufgriffsrecht von den „anderen weiteren Voraussetzungen“ iSd § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG unterscheiden. Unter diese fallen jene gesellschaftsvertraglichen Regelungen, die nicht unter die Definition des Aufgriffsrechts fallen. Zu denken ist dabei etwa an drag-oder tag along sowie shoot out Klauseln. Fraglich ist in diesem

²¹⁷ Siehe VIII.

Zusammenhang, ob auch solche Vereinbarungen als Aufgriffsrecht zu qualifizieren sind, die den automatischen Übergang des Geschäftsanteils bei Eintritt des Aufgriffsfalls vorsehen. Meiner Ansicht nach ist dies zu verneinen, da die Berechtigten in diesem Fall ja nicht die Wahl haben, den Geschäftsanteil zu übernehmen oder es zu unterlassen, da vielmehr vorgesehen ist, dass der Geschäftsanteil bei Eintritt des auslösenden Moments automatisch auf den Berechtigten übergeht. Es kann daher in diesem Fall nicht von einem (Aufgriffs-) Recht, sondern es muss vielmehr von einer (Aufgriffs-) Pflicht gesprochen werden, weshalb eine Qualifikation als Aufgriffsrecht zu verneinen ist.

Schließlich kann noch eine weitere Abgrenzung vorgenommen werden. Aufgriffsrechte können – wie schon erörtert – nicht nur für den Fall der Übertragung, sondern auch für andere auslösende Momente vereinbart werden. Ist auslösendes Moment nicht die Übertragung des Geschäftsanteils, handelt es sich aber auch nicht um eine Übertragungsbeschränkung iSd § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG. Man muss daher weiters unterscheiden zwischen dem „Aufgriffsrecht für den Fall der Übertragung“ und dem „Aufgriffsrecht für andere Fälle“.



E. Zweck

So wie bei der Vinkulierung liegt der Zweck der Aufnahme von Aufgriffsklauseln in den Gesellschaftsvertrag darin, sich Einfluss auf den Gesellschafterbestand zu sichern. So kann mit einem Aufgriffsrecht die Gefahr des Eindringens unerwünschter Dritter und/oder eine Machtverschiebung innerhalb der Gesellschaft verhindert werden. Indem der Berechtigte von seinem Aufgriffsrecht Gebrauch macht und den Geschäftsanteil selbst übernimmt, wird nämlich verhindert, dass jemand anderer den Geschäftsanteil erlangt und so Gesellschafter wird. Zudem kann mit dem Aufgriffsrecht die Person des Erwerbers von vornherein bestimmt werden. Ist nämlich schon bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags oder bei einer späteren Einführung der Aufgriffsklausel klar, dass die Gesellschaft in der Hand eines bestimmten Personenkreises bleiben soll (etwa bei einer Familiengesellschaft), kann diesem Wunsch nachgegangen werden, indem festgelegt wird, dass nur diesen (ausgewählten) Gesellschaftern das Aufgriffsrecht zukommt.

Mit dem Aufgriffsrecht für den Fall der Übertragung wird dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben, den potentiellen Erwerber zu „prüfen“ und bei Missfallen dessen Gesellschaftseintritt durch Übernahme des Geschäftsanteils zu unterbinden. Mit dem Aufgriffsrecht für andere Fälle hingegen sichert sich der Berechtigte nicht nur für den Fall ab, dass der Aufgriffsverpflichtete seinen Anteil veräußern will, sondern behält sich das Übernahmsrecht auch für andere Situationen vor. Oft wird es sich um solche Situationen handeln, bei denen die Gefahr besteht, dass ein Dritter sonst (abgesehen von einer Veräußerung durch einen Gesellschafter) in den Gesellschafterkreis eindringt. So etwa beim Aufgriffsrecht für den Todesfall oder beim Aufgriffsrecht für den Konkursfall.²¹⁸ Auch hier besteht die Gefahr, dass ein Dritter Gesellschafter wird. Es kommt allerdings auch ein Aufgriffsrecht für solche Fälle in Betracht, die nicht mit einem Gesellschafterwechsel in Zusammenhang stehen. So etwa bei einem Aufgriffsrecht für den Fall der Verpfändung des Geschäftsanteils.²¹⁹ Bei einer Verpfändung besteht nicht unmittelbar die Gefahr, dass ein Dritter anstelle des Verpflichteten Gesellschafter wird. Ein Aufgriffsrecht für den Fall der

²¹⁸ Siehe hierzu noch unten VI.A. und VI.B.

²¹⁹ Siehe hierzu noch unten VI.G.

Verpfändung stellt vielmehr ein Druckmittel dar, um die Gesellschafter von der Verpfändung ihrer Geschäftsanteile abzuhalten.²²⁰

Wird das Aufgriffsrecht nur einem oder nur einzelnen Berechtigten eingeräumt, birgt es allerdings die Gefahr der Machtbündelung bzw die Bildung einer sehr starken Machtposition bei dem bzw den Berechtigten. Vorausgesetzt ein Aufgriffsberechtigter verfügt über ausreichend finanzielle Mittel, könnte er nämlich alle freiwerdenden Anteile übernehmen. Dies würde für die übrigen Gesellschafter bedeuten, dass sie dem Willen des bzw der Berechtigten unterworfen wären. Dies sollte bei Ausgestaltung des Aufgriffsrechts bedacht werden. Umgekehrt kann aber auch gerade mit einer Aufgriffsklausel eine unerwünschte Machtverschiebung innerhalb der Gesellschaft verhindert werden. Besteht nämlich keine gesellschaftsvertragliche Regelung, könnte ein besonders finanzkräftiger Gesellschafter die freiwerdenden Anteile erwerben und so seine Machtposition innerhalb der Gesellschaft erweitern. Auch dies sollte im Vorhinein bedacht und bei Bedarf mit der Vereinbarung von Aufgriffsrechten verhindert werden. So könnte eben vorgesehen werden, dass das Aufgriffsrecht diesem Gesellschafter nicht zukommt.²²¹

²²⁰ Siehe dazu noch unten VI.G.2.b.

²²¹ Zum Unterschied zwischen Vinkulierung und Aufgriffsrecht siehe VII.A.1.

IV. DIE RECHTSNATUR DES AUFGRIFFSRECHTS

Nachdem in einem ersten Schritt festgehalten werden kann, dass das Aufgriffsrecht als Überbegriff für solche gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen dient, die vorsehen, dass ein Berechtigter bei Eintritt eines auslösenden Moments den Geschäftsanteil des Verpflichteten übernehmen kann, ist noch nicht abschließend geklärt, was das Aufgriffsrecht eigentlich ist. Handelt es sich bei Aufgriffsklauseln um Vereinbarungen sui generis oder ist eine Subsumtion unter bekannte Rechtsinstitute möglich? Zur Klärung dieser Frage möchte ich mich nun näher mit der Rechtsnatur des Aufgriffsrechts auseinandersetzen. Aufgrund der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten kommen - jeweils abhängig von der konkreten Formulierung – mehrere Rechtsinstitute in Betracht.

A. Das Aufgriffsrecht als Vorkaufsrecht

1. Allgemeines

Beim Vorkaufrecht handelt es sich um das Recht des Vorkaufsberechtigten zum bevorzugten Erwerb einer Sache für den Fall, dass der Vorkaufsverpflichtete die Sache verkaufen will.²²² Ein Vorkaufsrecht kann nicht nur im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag, sondern auch mit anderen Verträgen wie etwa einem Gesellschaftsvertrag geschlossen werden.²²³ Voraussetzung für die Ausübung eines Vorkaufsrechts ist der Vorkaufsfall. § 1072 ABGB bestimmt, dass der Käufer die Einlösung anbieten muss, wenn er die Sache verkaufen will. Nach dem Wortlaut der Bestimmung kommt es daher auf das „Verkaufen Wollen“ an, allerdings reicht nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung der Wille alleine nicht aus. Nach *Bydlinski* ergibt sich dies schon aus dem Zusammenhang der Bestimmung, wonach sich mangels abweichender Vereinbarung der Einlösungspreis, den der Vorkaufsberechtigte zahlen muss, nach dem Verhältnis des Verpflichteten mit dem Dritten ergibt.²²⁴ Das „Verkaufen Wollen“ ist daher nicht als ein rechtlich unmaßgebliches, jederzeit widerrufbares, sondern vielmehr als ein rechtlich verbindliches Wollen zu verstehen. Im

²²² *Aicher* in Rummel, ABGB Kommentar³ (2000) § 1072 Rz 1.

²²³ *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1072 Rz 4.

²²⁴ *Bydlinski* in Klang, Kommentar zum ABGB Bd IV/2 (1978) 765 ff.

Rahmen eines bereits abgeschlossenen Kaufvertrags kommt dieser Veräußerungswille nach Ansicht *Bydlinskis* jedenfalls schon zum Vorschein; im Falle eines bindenden Offerts des Dritten muss der Vorkaufsberechtigte seinen Veräußerungswillen zudem noch zum Ausdruck bringen.²²⁵ Diesen Ausführungen *Bydlinskis* hat sich die herrschende Lehre²²⁶ und Rechtsprechung²²⁷ angeschlossen und versteht unter einem Vorkaufsfall einen verbindlichen Abschluss eines Kaufvertrags mit einem Dritten oder ein bindendes Offert eines Dritten.

a) Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB

Fraglich ist, ob und inwieweit ein Aufgriffsrecht als Vorkaufsrecht qualifiziert werden kann. Folgt man der herrschenden Lehre und Rechtsprechung kommen die Bestimmungen über das Vorkaufsrecht nur in Betracht, wenn das Übernahmsrecht an einen Kaufvertragsabschluss oder ein bindendes Offert gebunden ist. Wann ist eine Qualifikation des Aufgriffsrechts als Vorkaufsrecht daher möglich?

Zunächst kann man festhalten, dass es den Gesellschaftern im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit frei steht, das Übernahmsrecht des Berechtigten an einen Kaufvertragsabschluss oder ein bindendes Offert eines Dritten, und somit an den Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB, zu binden. Sieht der Gesellschaftsvertrag unter der Titulierung „Aufgriffsrecht“ vor, dass die Berechtigten aufgreifen können, wenn der Verpflichtete einen Kaufvertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat, spricht – soweit sonst nichts Abweichendes vereinbart wurde – nichts gegen die Qualifikation als Vorkaufsrecht. Dagegen könnte man natürlich vorbringen, dass die Gesellschafter sich ausdrücklich eines Aufgriffsrechts - und nicht eines Vorkaufsrechts - bedient haben und deshalb nicht die vorkaufsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen lassen wollen. Dies ist allerdings eine Auslegungsfrage. Allein die Tatsache, dass eine gesellschaftsvertragliche Regelung als Aufgriffsrecht (und nicht als Vorkaufsrecht) tituliert wird, spricht nicht gegen die Anwendung der §§ 1072 ff ABGB. Ist ein Übernahmsrecht an einen Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB geknüpft und finden sich auch sonst keine widersprechenden Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, werden daher die vorkaufsrechtlichen Bestimmungen zu

²²⁵ *Bydlinski* in Klang, Kommentar zum ABGB 765 ff.

²²⁶ *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1072 Rz 13; *Binder* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2005) § 1072 Rz 31; *Apathy* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² (2007) § 1072 Rz 3, *Mayer-Maly*, Bedingt und anfechtbare Vorkaufsfälle, in Wagner-FS (1987) 283 f; aA *Faistenberger*, Das Vorkaufsrecht (1967) 43, der den Abschluss eines Kaufvertrages verlangt.

²²⁷ OGH 20.09.1934, 3 Ob 729/34.

Anwendung kommen. Eine bloße Andersbezeichnung reicht nicht aus, um von den Regeln der §§ 1072 ff ABGB abzuweichen.

b) Vorkaufsfall iSd § 1078 ABGB

Wie ist aber eine Aufgriffsklausel zu behandeln, die das Übernahmsrecht nicht an einen Kaufvertragsabschluss oder ein bindendes Offert knüpft? Wie schon erörtert, wird das Aufgriffsrecht in der Praxis häufig auch für andere auslösende Momente vereinbart. Kommt dann eine Qualifikation als Vorkaufsrecht noch immer in Betracht?

Zur Beantwortung dieser Frage muss man zunächst § 1078 ABGB Beachtung schenken. Nach dieser Bestimmung lässt sich das Vorkaufsrecht auch auf andere Veräußerungsarten ausdehnen, soweit dies besonders vereinbart wurde. § 1078 ABGB stellt zunächst klar, dass im Zweifel nur ein Kauf, nicht aber andere Veräußerungsarten, wie etwa ein Tausch oder eine Veräußerung gegen Werk- oder Dienstleistung, einen Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB darstellt.²²⁸ Ohne ausdrückliche Vereinbarung kommt das Vorkaufsrecht daher nur bei einem Kaufvertragsabschluss oder einem Anbot eines Dritten in Betracht. Eine Erstreckung auf andere Veräußerungsarten ist nur kraft ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung möglich. Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung kommen als Veräußerungsarten iSd § 1078 ABGB aber nur solche Geschäfte in Betracht, die das endgültige Ausscheiden einer Sache aus dem Vermögen des einen und ihre Übertragung auf einen anderen bezwecken oder bewirken.²²⁹ Sieht nun eine als Aufgriffsrecht titulierte Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ein Übernahmsrecht für eine andere Veräußerungsart als den (Ver-)Kauf vor, so können gem § 1078 ABGB die Regeln des Vorkaufsrechts dennoch zur Anwendung kommen. So etwa, wenn vereinbart wird, dass das Aufgriffsrecht besteht, wenn ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil verschenken möchte, da dabei das endgültige Ausscheiden des Geschäftsanteils aus dem Vermögen des Gesellschafters und dessen Übertragung auf einen anderen bezweckt wird. Natürlich gilt dies wiederum nur, wenn sich im Gesellschaftsvertrag keine widersprechenden Bestimmungen finden.

²²⁸ Aicher in Rummel, ABGB³ § 1078 Rz 2.

²²⁹ OGH 30.03.2001, 1 Ob 66/01i; ausführlich Faistenberger, Das Vorkaufsrecht 109 f.

c) Abweichendes auslösendes Moment bzw Aufgriffsfalls

Wie ist jedoch zu verfahren, wenn im Gesellschaftsvertrag das Aufgriffsrecht weder für einen Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB noch für das sonstige Ausscheidens des Geschäftsanteils aus dem Vermögen des Verpflichteten vorgesehen ist und somit keine andere Veräußerungsart iSd § 1078 ABGB vorliegt? So etwa, wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde, dass die restlichen Gesellschafter zum Aufgriff berechtigt sind, wenn der Geschäftsanteil verpfändet wird. Eine solche Vereinbarung stellt – mangels Kaufvertragsabschluss oder Offerte - keinen Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB dar. Auch eine vertragliche Erstreckung der vorkaufsrechtlichen Regeln gem § 1078 ABGB kommt nicht in Betracht, da das Aufgriffsrecht nicht an eine Veräußerung, sondern bloß an eine Belastung geknüpft wird. Es stellt sich daher die Frage, welche Regeln in einem solchen Fall Platz greifen.

Zu überlegen wäre zunächst, ob solche Vereinbarungen – angesichts der Nähe zum Vorkaufsrecht – nicht dennoch als Vorkaufsrecht qualifiziert werden können. Gegen diese Auffassung kann aber hervorgebracht werden, die sich die Lehre ausdrücklich für die Abgrenzung des Vorkaufsrechts von anderen Erscheinungsformen ausspricht. So gehen *Bydlinski*²³⁰ und *Aicher*²³¹ von einem Vorrecht aus, wenn es am Vorkaufsfall fehlt und das Vorrecht bereits dann eintritt, wenn ein sonst bestimmt bezeichnetes Ereignis eintritt. Nicht klar ist, welche Auffassung der OGH vertritt. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1990 führt er aus, dass *„das für den Fall der Übertragung (Abtretung) der Geschäftsanteile eines Gesellschafters an einen Dritten festgelegte Übernahmsrecht der übrigen Gesellschafter, das bei Verzicht durch die anderen Gesellschafter schließlich zum Übernahmsrecht eines einigen Gesellschafters führen kann, seiner ganzen Ausprägung nach in Wahrheit ein Vorkaufsrecht im Sinne des § 1072 ABGB ist.“*²³² Gegen diese Auffassung brachte *Geist* vor, dass die betreffende Klausel²³³ keinen Vorkaufsfall voraussetze, weshalb kein

²³⁰ *Bydlinski* in Klang, Kommentar zum ABGB 800.

²³¹ *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1072 Rz 34.

²³² OGH 09.04.1992, 8 Ob 631/90.

²³³ Die Klausel war in diesem Fall wie folgt formuliert: „Die Übertragung oder Abtretung von Geschäftsanteilen an andere Personen kann nur dann erfolgen, wenn diese Anteile zuvor den übrigen Gesellschaftern anteilig angeboten worden sind und diese Anteile nicht zu dem Betrag, den ein Dritter bezahlt hätte, binnen der hiermit vereinbarten Frist von acht Wochen ab Einlangen des schriftlichen eingeschriebenen Angebotes übernehmen. Sollte einer oder mehrere der verbleibenden Gesellschafter die angebotenen Geschäftsanteile nicht ihrem Anteil entsprechend übernehmen wollen, so steht dem oder den das Anbot

Vorkaufsrecht, sondern eine Vorhand vorliege.²³⁴ Ob die betreffende Vereinbarung tatsächlich als Vorkaufsrecht zu qualifizieren war, möchte ich an dieser Stelle nicht behandeln. Festgehalten werden kann nämlich, dass auch nach der Rechtsprechung des OGH nicht alle Aufgriffsrechte als Vorkaufsrechte zu qualifizieren sind.²³⁵ Dies zunächst, weil der OGH nicht schlechthin nicht zwischen Aufgriffs- und Vorkaufsrecht unterscheidet. Vielmehr geht er in anderen Entscheidungen ausdrücklich vom Vorliegen eines Aufgriffsrechts aus, ohne auf die Qualifikation als Vorkaufsrecht einzugehen. Zudem verlangt der OGH in seiner ständigen Rechtsprechung zum Vorkaufsrecht, dass es dafür eines Vorkaufsfalls bedarf. Ein Abgehen von dieser Rechtsprechung ist nicht ersichtlich. Schließlich spricht gegen die grundsätzliche Qualifikation eines Aufgriffsrechts als Vorkaufsrecht, dass der OGH in seiner Entscheidung nur vom Übernahmsrecht für den Fall der Übertragung ausgegangen ist. Gerade bei solchen kommt aber die Qualifikation als Vorkaufsrecht in Betracht. Wie es sich beim Aufgriffsrecht für andere Fälle verhält, ist der Entscheidung der OGH nicht zu entnehmen.

Meiner Ansicht nach können die Bestimmungen betreffend das Vorkaufsrecht nur dann zu Anwendung kommen, wenn tatsächlich ein Vorkaufsrecht vereinbart wurde. In vielen Verträgen wird man die Qualifikation als Vorkaufsrecht jedoch verneinen müssen, insbesondere dann, wenn das Übernahmsrecht nicht von einem Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB oder einer anderen Veräußerungsart iSd § 1078 ABGB abhängt.

d) Problemfall: Veräußerungswille als auslösendes Moment

Besonders problematisch sind jene Klauseln, die vorsehen, dass das Aufgriffsrecht zur Anwendung kommt, wenn der Verpflichtete abtreten will oder das Aufgriffsrecht im Falle der beabsichtigten Abtretung eintritt, ohne dass im Gesellschaftsvertrag eine Anbots- oder Mitteilungspflicht oder eine sonstige Information des Berechtigten vereinbart wird. Aufgriffsfall, dh auslösendes Moment, ist bei einer solchen Klausel der Veräußerungswille. In der Praxis wird sich aber bald die Frage stellen, wann dieses „Abtreten Wollen“ eintritt. Nach dem Wortlaut solcher Vereinbarungen hängt das Übernahmsrecht nur vom Willen des Verpflichteten ab; das auslösende Moment liegt demnach allein in seiner Sphäre. Streng

annehmenden Gesellschaftern das Recht zu, binnen weiterer zwei Wochen ihrerseits auch die auf diese Gesellschafter entfallenden frei werdenden Anteile pro rata ihrer Beteiligung im Verhältnis zu den übrigen erwerbswilligen Gesellschaftern zu übernehmen.“

²³⁴ Geist, Zur Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 1996, 415.

²³⁵ So aber anscheinend Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1072 Rz 15.

genommen entsteht das Aufgriffsrecht, wenn der Verpflichtete seinen Anteil veräußern möchte, also wenn er seinen Veräußerungswillen fasst. Damit die Berechtigten ihr Übernahmsrecht ausüben können, müssen sie aber Kenntnis vom auslösenden Moment erlangen. Wie erfahren sie also von der bloßen Veräußerungsabsicht? Dass das auslösende Moment tatsächlich jener Zeitpunkt ist, in dem der Verpflichtete seinen Abtretungsentschluss fasst, kann wohl nicht angenommen werden, da die Berechtigten dies ja nicht erraten können und auch nicht kontrolliert werden kann, wann die Abtretungsabsicht des Gesellschafters tatsächlich entstanden ist. Zur Ausübung des Aufgriffsrechts ist vielmehr der Rückgriff auf einen objektiv bestimmbaren Zeitpunkt notwendig. Daher wird in diesen Fällen der Aufgriffsfall zumeist anhand von Auslegung zu ermitteln sein.

Zunächst fällt ins Auge, dass eine Formulierung, die auf den Veräußerungswillen des Verpflichteten abstellt, dem Gesetzeswortlaut des § 1072 ABGB entspricht. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung muss der Vorkaufsverpflichtete, wenn er die Vorkaufssache wieder verkaufen will, dem Vorkaufsberechtigten die Einlösung anbieten. Bei Auslegung einer Klausel, deren auslösendes Moment der Veräußerungswille des Verpflichteten ist, könnte man demnach zu dem Schluss kommen, dass es sich um ein „normales“ Vorkaufsrecht handelt, welches einen Vorkaufsfall voraussetzt. Es bedürfte demnach eines Kaufvertragsabschlusses mit einem Dritten oder zumindest eines verbindlichen Offerts. Aufgriffsfall wäre also nicht der Veräußerungswille, sondern der Vorkaufsfall. Allerdings darf nicht gänzlich außer Acht gelassen werden, dass die Gesellschafter die Titulierung „Aufgriffsrecht“ gewählt haben. Wenn sie eigentlich ein Vorkaufsrecht vereinbaren wollten, weshalb haben sie sich dann einer anderen Bezeichnung bedient?²³⁶ Verneint man die Qualifikation als Vorkaufsrecht, stellt sich allerdings die Frage, wann der Aufgriffsfall eintritt. Wie schon ausgeführt, reicht die interne Willensbildung des Verpflichteten nicht aus, sondern bedarf es eines nach außen in Erscheinung tretenden Moments. Ausreichend wird auf jeden Fall die Mitteilung des Verpflichtenden über seinen Veräußerungswillen sein. Aber auch jede Handlung oder Äußerung, die dem Berechtigten in Kenntnis des Veräußerungswillens setzt, wird hierfür ausreichen. Nach *Larenz* muss sich der Veräußerungswille entweder in einer Erklärung gegenüber dem Berechtigten oder in einer Handlung äußern, die als Anfang der Verwirklichung des Entschlusses anzusehen ist.²³⁷ Ein bloßes Gespräch mit einem Dritten über einen allfälligen Geschäftsanteilsverkauf wird wohl

²³⁶ Natürlich darf hier nicht übersehen werden, dass der Titulierung einer Bestimmung nicht zu großes Gewicht beigemessen werden darf.

²³⁷ Vgl. *Larenz*, Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen, DB 1955, 210 (Vorhand).

nicht ausreichen. Für *Henrich* ist die Erklärung oder Handlung, so wie sie sich einem unbefangenen Beobachter darstellt, ausschlaggebend.²³⁸ Eine bloße Äußerung des Verpflichteten in einem Gespräch, dass er in Zukunft seinen Geschäftsanteil veräußern möchte wird demnach nicht reichen. Hingegen werden ernsthafte Vertragshandlungen den Veräußerungswillen ausreichend manifestieren und somit das Aufgriffsrecht auslösen.²³⁹

Ob nun von einem Vorkaufsrecht auszugehen ist oder nicht wird daher immer im Einzelfall zu entscheiden sein. Wie soeben dargestellt, birgt es aber erhebliche Gefahren, wenn nicht schon im Gesellschaftsvertrag vereinbart wird, wann der Aufgriffsfall eintritt und wie der Berechtigte Kenntnis davon erlangt. Dass dies sehr wichtig ist, ergibt sich aber dann, wenn eine bestimmte Frist zur Ausübung des Aufgriffsrechts vereinbart wurde. Wurde bloß bestimmt, dass die Veräußerungsabsicht das Aufgriffsrecht auslöst, wird es schwierig sein, den Beginn der Frist festzulegen.

2. Rechtsfolgen

a) § 1073 ABGB: Absolute Wirkung

(i) Anwendung des § 1073 auf Geschäftsanteile

Bejaht man die Qualifikation als Vorkaufsrecht, so muss man sich in einem weiteren Schritt mit den daran geknüpften Rechtsfolgen auseinandersetzen. Zunächst ist zu beachten, dass § 1073 Satz 1 ABGB bestimmt, dass das Vorkaufsrecht in der Regel ein persönliches Recht darstellt. Handelt es sich um eine unbewegliche Sache, so kann es gem 1073 Satz 2 ABGB durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches Recht umgewandelt werden. Zwar ist umstritten, ob es sich dabei tatsächlich um ein dingliches Recht handelt,²⁴⁰ jedoch hat das verbücherte Vorkaufsrecht nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung eine dem Veräußerungsverbot entsprechende Wirkung.²⁴¹ Die Einverleibung des Eigentumsrechts kann nur gegen den Nachweis bewilligt werden, dass dem Berechtigten zuvor die Sache zum

²³⁸ *Henrich*, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (1965) 340.

²³⁹ Vgl auch für die Vorhand: *Larenz*, DB 1955, 210; für den Vorrechtsvertrag: *Henrich*, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag 340.

²⁴⁰ *Bydlinski* in Klang, Kommentar zum ABGB 817; *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1073 Rz 6; *Binder* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1073 Rz 5 (jeweils mwN).

²⁴¹ OGH 26.02.1991, 4 Ob 506/91; *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1073 Rz 13; *Binder* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1073 Rz 6; *Apathy* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 1073 Rz 3.

Kauf angeboten wurde und dass er von seinem Vorkaufsrecht keinen Gebrauch macht oder mit dem Verkauf und Eigentumserwerb durch den Dritten einverstanden ist. Das verbücherte Vorkaufsrecht stellt demnach ein vom Grundbuchsgericht von Amts wegen zu beachtendes Verfügungshindernis dar. Dem „dinglich“ Berechtigten steht bei Verstoß ein Abforderungsanspruch gem § 1079 Satz 2 ABGB gegen den Dritten zu.²⁴²

Fraglich ist, inwiefern diese Bestimmung auch bei Geschäftsanteilen Anwendung finden kann und soll. Zunächst kann festgehalten werden, dass eine Verbücherung von GmbH-Geschäftsanteilen nach § 1073 Satz 2 ABGB nicht in Frage kommt, da es sich bei Geschäftsanteilen nicht um unbewegliche Sachen handelt.²⁴³ Demnach würden Vorkaufsrechte an Geschäftsanteilen nur zwischen den Vertragsparteien Wirksamkeit entfalten. Der Berechtigte, dem die Einlösung nicht angeboten wurde, hätte bloß Anspruch auf Schadenersatz gem § 1079 Satz 1 ABGB.²⁴⁴

(ii) Absolute Wirkung nach der Rechtsprechung und Lehre

Die Annahme, dass gesellschaftsvertragliche Vorkaufsrechte nur relative Wirkung entfalten, steht aber im Widerspruch zur Rechtsprechung des OGH, wonach gesellschaftsvertragliche Vorkaufsrechte an Geschäftsanteilen ein Abtretungshindernis bewirken, welches erst durch Verzicht oder Nichtausübung des Vorkaufsrechts durch die anderen Gesellschafter erlischt, bis dahin jedoch absolute Wirkung entfaltet.²⁴⁵ Der OGH verweist dabei auf eine Entscheidung aus dem Jahr 1984,²⁴⁶ in der festgehalten wurde, dass Vereinbarungen über den Ausschluss, die Beseitigung oder die Einschränkung der Umlauffähigkeit von Forderungen auch gegen Dritte wirken, also absolute Wirkung entfalten und zieht hierfür eine Parallele zu gesellschaftsvertraglich vereinbarten Übernahmsrechten. Die Lehre hat sich dieser Auffassung zum Teil angeschlossen. So stimmt *Thiery* mit dem OGH überein, dass die Anbotsverpflichtung wie ein Veräußerungsverbot wirkt und es daher nur konsequent sei, unkörperliche Geschäftsanteile im Falle einer schuldrechtlichen Bindung gleich zu behandeln wie eine Forderung im Falle des Zessionsverbotes.²⁴⁷ Auch

²⁴² Auch steht ihm wahlweise auch eine Löschungsklage zu. Vgl *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1073 Rz 13; OGH 26.02.1991, 4 Ob 506/91.

²⁴³ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 615; *Geist*, ÖJZ 1996, 416.

²⁴⁴ Demgegenüber kann der Berechtigte im Falle der Verbücherung des Vorkaufsrechts die Sache vom Dritten abfordern.

²⁴⁵ OGH 22.02.2000, 1 Ob 8/00h.

²⁴⁶ OGH 16.01.1984, 5 Ob 609/81.

²⁴⁷ *Thiery*, *ecolex* 1992, 481 [Anmerkung zu 8 Ob 631/90].

Koppensteiner/Rüffler²⁴⁸ sowie Reich-Rohrwig²⁴⁹ verweisen – allerdings ohne nähere Auseinandersetzung – zur Begründung der absoluten Wirkung auf diese Entscheidung des OGH. Anders jedoch Geist, der zwar – vorausgesetzt es handelt sich um eine Übertragungsvoraussetzung iSd § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG – die absolute Wirkung gesellschaftsvertraglicher Übertragungsbeschränkungen grundsätzlich bejaht, jedoch das vom OGH zur Begründung herangezogene Zessionsverbot ablehnt.²⁵⁰

Der Wortlaut des OGH in 8 Ob 631/90 zur absoluten Wirkung lautet:

“Das für den Fall der Übertragung (Abtretung) der Geschäftsanteile eines Gesellschafters an einen Dritten festgelegte Übernahmsrecht der übrigen Gesellschafter, das bei Verzicht durch die anderen Gesellschafter schließlich zum Übernahmsrecht eines einzigen Gesellschafters führen kann, ist seiner ganzen Ausprägung nach in Wahrheit ein Vorkaufsrecht im Sinne des § 1072 ABGB. Es bewirkt seinem gesellschaftsvertraglichen Zweck nach aber auch ein Abtretungsverbot, das erst durch den Verzicht oder die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes durch die anderen Gesellschafter erlischt, bis dahin jedoch im Sinne der durch das Erkenntnis des verstärkten 5. Senates vom 16. 1. 1984, SZ 57/8 (5 Ob 609/81), nun festgeschriebenen Rechtsprechung absolute Wirkung entfaltet.“ Der OGH bedient sich in seiner Entscheidung zur Begründung der absoluten Wirkung gesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte der Rechtsprechung zur absoluten Wirkung von Zessionsverboten. Dass er sich nicht unmittelbar auf eine vorkaufsrechtliche Bestimmung bezieht, scheint darauf zu beruhen, dass bei Anwendung dieser Bestimmung die absolute Wirkung verneint hätte werden müssen. Eine absolute, gegen jedermann gerichtete Wirkung kann gem § 1073 ABGB ja nur bei verbücherten Vorkaufsrechten bejaht werden. Um gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsrechten dennoch eine absolute Wirkung zusprechen zu können, muss man sich daher einer anderen Bestimmung bedienen. Hierzu hat der OGH § 1392 ABGB herangezogen. Er begründet seine Auffassung damit, dass das Vorkaufsrecht nach seinem gesellschaftsvertraglichen Zweck auch ein Abtretungsverbot bewirkt. Weiters verweist der OGH auf eine Entscheidung des 5. Senats, in dem die absolute Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote ausgesprochen wurde.

So klar (wie es nach dem Wortlaut des OGH in dieser Entscheidung erscheint) war - und ist - die Rechtslage in Bezug auf die absolute Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote aber

²⁴⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 9.

²⁴⁹ Reich-Rohrwig, ecolex 1994, 758.

²⁵⁰ Geist, ÖJZ 1996, 414 ff.

nicht. Vielmehr wurde eine solche absolute Wirkung in der Lehre weitgehend kritisiert und sogar großteils eine relative Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote bejaht.²⁵¹ Zu beachten ist auch, dass durch das ZessRÄG²⁵² § 1396a in das ABGB aufgenommen wurde, welcher die Zulässigkeit und Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote zwischen Unternehmen regelt und diesen bloß relative Wirkung einräumt. Bevor ich aber zu den Auswirkungen dieser neuen Bestimmung auf die Rechtsprechung des OGH zur absoluten Wirkung von Vorkaufsrechten Bezug nehme, möchte ich zunächst auf die vom OGH herangezogene Parallele zwischen gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsrechten und dem Zessionsverbot eingehen.

(iii) Zur Parallele zwischen dem gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsrecht und dem Zessionsverbot

Wie schon erläutert, wurde die Gleichbehandlung von Geschäftsanteilen und Forderungen von der Lehre großteils übernommen oder zumindest nicht kritisiert.²⁵³ Geist jedoch hat gute Gründe vorgebracht, welche gegen diese Auffassung sprechen. So kritisiert er den Ansatz des OGH, dass es sich bei der Verfügung über einen GmbH-Geschäftsanteil um eine Abtretung eines Rechts iSd § 1393 ABGB handelt. Seiner Ansicht nach liegt vielmehr eine Vertragsübernahme vor.²⁵⁴ Ein Vergleich zwischen einer Forderung und einem Geschäftsanteil ist daher angebracht.

Beide sind zunächst unkörperliche Sachen. Bei einem Geschäftsanteil handelt es sich nach der Intention sowohl des historischen Gesetzgebers als auch der herrschenden Lehre und Rechtsprechung um die Summe der gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten des Gesellschafters, die der Gesellschafter als Äquivalent für die von ihnen übernommenen Stammeinlagen erhält.²⁵⁵ Forderungen stellen hingegen Ansprüche des Schuldrechts dar. Bei der Zession kommt es zur Übertragung der Forderung vom bisherigen Gläubiger auf den neuen Gläubiger unter Aufrechterhaltung ihres Inhaltes.²⁵⁶ Es ändert sich bloß die Gläubigerstellung, der Schuldner bleibt derselbe. Wird der Geschäftsanteil übertragen, so

²⁵¹ Jeweils mwN Aicher, Zur Wirkung des vertraglichen Zessionsverbotes, ÖJT 1972, 303 ff; Koziol, Das vertragliche Abtretungsverbot, JBl 1980, 113 ff; Ertl in Rummel, ABGB³ (2002) § 1393 Rz 9.

²⁵² BGBl I 51/2005.

²⁵³ Thiery, ecolex 1992, 481 [Anmerkung zu 8 Ob 631/90]; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 9; Gellis/Feil, GmbHG⁶ § 76 Rz 18; Reich-Rohrwig, ecolex 1994, 758.

²⁵⁴ Geist, ÖJZ 1996, 416.

²⁵⁵ EBRV 236 Beil StenProthHH, XVII Session 1904, 84; OGH 11.10.1995, 3 Ob 108/95 = ecolex 1996, 273; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 75 Rz 4; Gellis/Feil, GmbHG⁶ § 75 Rz 1; vgl auch schon oben II.B.1.

²⁵⁶ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2007) 116.

bewirkt dies aber den Übergang aller mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten; der Übernehmer wird neuer Gesellschafter. Es kann daher meiner Ansicht nach bei der Übertragung von Geschäftsanteilen nicht von einer Forderungsabtretung gesprochen werden,²⁵⁷ erlangt der Übernehmer ja nicht bloß einen Anspruch gegen die Gesellschaft, sondern tritt er in die Gesellschafterstellung seines Vorgängers ein. Vielmehr handelt es sich bei einer Geschäftsanteilsübertragung um eine Vertragsübernahme.²⁵⁸ Diese ist zwar gesetzlich nicht geregelt, stellt aber ein eigenes Rechtsinstitut dar, bei dem durch einen einheitlichen Akt die Gesamtheit aller wechselseitigen Rechte und Pflichten übertragen werden.²⁵⁹ Gerade so einen Übergang aller Rechte und Pflichten stellt auch der Übergang von Geschäftsanteilen dar. Überraschend ist, dass auch die Rechtsprechung des OGH an anderen Stellen – in Abweichung von 8 Ob 631/90 - dieser Auffassung folgt: *“Der Geschäftsanteil an einer Gesellschaft mbH bestimmt die gesellschaftsrechtliche Stellung seines Trägers; er ist die Grundlage für die Gesellschaftszugehörigkeit (Mitgliedschaft). Die Übertragung eines (ungeteilten) Geschäftsanteiles von einem Träger auf einen anderen (der noch nicht Gesellschafter ist) bedeutet einen Gesellschafterwechsel, das Ausscheiden des Überträgers und den gleichzeitigen Eintritt des Übernehmers anstelle des Überträgers in die gesellschaftsvertraglich festgelegte Gemeinschaft der Gesellschafter. Der Sache nach liegt nämlich ein Rechtsvorgang vor, der viel eher einer Vertragsübernahme als einem bloßen Gläubigerwechsel entspricht, da der Übernehmer in die volle gesellschaftsrechtliche Stellung, die mit dem Geschäftsanteil verbunden ist, also auch in die entsprechenden Pflichten eintritt.“*²⁶⁰ Dem ist zu entnehmen, dass auch der OGH grundsätzlich davon ausgeht, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen eine Vertragsübernahme darstellt. Dies steht dann jedoch im Widerspruch zur Rechtsprechung zur absoluten Wirkung von gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsrechten an Geschäftsanteilen, da der OGH hierfür eine Parallele zur Forderungsabtretung zieht. Die Rechtsprechung des OGH, dass es sich bei der Geschäftsanteilsübertragung einerseits um eine Vertragsübernahme handelt, andererseits aber eine Beschränkung einer solchen Übertragung - und somit auch ein gesellschaftsvertragliches Vorkaufsrecht - ein Abtretungsverbot darstellt (und damit implizit die Aussage, dass es sich um eine Forderung handelt), ist nicht konsequent. Ich stimme

²⁵⁷ So auch Geist, ÖJZ 1996, 416; P.Bydlinski, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen 35 (Fn 126); Hager-Rosenkranz, wbl 2006, 253.

²⁵⁸ Gegen die Zession auch Umfahrer, Die GmbH⁶ Rz 691; siehe auch Ertl in Rummel, ABGB³ § 1393 Rz 1, wonach bei einer Abtretung immer nur eine bestimmte Forderung übergeht und das restliche Vertragsverhältnis aufrecht bleibt, andernfalls eine Vertragsübernahme vorliegt.

²⁵⁹ Ertl in Rummel, ABGB³ § 1406 Rz 2; Mader/W.Faber in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2007) §§ 1405, 1406 Rz 10; Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² (2005) § 1406 Rz 5.

²⁶⁰ OGH 23.02.1989, 6 Ob 525/89.

somit mit der Auffassung *Geists* überein, dass schon der Ansatz des OGH zur absoluten Wirkung gesellschaftsvertraglicher Aufgriffs- bzw Vorkaufsrechte verfehlt ist, da es sich bei der Verfügung über GmbH-Geschäftsanteile nicht um eine Abtretung eines Rechts iSd § 1393 ABGB handelt.²⁶¹ Mangels Vorliegen einer Forderung kann meines Erachtens ein gesellschaftsvertragliches Vorkaufsrecht kein Abtretungsverbot darstellen.

Selbst wenn man der Ansicht des OGH folgt und die Parallele zum Abtretungsverbot bejaht, darf man nicht übersehen, dass eine solche absolute Wirkung von Abtretungsverboten nicht einhellig bejaht wird. So teilt zwar ein Teil der Lehre heute die Auffassung des OGH, dass rechtsgeschäftlichen Abtretungsverboten absolute Wirkung zukommt,²⁶² jedoch war - und ist auch weiterhin - dies in der Literatur umstritten.²⁶³ Zu beachten ist weiters, dass sich die Rechtslage in Bezug auf Forderungsabtretungen durch die Einführung des § 1396a ABGB geändert hat, was folglich einer kurzen Betrachtung bedarf.²⁶⁴ Die Neuregelung sieht nun vor, dass Zessionsverbote nur dann verbindlich sind, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt wurden und den Gläubiger nicht gröblich benachteiligen. Sie wirken jedoch selbst in diesem Fall nur relativ zwischen den Vertragspartnern und können den Erwerb durch den Zessionar nicht verhindern. Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich des neuen § 1396a ABGB jedoch auf Geldforderungen zwischen Unternehmer eingeschränkt²⁶⁵ und die Anwendung auf andere vertretbare Sachen bewusst abgelehnt.²⁶⁶ Somit kommt eine Anwendung auf Geschäftsanteile nicht in Betracht. Für Zessionsverbote außerhalb des § 1396a ABGB bedeutet dies (nach den Ausführungen in den Materialien), dass solche absolute Wirkung entfalten.²⁶⁷ Sohin scheint – zumindest für die Judikatur – auch eine absolute Wirkung von Zessionsverboten festgeschrieben. Die Einführung des § 1396a ABGB hat somit keine Auswirkungen auf die Rechtsprechung des OGH in Bezug auf die absolute Wirkung gesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte und muss in diesem Zusammenhang daher nicht näher behandelt werden.

²⁶¹ *Geist*, ÖJZ 1996, 416.

²⁶² *Iro*, OGH: Absolute Wirkung des vertraglichen Abtretungsverbotes, RdW 1984, 103; *Wilhelm*, Das Abtretungsverbot in der Entscheidung des verstärkten Senats, JBl 1984, 304; *Holzner*, Weiterhin: Drittwirksamkeit vertraglicher „Abtretungsverbote“, JBl 1998, 495 ff; *Lukas*, Zession und Sygnallagma (2000) 54 ff.

²⁶³ Siehe vor allem *Aicher*, ÖJZ 1972, 303 ff; *Koziol*, Das vertragliche Abtretungsverbot, JBl 1980, 113 ff; *Ertl* in Rummel, ABGB³ § 1393 Rz 9 (mwN).

²⁶⁴ 861 der Beilagen XXII.GP (ZessRÄG).

²⁶⁵ Der Unternehmerbegriff ist dabei an den § 1 KSchG angelehnt.

²⁶⁶ 861 der Beilagen XXII.GP (ZessRÄG).

²⁶⁷ 861 der Beilagen XXII.GP (ZessRÄG).

(iv) Abweichende Begründung der absoluten Wirkung

Folgt man der Ansicht, dass eine absolute Wirkung gesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte nicht mit dem Verweis auf die absolute Wirkung von Abtretungsverboten bejaht werden kann, stellt sich weiterhin die Frage nach der Wirksamkeit solcher Vereinbarungen. Dass solche Vereinbarungen grundsätzlich absolute Wirkung entfalten, wird von der Literatur nicht bezweifelt.²⁶⁸ Dies ist meines Erachtens auch sinnvoll, stellen gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen ja ein Schutzinstrument zugunsten der Gesellschafter dar. Ginge man davon aus, dass solche Vereinbarungen bloß relative Wirkung entfalten, könnte dieser Schutz sehr leicht unterlaufen werden. Zudem würde sich die Frage nach dem Zweck gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen stellen, mit denen ein zeitlicher und finanzieller Aufwand verbunden ist, wenn auch mit Vereinbarungen außerhalb des Gesellschaftsvertrags dieselbe, also relative, Wirkung erzielt werden könnte.

Absolute Wirkung gem § 76 Abs 2 GmbHG

Nach *Geist* ergibt sich die absolute Wirkung aus § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG.²⁶⁹ Diese Bestimmung betrifft seiner Ansicht nach alle gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen, welche die Übertragung des Geschäftsanteils von weiteren Voraussetzungen abhängig macht.²⁷⁰ Für *Geist* ist daher nicht ersichtlich, warum der OGH die absolute Wirkung nicht schon aus dem GmbHG erklärt, liegt dies doch viel näher als die Anwendung zessionsrechtlicher Regeln. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist Wirksamkeitsvoraussetzung und macht eine unter Missachtung der Vereinbarung vorgenommene Veräußerung unwirksam.²⁷¹

Diesem Ansatz *Geists* ist meiner Ansicht nach zuzustimmen. Grundsätzlich bezweckte der Gesetzgeber mit der Möglichkeit, die Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig zu machen, eine „über die gesetzlichen Voraussetzungen hinausreichende

²⁶⁸ *Geist*, ÖJZ 1996, 416; *Thiery*, eolex 1992, 481; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 9; *Umfahrer*, Die GmbH⁶ Rz 732; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 76 Rz 18; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 617.

²⁶⁹ *Geist*, ÖJZ 1996, 417.

²⁷⁰ Die vom OGH im Anlassfall (8 Ob 631/90) als Vorkaufsrecht qualifizierte Vereinbarung ist für *Geist* ohne Weiteres als eine solche „weitere Voraussetzung“ zu qualifizieren.

²⁷¹ *Geist*, ÖJZ 1996, 417.

*Immobilisierung und Annäherung der Gesellschaft an die individualistische Form“.*²⁷² Dies spricht stark für die Annahme, dass der Gesetzgeber die Vinkulierung mit absoluter Wirkung ausstatten wollte. Die gesetzliche Voraussetzung, die in den Materialien gemeint ist, ist das Formgebot, dessen Nichteinhaltung die Übertragung jedenfalls unwirksam macht. Für die Vinkulierung muss daher auch die absolute Wirkung gelten.²⁷³ Dies wird auch von der Rechtsprechung und der Lehre bejaht.²⁷⁴ Geht man von der absoluten Wirkung der Vinkulierung aus, muss dies konsequenterweise auch für die sonstigen gesellschaftsvertraglichen Übertragungsbeschränkungen gelten. Eine Ungleichbehandlung von Vinkulierung und anderen „weiteren Voraussetzungen“ würde andernfalls dem Wortlaut des § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG („Im Gesellschaftsvertrag kann die Übertragung von Geschäftsanteilen von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden“) widersprechen. Nach der Formulierung des § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG ist die Vinkulierung ja nur als Beispiel aufgezählt. Was für die Vinkulierung gilt, muss daher auch für alle „weiteren Voraussetzungen“ gelten.²⁷⁵ Schon aus diesem Grund kann man von der absoluten Wirkung gesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte ausgehen, denn auch diese stellen eine „weitere Voraussetzung“ iSd § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG dar. Eines Rückgriffs auf das Zessionsverbots bedarf es daher nicht. Naheliegender und auch einfacher ist der Verweis auf § 76 GmbHG und die absolute Wirkung der Vinkulierung.

Absolute Wirkung aufgrund Aufnahme der Satzung in die Urkundensammlung

Gem § 1073 ABGB können Vorkaufsrechte an unbeweglichen Sachen durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in dingliche Rechte verwandelt werden. Der Vorkaufsberechtigte hat dann einen Abforderungsanspruch gem § 1079 Satz 2 ABGB. Da es sich bei Geschäftsanteilen aber nicht um unbewegliche Sachen handelt, kommt für sie eine Eintragung ins Grundbuch nicht in Frage. Um dennoch eine Wirkung gegenüber Dritten bejahen zu können, bedient sich der OGH des Verweises auf das Zessionsverbot. Abgesehen davon, dass eine absolute Wirkung schon mit § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG begründet werden

²⁷² EBRV 236 Beil StenProthHH, XVII Session 1904, 84.

²⁷³ Geist, ÖJZ 1996, 417. Siehe zur Begründung der absoluten Wirkung auch Kralik in Kastner-FS 217.

²⁷⁴ OGH 16.12.1993, 8 Ob 547, 92; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 617; Umfahrer, Die GmbH⁶ Rz 732; Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 96; Kralik in Kastner-FS 217; Fantur/Zehetner, eolox 2000, 430; Karollus/Artmann, GesRZ 2001, 65; Rauter, JAP 2005/2006, 37.

²⁷⁵ Zur absoluten Wirkung von Aufgriffsrechten noch allgemein unten V.C.

kann, ist eine dingliche Wirkung auch mit einer Analogie zu § 1073 Satz 2 ABGB begründbar.

Gem § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG kann die Übertragung der Geschäftsanteile im Gesellschaftsvertrag erschwert werden. Voraussetzung der Übertragungsbeschränkung ist also die Aufnahme der Klausel in den Gesellschaftsvertrag. Nur solche Vereinbarungen können absolute Wirkung entfalten, während Vereinbarungen außerhalb des Gesellschaftsvertrags (Syndikatsverträge) nur relative Wirkung zwischen den Vertragsparteien entfalten. Der OGH begründet dies damit, dass dem Schutz des Rechtsverkehrs nur dann Rechnung getragen wird, wenn die Übertragungsbeschränkung im Gesellschaftsvertrag selbst verankert ist, da nur dieser Publizitätswirkung entfaltet.²⁷⁶ Zwar werden die Übertragungsbeschränkungen selbst nicht in das Firmenbuch eingetragen, jedoch ist die nach der Rechtsprechung des OGH aus Verkehrsschutzgründen geforderte „Registerpublizität“ durch die Aufnahme der Satzung in die Urkundensammlung gegeben, können sich Kaufinteressenten so jederzeit darüber informieren, ob der Gesellschafter wirksam über den Geschäftsanteil verfügen kann.²⁷⁷ Insofern erfüllt die Eintragung von Vorkaufsrechten an Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag denselben Zweck wie die Eintragung von Vorkaufsrechten im Grundbuch bei unbeweglichen Sachen.²⁷⁸ Auch die bücherliche Eintragung von Vorkaufsrechten (an unbeweglichen Sachen) gewährleistet, dass die an Grundstücken bestehenden dinglichen Rechte jedermann zugänglich sind.²⁷⁹ Es kann somit meines Erachtens eine dingliche Wirkung gesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte an Geschäftsanteilen (iSd § 1073 ABGB) auch mit der Aufnahme des Gesellschaftsvertrags in die Urkundensammlung bejaht werden.

b) § 1074 ABGB: Bestimmtheit des Berechtigten

(i) Anwendung des § 1074 ABGB auf Geschäftsanteile

§ 1074 ABGB bestimmt, dass das Vorkaufsrecht weder einem Dritten abgetreten noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden kann. Dabei handelt es sich um zwingendes

²⁷⁶ OGH 21.05.1997, 7 Ob 2350/96f.

²⁷⁷ OGH 20.01.2000, 6 Ob 313/99v.

²⁷⁸ So auch *Kralik* in *Kastner-FS* 221.

²⁷⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 352.

Recht,²⁸⁰ entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.²⁸¹ Das Vorkaufsrecht stellt somit ein persönliches Recht dar, welches eine individuelle Bestimmung des Berechtigten im Vorhinein verlangt.²⁸²

Zweck der Bestimmung ist es, der im Vorkaufsrecht liegenden Beschränkung des freien Verkehrs eine zeitliche Grenze zu setzen.²⁸³ Es muss gem § 1074 ABGB somit schon im Gesellschaftsvertrag ausreichend bestimmt sein, wer vorkaufsberechtigt ist. In den meisten Gesellschaftsverträgen wird aber bloß bestimmt, dass den „übrigen Gesellschaftern“ ein Vorkaufsrecht zukommt. Fraglich ist, ob eine solche Umschreibung eine ausreichende Bestimmung des berechtigten Personenkreises darstellt. Dies wird mit der Auffassung der Lehre und der bisher – zu Liegenschaften ergangenen - Rechtsprechung des OGH wohl eher zu verneinen sein. So wird vertreten, dass eine gattungsmäßige Umschreibung nicht ausreicht, da ansonsten die in § 1074 ABGB vorgesehene Beschränkung unwirksam wäre.²⁸⁴ In 5 Ob 121/98z hat der OGH entschieden: *„Die zwingende Vorschrift des § 1074 ABGB verwehrt die Rechtsnachfolge in die Position des Vorkaufsberechtigten. Ein Vorkaufsrecht zugunsten der jeweiligen Eigentümer einer Liegenschaft kann nicht begründet werden.“*²⁸⁵ Somit besteht Gefahr, dass eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, wonach das Vorkaufsrecht dem jeweiligen Gesellschafter zukommt, keine ausreichende Bestimmtheit darstellt. Wenn die Vereinbarung, dass das Vorkaufsrecht nicht dem jeweiligen Eigentümer einer Liegenschaft zukommen soll, nach der Rechtsprechung nicht wirksam ist, muss befürchtet werden, dass das Vorkaufsrechts für die jeweiligen bzw übrigen Gesellschafter zur Bestimmtheit iSd 1074 ABGB auch nicht ausreicht.

(ii) Zulässigkeit nach der Rechtsprechung

Entgegen dieser Auffassung ist nach der Rechtsprechung des OGH ein Vorkaufsrecht zugunsten der anderen Gesellschafter für den Fall der Veräußerung eines Geschäftsanteils zulässig.²⁸⁶ Ganz allgemein führt der OGH aus, dass *“... in der Einräumung eines Vorkaufsrechtes für die Gesellschafter im Falle der Veräußerung eines Geschäftsanteiles*

²⁸⁰ Dies ergibt sich aus der Formulierung der Bestimmung, ihrer Entstehungsgeschichte sowie dem Gesetzeszweck; siehe hierzu Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 836.

²⁸¹ Aicher in Rummel, ABGB³ § 1074 Rz 1.

²⁸² Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 815; Aicher in Rummel, ABGB³ § 1073 Rz 3.

²⁸³ OGH 27.11.2001, 1 Ob 259/01x.

²⁸⁴ Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 815.

²⁸⁵ OGH 12.05.1998, 5 Ob 121/98z.

²⁸⁶ OGH 20.05.1965, 5 Ob 103/65.

kein Verstoß gegen die in den Vorschriften der §§ 76 und 77 GesmbHG verankerte Zulässigkeit der Übertragung von Geschäftsanteilen liegt. § 76 GesmbHG lässt es zu, dass im Gesellschaftsvertrag die Übertragung von Geschäftsanteilen von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Es bestehen daher auch keine Bedenken dagegen, dass den anderen Gesellschaftern für den Fall der Veräußerung eines Geschäftsanteiles ein Vorkaufsrecht eingeräumt wurde. Die Gesellschaft m. b. H. kann mit Rücksicht auf ihre Zwecke ein berechtigtes Interesse haben, das Eindringen von anderen Personen als solchen, die den Gesellschaftsvertrag errichtet haben, oder deren Erben zu verhindern. Darauf beruht die Bestimmung des § 76 GesmbHG, die ganz allgemein gestattet, dass der Gesellschaftsvertrag die Übertragung von Geschäftsanteilen an weitere Voraussetzungen bindet.“ Die betreffende Klausel im Gesellschaftsvertrag lautete: „Jeder Gesellschafter, der die entgeltliche Abtretung seines Geschäftsanteiles oder eines Teiles desselben an einen Nichtgesellschafter beabsichtigt, hat daher nach erfolgter Zustimmung der Gesellschaft zu dieser Übertragung den anderen Gesellschaftern den Namen und die Anschrift des Kaufwerbers sowie den vorgesehen Abtretungspreis mittels eingeschriebenen Briefes bekanntzugeben, und zwar mit dem Bemerken, dass es jedem Gesellschafter frei stehe, ihm innerhalb einer Frist von einem Monat mittels eingeschriebenen Briefes bekanntzugeben, dass er sein Aufgriffsrecht auszuüben beabsichtigt.“ Der OGH qualifizierte in dieser Entscheidung die im Gesellschaftsvertrag getroffene Vereinbarung als Vorkaufsrecht, was grundsätzlich die Anwendung der §§ 1072 ff ABGB nach sich zieht. Ohne aber auf den § 1074 ABGB einzugehen und sich mit der Bestimmtheit des Berechtigten auseinanderzusetzen führt der OGH aus, dass die Übertragungsbeschränkung nicht gegen die Regeln des GmbHG verstößt. Der OGH gibt in diesem Fall – wenn auch nicht ausdrücklich – den GmbH-rechtlichen Regelungen den Vorrang.

(iii)Vorrang der GmbH-rechtlichen Regelungen

Zwar ist der OGH in seiner Entscheidung nicht auf den § 1074 ABGB eingegangen, sondern stützt sich zur Begründung nur auf die GmbH-rechtlichen Bestimmungen, jedoch ist dieser Auffassung im Ergebnis zu folgen. Jedenfalls sollten die gesellschaftsrechtlichen Wertungen die vorkaufsrechtlichen Bestimmungen und die daraus abgeleiteten objektiven Anforderungen an die Gestaltung des Vorkaufsrechts verdrängen.²⁸⁷ Die §§ 1072 ff ABGB und der § 76 GmbHG verfolgen nämlich völlig verschiedene Zwecke. So zielt § 1074

²⁸⁷ So auch Geist, ÖJZ 1996, 416.

ABGB darauf ab, der im Vorkaufsrecht liegenden Beschränkung des freien Verkehrs eine Grenze zu setzen. Im Gegensatz dazu ist dem Gesetzgeber der „freie Verkehr“ von GmbH-Geschäftsanteilen gerade kein Anliegen, wie dies schon die von Gesetzes wegen vorgesehenen Übertragungsbeschränkungen zeigen. Darüber hinaus zielt § 76 GmbHG darauf ab, die individuelle Bestimmbarkeit und den Einfluss der Gesellschafter auf die Person des hinzutretenden Gesellschafters mitzubestimmen. Da ein Gesellschafter in einer GmbHG weitreichende Rechte hat, räumen sich die Gesellschafter das Recht auf Kontrolle des Gesellschafterbstands ein. Diese zusätzliche Immobilisierung von Geschäftsanteilen war gerade Absicht des Gesetzgebers bei Gestaltung des § 76 GmbHG. Bei der Gestaltung der §§ 1072 ff ABGB hat der Gesetzgeber jedoch nicht an Vorkaufsrechte an Geschäftsanteilen gedacht. Es erscheint somit sinnvoller, im Falle gesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte an Geschäftsanteilen der Wertung des § 76 GmbHG den Vorzug zu geben. In diesem Sinne hat der OGH auch entschieden, jedoch wäre eine Auseinandersetzung mit den §§ 1072 ff ABGB meiner Ansicht nach wünschenswert, wendet der OGH an anderen Stellen (so etwa zur Begründung der absoluten Wirkung gesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte) die vorkaufsrechtlichen Regeln an, obwohl die Bestimmungen des GmbHG auch in diesen Fällen naheliegender wären.

c) § 1075 ABGB: Wirkliche Einlösung des Vorkaufsrechts an Geschäftsanteilen

(i) Anwendung des § 1075 ABGB auf Geschäftsanteile

Gem § 1075 ABGB muss der Vorkaufsberechtigte bewegliche Sachen binnen vierundzwanzig Stunden und unbewegliche Sachen innerhalb von dreißig Tagen nach der Anbietung „wirklich einlösen“, andernfalls das Vorkaufsrecht erlischt. Nach der herrschenden Lehre²⁸⁸ und Rechtsprechung²⁸⁹ reicht für die Einlösung nicht aus, dass der Berechtigte die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt,²⁹⁰ erforderlich ist vielmehr, dass der Vorkaufsberechtigte den Kaufpreis tatsächlich leistet oder zumindest anbietet. Zweck der Einlösungspflicht ist der Schutz des Vorkaufsverpflichteten. Durch die Einlösungspflicht

²⁸⁸ Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 840; Aicher in Rummel, ABGB³ § 1075 Rz 1; Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1075 Rz 6.

²⁸⁹ OGH 17.02.1983, 7 Ob 512/83; OGH 02.12.1953, 3 Ob 535/53.

²⁹⁰ OGH 30.05.1985, 7 Ob 559/85; OGH 17.12.2007, 2 Ob 200/07m; OGH 11.03.2008, 4 Ob 14/08z, wonach auch ein Verbalanbot oder die Möglichkeit der Abrufung des Kaufpreises als Anbot ausreicht.

soll verhindert werden, dass der Vorkaufsberechtigte sich nachträglich als zahlungsunfähig herausstellt und der Vorkaufsverpflichtete auf der Vorkaufssache „sitzen bleibt“, da der ursprüngliche Erwerber uU nun nicht mehr am Geschäftsanteil interessiert ist.²⁹¹ Dieser Zweck kommt bei gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsrechten an Geschäftsanteilen genauso zum Zug. Auch hier besteht die Gefahr, dass der Vorkaufsberechtigte trotz Zusage den Anteil doch nicht erwerben möchte und der ursprüngliche Erwerber kein Interesse mehr hat. Im Ergebnis ist daher die Pflicht des Vorkaufsberechtigten, den Kaufpreis tatsächlich zu zahlen oder zumindest anzubieten, zu bejahen. Fraglich ist allerdings, wie lange der Vorkaufsberechtigte Zeit zur Einlösung haben soll. Nach dem strengen Wortlaut des § 1075 ABGB müsste er - mangels abweichender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag²⁹² - binnen vierundzwanzig Stunden einlösen, da es sich bei einem Geschäftsanteil um eine bewegliche Sache handelt. In der Praxis ist diese dispositive Regelung aber zu hinterfragen, da eine tatsächliche Kaufpreiszahlung oder –anbietung innerhalb eines so kurzen Zeitraums in vielen Fällen nicht möglich sein wird. Beim Preis, der für den Geschäftsanteil zu leisten ist, handelt es sich oft um eine sehr hohe Geldsumme. Eine uU notwendige Kreditaufnahme und allfällige damit verbundene Sicherheitsleistungen werden innerhalb von vierundzwanzig Stunden in vielen Fällen nicht durchführbar sein, weshalb eine Überlegungsfrist von vierundzwanzig Stunden in diesem Zusammenhang nicht angemessen erscheint.

(ii) Anwendung der dreißigtägigen Frist

Bei Geschäftsanteilen sollte daher meiner Ansicht nach die dreißigtägige Einlösungsfrist, die nach dem Wortlaut des § 1075 ABGB nur für unbewegliche Sachen gilt, angewendet werden. Dies ist einerseits nach dem Zweck des § 1075 ABGB zu bejahen. So wollte der Gesetzgeber mit der längeren Einlösungsfrist bei unbeweglichen Sachen eine längere Überlegungsfrist berücksichtigen.²⁹³ Aber genau dies trifft auch bei Geschäftsanteilen zu. Auch deren Übernahme benötigt eine längere Zeit zur Überlegung. Die Anwendung der längeren Frist steht andererseits auch mit der Rechtsprechung des OGH in Einklang, der sich bei Unternehmen für die dreißig Tage ausspricht, obwohl die Frage, ob Unternehmen (als Gesamtsachen) als bewegliche oder als unbewegliche Sachen zu qualifizieren sind, nicht

²⁹¹ Vgl OGH 11.03.2008, 4 Ob 14/08z.

²⁹² OGH 02.12.1953, 3 Ob 535/53; *Bydlinski* in Klang, Kommentar zum ABGB 850; *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1075 Rz 1.

²⁹³ *Bydlinski* in Klang, Kommentar zum ABGB 850.

geklärt ist.²⁹⁴ So wie für Unternehmen lässt sich eine Anwendung der längeren Einlösungsfrist auch für Geschäftsanteile aus den genannten Gründen argumentieren; eine Frist von nur vierundzwanzig Stunden wäre mit dem Zweck des § 1075 ABGB nicht vereinbar.

²⁹⁴ OGH 01.06.1955, 2 Ob 164/55; vgl dazu *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1075 Rz 11, *Krejci*, Unternehmensrecht (2008) 125.

d) § 1076 ABGB: Die gerichtliche Feilbietung

(i) Anwendung des § 1076 ABGB auf Geschäftsanteile

Gem § 1076 ABGB muss bei der gerichtlichen Feilbietung der mit dem Vorkaufsrecht belasteten Sache, der in den öffentlichen Büchern einverleibte Berechtigte vorgeladen werden. Der Vorkaufsberechtigte hat folglich bloß das Recht zur Versteigerung geladen zu werden; ein besonderes Vorrecht zum Erwerb steht ihm nicht zu. Der Vorkaufsberechtigte muss bei der Versteigerung vielmehr das Meistbot machen, um die Sache zu erwerben.²⁹⁵ Nur für den Fall, dass der Vorkaufsberechtigte nicht von der Versteigerung verständigt wurde, kann Widerspruch gegen den Zuschlag erhoben (§ 184 Abs 1 Z3 EO) und infolge der Zuschlag versagt werden (§ 186 EO).²⁹⁶ Weiters kann der Vorkaufsberechtigte den Zuschlag mittels Rekurs binnen vierzehn Tagen nach dem Versteigerungstermin anfechten (§ 187 Abs 1 EO). Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung gilt § 1076 ABGB nicht nur für die Zwangsversteigerung, sondern auch für die freiwillige Versteigerung, da eine solche Einschränkung dem Wortlaut der Bestimmung („gerichtliche Feilbietung“) nicht zu entnehmen ist.²⁹⁷ Allerdings ist gem § 1076 ABGB das besondere Verfahren nur bei den in den öffentlichen Büchern einverlebten Berechtigten anzuwenden. Bei nicht verbücherten Vorkaufsrechten kommt § 1076 ABGB demnach nicht zur Anwendung. Somit müsste man bei Geschäftsanteilen, die als bewegliche Sachen nicht im Grundbuch eingetragen werden können, die Anwendung des § 1076 ABGB verneinen und die Berechtigten hätten nicht einmal das Recht zur Versteigerung geladen zu werden.

Auch in diesem Zusammenhang müssten bei Geschäftsanteilen meines Erachtens die Regeln über verbücherte Vorkaufsrechte Anwendung finden. Der Grund für die Einschränkung des § 1076 ABGB auf verbücherte Vorkaufsrechte liegt nämlich darin, dass das Gericht bei beweglichen Sachen oder bei nicht im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrechten an

²⁹⁵ Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 855.

²⁹⁶ Die Zuschlagversagung ist nach § 186 Abs 2 EO jedoch nur dann möglich, wenn der nicht geladene Vorkaufsberechtigte auch tatsächlich nicht zum Versteigerungstermin erschienen ist oder einen Vertreter gesendet hat.

²⁹⁷ OGH 30.05.2006, 5 Ob 71/06m; Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 857 ff; Aicher in Rummel, ABGB³ § 1076 Rz 2; Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1076 Rz 2; Faistenberger, Das Vorkaufsrecht 122 f.

Liegenschaften ihrer Verständigungspflicht nicht nachkommen könnte.²⁹⁸ Woher soll das Gericht wissen, ob überhaupt und wer vorkaufsberechtigt ist, wenn dies nicht dem Grundbuch zu entnehmen ist? Soweit dieses Argument bei sonstigen beweglichen Sachen sinnvoll erscheint, muss man bei Geschäftsanteilen konsequenterweise die Verständigungspflicht des Gerichts bejahen, da das gesellschaftsvertragliche Vorkaufsrecht ja in die Satzung aufgenommen wird, welche wiederum in die Urkundensammlung aufgenommen wird. Somit hat das Gericht die Möglichkeit, die Person des Berechtigten durch Einsichtnahme zu ermitteln. Die Eintragung von Vorkaufsrechten an Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag erfüllt somit denselben Zweck wie die Eintragung von Vorkaufsrechten im Grundbuch bei unbeweglichen Sachen, weshalb die Anwendung des § 1076 ABGB auch bei gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsrechten an Geschäftsanteilen zu bejahen ist. Rechtsfolge der Anwendung der Bestimmung ist, dass das Gericht die Vorkaufsberechtigten zur Versteigerung zu laden hat. Je nachdem, ob es sich um eine Zwangs- oder eine freiwillige Versteigerung handelt, knüpfen sich an den Zuschlag unterschiedliche Folgen: Die Zwangsversteigerung stellt keinen Vorkaufsfall, sondern eine andere Veräußerungsart iSd § 1078 ABGB dar, weshalb auch nicht § 1079 ABGB zur Anwendung kommt,²⁹⁹ und der Vorkaufsberechtigte nur einen Schadenersatzanspruch hat.³⁰⁰ Hingegen handelt es sich bei der freiwilligen Versteigerung um einen Vorkaufsfall, bei dem der Vorkaufsverpflichtete dem Berechtigten den Geschäftsanteil zur Einlösung anbieten muss, andernfalls dieser gegen den Dritten einen Abforderungsanspruch hat (§ 1079 ABGB).³⁰¹

e) § 1077 ABGB: Der Vorkaufspreis

§ 1077 ABGB bestimmt, dass - mangels abweichender Vereinbarung - der Vorkaufspreis dem vom Dritten angebotenen Kaufpreis entsprechen muss. Zudem muss der Vorkaufsberechtigte alle Nebenbedingungen aus dem Vertrag mit dem Dritten erbringen. Nur soweit diese Nebenbedingungen unmöglich sind, kann der Vorkaufsberechtigte anstelle der Bedingungen deren Schätzwert leisten.³⁰² Problematisch ist diese Bestimmung,

²⁹⁸ Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 856.

²⁹⁹ Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 855 f; Aicher in Rummel, ABGB³ § 1076 Rz 4.

³⁰⁰ Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 862; Aicher in Rummel, ABGB³ § 1076 Rz 7.

³⁰¹ Zur Anwendung des § 1076 ABGB auf Aufgriffsrechte im Konkursfall siehe VI.A.6.

³⁰² Ist die Nebenbedingung nicht in Geld bewertbar oder hat der Vorkaufsverpflichtete keine Interesse an einer baren Abfindung, so kann – soweit es sich nicht um eine unwesentliche Nebenleistung handelt – das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden; vgl Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 868; Aicher in Rummel, ABGB³ § 1077 Rz 4f; Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 1077 Rz 6f.

wenn das Vorkaufsrecht nicht vom Abschluss eines Kaufvertrags mit einem Dritten abhängt und es deswegen keinen vom Dritten angebotenen Kaufpreis gibt. Wird das Übernahmsrecht etwa für den Fall des Tauschs vereinbart, ist fraglich, welchen Preis der Berechtigte zu leisten hat. In der Praxis stellt das jedoch kein großes Problem dar, da für den Fall, dass im Gesellschaftsvertrag keine Regelung in Bezug auf die Höhe des Preises getroffen wurde, der Verkehrswert des Geschäftsanteils heranzuziehen ist.³⁰³ Zudem handelt es sich bei § 1077 ABGB um eine dispositive Bestimmung, weshalb der Vorkaufsverpflichtete und der Vorkaufsberechtigte eine abweichende Vereinbarung treffen können. Die Gestaltungsfreiheit ist dabei nur insofern eingeschränkt, als die Rechtsprechung hinsichtlich der Bestimmtheit des Vorkaufspreises einen besonders strengen Maßstab anlegt.³⁰⁴

3. Ergebnis

Die Qualifikation als Vorkaufsrecht kommt nur in Betracht, wenn das Aufgriffsrecht entweder für den Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB oder für eine sonstige Veräußerungsart iSd § 1078 ABGB vereinbart wird. Ergibt sich dies nicht ausdrücklich aus der Vereinbarung, muss die relevante Klausel ausgelegt werden. In der Literatur und Rechtsprechung wurde in den letzten Jahren deutlich herausgearbeitet, wann die §§ 1072 ff ABGB Anwendung finden sollen. Ein Abgehen davon würde ein Kehrtwende darstellen, weshalb dies abzulehnen ist. Aber selbst bei „korrekter“ Qualifikation einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung als Vorkaufsrecht können sich erhebliche Probleme ergeben. So sind die §§ 1072 ff ABGB in Bezug auf GmbH-Geschäftsanteile in vielen Fällen nicht praktikabel oder erscheinen die Regelungen über unbewegliche Sachen zum Teil sinnvoller.

Zusammenfassend ist allerdings festzuhalten, dass die Nähe des Aufgriffsrechts zum Vorkaufsrecht nicht von der Hand zu weisen ist. Auch beim Vorkaufsrecht handelt es sich um eine solche Vereinbarung die vorsieht, dass ein oder mehrere Berechtigte bei Eintritt eines auslösenden Moments (des Vorkaufsfalls) den Geschäftsanteil des Verpflichteten übernehmen können. Da somit auch das Vorkaufsrecht unter die oben aufgestellte Definition fällt, kann eine weitere Unterscheidung getroffen werden³⁰⁵ und unter einem Aufgriffsrecht im weiten Sinne auch das Vorkaufsrecht verstanden werden. Zu einem Aufgriffsrecht im engeren Sinn hingegen kann das Vorkaufsrecht nicht hinzugezählt werden. Vielmehr handelt

³⁰³ OGH 25.09.2003, 2 Ob 189/01k.

³⁰⁴ Vgl hierzu Aicher in Rummel, ABGB³ § 1077 Rz 7.

³⁰⁵ Zur Abgrenzung des Aufgriffsrechts von anderen Erscheinungsformen siehe schon oben III.D.

es sich bei einem Aufgriffsrecht im engeren Sinn um ein Vorkaufsrecht ohne Vorkaufsfall. Es sollte daher nicht gänzlich an den hinter § 1072 ff ABGB stehenden Wertungen vorbeisehen werden.

Beispiel für eine gesellschaftsvertragliche Vorkaufsrechtsklausel:

„Will ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil abtreten, kommt den übrigen Gesellschaftern ein Vorkaufsrecht iSd § 1072 ABGB zu. Demgemäß haben die übrigen Gesellschafter das Recht, in den ihnen nachweislich zur Kenntnis zu bringenden Abtretungsvertrag innerhalb einer Frist von dreißig Tagen ab Kenntnisnahme anstelle des vom abtretungswilligen Gesellschafter gewählten Erwerbers einzutreten.“

B. Das Aufgriffsrecht als Vorvertrag

1. Allgemeines

Neben der Qualifikation eines Aufgriffsrechts als Vorkaufsrecht kommt auch jene als Vorvertrag in Betracht. Beim Vorvertrag handelt es sich gem § 936 ABGB um die Verabredung, erst künftig einen Vertrag zu schließen. Gegenstand des Vorvertrags ist demnach der Abschluss des Hauptvertrags. Deswegen entsteht aus dem Vorvertrag auch nur der Anspruch auf Abschluss eines weiteren Vertrags und nicht unmittelbar der Anspruch auf Leistung aus dem Hauptvertrag.³⁰⁶ Es gibt sowohl ein- als auch zweiseitig verbindliche Vorverträge, wobei der einseitig verpflichtende Vorvertrag nicht mit der Option verwechselt werden darf. Aus dem einseitigen Vorvertrag kann nur auf Abschluss des Hauptvertrages geklagt werden,³⁰⁷ hingegen kann bei der Option auf Erfüllung jener Verpflichtung geklagt werden, die Gegenstand des Hauptvertrags sein soll.³⁰⁸

a) Bestimmtheit der wesentlichen Stücke und Form

Voraussetzung für einen verbindlichen Vorvertrag ist zunächst, dass die wesentlichen Stücke des Hauptvertrages bestimmt sind. Dies ist gegeben, wenn die *essentialia negotii* des Hauptvertrages vereinbart wurden.³⁰⁹ In Bezug auf einen Geschäftsanteilserwerb müssen demnach der zu erwerbende Geschäftsanteil und der Preis bestimmt sein. Hierfür reicht auch die Bestimmbarkeit, da an den Vorvertrag keine höheren Anforderungen als an den Hauptvertrag gestellt werden; vielmehr muss der Vorvertrag so bestimmt sein, dass er auch als Hauptvertrag verbindlich wäre.³¹⁰ Da es für einen Kaufvertrag über einen Geschäftsanteil ausreicht, dass Ware und Preis objektiv bestimmbar sind,³¹¹ reicht dies somit auch für den Vorvertrag. Ausreichend bestimmt iSd § 936 ABGB ist somit etwa eine Klausel, die vorsieht, dass ein namentlich genannter oder ein sonst näher bezeichneter Gesellschafter seinen Anteil anbieten muss. Die ausreichende Bestimmtheit des Geschäftsanteils ergibt sich

³⁰⁶ *Reischauer* in Rummel, ABGB³ (2000) § 936 Rz 1.

³⁰⁷ OGH 22.09.1193, 6 Ob 570/93.

³⁰⁸ Zur Option siehe noch unten IV.C.

³⁰⁹ *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 936 Rz 2.

³¹⁰ OGH 25.06.1976, 2 Ob 524/76; *Call*, Bestimmtheit beim Vorvertrag, in Herdlitzka-FS (1972) 66.

³¹¹ OGH 27.05.1959, 1 Ob 164/59; *Aicher* in Rummel, ABGB³ (2000) § 1054 Rz 8.

dabei über den Gesellschafter. Es steht nämlich fest, dass es sich um den Geschäftsanteil eines bestimmten Gesellschafters handelt. Da ein GmbH-Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil halten kann, ist klar um welchen Geschäftsanteil es sich handelt. Fraglich ist aber, ob eine vorvertragliche Klausel ausreichend bestimmt ist, wenn vorgesehen ist, dass (irgend-)ein veräußerungswilliger Gesellschafter seinen Geschäftsanteil anzubieten hat. Um welchen Geschäftsanteil es sich dann im Einzelfall handelt, ist im Zeitpunkt des Vorvertragsabschlusses noch nicht klar, da man ja noch nicht weiß, welcher Gesellschafter seinen Anteil veräußern wird. Fest steht jedoch, dass es sich jedenfalls um einen Geschäftsanteil eines Gesellschafters (aus dem Gesellschafterkreis) handelt, was für eine ausreichende Bestimmbarkeit spricht. Neben dem Geschäftsanteil muss aber auch der Kaufpreis bestimmt sein. Dies ist weit weniger problematisch, da zur Bestimmtheit ausreicht, dass der Preis nach einem bestimmten Verfahren oder zum Börsepreis festgesetzt wird.³¹² Weiters verlangt § 936 ABGB, dass der Abschlusszeitpunkt bestimmt sein muss, was aber nicht bedeutet, dass die Vorvertragsklausel im Gesellschaftsvertrag einen fixen Termin vorsehen muss. Vielmehr reicht hierfür schon die Vereinbarung eines Bedingungseintritts oder einer Zeitspanne.³¹³ Auch genügt es, wenn sich der Abschlusszeitpunkt erst im Wege der Interpretation ermitteln lässt.³¹⁴ Wird ein Aufgriffsrecht für den Eintritt eines auslösenden Moments vereinbart, handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung, weshalb auch von einer ausreichenden Bestimmtheit des Abschlusszeitpunkts auszugehen ist.

Neben der Bestimmtheit der wesentlichen Stücke des Hauptvertrags muss beim Vorvertrag die für den Hauptvertrag vorgesehene Form eingehalten werden.³¹⁵ Dies ist notwendig, da der Formzweck des Hauptvertrages regelmäßig auch jene des Vorvertrages erfasst und andernfalls der Formzweck vereitelt wäre. Für das Aufgriffsrecht bedeutet das, dass hierbei die Notariatsaktsform einzuhalten ist,³¹⁶ andernfalls der Vorvertrag unwirksam ist.³¹⁷

³¹² S. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II 167.

³¹³ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 936 Rz 4; P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² (2005) § 936 Rz 3; Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2005) § 936 Rz 27.

³¹⁴ Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 936 Rz 27.

³¹⁵ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 936 Rz 3; P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 936 Rz 1.

³¹⁶ OGH 09.04.1986, 1 Ob 518/86; Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte 121.

³¹⁷ Zur Formpflicht siehe V.A.

b) Vorvertrag bei Anbots- oder Mitteilungspflicht

Bei der Analyse, ob ein Aufgriffsrecht als Vorvertrag qualifiziert werden kann, muss man sich - angesichts der Nähe des Aufgriffsrechts zum Vorkaufsrechts - zunächst mit jenen Argumenten beschäftigen, die gegen die Qualifikation des Vorkaufsrechts als Vorvertrag vorgebracht wurden. Auch in Bezug auf das Vorkaufsrecht wurde nämlich diskutiert, ob ein solches einen Vorvertrag darstellt. *Bydlinski* verneint die Qualifikation des Vorkaufsrechts als Vorvertrag mit dem Argument, dass für das Zustandekommen des Vorvertrags eine auf Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete Willenserklärung, also ein tatsächliches Angebot des Verpflichteten, notwendig wäre.³¹⁸ Dies hätte zur Folge, dass sich der Veräußerungswillige seiner Verpflichtung zur Abgabe eines Vertragsoffers entziehen könnte, indem er dem Berechtigten vom Vertrag mit dem Dritten bloß Mitteilung macht. Der Verpflichtete würde zwar das Vorkaufsrecht verletzen, aber der Vorkaufsberechtigte könnte nur Schadenersatz gem § 1079 ABGB verlangen oder gem § 936 ABGB auf Abschluss des Hauptvertrages klagen. Einen Anspruch auf die Leistung aus dem Hauptvertrag hätte er aber nicht. Die herrschende Lehre ist der Ansicht *Bydlinskis* zum Vorkaufsrecht gefolgt und lehnt die Vorvertragstheorie in Bezug auf das Vorkaufsrecht ab.³¹⁹ Es ist daher nicht erforderlich, dass der Vorkaufsverpflichtete ein Angebot als eines Vertragsoffers stellt, damit der Vorkaufsberechtigte einlösen kann.

Fraglich ist, ob die Ablehnung der Vorvertragstheorie beim Vorkaufsrecht auch für das Aufgriffsrecht übernommen werden kann. Wie soeben erörtert, wird die Qualifikation des Vorkaufsrechts als Vorvertrag mit dem Argument abgelehnt, dass die beiden Rechtsinstitute nicht miteinander vereinbar sind. Für den Vorvertrag ist einerseits vorgesehen, dass der Verpflichtete ein Angebot abgeben muss, andernfalls er auf Abschluss des Hauptvertrags geklagt werden kann; beim Vorkaufsrecht andererseits muss der Verpflichtete kein Angebot abgeben, vielmehr reicht die Mitteilung an oder die Kenntnisnahme durch den Berechtigten. Folgt man der Qualifikation eines Aufgriffsrechts als Vorvertrag müsste der Verpflichtete bei Fälligkeit ein Vertragsangebot stellen. Sein Wille müsste also tatsächlich auf Abschluss des Hauptvertrags gerichtet sein. Würde er dem Berechtigten vom Eintritt des Aufgriffsfalls bloß Mitteilung machen oder würde der Berechtigte sonst Kenntnis davon erlangen (etwa wenn er

³¹⁸ *Bydlinski* in Klang, Kommentar zum ABGB 751.

³¹⁹ *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1072 Rz 23a (mwN).

von Vertragsverhandlungen zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten erfährt), würde der Hauptvertrag trotz Einlösung durch den Berechtigten nicht zustande kommen. Es würde nämlich an einem wirksamen Anbot des Verpflichteten fehlen. In einem solchen Fall könnte der Berechtigte nur binnen Jahresfrist (§ 936 letzter Satz ABGB) auf Abschluss des Hauptvertrags klagen; die Erfüllung des Hauptvertrags könnte er damit aber nicht erreichen. In Bezug auf das Aufgriffsrecht bedeutet dies, dass der Aufgriffsberechtigte mangels Vertragsanbots bloß Anspruch auf Abgabe der (für den Hauptvertrag notwendigen) Willenserklärung hätte. Der Qualifikation des Aufgriffsrechts als Vorvertrag kann daher meiner Ansicht nach nicht ohne Weiteres gefolgt werden. Unterschieden werden muss zunächst zwischen Vereinbarungen, die eine Anbotspflicht, und Vereinbarungen, die eine Mitteilungspflicht vorsehen.

c) Anbotspflicht

Sieht eine Aufgriffsklausel vor, dass der Verpflichtete bei Eintritt des Aufgriffsfalls ein Anbot abzugeben hat, stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um ein Anbot im rechtlichen Sinn handeln muss oder ob auch eine bloße Mitteilung ausreicht. Zudem ist fraglich, ob es auch dann eines Anbots bedarf, wenn der Aufgriffsberechtigte sonst Kenntnis vom Eintritt des Aufgriffsfalls erlangt hat. Meines Erachtens ist eine tatsächliche Anbotspflicht zu verneinen. Zweck der Anbotspflicht ist es ja, den Berechtigten in Kenntnis vom Eintritt des Aufgriffsfalls zu setzen, da der Berechtigte sonst in vielen Fällen nicht davon erfahren würde. Ist zum Beispiel ein Aufgriffsrecht für den Fall der Verpfändung vorgesehen, würde der Berechtigte wohl keine Kenntnis davon erlangen. Allerdings reicht für die Information des Berechtigten auch die Mitteilung aus; ein tatsächliches Anbot ist dafür nicht erforderlich. Diese Auffassung wird durch die Argumentation beim Vorkaufsrecht bestärkt. Für dieses hat sich die Lehre und Rechtsprechung darauf festgelegt, dass es keines tatsächlichen Anbots bedarf, sondern dass auch die bloße Kenntnisnahme des Berechtigten ausreicht. Es ist meines Erachtens nicht ersichtlich, warum man für das Aufgriffsrecht einen strengeren Maßstab als für das Vorkaufsrecht anwenden sollte. Auch vom Zweck des Aufgriffsrechts aus betrachtet, ist die Anwendung der vorvertraglichen Regelungen abzulehnen. Es geht ja darum, den Berechtigten die Einflussmöglichkeit auf den Gesellschafterkreis zu wahren. Ist ihr Aufgriffsrecht von einem Anbot abhängig und hält sich der Verpflichtete nicht daran, müssten sie den Klagsweg anstrengen. Erst mit dem rechtskräftigen Urteil würde die

Willenserklärung als abgegeben gelten und der Hauptvertrag wäre geschlossen.³²⁰ Der Berechtigte könnte in der Zwischenzeit seinen Geschäftsanteil aber – aufgrund der absoluten Wirkung des Aufgriffsrechts - nicht wirksam veräußern. Die Anwendung der Vorvertragstheorie würde demnach bloß zu Komplikationen und Verzögerungen führen. Beim Aufgriffsrecht sollte daher – so wie beim Vorkaufsrecht - nicht vom Erfordernis eines Anbots ausgegangen werden, sondern auch die bloße Mitteilung oder die Kenntnisnahme des Berechtigten ausreichen.

d) Mitteilungspflicht

Anders stellt sich die Situation dar, wenn eine bloße Mitteilungspflicht vorgesehen ist. Hier ist nämlich schon der Formulierung der Klausel zu entnehmen, dass es keines Anbots bedarf. Aus diesem Grund kann die Vorvertragstheorie bei der Mitteilungspflicht sogleich abgelehnt werden.

2. Rechtsfolgen

a) Umstandsklausel – *clausula rebus sic stantibus*

Kommt man dennoch zu dem Ergebnis, dass das Aufgriffsrecht als Vorvertrag zu qualifizieren ist, muss man sich auch mit den Rechtsfolgen des § 936 ABGB auseinandersetzen. Nach § 936 ABGB ist der Vorvertrag nämlich nur soweit verbindlich, als sich die Umstände inzwischen nicht so ändern, dass der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen eines Vertragsteils verloren wird. Die Bestimmung berücksichtigt dabei – in Gestalt der *clausula rebus sic stantibus* – den Wegfall der Geschäftsgrundlage.³²¹ Es kommt dabei auf den Zeitraum zwischen Vorvertrags- und Hauptvertragsabschluss an.³²² Dem Gesetzeswortlaut ist zu entnehmen, dass der Zweck entweder Vertragsinhalt oder zumindest bekannt oder erkennbar gewesen sein muss. Zur Geltendmachung der *clausula rebus sic stantibus* müssen sich die Umstände dermaßen geändert haben, dass der Zweck nicht mehr erreicht werden kann. In Betracht kommen dabei neben Sachverhaltsänderungen auch Änderungen der gesetzlichen

³²⁰ Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 751.

³²¹ OGH 06.02.1992, 8 Ob 504/92; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I 143.

³²² § 936 ABGB spricht von „inzwischen“; vgl. Reischauer in Rummel, ABGB³ § 936 Rz 6.

Regelungen oder tiefgreifende Änderungen der Rechtsprechung.³²³ Neben der Zweckvereitelung bestimmt § 936 ABGB, dass der Vorvertrag seine Verbindlichkeit weiters dann verliert, wenn ein Vertragsteil das Zutrauen zum anderen Vertragsteil verliert. Dies liegt vor, wenn eine Vertragspartei befürchten muss, dass die Gegenleistung nicht oder nicht in gehöriger Weise erfolgen wird.³²⁴ Nur in jenen Fällen, in denen die Änderung der Umstände zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrags vorhersehbar war³²⁵ oder die Änderung von einem Vertragsteil selbst herbeigeführt wurde,³²⁶ greift § 936 ABGB nicht und der Vorvertrag bleibt verbindlich.

Der Zweck der Übertragungsbeschränkung liegt - wie schon erörtert - darin, sich Einfluss auf den Gesellschafterkreis zu sichern.³²⁷ Mit dem Aufgriffsrecht soll ua der Eintritt eines unerwünschten Dritten und/oder eine Machtverschiebung innerhalb der Gesellschaft hintangehalten werden. Es müssen sich demnach die Umstände dermaßen ändern, dass dieser Zweck vereitelt wird. Nach der Rechtsprechung des OGH stellt eine Änderung der persönlichen Verhältnisse zwischen den Gesellschaftern keine solche Änderung der Umstände dar.³²⁸ So kann etwa einem Aufgriffsrecht als Vorvertrag nicht die Wirksamkeit entzogen werden, weil sich zwei Ehegatten, die Gesellschafter einer GmbH sind, scheiden lassen. Relevant ist die Umstandsklausel aber vor allem in Bezug auf Änderungen des Preises. Wurde nämlich ein bestimmter Preis für den Geschäftsanteil festgelegt und ändert sich der Wert des Geschäftsanteils, so könnte die Umstandsklausel zu Anwendung kommen. Zwar rechtfertigen nach der Rechtsprechung nur krasse, nicht einkalkulierbare und nicht vorhersehbare Wertsteigerungen die Berufung auf die Umstandsklausel,³²⁹ jedoch erscheint die *clausula rebus sic stantibus* in Bezug auf Aufgriffsrechte dennoch problematisch. So ist nach der Rechtsprechung des OGH die Verdoppelung des ortsüblichen Preises (einer Liegenschaft) in drei Jahren eine wesentliche Wertsteigerung und rechtfertigt den Rückgriff auf die Umstandsklausel.³³⁰ Dieser Rechtsprechung folgend, könnte eine Verdoppelung des Werts eines Geschäftsanteils die Unwirksamkeit des Aufgriffsrechts mit sich bringen. Die Anwendung der Umstandsklausel auf Aufgriffsrechte würde daher erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich bringen, da solche Wertänderungen bei Geschäftsanteilen

³²³ OGH 26.06.2007, 1 Ob 38/07f.

³²⁴ Vgl. *Gschnitzer* in Klang, Kommentar zum ABGB (1968) 573.

³²⁵ OGH 06.02.1992, 8 Ob 504/92

³²⁶ OGH 25.06.1976, 2 Ob 524/76.

³²⁷ Siehe III.E.

³²⁸ OGH 29.08.1994, 1 Ob 585/94.

³²⁹ OGH 29.06.1994 7 Ob 540/94.

³³⁰ OGH 10.07.1962, 8 Ob 226/62.

häufig vorkommen. Aus diesem Grund ist die Anwendung der Umstandsklausel auf Geschäftsanteile abzulehnen.

b) Geltendmachung binnen Jahresfrist

§ 936 letzter Satz ABGB bestimmt, dass auf die Vollziehung des Hauptvertrags binnen eines Jahres gedrungen werden muss. Zweck der Regelung ist es den Schwebezustand, den ein Vorvertrag mit sich bringt, relativ kurz zu halten.³³¹ Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschlusszeitpunkt des Hauptvertrages, dh dem im Vorvertrag definierten Aufgriffsfall zu laufen. Innerhalb dieser Frist muss der Vorvertragsberechtigte auf Abschluss des Hauptvertrags klagen, andernfalls dieses Recht erlischt.³³² Mit der Klage kann jedoch nur der Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags und nicht unmittelbar auf Leistung aus dem Hauptvertrag gedrungen werden. Mit dem rechtskräftigem Urteil gilt der Hauptvertrag in Folge als geschlossen.³³³ Der Berechtigte kann demnach nur auf Abschluss des Kaufvertrags über den Geschäftsanteil klagen, ein Anspruch auf Übertragung entsteht dadurch noch nicht. Qualifiziert man das Aufgriffsrecht als Vorvertrag und ist der Abschluss des Hauptvertrags fällig, so muss der Berechtigte - falls der Gesellschafter nicht ein Anbot abgibt oder annimmt – auf Abschluss des Kaufvertrags klagen. Lässt der Berechtigte die Frist verstreichen, so erlischt sein Recht auf Erwerb des Geschäftsanteils.

3. Ergebnis

Die Qualifikation eines Aufgriffsrechts als Vorvertrag wird weit weniger häufig in Frage kommen als jene als Vorkaufsrecht. Dies ergibt sich aus dem eingeschränkten Anwendungsbereich des Vorvertrags, der den Abschluss des Hauptvertrags zum Gegenstand hat. Es bedarf immer eines Anbots des Verpflichteten, andernfalls der Berechtigte nur auf Abschluss der Hauptvertrags klagen kann. Ein Vorvertrag kommt daher nur bei solchen Vereinbarungen in Betracht, die eine Anbotspflicht vorsehen. Bei einer bloßen Mitteilungspflicht hingegen ist schon alleine aufgrund des Wortlauts ein Vorvertrag abzulehnen. Aber selbst bei einer Anbotspflicht ist meines Erachtens – soweit sich bei der

³³¹ *Binder* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 936 Rz 34; *P. Bydlinski* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 936 Rz 5.

³³² Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung handelt es sich um eine Präklusivfrist; vgl dazu *Binder* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 936 Rz 32; *Gschnitzer* in Klang, Kommentar zum ABGB 578 f; *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 936 Rz 8; OGH 17.12.1976, 6 Ob 590/76.

³³³ *Gschnitzer* in Klang, Kommentar zum ABGB 579.

Auslegung nicht dennoch das Gegenteil ergibt - nicht von einer Qualifikation des Aufgriffsrechts als Vorvertrag auszugehen. Dies zunächst, weil eine Mitteilung oder die Kenntnisnahme durch den Berechtigten zur Information und zur Möglichkeit der Ausübung des Aufgriffsrechts ausreicht. Zudem ist aufgrund der Nähe des Aufgriffsrechts zum Vorkaufsrecht, bei dem die Vorvertragstheorie ausdrücklich abgelehnt wird, die Anwendung der vorvertraglichen Regelungen zu verneinen. Die Qualifikation als Vorvertrag würde daher zumeist nur zu Komplikationen und Verzögerungen führen. Beim Aufgriffsrecht sollte vielmehr die bloße Mitteilung oder die Kenntnisnahme des Berechtigten ausreichen.

C. Aufgriffsrecht als Option

1. Allgemeines

Bei der Option handelt es sich um einen Vertrag, bei dem sich eine Partei das Recht vorbehält, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen; sie gewährt dem Berechtigten also ein Gestaltungsrecht.³³⁴ Der Berechtigte hat nach Ausübung seines Gestaltungsrechts sogleich Anspruch auf die Leistung aus dem Hauptvertrag, was die Option vom Vorvertrag unterscheidet.³³⁵ Der Optionsvertrag ist im Gesetz nicht geregelt, sondern wurde im Rechtsverkehr entwickelt, weshalb sich im ABGB keine einschlägigen Bestimmungen finden. Allerdings werden - zumindest zum Teil – die Bestimmungen über den Vorvertrag (§ 936 ABGB) herangezogen.

a) Bestimmtheit der wesentlichen Stücke und Form

So wie der Vorvertrag muss auch der Optionsvertrag alle wesentlichen Vertragsbestimmungen enthalten.³³⁶ Der Optionsvertrag muss so bestimmt sein, dass er auch als Hauptvertrag verbindlich wäre. Notwendig ist somit, dass sowohl Geschäftsanteil als auch Kaufpreis bestimmt oder bestimmbar sind.³³⁷ All jene Vertragsbestimmungen, die nicht wesentlich sind und die dem dispositiven Recht entnommen werden können, müssen nicht vereinbart sein.³³⁸ Nicht anzuwenden für die Option ist die in § 936 ABGB vorgesehene Jahresfrist zu Geltendmachung des Rechts.³³⁹ Dies ist nach der Ansicht des OGH nicht erforderlich, da eine Fristbestimmung bei Optionen keinem wirtschaftlichen Bedürfnis entspricht und eine Hemmung der vertraglichen Gestaltung darstellt.³⁴⁰ Auch muss der Zeitpunkt des Abschlusses im Gegensatz zum Vorvertrag nicht bestimmt sein. Die zeitliche Begrenzung liegt bereits darin, dass die Option nur so lange ausgeübt werden kann,

³³⁴ OGH 12.09.2001, 4 Ob 159/01p.

³³⁵ Siehe hierzu schon oben IV.B.1.

³³⁶ OGH 26.05.1997, 6 Ob 2317/96w.

³³⁷ Vgl schon oben zum Vorvertrag IV.B.1.a.; siehe auch *Henrich*, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag 342.

³³⁸ OGH 02.06.2003, 5 Ob 122/03g.

³³⁹ OGH 08.04.1953, 3 Ob 70/53.

³⁴⁰ OGH 01.07.1958, 4 Ob 58,59/58 = Jbl 1959, 41.

als dass sie begründende Rechtsverhältnis dauert.³⁴¹ Innerhalb dieses Zeitraumes steht es im Ermessen des Berechtigten, ob und wann er von seinem Recht Gebrauch macht.³⁴² Steht das Recht einem Gesellschafter zu, so ist die Option daher – soweit keine ausdrückliche Fristbestimmung getroffen wurde – zumindest für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses aufrecht.³⁴³ Das Optionsrecht kann auch unter einer Bedingung geschlossen werden.³⁴⁴ Ähnlich wie beim Vorkaufsrecht kann der Berechtigte sein Recht dann erst im „Optionsfall“ ausüben. Der Vertrag kommt dann durch die Ausübung des Gestaltungsrechts, der Willenserklärung des Berechtigten, zustande.

So wie der Vorvertrag und das Vorkaufsrecht unterliegt auch die Option der Formpflicht des Hauptvertrages.³⁴⁵ Demnach muss auch bei Optionsverträgen über die Abtretung bzw den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen die Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG eingehalten werden.³⁴⁶

b) Das Aufgriffsrecht in Gestalt eines Optionsrechts

Neben der Theorie vom Vorkaufsrecht als Vorvertrag wird das Vorkaufsrecht von einem Teil der Lehre als Option des Vorkaufsberechtigten qualifiziert.³⁴⁷ Nach dieser Auffassung hat der Vorkaufsberechtigte bei Eintritt des Vorkaufsfalls ein Gestaltungsrecht, durch das er den Kaufvertrag zustande bringen kann. Es handelt sich demnach um ein bedingtes Optionsrecht. Trifft diese Auffassung auch auf das Aufgriffsrecht zu bzw welche Voraussetzungen sind dafür notwendig?

In Frage kommt ein Aufgriffsrecht in Gestalt eines Optionsrechts, wenn der Berechtigte bei Eintritt des Aufgriffsfalls die Übernahme des Geschäftsanteils durch einseitige Willenserklärung zustande bringen kann. In einem solchen Fall handelt es sich um ein bedingtes Optionsrechts. Die Bedingung (der Optionsfall) ist der Aufgriffsfall, nach dessen Eintritt dem Berechtigten ein Gestaltungsrecht zusteht. Ist aber vorgesehen, dass der

³⁴¹ OGH 08.04.1953, 3 Ob 70/53.

³⁴² Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ § 936 Rz 13.

³⁴³ OGH 29.08.1994, 1 Ob 585/94.

³⁴⁴ Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag 266.

³⁴⁵ Gschnitzer in Klang, Kommentar zum ABGB 571.

³⁴⁶ OGH 09.04.1986, 1 Ob 518/86 = RdW 1986, 268; Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte 121, Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß⁵ 423; zur Formpflicht siehe V.A.

³⁴⁷ Faistenberger, Das Vorkaufsrecht 171; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II/1¹³ (1986) III § 44 151; mit einer Darstellung des Streits über die Rechtsnatur des Vorkaufsrechts Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB 749 ff.

Berechtigte nicht schon durch einseitige Willenserklärung den Vertrag zustande bringen kann, sondern dass es hierfür noch der Mitwirkung des Verpflichteten bedarf (oder sonst noch etwas passieren muss), müsste die Optionstheorie grundsätzlich abgelehnt werden. Wie ist daher eine Aufgriffsklausel zu behandeln, die eine Anbots- oder Mitteilungspflicht vorsieht? Ist in diesen Fällen die Qualifikation als Option abzulehnen? Dies ist meiner Ansicht nach zu verneinen. Wie schon beim Vorvertrag ausgeführt reicht zur Ausübung des Aufgriffsrechts, dass der Berechtigte Kenntnis vom Aufgriffsfall erlangt.³⁴⁸ Die Anbots- oder Mitteilungspflicht soll bloß die Information des Berechtigten sicherstellen und nicht das Aufgriffsrecht auslösen. Soweit im Gesellschaftsvertrag nicht Abweichendes bestimmt ist, wird in vielen Fällen die Qualifikation als Option daher zu bejahen sein. Bei Eintritt des Aufgriffsfalls hat der Berechtigte ein Gestaltungsrecht, durch das er den Kaufvertrag über den Geschäftsanteil zustande bringen kann.

2. Rechtsfolgen

Wie schon ausgeführt werden auf den Optionsvertrag die Bestimmungen des Vorvertrags teilweise analog angewendet. Während nach der Rechtsprechung die Anwendung der Fristbestimmung nicht sinngemäß und deshalb nicht anzuwenden ist, findet die Umstandsklausel des § 936 ABGB auf den Optionsvertrag Anwendung.³⁴⁹

a) Umstandsklausel – *clausula rebus sic stantibus*

Gem § 936 ABGB ist die Option nur soweit verbindlich, als sich die Umstände inzwischen nicht so ändern, dass der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen eines Vertragsteils verloren wird. Der Zweck muss entweder Vertragsinhalt oder zumindest bekannt oder erkennbar gewesen sein und auch die Änderung der Umstände so deutlich sein, dass der Zweck nicht mehr erreicht werden kann. Neben der Zweckvereitelung verliert der Optionsvertrag auch dann seine Verbindlichkeit, wenn ein Vertragsteil das Zutrauen zum anderen Vertragsteil verliert.³⁵⁰ Da sich die Situation hier so wie beim Vorvertrag darstellt, kann auf die Ausführungen zum Vorvertrag verwiesen werden.³⁵¹ Auch bei der Qualifikation des Aufgriffsrechts als Option ist die

³⁴⁸ Siehe oben IV.B.1.c.

³⁴⁹ OGH 07.06.1950, 1 Ob 472/49.

³⁵⁰ Vgl schon im Detail oben IV.B.2.a.

³⁵¹ Siehe dazu oben IV.B.2.a.

Anwendung der Umstandsklausel abzulehnen. Dies zunächst, da eine Wertänderung bei Geschäftsanteilen häufig vorkommt, weiters, weil bei Optionen Wertänderungen gerade immanent sind. Bei der Option soll es dem Berechtigten ja gerade zukommen, in einer für ihn günstigen Situation zu kaufen oder verkaufen. Mit der Umstandsklausel wird aber gerade dieses Risikomoment mit der Gefahr der Unwirksamkeit belastet.

3. Ergebnis

Während eine Qualifikation als Vorkaufsrecht in jenen Fällen nicht in Betracht kommt, die nicht für einen Vorkaufsfall iSd §§ 1072 oder 1078 ABGB vorgesehen sind, wird eine Qualifikation als Option jedoch zumeist bejaht werden können. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass auch das Vorkaufsrecht (zumindest von einem Teil der Lehre) als Option angesehen wird und das Aufgriffsrecht in vielen Fällen ein Vorkaufsrecht ohne Vorkaufsfall darstellt. Das Aufgriffsrecht kann daher meiner Ansicht nach eine durch den Eintritt des Aufgriffsfalls bedingte Option darstellen. Das bedeutet, dass der Berechtigte schon durch einseitige Willenserklärung den Vertrag zustande bringen kann und der Verpflichtete in Folge zur Übergabe des Geschäftsanteils verpflichtet ist. Die Anwendung der Umstandsklausel ist jedoch abzulehnen.

Beispiele für eine gesellschaftsvertragliche Aufgriffsklausel in Gestalt eines Optionsrechts:

1. (Allgemein:) *„Bei Eintritt des Ereignisses XY (= Bedingung/Aufgriffsfall), kommt den übrigen Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht zu. Demgemäß können die übrigen Gesellschafter innerhalb einer Frist von dreißig Tagen nach Eintritt des Ereignisses XY den Geschäftsanteil übernehmen (= Gestaltungsrecht).“*
2. *„Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters (= Bedingung/Aufgriffsfall), steht den übrigen Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht am Geschäftsanteil zu (= Gestaltungsrecht).“*

D. Aufgriffsrecht als bedingter Kauf

1. Allgemeines

Schließlich kommt neben der Qualifikation als Vorkaufsrecht, Vorvertrag und Option noch jene als bedingter Kauf in Betracht. Ganz allgemein wird unter einer Bedingung eine dem Rechtsgeschäft von den Parteien hinzugefügte Beschränkung verstanden, durch die der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung von einem ungewissen Umstand (= Bedingung) abhängig gemacht wird.³⁵² Die Bedingung kann dabei unterschiedlich ausgestaltet sein: Bei einer aufschiebenden Bedingung entstehen die Rechtswirkungen erst mit Eintritt der Bedingung;³⁵³ bei der auflösenden Bedingung wiederum treten die Rechtswirkungen zwar sofort ein, gehen aber mit Eintritt der Bedingung wieder verloren. Grundsätzlich steht es den Vertragsparteien frei, den Vertrag von einer Bedingung abhängig zu machen.

a) Aufgriffsrecht als einfach bedingter Kauf

Vereinbaren die Parteien, dass der Kaufvertrag nicht sofort zustande kommt, sondern machen sie den Zeitpunkt des Eintritts der Wirkungen, also den tatsächlichen Übergang des Geschäftsanteils von einer weiteren Voraussetzung abhängig, so liegt ein bedingter Kauf vor. Ist etwa vorgesehen, dass dem Berechtigten bei Eintritt des Aufgriffsfalls der Geschäftsanteil zuwächst, liegt ein aufschiebend bedingter Kauf vor. Bei Eintritt des Aufgriffsfalls kommt der Kaufvertrag zwischen den Parteien zustande. Es handelt sich in diesem Fall um den automatischen Übergang des Geschäftsanteils, da bei Bedingungseintritt der Anteil übergeht. Wie schon erörtert stellt eine solche Vereinbarung aber kein Aufgriffsrecht dar,³⁵⁴ da der Berechtigte in diesem Fall keine Wahl hat. Für das Aufgriffsrecht ist aber notwendig, dass der Berechtigte das Recht, aber nicht die Pflicht, zur Übernahme des freiwerdenden Geschäftsanteils hat. Natürlich steht es den Parteien dennoch frei, im Gesellschaftsvertrag einen automatischen Übergang zu vereinbaren, allerdings handelt es sich dann nicht um ein Aufgriffsrecht.

³⁵² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 193 f.

³⁵³ OGH 13.12.1961, 5 Ob 339/61.

³⁵⁴ Siehe dazu oben II.D.

b) Aufgriffsrecht als doppelt bedingter Kauf

Ist die Qualifikation eines Aufgriffsrechts zwar als einfach bedingter Kaufvertrag abzulehnen, kommt eine Qualifikation als doppelt bedingter Kauf in Betracht. So, wenn im Gesellschaftsvertrag nicht der automatische Übergang vorgesehen ist, sondern es dem Berechtigten frei steht, bei Eintritt des Aufgriffsfalls Gebrauch von seinem Recht zu machen. Neben dem Eintritt des Aufgriffsfalls bedarf es dann noch der Willenserklärung des Berechtigten. Erste Bedingung ist der Eintritt des Aufgriffsfalls und zweite Bedingung ist die Geltendmachung des Gestaltungsrechts durch den Berechtigten.

Zum Teil wird auch für das Vorkaufsrecht vertreten, dass es sich bei einem solchen um einen doppelt bedingten Kauf handelt.³⁵⁵ Auch dieses ist von zwei Bedingungen abhängig. Erstens vom Eintritt des Vorkaufsfalls und zweitens von der Einlösung durch den Vorkaufsberechtigten.

2. Rechtsfolgen

Wird ein Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so sind die Parteien verpflichtet, einerseits alles zu tun, was notwendig ist, um bei Eintritt der Bedingung erfüllen zu können und andererseits alles zu unterlassen, was die Erfüllung verhindert.³⁵⁶ Bis zum Bedingungseintritt befindet sich der Vertrag in einem Schwebezustand und der Berechtigte hat eine Anwartschaft.³⁵⁷ Eine Einflussnahme durch eine Partei, welche die andere Partei nach Sinn und Zweck des Vertrages redlicherweise nicht erwarten konnte, ist unzulässig, widrigenfalls die Bedingung als eingetreten gilt.³⁵⁸

³⁵⁵ Mit Darstellung des Streits über die Rechtsnatur des Vorkaufsrechts *Bydlinski* in Klang, Kommentar zum ABGB 749 ff; *Aicher* in Rummel, ABGB³ § 1072 Rz 1; *Huber* in Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch¹³ (1991) Vor § 504 Rz 7 ff.

³⁵⁶ OGH 21.05.2007, 8 Ob 52/07s.

³⁵⁷ *Rummel* in Rummel, ABGB³ Kommentar (2000) § 987 Rz 4.

³⁵⁸ RIS-Justiz RS0012728.

3. Ergebnis

Eine Qualifikation als doppelt bedingter Kauf scheint das Aufgriffsrechts am besten zu erfassen. Dies mag mehrere Gründe haben: Zunächst ist der doppelt bedingte Kauf am weitesten, zudem schließt er andere Rechtsinstitute nicht aus. Hält man nun fest, dass es sich beim Aufgriffsrecht um einen doppelt bedingten Kauf handelt, bedeutet das daher nicht, dass es sich nicht dennoch um ein Vorkaufsrecht handeln kann. Wie schon eingangs festgehalten handelt es sich beim Vorkaufsrecht ja um ein Aufgriffsrecht im weiteren Sinn. Stellt die erste Bedingung aber keinen Vorkaufsfall iSd §§ 1072, 1078 ABGB dar, so liegt ein Aufgriffsrecht im engeren Sinn vor. Aber auch die (zusätzliche) Qualifikation als Option kommt weiterhin in Betracht. So handelt es sich beim doppelt bedingten Kauf ja gleichzeitig auch um eine bedingte Option. Auch bei dieser bedarf es zunächst des Eintritts des Aufgriffsfalls, damit der Berechtigte von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch machen kann.

E. Ergebnis

Wie schon festgehalten, handelt es sich beim Aufgriffsrecht um eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, die vorsieht, dass ein Berechtigter bei Eintritt eines auslösenden Moments den Geschäftsanteil des Verpflichteten übernehmen kann. Da die Ausgestaltung des Aufgriffsrechts den Gesellschaftern frei bleibt, kommen unterschiedliche Vereinbarungen und daher mehrere Rechtsnaturen in Betracht. Ein Vorkaufsrecht verlangt zwingend einen Vorkaufsfall. Ohne einen solchen kommt die Qualifikation als Vorkaufsrecht nicht in Betracht. Was ist das Aufgriffsrecht aber, wenn es kein Vorkaufsrecht darstellt? Hierbei kommen der Vorvertrag, die Option und der bedingte Kauf in Betracht. Da für das Aufgriffsrecht eine Anbotspflicht des Verpflichteten zu verneinen ist, ist meiner Ansicht nach die Qualifikation als Vorvertrag abzulehnen. Dh neben dem Vorkaufsrecht kommen noch die Option und der bedingte Kauf in Frage. Allerdings schließen diese einander nicht aus. Vielmehr kann einerseits das Aufgriffsrecht auch als bedingte Option bzw als bedingter Kauf aufgefasst werden und andererseits kann die bedingte Option zugleich auch ein doppelt bedingter Kauf sein. Es kommt jeweils – wie *Bydlinski* schon für das Vorkaufsrecht ausführt - nur auf den Standpunkt der Betrachtung an. Sieht man auf den Austausch von Sache und Preis, so drängt sich die Beurteilung als bedingter Kauf auf. Der Leistungsaustausch soll nur erfolgen, wenn der Verpflichtete veräußern will und wenn der Berechtigte einlöst. Blickt man hingegen auf die Wahl der Berechtigten zu entscheiden, die Sache zu übernehmen oder nicht, so spricht dies eher für das Optionsrecht.³⁵⁹

Was bedeutet dies nun für das Aufgriffsrecht? Erscheint die Erfassung der Rechtsnatur auf den ersten Blick somit rein theoretischer Natur zu sein, ergeben sich aber Unterschiede in den Rechtsfolgen. So bestehen etwa spezielle Regeln für das Vorkaufsrecht, die Option und den Vorvertrag, deren Anwendung auf Geschäftsanteile aber zum Teil problematisch ist. Vergessen werden darf auch nicht, dass auch im GmbHG Bestimmungen zu finden sind, die - unabhängig der zivilrechtlichen Qualifikation einer Vereinbarung - für alle Geschäftsanteile gelten. Es müssen im Zusammenhang mit gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten daher immer die zivilrechtliche Qualifikation einerseits und die GmbH-spezifischen Bestimmungen andererseits beachtet werden. Die Rechtsfolgen eines

³⁵⁹ *Bydlinski* in Klang, Kommentar zum ABGB 752.

Aufgriffsrechts sind daher immer von der Ausgestaltung der Vereinbarung im Einzelfall abhängig. Es empfiehlt sich, dies bei der Gestaltung des Aufgriffsrechts zu bedenken und eine möglichst genaue Regelung vorzusehen, andernfalls die Gefahr des Eintritts unerwünschter Rechtsfolgen besteht. Im Rahmen der Erörterung einzelner Fragen in Bezug auf das Aufgriffsrecht sowie einzelner, ausgewählter Aufgriffsfälle werde ich daher auf die Besonderheiten des GmbHG einerseits und die in Betracht kommenden zivilrechtlichen Regeln andererseits Rücksicht nehmen.

V. EINZELFRAGEN DES AUFGRIFFSRECHTS

A. Form

Gem § 76 GmbHG bedarf die Übertragung von Geschäftsanteilen unter Lebenden des Notariatsakts. Der Formpflicht unterliegen auch Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles. Während der historische Gesetzgeber für die GmbH als Gesellschaftsform für eine Gesellschaft mit einem kleinen und engen Mitgliederkreis die Fernhaltung der Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt bezweckte, begründet die Rechtsprechung³⁶⁰ die strenge Formpflicht heute (zusätzlich) mit dem Schutz potentieller Erwerber vor übereiltem Erwerb sowie mit der Identifizierbarkeit des jeweiligen Gesellschafters.³⁶¹ Dem Zweck der Formpflicht entsprechend, verlangt die Lehre und Rechtsprechung die Einhaltung des Notariatsakts bei Vorverträgen, Vorkaufsrechten, Options- und Aufgriffsrechten.³⁶² Der OGH spricht in diesem Zusammenhang von der Formpflicht auch für „*Vorkaufsrechte, Optionsrechte und andere Aufgriffsrechte*.“³⁶³ Die Formulierung „*und andere Aufgriffsrecht*“ lässt auf eine rein demonstrative Aufzählung schließen. Es ist daher von einer sehr weiten Auffassung der Formpflicht auszugehen, weshalb es nicht allein auf die zivilrechtliche Qualität einer gesellschaftsvertraglichen Klausel ankommt. Egal ob nun ein Vorvertrag, ein Vorkaufsrecht, eine Option, ein Anbietersrecht bzw eine Anbietungspflicht oder ein Übernahmsrecht bzw eine Übernahmepflicht etc vereinbart wird, bedarf es gem § 76 GmbHG immer des Notariatsakts. Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist von der Formpflicht sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft erfasst.³⁶⁴ Wenn Anbot und Annahme auseinanderfallen, bedürfen beide Erklärungen zur Wirksamkeit der Übertragung der Form des Notariatsakts.³⁶⁵ Jeweils abhängig von der Rechtsnatur des Aufgriffsrechts können sich dabei Unterschiede ergeben.

³⁶⁰ RIS-Justiz RS0060234.

³⁶¹ Siehe zur den Formzwecken schon oben II.F.

³⁶² OGH 28.08.2003, 8 Ob 259/02z; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 423; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 626; *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte 121; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 19.

³⁶³ OGH 28.08.2003, 8 Ob 259/02z.

³⁶⁴ RIS-Justiz RS0115336; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 18.

³⁶⁵ OGH 15.04.1980, 4 Ob 517/80; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 18, 26; *Umfahrer*, Die GmbH⁶ Rz 715; *Kostner*, Verträge in Form von notariellen Anbot- und Annahmeerklärungen, NZ 1969, 20.

Wurde eine Vorvertragsklausel in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen und macht der Berechtigte von seinem Recht auf Abschluss des Hauptvertrags Gebrauch, muss sowohl beim Anbot als auch bei der Annahme die Notariatsaktsform eingehalten werden. Anders stellt sich die Situation jedoch bei der Option, beim bedingten Kauf und beim Vorkaufsrecht dar. Die Stellung des Berechtigten ist bei diesen Rechtstituten ähnlich, da der Berechtigte durch Abgabe seiner Willenserklärung den Vertrag zustande kommen lassen kann. Eines vorhergehenden Anbots bedarf es nicht, vielmehr reichen die bloße Mitteilung sowie die tatsächliche Kenntnisnahme über den Eintritt des auslösenden Moments. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass das Anbot des Verpflichteten schon im Gesellschaftsvertrag (in der Aufgriffsklausel) enthalten ist, der aber auch in Form des Notariatsakts beurkundet werden muss, weshalb die Formpflicht gewahrt bleibt. Fraglich ist allerdings, ob auch die Willenserklärung des Berechtigten des Notariatsakts bedarf. Es liegt ja keine Annahme im rechtlichen Sinn vor, sondern es handelt sich vielmehr um eine Genehmigung bzw. Einlösung. Dem Zweck der Formpflicht entsprechend sollte meines Erachtens aber der Notariatsakt eingehalten werden. Anliegen des Gesetzgebers war es, der Immobilisierung der Geschäftsanteile entgegenzuwirken. Ist nun vorgesehen, dass das Anbot und die Annahme formpflichtig sind, so wird dies auch für jene Willenserklärungen gelten, die zwar kein Anbot bzw. Annahme im rechtlichen Sinn darstellen, jedoch dieselben Rechtsfolgen, nämlich das Zustandekommen des Kaufvertrags, mit sich bringen. Somit muss auch beim Vorkaufsrecht, bei der Option und beim bedingten Kauf im Rahmen der Willenserklärung des Berechtigten die Notariatsaktspflicht eingehalten werden.

B. Nachträgliche Einführung, Änderung und Aufhebung von Aufgriffsrechten

1. Formpflicht

Wird ein Aufgriffsrecht nicht schon bei der Gesellschaftsgründung, sondern erst nachträglich in die Satzung aufgenommen, stellt sich die Frage, welche Form dabei einzuhalten ist. Auch wenn eine Aufgriffsklausel geändert oder aufgehoben wird, ist fraglich, ob hierfür eine bestimmte Form eingehalten werden muss. Bei Betrachtung dieses Problems stehen sich zwei Bestimmungen gegenüber. Einerseits bedürfen gem § 76 Abs 2 GmbHG Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteils des Notariatsakts, andererseits sind satzungsändernde Gesellschafterbeschlüsse gem § 49 GmbHG bloß in Form eines notariellen Protokolls zu beurkunden. Es stellt sich somit die Frage, welche Bestimmung bei der nachträglichen Einführung, Änderung und Aufhebung zur Anwendung kommt.

a) Nachträgliche Einführung und Änderung

Vom OGH wird bei der nachträglichen Einführung und wesentlichen Änderung von Aufgriffsrechten die Notariatsaktspflicht bejaht.³⁶⁶ Eine notarielle Beurkundung gem § 87 NO reicht für den OGH zur Formwirksamkeit nicht aus. Von der herrschenden Lehre wird die Notariatsaktspflicht jedoch abgelehnt und die notarielle Beurkundung als ausreichend erachtet.³⁶⁷ Vorgebracht wird, dass § 76 Abs GmbHG von Vereinbarungen über künftige Anteilsabtretungen spricht und darunter nur Verträge, nicht aber auch Gesellschafterbeschlüsse zu verstehen sind. Gerade durch einen solchen Gesellschafterbeschluss wird aber die nachträgliche Einführung und Änderung bewirkt, weshalb die Notariatsaktspflicht schon allein vom Wortlaut des § 76 Abs 2 GmbHG nicht

³⁶⁶ OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95.

³⁶⁷ *Frizberg/Frizberg*, *ecolex* 1996, 753; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 76 Rz 21a; *Umlauft*, Das Formgebot für die Begründung eines Aufgriffsrechtes nach dem GmbHG, *GesRZ* 1996, 170; *Berger*, Vorsicht Falle: Änderung eines statutarischen Aufgriffsrechtes bedarf der Notariatsaktsform!, *RdW* 1996, 195. Auch das OLG Linz (6 R 34/97f = *RdW* 596) erachtet eine notarielle Beurkundung als ausreichend; aA *Lux*, Zur Regelung statutarisch verankerter Aufgriffsrechte durch Mehrheitsbeschluss bei der GmbH, *Wbl* 1995, 17 f.

anwendbar sei.³⁶⁸ Weiters wird auch auf die Formzwecke hingewiesen und vorgebracht, dass weder der Schutz vor börsenartigem Handel und vor übereiltem Erwerb noch die Klarstellungsfunktion die Einhaltung der Formpflicht bei der nachträglicher Einführung von Aufgriffsrechten in den Gesellschaftsvertrag rechtfertigt.³⁶⁹ Schließlich wird noch auf die Gesetzessystematik verwiesen, der zu entnehmen ist, dass sich die Notariatspflicht des § 76 Abs 2 GmbHG nur auf die Abtretung außerhalb des Gesellschaftsvertrags bezieht.³⁷⁰

Der Auffassung der herrschenden Lehre ist zu folgen. Dies vor allem, da die Notariatsaktspflicht angesichts des Formzwecks als nicht gerechtfertigt erscheint. Aufgriffsrechte bezwecken ja keinen spekulativen Umgang mit dem Geschäftsanteil, sondern schränken vielmehr die Übertragbarkeit des Anteils ein. Sie bergen daher nicht die Gefahr börsenmäßigen Handels. Zudem kann eine Immobilisierung bereits durch notarielle Beurkundung erreicht werden,³⁷¹ weshalb ein Notariatsakt nicht erforderlich ist. Folglich reicht meines Erachtens für die nachträgliche Einführung oder Änderung des Aufgriffsrechts die Beurkundung durch ein notarielles Protokoll, so wie für jede andere Abänderung des Gesellschaftsvertrages auch.

b) Aufhebung

Eine Entscheidung des OGH, die sich mit der Formpflicht der Aufhebung eines Aufgriffsrechts im Gesellschaftsvertrag befasst, gibt es bis dato nicht. Zwar wird in der Literatur zumeist die Aufhebung zusammen mit der Einführung und Änderung und mit dem Verweis auf eine Entscheidung des OGH vom 17.10.1995³⁷² behandelt, jedoch war Gegenstand dieser Entscheidung nur die Einführung und Änderung.³⁷³ So wie bei der Einführung und Änderung muss auch die Aufhebung einer Aufgriffsklausel nach ihrem Formzweck beurteilt werden. Die Notariatsaktspflicht ist vor allem in Hinblick auf den Schutz des Erwerbers zu verneinen, da es mangels Aufgriffsrechts (als Folge der Aufhebung) keinen schützenswerten Erwerber mehr gibt. So erachtet der OGH auch in Bezug auf die Bürgschaft eine aufhebende Vereinbarung, die nicht in Schriftform verfasst

³⁶⁸ Frizberg/Frizberg, *ecolex* 1996, 754f; Koppensteiner/Rüffler, *GmbHG*³ § 76 Rz 21a.

³⁶⁹ Siehe hierzu im Detail Frizberg/Frizberg, *ecolex* 1996, 754f; Umlauf, *GesRZ* 1996, 173.

³⁷⁰ Umlauf, *GesRZ* 1996, 172f; Frizberg/Frizberg, *ecolex* 1996, 755; Koppensteiner/Rüffler, *GmbHG*³ § 76 Rz 21a.

³⁷¹ So auch Umlauf, *GesRZ* 1996, 175.

³⁷² 1 Ob 510/95 = RdW 1996, 207.

³⁷³ Auch der OGH spricht in Folgeentscheidungen davon, dass in 1 Ob 510/95 auch eine Aussage über die Aufhebung gemacht wurde; vgl etwa OGH 20.05.1999 6 Ob 23/99x.

wird, als zulässig und mit dem Formzweck (Schutz des Bürgen) vereinbar.³⁷⁴ Schließlich rechtfertigt auch die Klarstellungsfunktion nicht den Notariatsakt, da es mangels Gesellschafterwechsels keiner Klarstellung, wer gerade Gesellschafter ist, bedarf. Somit reicht meines Erachtens auch bei der nachträglichen Aufhebung eines Aufgriffsrechts die Beurkundung durch ein notarielles Protokoll.

2. Zustimmungserfordernisse

Wie auch bei der Vinkulierung³⁷⁵ stellt sich beim Aufgriffsrecht die Frage, welche Beschlussmehrheiten einzuhalten sind, wenn das Aufgriffsrecht nachträglich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, geändert oder aufgehoben wird.

a) Nachträgliche Einführung

Die Problematik bei der nachträglichen Einführung von Aufgriffsrechten stellt sich gleich jener bei der nachträglichen Einführung von Vinkulierungsklauseln dar, da das Gesetz nicht ausdrücklich regelt, wie Aufgriffsrechte nachträglich in die Satzung aufzunehmen sind. § 50 Abs 1 GmbHG verlangt für die Abänderung des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich die Zustimmung von Dreiviertel der abgegebenen Stimmen. Jedoch ist fraglich, ob dieses Quorum auch für die Einführung von Aufgriffsrechten zutreffend ist. Der OGH hat dies bejaht und damit der von der Lehre geteilten Auffassung, dass es sich beim Aufgriffsrecht um ein Sonderrecht iSd § 50 Abs 4 handelt,³⁷⁶ welches die Zustimmung aller betroffener Gesellschafter verlangt, eine Absage erteilt. Für den OGH liegt in der Einräumung eines Aufgriffsrechts keine Verletzung eines einem einzelnen Gesellschafter vertragsmäßig zugestandenem Individualrechts. Auch eine ungleichmäßige Behandlung einzelner Gesellschafter gegenüber anderen liegt nicht vor, weshalb es keines einstimmigen Beschlusses der Gesellschafter zur Einführung einer Aufgriffsklausel bedarf.³⁷⁷

Einer näheren Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Einführung eines Aufgriffsrechts einen Eingriff in ein Sonderrecht darstellt, bedarf es jedoch heute nicht mehr, da durch das EU-GesRÄG 1996 der § 99 Abs 4 in das GmbHG eingeführt wurde. Diese Bestimmung sieht

³⁷⁴ OGH 27.08.1987, 6 Ob 563/86.

³⁷⁵ Siehe zur Vinkulierung oben II.K.3.

³⁷⁶ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 618; aA (ausdrücklich zur Vinkulierung) Koppenssteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 4.

³⁷⁷ OGH 20.05.1965, 5 Ob 103/65.

vor, dass für einen Verschmelzungsbeschluss die Zustimmung aller Gesellschafter notwendig ist, wenn die Geschäftsanteile der übertragenden Gesellschaft frei übertragbar sind, bei der übernehmenden oder neu gegründeten Gesellschaft jedoch die Übertragung von bestimmten Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig ist. Auch für die Spaltung ist gem § 10 Abs 3 SpaltG vorgesehen, dass die Zustimmung aller Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft notwendig ist, wenn in der übertragenden Gesellschaft die Anteile frei übertragbar sind, während in der neu errichteten Gesellschaft die Übertragung an bestimmte Voraussetzungen, insbesondere an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Aus den genannten Bestimmungen folgt die herrschende Lehre, dass die Zustimmung zur nachträglichen Einführung eines Aufgriffsrechts der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.³⁷⁸ So wie bei der Vinkulierung kann die Einführung des Aufgriffsrechts daher nur mit Zustimmung aller Gesellschafter erfolgen. § 99 Abs 4 GmbHG und § 10 Abs 3 SpaltG sprechen in diesem Zusammenhang zwar nicht wie § 76 Abs 2 GmbHG von „weiteren Voraussetzungen“ neben der Vinkulierung, sondern von „bestimmten Voraussetzungen“, jedoch wird dies wohl einen bloß sprachlichen, nicht aber einen inhaltlichen Unterschied darstellen. Dass der Gesetzgeber etwas anderes als § 76 GmbHG regeln wollte, ist nicht ersichtlich. So wird ganz allgemein davon gesprochen, dass bisher freie Geschäftsanteile durch die Verschmelzung einer Übertragungsbeschränkung unterworfen werden.³⁷⁹ Eine besondere Einschränkung, auf die man aufgrund der Formulierung „bestimmte Voraussetzungen“ schließen könnte, ist nicht ersichtlich. Es sind daher jegliche sonstigen gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen von dem erhöhten Zustimmungserfordernis erfasst.

b) Änderung und Aufhebung

Auch wenn ein schon im Gesellschaftsvertrag enthaltenes Aufgriffsrecht geändert oder wieder aufgehoben wird, ist fraglich, welches Quorum hierfür notwendig ist. Für die Satzungsänderung verlangt § 50 Abs 1 GmbHG die Mehrheit von Dreiviertel der abgegebenen Stimmen. Stellt die Änderung jedoch eine Verkürzung von Sonderrechten dar, kann dies gem § 50 Abs 4 GmbHG nur mit Zustimmung sämtlicher betroffener Gesellschafter beschlossen werden. Das Zustimmungsquorum ist demnach von der Qualifikation des Aufgriffsrechts abhängig. Ein Sonderrecht liegt insbesondere dann vor,

³⁷⁸ Tichy, RdW 1998, 59; *Schmidsberger* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 102 f.

³⁷⁹ Zur RV siehe *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung 295.

wenn einzelnen Gesellschaftern ein Recht gewährt wird, das anderen nicht zusteht.³⁸⁰ Räumt der Gesellschaftsvertrag demnach nur einzelnen Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht ein, spricht dies für die Qualifikation als Sonderrecht, das nur mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Satzungsänderung geändert oder aufgehoben werden kann.³⁸¹ Nach der herrschenden Lehre kann aber ein Sonderrecht auch dann vorliegen, wenn alle Gesellschafter gleichmäßig begünstigt werden.³⁸² Dieser Ansicht folgend, bedarf auch ein allen Gesellschaftern eingeräumtes Aufgriffsrecht zur Änderung oder Aufhebung der Zustimmung aller Gesellschafter.

Bei Aufgriffsrechten ist meines Erachtens vom Vorliegen eines Sonderrechts auch dann auszugehen, wenn es allen Gesellschaftern eingeräumt wurde, da das Aufgriffsrecht ein wichtiges Schutzinstrument darstellt. Dem jeweiligen Gesellschafter steht es frei von seinem Aufgriffsrecht Gebrauch zu machen und so den Gesellschafterkreis und/oder die Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft zu beeinflussen. In den meisten Gesellschaftsverträgen ist auch vorgesehen, dass bei Nichtausübung des Aufgriffsrechts, dieses den anderen Berechtigten anteilig zuwächst. Das Aufgriffsrecht muss daher nicht von allen Gesellschaftern gemeinsam ausgeübt werden und kann so auch als Individualrecht aufgefasst werden. Demnach sollte meines Erachtens bei Änderung oder Aufhebung eines Aufgriffsrechts die Zustimmung aller berechtigter Gesellschafter verlangt werden.³⁸³

³⁸⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 50 Rz 12.

³⁸¹ OGH 26.02.1998, 6 Ob 335/97a.

³⁸² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 50 Rz 12; *Nitsche*, Grenzen satzungsändernder Mehrheitsbeschlüsse im Recht der GmbH, in *Schönherr-GS* (1986) 220ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 428.

³⁸³ So auch im Ergebnis *Reichert*, Zulässigkeit der nachträglichen Einführung oder Aufhebung von Vinkulierungsklauseln in der Satzung, BB 1985, 1502.

C. Wirkung des Aufgriffsrechts

1. Allgemeines

So wie bei der Vinkulierung³⁸⁴ stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen die Missachtung von gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten nach sich zieht; ob ihnen relative oder absolute Wirkung zukommt. Bejaht man ihre relative Wirkung, so darf der Verpflichtete seinen Geschäftsanteil unter Missachtung der Übertragungsbeschränkung zwar nicht an einen Dritten übertragen, jedoch bleibt eine dennoch vorgenommene Übertragung wirksam und der Dritte wird Inhaber des Geschäftsanteils. Folgt man hingegen der Auffassung, dass das Aufgriffsrecht absolute Wirkung entfaltet, kann eine ohne Einhaltung des Aufgriffsrechts vorgenommene Übertragung nicht wirksam stattfinden und der Verpflichtete bleibt weiterhin Gesellschafter.

2. Begründung der absoluten Wirkung in Rechtsprechung und Lehre

Nach der Lehre und Rechtsprechung entfalten gesellschaftsvertragliche Aufgriffsklauseln so wie Vinkulierungsklauseln absolute Wirkung.³⁸⁵ Dieser Auffassung ist meines Erachtens zwar im Ergebnis, jedoch nicht in der Begründung zu folgen. Wie schon oben im Detail zum Vorkaufsrecht ausgeführt,³⁸⁶ verweist der OGH in diesem Zusammenhang auf die absolute Wirkung von Zessionsverboten. In der Lehre wurde die Entscheidung des OGH größtenteils übernommen, jedoch ohne sich mit der Begründung auseinanderzusetzen. Nur *Geist* kritisiert die vom OGH herangezogene Verweisung auf die Zessionsverbote, bejaht im Ergebnis jedoch auch die absolute Wirkung gesellschaftsvertraglicher Übertragungsbeschränkungen. Da ich mich schon im Zusammenhang mit dem Vorkaufsrecht mit der Argumentation des OGH auseinandergesetzt habe, kann an dieser Stelle darauf verwiesen und nur kurz eine abweichende Begründung zur absoluten Wirkung von Aufgriffsrechten dargelegt werden.³⁸⁷

³⁸⁴ Siehe dazu oben II.K.4.

³⁸⁵ OGH 22. 2. 2000, 1 Ob 8/00h; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 9; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 428; *Umfahrer*, Die GmbH⁶ Rz 732; *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 76 Rz 18.

³⁸⁶ Siehe oben IV.A.2.a.

³⁸⁷ Siehe oben IV.A.2.a.

3. Abweichende Begründung der absoluten Wirkung

Sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Lehre wird die absolute Wirkung von Vinkulierungsklauseln bejaht. Meines Erachtens besteht in diesem Zusammenhang kein Anlass, zwischen Vinkulierungs- und Aufgriffsklauseln zu unterscheiden, da der Zweck ja derselbe ist: Die Gesellschafter wollen sich die Kontrolle über den Gesellschafterkreis bzw die Gesellschaftsstruktur vorbehalten; bei der Vinkulierung mittels Zustimmungsrecht und beim Aufgriffsrecht mit der Möglichkeit der Übernahme des Geschäftsanteils. Auch die Formulierung des § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG („weiteren Voraussetzungen“) lässt nicht auf eine beabsichtigte Ungleichbehandlung schließen, vielmehr ist die Vinkulierung bloß beispielhaft genannt. Bejaht man daher die absolute Wirkung der Vinkulierung, muss man sich dieser Auffassung auch für das Aufgriffsrecht anschließen. Es kann daher die absolute Wirkung von Aufgriffsrechten mit dem Verweis auf den § 76 Abs 2 GmbHG und die absolute Wirkung der Vinkulierung begründet werden. Weiters kann die absolute Wirkung von Aufgriffsrechten auch mit dem Verweis auf § 1073 Satz 2 ABGB begründet werden. Wird nämlich die absolute Wirkung des Vorkaufsrechts an unbeweglichen Sachen mit der Eintragung in die öffentlichen Bücher begründet, trifft dies auch auf Aufgriffsrechten zu, die in die Satzung verankert werden. Denn die Satzung wird in die Urkundensammlung aufgenommen, womit derselbe Zweck – nämlich die Möglichkeit der Einsichtnahme – wie mit der Eintragung im Grundbuch gewährleistet wird.

4. Reichweite der absoluten Wirkung

Hinsichtlich der Reichweite der absoluten Wirkung ist der Auffassung des OGH in 1 Ob 8/00h zu folgen.³⁸⁸ Ein unter Missachtung des Aufgriffsrechts vorgenommener Verkauf eines GmbH-Anteils ist unwirksam und löst das Aufgriffsrecht aus. Nach Auslösung des Aufgriffsfalls kann niemand - gleichviel, ob als Gesellschaftsfremder oder Gesellschafter - rechtswirksam jenen Geschäftsanteil erwerben, auf den sich das Aufgriffsrecht bezieht. Erst wenn der Verzicht auf das Aufgriffsrecht oder dessen Nichtausübung feststeht, ist der veräußerungswillige Gesellschafter wieder berechtigt, über seinen Geschäftsanteil

³⁸⁸ OGH 22. 2. 2000, 1 Ob 8/00h. Der OGH unterscheidet in dieser Entscheidung zwar nicht zwischen Vorkaufs- und Aufgriffsrechten, sondern verwendet beide Begriffe ohne nähere Unterscheidung, jedoch ändert dies nichts an der vom OGH erörterten Reichweite der absoluten Wirkung.

wirksam zu verfügen. Bis dahin vermag die neuerliche Abtretung des mit einem Aufgriffsfalls belasteten Geschäftsanteils die Rechtsposition der Aufgriffsberechtigten wegen deren Absicherung durch die absoluten Wirkungen des gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechts nicht zu beeinträchtigen.“ Sobald das Aufgriffsrecht ausgelöst ist, also der Aufgriffsfall eingetreten ist, kann der Verpflichtete demnach nicht mehr wirksam über seinen Geschäftsanteil verfügen. Eine dennoch vorgenommene Übertragung an einen Dritten ist unwirksam. Dies gilt nach Auffassung der OGH auch für die nachträgliche Übertragung an eine Person, für die das Aufgriffsrecht ursprünglich nicht bestand. Ist im Gesellschaftsvertrag etwa vorgesehen, dass das Aufgriffsrecht nur zur Anwendung kommt, wenn eine Geschäftsanteilsübertragung an einen gesellschaftsfremden Dritten geplant ist (und nicht bei Übertragung an einen Gesellschafter), so kann nach Eintritt des Aufgriffsfalls der Verpflichtete auch nicht mehr auf einen Gesellschafter übertragen.³⁸⁹ Das Recht zur Anteilsübertragung entsteht erst dann wieder, wenn die Aufgriffsberechtigten auf ihre Ausübung verzichten oder wenn feststeht, dass sie von ihrem Recht keinen Gebrauch machen. Dies wird etwa der Fall sein, wenn eine bestimmte Frist zur Rechtsausübung vereinbart wurde und diese bereits abgelaufen ist. Erst dann kann der Veräußerungswillige wieder wirksam über seinen Geschäftsanteil verfügen.

³⁸⁹ Im Anlassfall bestand die Gefahr, dass die Übertragungsbeschränkung vereitelt wird, indem der Verpflichtete nur zwischenzeitig auf einen Gesellschafter, der nicht der Beschränkung unterlag, überträgt und dieser in Folge den Geschäftsanteil an den Dritten weitergibt. Siehe hierzu *Zehetner*, Entscheidungsanmerkung zu 1 Ob 8/00h, *ecolex* 2000, 586.

VI. AUSGEWÄHLTE AUFGRIFFSFÄLLE

A. Aufgriffsrecht im Konkursfall

1. Allgemeines

Das Aufgriffsrecht im Konkursfall zählt zu den schwierigsten Problembereichen im Zusammenhang mit dem Aufgriffsrecht, was man an der Fülle der Literatur erkennen kann. Allerdings sind trotz eingehender Auseinandersetzungen bislang noch viele Fragen ungeklärt.

Im Fall der Insolvenz eines Gesellschafters fällt sein Geschäftsanteil in die Konkursmasse.³⁹⁰ Dem Gemeinschuldner wird die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen weitgehend entzogen,³⁹¹ sodass er während des Konkurses nicht über die Konkursmasse verfügen kann. Alle Rechtshandlungen, die er vornimmt, haben keine Auswirkungen auf die Konkursmasse (§ 3 Abs 1 KO). Die Durchführung des Konkursverfahrens obliegt dem Masseverwalter, der die Konkursmasse in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und sie zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger zu verwenden hat (§ 1 Abs 2 KO). Der Masseverwalter ist dabei verpflichtet, den Geschäftsanteil bestmöglich zu verwerten.³⁹² Neben der Frage, was mit dem Aufgriffsrecht im Konkurs des Gesellschafters passiert, insbesondere ob der Masseverwalter daran gebunden ist, ist zu klären, ob der Masseverwalter denselben Formpflichten wie der insolvente Gesellschafter außerhalb des Konkurses unterliegt oder ob er davon befreit ist.

2. Zweck

Vereinbaren die Gesellschafter ein Aufgriffsrecht für den Fall der Veräußerung, ist ihr Ziel relativ klar. Sie wollen sich die Kontrolle über den Gesellschafterkreis sichern und gegebenenfalls verhindern, dass ein Dritter oder ein Mitgesellschafter den Geschäftsanteil

³⁹⁰ OGH 18.12.2002, 3 Ob 238/02z.

³⁹¹ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht² (2004) Rz 156.

³⁹² *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997) §§ 81, 81a Rz 17.

erwirbt. Im Fall der Insolvenz eines Gesellschafters wird die Gefahr des Eindringens eines unerwünschten Dritten oder eine Machtverschiebung innerhalb der Gesellschaft aber genauso verwirklicht. Da der Masseverwalter an einer bestmöglichen Verwertung des Geschäftsanteils interessiert ist, wird der Meistbietende den Geschäftsanteil erlangen. Wollen die Gesellschafter verhindern, dass auf diese Weise der Gesellschafterkreis geändert wird, werden sie daher das Aufgriffsrecht auch für den Konkursfall vereinbaren.

3. Formpflicht des Masseverwalters

Wie schon ausgeführt, bedarf die wirksame Übertragung von GmbH-Anteilen unter Lebenden des Notariatsakts, dessen Missachtung grundsätzlich die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nach sich zieht.³⁹³ Im Insolvenzverfahren stellt sich jedoch die Frage, ob dies auch für den Masseverwalter gilt.

Bei Beantwortung dieser Frage muss zunächst § 117 KO beachtet werden, wonach *„die Veräußerung oder Verpachtung eines Unternehmens des Gemeinschuldners oder seines Anteils an einem Unternehmen iSd § 228 Abs 1 und 2 UGB der Genehmigung des Gläubigerausschusses und des Konkursgerichts ohne Rücksicht auf den Wert des Gegenstands bedarf.“* Unter dem Begriff „Anteil“ wird eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Gemeinschuldners und damit auch die Beteiligung eines Gesellschafters an einer GmbH verstanden.³⁹⁴ Gem § 228 Abs 1 UGB sind *Beteiligungen Anteile an anderen Unternehmen, die bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesen Unternehmen zu dienen.* Als Beteiligungen gelten im Zweifel Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die insgesamt den fünften Teil des Nennkapitals dieser Gesellschaft erreichen. Dies bedeutet, dass nur solche Geschäftsanteile der Genehmigungspflicht nach § 117 KO unterliegen, die die Voraussetzungen des § 228 Abs 1 UGB erfüllen. Andere Beteiligungen bedürfen somit keiner Genehmigung des Konkursgerichts und des Gläubigerausschusses. Soweit die Genehmigungspflicht nach § 117 KO klar erscheint, stellt sich im Zusammenhang mit dieser Bestimmung die Frage, welche Auswirkungen sie auf die Formpflicht bei der Übertragung des Geschäftsanteils durch den Masseverwalter hat. Es stehen sich hierbei nämlich zwei Bestimmungen gegenüber: § 76 GmbHG verlangt einerseits, dass bei der Übertragung von Geschäftsanteilen der Notariatsakt

³⁹³ Siehe allgemein zur Formpflicht schon oben II.F. und V.A.

³⁹⁴ *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) §117 Rz 17.

eingehalten wird, andererseits sieht § 117 KO vor, dass die Veräußerung des Geschäftsanteils der vorherigen Genehmigung des Konkursgerichts und des Gläubigerausschusses bedarf. Bedeutet dies, dass bei der Anteilsveräußerung durch den Masseverwalter beide Bestimmungen anzuwenden sind oder macht die Genehmigung gem § 117 KO die Anwendung der Notariatsaktspflicht entbehrlich? Fraglich ist zudem, ob es im Konkurs überhaupt noch einer Notariatsaktspflicht bedarf oder ob dies angesichts des Formzwecks nicht mehr nötig ist.

Die Lehre hat sich mit der Frage der Formbedürftigkeit der Anteilsveräußerung im Konkurs bisher nur wenig auseinandergesetzt. Vor allem die wichtige Frage nach dem Verhältnis von § 117 KO zu § 76 GmbHG hat bisher kaum Beachtung gefunden. *Gellis/Feil* führen zwar an, dass die Veräußerung des Geschäftsanteils durch den Masseverwalter nicht der Notariatsaktsform bedarf, da auf die Veräußerung § 117 KO Anwendung finde³⁹⁵ und auch *Koppensteiner/Rüffler* sprechen sich für den Entfall des Formgebots bei Verwertung durch den Masseverwalter aus, jedoch dies jeweils ohne Bezug auf die Unterscheidung zwischen genehmigungspflichtigen und nicht genehmigungspflichtigen Verwertungen zu nehmen. Die Frage, wie mit jenen Veräußerungen zu verfahren ist, die nicht nach § 117 KO genehmigungspflichtig sind, wurde von beiden Lehrmeinungen offen gelassen. Für *Enzinger* ist weder bei genehmigungspflichtigen noch bei der genehmigungsfreien Verwertungen ein Notariatsakt erforderlich.³⁹⁶ Für ihn stellt die Immobilisierung der Geschäftsanteile keinen aner kennenswerten Zweck bei der Verwertung durch den Masseverwalter dar. Bei der Verwertung durch den Masseverwalter geht es seiner Ansicht nach nicht darum, den börsenmäßigen Handel von Geschäftsanteilen zu unterbinden, sondern vielmehr darum, eine effiziente Verwertung zugunsten der Gläubiger zu erwirken. In der Rechtsprechung wurde die Frage nach der Formpflicht im Konkurs bisher nicht abschließend geklärt. So führt der OGH in einer Entscheidung vom 28.03.2007 aus, dass in den Fällen, in denen eine nach § 117 KO genehmigungsfreie Verwertung durch den Masseverwalter vorliegt, ein Notariatsakt erforderlich ist und begründet dies mit dem Immobilisierungszweck des Notariatsakts, mit dem die Zirkulationsfähigkeit und Negoziabilität des Geschäftsanteils unterbunden werden soll.³⁹⁷ Liegt daher eine genehmigungsfreie Veräußerung gem § 117 KO vor, so bedarf es für den OGH eines Notariatsakts um den Zweck - die Erschwerung der freien Handelbarkeit von Geschäftsanteilen - zu erfüllen. Eine bloß konkursgerichtliche

³⁹⁵ *Gellis/Feil*, GmbHG⁶ § 76 Rz 22; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 21.

³⁹⁶ *Enzinger*, Entscheidungsanmerkung zu 6 Ob 112/06y, GesRZ 2007, 263.

³⁹⁷ OGH 28.03.2007, 6 Ob 112/06y.

Genehmigung reicht in diesem Fall für den OGH nicht aus, da der Masseverwalter die Genehmigung nicht einholen muss und ihre Erteilung für die Wirksamkeit des Geschäfts im Außenverhältnis nicht notwendig ist. In den Fällen der genehmigungsfreien Verwertung durch den Masseverwalter ist somit nach Ansicht des OGH ein Notariatsakt jedenfalls erforderlich. Ungeklärt ließ die Rechtsprechung bisher aber, ob die Übertragung des Geschäftsanteils auch dann der Notariatsaktpflicht unterliegt, wenn die Veräußerung einen Fall des § 117 KO bildet.³⁹⁸

Meines Erachtens ist den Ausführungen *Enzingers* zu folgen. Der Gesetzgeber bezweckte mit der Formpflicht die Immobilisierung der Geschäftsanteile, da deren Übertragung nicht so einfach wie jene von Aktien sein sollte. Im Falle der Verwertung durch den Masseverwalter soll der Geschäftsanteil aber gerade übertragen werden, um die Konkursgläubiger zu befriedigen. Ist die Verwertung des Geschäftsanteils Ziel und Zweck des Konkursverfahrens und bezweckt die Notariatsaktpflicht hingegen eine Erschwerung der Übertragbarkeit, so steht dies im Widerspruch. Da aber der Gesetzgeber bei der Einführung der Formpflicht den Fall der Veräußerung und nicht jenen des Konkurses bedachte, sollte dem Zweck der Verwertung, nämlich der Gläubigerbefriedigung, Vorrang gegeben werden. Im Fall der genehmigungsfreien Verwertung bedarf es daher keines Notariatsakts. Nur wenn eine genehmigungspflichtige Verwertung gem § 117 KO vorliegt, muss die Genehmigung des Konkursgerichts und des Gläubigerausschusses eingeholt werden.

4. Das Aufgriffsrecht im Konkurs

a) Wirksamkeit des Aufgriffsrechts

Sieht ein Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht vor, ist fraglich, ob der Masseverwalter an ein solches gebunden ist. Dabei besteht nämlich die Gefahr, dass das Aufgriffsrecht den Verwertungserlös mindert. Dies ist etwa denkbar, wenn im Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht zu einem niedrigen Preis vorgesehen ist. Soweit dies außerhalb des Konkurses als zulässig erscheint, ist die Anwendung im Konkursfall jedoch problematisch. Auf den ersten Blick stehen sich hier nämlich die Interessen der Gläubiger einerseits und die Interessen der restlichen Gesellschafter andererseits gegenüber: Auf der einen Seite soll der

³⁹⁸ Im Anlassfall ergab sich die Unwirksamkeit aus dem Nichtvorliegen der Genehmigung des Gläubigerausschusses.

Masseverwalter den Anteil möglichst ertragreich verwerten, dies entspricht auf jedem Fall dem Interesse der Gläubiger. Ihnen kommt es darauf an, sich aus dem Verwertungserlös zu befriedigen. Wer an die Stelle des Schuldners tritt, ist für sie nicht von Bedeutung. Sie werden demnach ein Interesse daran haben, dass das Aufgriffsrecht im Konkurs keine Anwendung findet. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der Aufgriffsberechtigten. Diese werden naturgemäß Interesse an der Wirksamkeit des Aufgriffsrechts auch im Konkursfall haben. So wie bei einer bloßen Anteilsveräußerung eines Gesellschafters möchten sie sich auch im Konkursfall ihren Einfluss auf die Person des Erwerbers sichern. Während das Aufgriffsrecht außerhalb des Konkurses aber jedenfalls zulässig ist, ist die Zulässigkeit im Konkurs fraglich. Grundsätzlich steht es den Gesellschaftern aufgrund der Vertragsfreiheit frei, das Aufgriffsrecht selbst zu gestalten und für die unterschiedlichsten auslösenden Momente zu vereinbaren. Eine ausdrückliche konkursrechtliche Bestimmung, wie mit Aufgriffsrechten im Konkurs zu verfahren ist, besteht nicht. Auf den ersten Blick spricht somit nichts gegen die Zulässigkeit des Aufgriffsrechts für den Konkursfall. Von Lehre und Rechtsprechung wird die Wirksamkeit des Aufgriffsrechts aber nur zum Teil bejaht.

Fest steht zunächst, dass der insolvente Gesellschafter selbst nicht mehr über seinen Anteil verfügen darf, da er im Konkursverfahren nicht über das der Exekution unterliegende Vermögen verfügen darf. Er kann daher durch den Gesellschaftsvertrag nicht dazu verpflichtet werden, im Konkursfall den übrigen Gesellschaftern seinen Anteil zu übertragen oder ihnen zur Übernahme anzubieten.³⁹⁹ Fraglich ist somit, ob der Masseverwalter anstelle des Gesellschafters an die Satzungsbestimmung gebunden ist oder ob das Aufgriffsrecht im Konkursfall unwirksam ist. Diese Fragen werden in der Lehre unterschiedlich beantwortet. *Nitsche* spricht sich gegen die Konkursfestigkeit von Übertragungsgeboten aus.⁴⁰⁰ Für ihn ergibt sich dies aus der Qualifikation des Übertragungsgebots als Antrag iSd § 26 KO. Bis zum Zugang der Annahmeerklärung der Gesellschafter in notarieller Form liegt für *Nitsche* bloß eine einseitige Willenserklärung vor, die keine Verpflichtung zur Leistung erzeugt. Der Masseverwalter ist gem § 26 KO an derartige Anträge, soweit sie vor Konkurseröffnung noch nicht angenommen wurden, daher nicht gebunden. Der Antrag erlischt ipso iure mit Eintritt der Wirkungen der Konkurseröffnung. Da § 26 KO zwingendes Recht darstellt, sind Vereinbarungen, die den Masseverwalter an Anträge des insolventen Gesellschafters binden,

³⁹⁹ OGH 20.02.1980, 6 Ob 21/79.

⁴⁰⁰ *Nitsche*, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in Jelinek-FS (2002) 194.

unwirksam. Für *Nitsche* bleibt die Rechtslage auch bei Aufgriffsrechten gleich.⁴⁰¹ Ob gesellschaftsvertraglich ein Recht zum Erwerb oder eine Pflicht zur Veräußerung vereinbart wird, ist für ihn bedeutungslos. Auch eine Aufgriffsklausel stellt für ihn somit eine unwirksame Immunisierung dar. *Höller* hat sich dieser Meinung angeschlossen, jedoch erlischt für ihn der Antrag nicht ipso iure, sondern führt bloß dazu, dass der Masseverwalter nicht daran gebunden ist.⁴⁰² Dem Masseverwalter steht es nach *Höller* daher frei, die Verkaufs- und Anbietungspflicht dennoch zu erfüllen. Für *Reich-Rohrwig* erzeugt eine Übertragungs- oder Anbietungspflicht nur eine persönliche Verbindlichkeit und kann deswegen nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mehr erfüllt werden. Übertragungs- oder Anbietungspflicht zugunsten der übrigen Gesellschafter im Konkursverfahren über das Vermögen eines Gesellschafters gegenüber dem Masseverwalter sind für ihn unwirksam.⁴⁰³ Gegen diese Auffassung richten sich *Koppensteiner/Rüffler*. Für sie wird die Gesellschafterstellung durch ein im Gesellschaftsvertrag festgelegtes Bündel von Rechten und Pflichten konstituiert, welches nicht isoliert voneinander betrachtet werden kann. Eine Abtrennung der Übertragungspflicht im Insolvenzfall ist nach *Koppensteiner/Rüffler* nicht möglich und kann demnach nicht § 26 Abs 3 KO unterstellt werden. Weiters führt *Rüffler* aus, dass der Geschäftsanteil als ein der Zwangsvollstreckung unterstehendes Vermögensobjekt erst durch die Satzung und in deren Ausgestaltung entsteht und der Geschäftsanteil nur mit dem Aufgriffsrecht belastet in die Konkursmasse fällt.⁴⁰⁴ Zudem stellt *Rüffler* einen Vergleich mit dem Personengesellschaftsrecht an, bei dem Vereinbarungen, wonach bei Konkurs eines Gesellschafters der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden kann (und die Gesellschaft nicht aufgelöst wird), zulässig sind. Auch eine solche Vereinbarung könnte man als ein Angebot des ausscheidenden Gesellschafters deuten. Für den Gesetzgeber ist sie wirksam, was *Rüffler* für die Zulässigkeit des Aufgriffsrechts im Konkursfall heranzieht.⁴⁰⁵

Die Rechtsprechung hat sich bisher kaum mit der Wirksamkeit von Aufgriffsrechten im Konkursfall des Gesellschafters beschäftigt. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1980 hat der OGH entschieden, dass eine Erschwerung der Übertragung des Geschäftsanteils, die im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist (in diesem Fall war es eine Pflicht des Gesellschafters,

⁴⁰¹ *Nitsche*, in Jelinek-FS 195.

⁴⁰² *Höller*, ZIK 2004, 155.

⁴⁰³ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 619.

⁴⁰⁴ *Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten eines GmbH-Gesellschafter, wbl 2008, 356 f.

⁴⁰⁵ *Rüffler*, wbl 2008, 357.

seinen Geschäftsanteil im Konkurs den übrigen Gesellschaftern zur Übernahme anzubieten), nicht für die Verwertung durch den Konkursmasseverwalter gilt, da es eine Immunisierung des Geschäftsanteils gegen den Zugriff der Gläubiger nicht gibt.⁴⁰⁶ Jedoch nahm der OGH in einer weiteren Entscheidung diese Ausführung mit der Bemerkung zurück, dass die betreffenden Rechtsausführungen vom Gericht zweiter Instanz stammten und vom OGH nur unter anderen Gesichtspunkten geprüft wurden. Anstatt sich aber nun mit dem Problem der Wirksamkeit von Aufgriffsrechten im Konkursfall auseinanderzusetzen und endgültig Klarheit über ihre Wirksamkeit oder Unwirksamkeit zu schaffen, ließ der OGH diese Frage offen. Und auch in weiteren Entscheidungen zog es der OGH vor, sich nicht mit der Problematik auseinanderzusetzen. So hat der OGH auch in seiner letzten Entscheidung den Anlassfall über die Sittenwidrigkeit der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Entgeltsbestimmung entschieden, wobei er die Frage nach der Zulässigkeit von Aufgriffsrechten für den Konkursfall offen gelassen hat.⁴⁰⁷ Allerdings ist aus der Entscheidung eine Wertung des OGH, die für die Zulässigkeit spricht, zu entnehmen. So führt der OGH aus, dass eine Regelung im Gesellschaftsvertrag einer GmbH dann 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 beschränkt. Da im Anlassfall kein solcher vergleichbarer Fall vorlag, war die Klausel wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Folgt man aber dem Telos dieser Entscheidung, so hätte der OGH bei Vorliegen eines vergleichbaren Falles konsequenterweise die Wirksamkeit der Gesellschaftsklausel bejahen und das Aufgriffsrecht für den Konkursfall zulassen müssen.⁴⁰⁸

Meines Erachtens ist von der Wirksamkeit von Aufgriffsrechten im Konkursfall auszugehen, da kein Grund ersichtlich ist, warum Klauseln, die nicht gläubigerbenachteiligend sind, unwirksam sein sollten. Durch Aufgriffsrechte für den Konkursfall werden die Gläubigerinteressen ja nicht unbedingt beeinträchtigt, da die Gegenleistung in die Masse fällt und somit den Gläubigern zukommt. Liegt keine Gläubigerbeeinträchtigung vor, ist aber auch kein Gläubigerschutz notwendig. Dem Aufgriffsrecht für den Konkursfall grundsätzlich eine Gläubigerbeeinträchtigung zuzusprechen, geht meiner Ansicht nach zu weit. Dies schließt eine allfällige Nichtigkeit natürlich nicht aus, vielmehr kann sich die Unwirksamkeit (aufgrund von Sittenwidrigkeit) aufgrund der Höhe des Abfindungspreises

⁴⁰⁶ OGH 20.02.1980, 6 Ob 21/79 = NZ 1981, 8.

⁴⁰⁷ OGH 16.03.2007, 6 Ob 142/05h.

⁴⁰⁸ So auch *Rüffler*, wbl 2008, 358.

ergeben, so wie es der OGH auch für Buchwertklauseln bejaht. Zudem spricht für die Zulässigkeit von Aufgriffsrechten für den Konkursfall, dass es den Gesellschaftern im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit freisteht, den Aufgriffsfall selbst zu definieren. Durch die Möglichkeit, die Übertragung von Geschäftsanteilen an weitere Voraussetzungen zu binden, soll den Gesellschaftern ermöglicht werden, sich die Kontrolle über den Gesellschafterkreis zu sichern. Vereinbaren die Gesellschafter ein Aufgriffsrecht, behalten sie sich damit vor, zu einem späteren Zeitpunkt den Eintritt von unerwünschten Dritten oder eine Machtverschiebung innerhalb der Gesellschaft zu verhindern. Diese Möglichkeit der Einflussnahme ist für die Gesellschafter für jeden Fall des Geschäftsanteilsübergangs von Bedeutung, egal ob ausgelöst durch den Anteilsverkauf eines Gesellschafter oder durch die Verwertung durch den Masseverwalter im Konkursverfahren. In jedem Fall möchten sie sich die Möglichkeit des Erwerbs des freiwerdenden Anteils sichern. Meines Erachtens gibt es keinen Grund, die Vertragsfreiheit einzuschränken und Aufgriffsrechte für den Konkursfall schlichtweg zu verbieten. Gegebenenfalls kann sich aber die Sittenwidrigkeit als Schranke der Vertragsfreiheit darstellen. Nur in diesem Fall wäre meiner Ansicht nach die Wirksamkeit einer Aufgriffsklausel zu verneinen.

b) Anwendung des § 76 Abs 4 GmbHG

Nicht nur die Wirksamkeit des Aufgriffsrechts, sondern auch jene der Vinkulierung im Konkurs ist problematisch. Die Literatur zu dieser Thematik ist gespalten. Während bislang die Wirksamkeit von Vinkulierungsklauseln im Gesellschafterkonkurs überwiegend verneint wurde,⁴⁰⁹ geht die herrschende Lehre heute von deren Wirksamkeit aus. Zunächst hat sich *Höller* gegen die Unwirksamkeit ausgesprochen.⁴¹⁰ Er kritisiert, dass die österreichische Lehre davon ausgeht, dass Vinkulierungsklauseln die Verwertungsmöglichkeiten des Masseverwalters verschlechtern und dabei übersieht, dass in Österreich Sonderbestimmungen für die zwangsweise Verwertung von vinkulierten Geschäftsanteilen bestehen (§ 76 Abs 4 GmbHG).⁴¹¹ Diese sollten nach *Höller* auch im Konkursverfahren angewendet werden. Gem § 76 Abs 4 GmbHG hat das Gericht den Wert des Anteils zunächst schätzen zu lassen und die Gesellschaft sowie die Pfandgläubiger von der Exekutionsbewilligung zu verständigen. Wird der Anteil nicht binnen vierzehn Tagen von einem von der Gesellschaft zugelassenen Käufer gegen Bezahlung des Schätzwerts

⁴⁰⁹ So noch in der Voraufgabe *Koppensteiner*, GmbHG² (1999) § 76 Rz 8 (mwN).

⁴¹⁰ *Höller*, ZIK 2004, 154.

⁴¹¹ Siehe zu § 76 Abs 4 GmbHG schon oben II.H.

übernommen, ist der Anteil nach den Bestimmungen der Exekutionsordnung – ohne dass es einer Zustimmung der Gesellschaft bedarf – zu verkaufen. Für *Höller* zeigt sich darin die Wertung des Gesetzgebers, dass eine Vinkulierungsklausel nicht schlechthin gläubigerschädigend ist, vielmehr werden durch das Verfahren nach § 76 Abs 4 GmbHG sowohl die Interessen der berechtigten Gesellschafter, auf die Person des übernehmenden Gesellschafters Einfluss zu nehmen, als auch die wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger berücksichtigt. Die Wirkungen der Vinkulierung werden zwar eingeschränkt, aber nicht ganz beseitigt, daher sei diese Bestimmung auch im Konkursfall des Gesellschafters anzuwenden.⁴¹² Dieser Auffassung sind *Schmidsberger*, *Hager-Rosenkranz* und *Koppensteiner/Rüffler* gefolgt.⁴¹³ Eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Vinkulierungsklauseln im Konkurs besteht nicht, die Literatur beruft sich zum Teil auf eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1980,⁴¹⁴ jedoch beschäftigt sich die genannte Entscheidung nicht mit Vinkulierungsklauseln im Konkurs, sondern mit der Wirksamkeit von Anbietungspflichten.

Wird somit die Wirksamkeit von Vinkulierungsklauseln im Konkurs mit dem Verweis auf § 76 Abs 4 bejaht, ist fraglich, ob diese Bestimmung auch auf Aufgriffsklauseln angewendet werden kann. Zunächst fällt auf, dass in § 76 Abs 2 GmbHG von der Vinkulierung und von weiteren Voraussetzungen, in § 76 Abs 4 GmbHG aber nur von vinkulierten Geschäftsanteilen die Rede ist. Es stellt sich somit die Frage, ob dies vom Gesetzgeber beabsichtigt war oder ob es sich um ein Versehen handelt und § 76 Abs 4 GmbHG auch bei allen „weiteren Voraussetzungen“ Anwendung findet. Den Materialien ist zu entnehmen, dass entgegen dem strengen Wortlaut das Verfahren nach § 76 Abs 4 GmbHG auch auf die „weiteren Voraussetzungen“ iSd § 76 Abs 2 GmbHG anzuwenden ist: *“Wird von den Gläubigern eines Gesellschafters in dessen Geschäftsanteil Zwangsvollstreckung geführt, so können sich, falls im Gesellschaftsvertrag die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft oder an sonstige Voraussetzungen geknüpft ist, Schwierigkeiten ergeben, für die das Gesetz Vorsorge zu treffen haben wird...Der Entwurf räumt daher der Gesellschaft die Möglichkeit ein, sich mit dem betreibenden Gläubiger und dem Verpflichteten über den Übernahmepreis zu einigen und innerhalb einer ausreichenden Frist nach Bewilligung des Verkaufes für die Übernahme des Geschäftsanteiles durch einen ihr genehmen Käufer zu*

⁴¹² *Höller*, ZIK 2004, 154.

⁴¹³ *Schmidsberger* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 119; *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 257; *Koppensteiner Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 8.

⁴¹⁴ OGH 20.02.1980, 6 Ob 21/79 = NZ 1981, 8.

sorgen. Erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist soll zu Zwangsversteigerung, ohne weitere Rücksicht auf eine Zustimmung der Gesellschaft, geschritten werden.“⁴¹⁵ Dem historischen Gesetzgeber kam es – wie den Materialien entnommen werden kann – daher bei der Gestaltung des § 76 Abs 4 GmbHG nicht darauf an das Verfahren bei der Exekution nur auf die Vinkulierung einzuschränken. Fraglich ist allerdings, inwiefern § 76 Abs 4 GmbHG in Bezug auf Aufgriffsrechte Anwendung finden kann. Vom Zweck des § 76 Abs 4 GmbHG her ist dessen Anwendung auf Aufgriffsrechte jedenfalls zu bejahen, da es im Rahmen des Konkursverfahrens zum Erwerb des Gesellschaftsanteils durch eine unerwünschte Person kommen und sich so jene Gefahr verwirklicht kann, vor der das Aufgriffsrecht schützen soll. Das ist beim Aufgriffsrecht genauso wie bei der Vinkulierung. Um diese Situation zu verhindern, gestattet es § 76 Abs 4 GmbHG, dass die Gesellschaft innerhalb von vierzehn Tagen einen Erwerber namhaft macht. Wie ist diese Regelung aber auf Aufgriffsrechte anzuwenden, wenn nach dem Wortlaut der Bestimmung die Gesellschaft zu verständigen ist und in Folge das Recht zur Namhaftmachung hat? Die Situation stellt sich hier genauso wie beim Nominierungsrecht der Gesellschaft nach § 77 GmbHG dar.⁴¹⁶ Für diese Regelung bringt – im Zusammenhang mit der Vinkulierung – *Reich-Rohrwig* hervor, dass die Gesellschafter im Rahmen der Namhaftmachung ein Bezugsrecht haben sollen.⁴¹⁷ Für ihn ergibt sich das Bezugsrecht aus dem Sinn der Vinkulierung, mit der der Neueintritt von Gesellschaftern verhindert werden soll. Dieser Gesellschafterwille ist nach *Reich-Rohrwig* auch im Rahmen des Nominierungsrechts zu beachten. Diese Überlegungen treffen auf das Aufgriffsrecht genauso, wenn nicht noch mehr, zu. Wird nämlich ein Aufgriffsrecht vorgesehen, liegt der Zweck darin, einer bestimmten Person ein Vorrecht auf einen freiwerdenden Anteil einzuräumen. Der Gesellschafterwille richtet sich aber nicht nur auf Verweigerung, sondern auf Übernahme des Anteils. Dieser Gesellschafterwille sollte daher ebenso wie bei der Übertragung auch im Rahmen des Nominierungsrechts Berücksichtigung finden. Durch die Berücksichtigung des Aufgriffsrechts kommt es auch nicht zu einer Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, da vom Aufgriffsberechtigten so wie von einem anderen von der Gesellschaft namhaft gemachten Erwerber eine Abfindung gezahlt wird. Wird die Gesellschaft dazu berechtigt eine Person zu ernennen und findet sich im Gesellschaftsvertrag aber schon ein Aufgriffsrecht, also eine Regelung, die ein Vorrecht zum Erwerb vorsieht, sollte dies meiner Ansicht nach berücksichtigt werden.

⁴¹⁵ EBRV 236 Beil StenProtHH, XVII Session 1904, 85.

⁴¹⁶ Zum § 77 GmbHG siehe VIII.

⁴¹⁷ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 758.

Da den Materialien zum § 76 Abs 4 GmbHG somit eine Einschränkung auf Zustimmungsrechte nicht zu entnehmen ist, sollte der § 76 Abs 4 GmbHG auch auf Aufgriffsrechte Anwendung finden. Wird nun von der Lehre die Zulässigkeit der Vinkulierung im Konkurs mit dieser Bestimmung bejaht, müsste man konsequenterweise das Aufgriffsrecht im Konkursfall auch mit Verweis auf diese Bestimmung bejahen. Aber selbst bei Ablehnung der Anwendung des § 76 Abs 4 GmbHG auf Aufgriffsrechte sollte die Wertung dieser Bestimmung berücksichtigt werden, da dieser zu entnehmen ist, dass gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen im Konkursfall nicht schlechthin gläubigerschädigend sind. Vielmehr versucht § 76 Abs 4 GmbHG einen Ausgleich zwischen den Interessen der Gesellschafter und jener der Gläubiger. Auch dies spricht für die Wirksamkeit von Aufgriffsklauseln im Konkursfall.

c) Aufgriffspreis

Wie schon ausgeführt hat der OGH in 6 Ob 142/05h die Frage der Zulässigkeit und Wirksamkeit von Aufgriffsrechten offen gelassen und den Anlassfall über die Sittenwidrigkeit von gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln gelöst.⁴¹⁸ Dabei führte der OGH aus, dass nach in Deutschland und Österreich herrschender Auffassung eine Regelung im Gesellschaftsvertrag 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 beschränkt. Was ein solcher vergleichbarer Fall ist, sagt der OGH jedoch nicht, sondern führt vielmehr nur aus, dass ein Übernahmerecht zum Buchwert im Kündigungsfall mit dem Konkursfall nicht vergleichbar ist, da der Gesellschafter nicht kündigen muss, um aus der Gesellschaft auszuscheiden, sondern seinen Geschäftsanteil veräußern und so den vollen Wert seines Geschäftsanteils realisieren kann. Der Kündigungsfall stellt demnach keinen vergleichbaren Fall dar.

Die Entscheidung hat in der Lehre zu heftiger Kritik geführt, da nicht nur erneut die Frage nach der Konkursfestigkeit von Aufgriffsrechten offen gelassen wurde, sondern auch nicht geklärt wurde, welche Aufgriffsfälle mit dem Konkursfall vergleichbar sind, und so eine

⁴¹⁸ Siehe dazu auch ZIK 2007, 130 = ecolex 2007/225 = RdW 2007, 473 = GesRZ 2007, 258.

Gläubigerbenachteiligung wegen Sittenwidrigkeit ausschließen können.⁴¹⁹ Tatsächlich ist weiterhin unklar, welcher Fall mit dem Konkurs vergleichbar ist. Ausschlaggebend scheint für den OGH zu sein, dass es sich um einen Fall handelt, in dem der Gesellschafter nicht mehr die Wahl hat, seinen Anteil zum vollen Wert zu veräußern. Zu denken ist etwa an den Ausschluss.⁴²⁰ So liegt für den BGH keine Gläubigerbeeinträchtigung vor, wenn die Buchwertklausel neben dem Insolvenzfall auch für den Fall des Ausschlusses aus wichtigem Grund vereinbart wurde.⁴²¹ Dem Gedanken des OGH in 6 Ob 142/05h folgend, müsste dasselbe in Österreich gelten, denn auch im Fall des Ausschlusses kann der Gesellschafter nicht mehr über seinen Anteil frei verfügen und zum vollen Wert veräußern. Sieht der Gesellschaftsvertrag eine Abfindung zum Buchwert daher nicht nur für den Konkursfall, sondern auch für den Fall des Ausschlusses vor, sollte dies die Sittenwidrigkeit verhindern.⁴²²

5. Vertragsgestaltung

Da bisher – aufgrund der nicht abschließenden Rechtsprechung des OGH - keine Klarheit in Bezug auf die Wirksamkeit von Aufgriffsrechten für den Konkursfall besteht, bleibt die Möglichkeit, der drohender Unwirksamkeit durch Vertragsgestaltungen zu entgehen. Hierbei kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht.

a) Aufschiebend bedingte Abtretung

In Frage kommt zunächst die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung einer aufschiebend bedingten Abtretung des Geschäftsanteils für den Konkursfall eines Gesellschafters. Um die Abtretung konkursfest zu machen, muss für den Bedingungseintritt ein Zeitpunkt vor Eintritt der Wirkungen der Konkurseröffnung bestimmt werden. In Frage kommt etwa der Antrag auf Konkurseröffnung. Diese Konstruktion birgt jedoch einige Nachteile. So handelt es sich bei einer solchen Vorausabtretung um kein Aufgriffsrecht, da der Geschäftsanteil mit Eintritt der Bedingung den Gesellschaftern automatisch zufällt. Anders als bei einem Aufgriffsrecht

⁴¹⁹ Für Rüffler, wbl 2008, 359, für den der Ansatz des OGH zutreffend ist, dass eine Sittenwidrigkeit dann ausscheidet, wenn vergleichbare Ausscheidungs- bzw. Aufgriffsfälle gleich behandelt werden, da sich dann der Zweck einer Klausel nicht als gezielte Gläubigerbenachteiligung deuten lässt.

⁴²⁰ So Wenger, Entscheidungsanmerkung zu 6 Ob 142/05h, RWZ 2007, 135.

⁴²¹ BGHZ 65, 22; BGHZ 144, 365; Westermann in Scholz, GmbHG¹⁰ (2006) § 34 Rz 30; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 1485 (jeweils mwN).

⁴²² So auch Rüffler, wbl 2008, 360, der sich auch für die Gleichbehandlung der Kündigung ausspricht.

haben die Gesellschafter keine Wahlmöglichkeit mehr. Fällt der Anteil automatisch zu, haben die Gesellschafter den vereinbarten Kaufpreis zu leisten. Dies kann wiederum mit einem erheblichen Finanzierungsaufwand verbunden sein, der für die Gesellschafter zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht voraussehbar war.⁴²³ Dh die Gesellschafter müssten bei ihrer Finanzplanung immer einen allfälligen Gesellschafterkonkurs bedenken. Um diesem Problem vorzubeugen schlägt *Höller* vor, den Gesellschaftern im Zusammenhang mit der Vorausabtretung ein zeitlich befristetes Rücktrittsrecht (eben etwa für den Fall, dass sie den Kaufpreis nicht aufbringen können) einzuräumen.⁴²⁴ Machen die Gesellschafter von dem Rücktrittsrecht Gebrauch, fällt der Geschäftsanteil wieder in die Konkursmasse. *Schmidsberger*⁴²⁵ kritisiert an der Vereinbarung einer Vorausabtretung anstelle von Aufgriffsrechten mit der Folge der Konkursfestigkeit, dass damit wirtschaftlich das gleiche Ergebnis erzielt wird. Für ihn ist nicht verständlich, warum die „Umwegkonstruktion Vorausabtretung“ anders behandelt werden soll.

Zu beachten ist aber auch, dass eine Abtretung des Geschäftsanteils eine Konkursanfechtung nach sich ziehen kann. Gem § 27 KO können Rechtshandlungen, die vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurden und das Vermögen des Gemeinschuldners betreffen, angefochten und den Konkursgläubigern gegenüber als unwirksam erklärt werden. In Betracht kommt etwa eine Anfechtung wegen Benachteiligungsabsicht gem § 28 KO. Eine Benachteiligungsabsicht liegt nach der Judikatur dann vor, wenn der Schuldner eine Rechtshandlung im Bewusstsein setzt, dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger zu vereiteln, zu verzögern oder zu erschweren.⁴²⁶ Diese wird in den Fällen der Vereinbarung von Aufgriffsrechten jedoch zumeist fehlen oder zumindest schwer beweisbar sein.⁴²⁷ Hinzu kommt in diesen Fällen, dass die Beweislast beim Masseverwalter liegt.⁴²⁸ Möglich wäre auch eine Anfechtung wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gem § 31 Abs 1 Fall 2 KO, wonach alle vom Gemeinschuldner mit anderen Personen eingegangenen, für die Gläubiger nachteiligen Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, wenn dem anderen Teil die Zahlungsunfähigkeit oder der Eröffnungsantrag bekannt war oder zumindest bekannt sein musste. Die anfechtbare Handlung muss nach § 31 Abs 4 KO in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung vorgenommen worden sein, wobei es auf den Abschluss des

⁴²³ *Höller*, ZIK 2004, 155.

⁴²⁴ *Höller*, ZIK 2004, 155.

⁴²⁵ *Schmidsberger* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 121 Fn 56.

⁴²⁶ *Dellinger/Oberhammer*, Insovenzrecht² Rz 190.

⁴²⁷ *Bollenberger*, Rechtsgeschäftlich Vorsorgeklauseln für den Insolvenzfall, ÖBA 2006, 880.

⁴²⁸ *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) § 28 Rz 16.

Verpflichtungsgeschäfts ankommt.⁴²⁹ Die Aufgriffsklausel darf folglich erst in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden sein. Dies schränkt die Möglichkeit der Anfechtung nach § 31 Abs 1 Fall 2 KO erheblich ein. Zudem ist zur Konkursanfechtung nur der Masseverwalter berechtigt und die Anfechtung führt bloß zu einer relativen Unwirksamkeit gegenüber den Haftungsgläubigern.⁴³⁰ Aus all dem ist zu schließen, dass eine Anfechtung nach der KO in den meisten Fällen für die Gläubiger nicht besonders erfolgversprechend sein wird. Die Gläubiger werden folglich zumeist auf eine Anfechtung nach der allgemein-zivilrechtlichen Nichtigkeit nach § 879 ABGB zurückgreifen. Da die Nichtigkeit nach § 879 ABGB und die Gläubigeranfechtung nach der KO einander nicht ausschließen, können die Gläubiger jedoch auch beide Möglichkeiten in Anspruch nehmen.⁴³¹

b) Ausschluss aus wichtigem Grund

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, den Konkurs eines Gesellschafters als wichtigen Grund für seinen Ausschluss zu vereinbaren.⁴³² Im GmbHG ist ein solcher Ausschluss nicht vorgesehen. Nach herrschender Lehre ist die Vereinbarung eines Ausschlusses aus wichtigem Grund im Gesellschaftsvertrag jedoch – analog zu § 140 UGB für Personengesellschaften – zulässig.⁴³³ Für *Höller* besteht das Ausschlussrecht in diesem Fall auch gegenüber dem Masseverwalter.⁴³⁴ Erfolgt der Ausschluss erst nach Konkurseröffnung, so kann – weil die Bestimmungen der §§ 27 ff KO auf Rechtshandlungen vor Konkurseröffnung abstellen – auch nicht mehr angefochten werden. *Schmidsberger* kritisiert eine solche Konstruktion mit dem Argument, dass die Vereinbarung eines Ausschlusses aus wichtigem Grund eine Konstruktion mit denselben wirtschaftlichen Ergebnissen wie ein Aufgriffsrecht darstellt, das bloß aufgrund geringfügiger Änderungen anders behandelt wird.⁴³⁵

⁴²⁹ *Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ §31 Rz 3; OGH 09.04.1992, 8 Ob 627/91 = ÖBA 1993, 306 [*Fink*].

⁴³⁰ *Bollenberger*, ÖBA 2006, 879.

⁴³¹ *Bollenberger*, ÖBA 2006, 880.

⁴³² Zum Aufgriffsrecht im Fall des Ausschlusses siehe VI.E.

⁴³³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 71 Rz 11; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 425; *Rüffler*, Ausschluss von Gesellschaftern und Übertragungsverpflichtungen, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH (2005) 5 f.

⁴³⁴ *Höller*, ZIK 2004, 155.

⁴³⁵ *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 121 Fn 56.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang zudem, dass es sich bei einem Ausschluss – wie bei einer Kaufoption - um ein einseitiges Gestaltungsrecht handelt. Nach Auffassung des OGH sind Konkursforderungen grundsätzlich nur solche Ansprüche, die schon im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestanden haben.⁴³⁶ Diesem Gedanken folgend müssten die restlichen Gesellschafter das Ausschlussrecht schon vor Konkurseröffnung realisieren, da es sonst - wie eine Kaufoption - durch Konkurseröffnung erlischt.⁴³⁷ Dass für die restlichen Gesellschafter schon vorher feststand, dass sie ihr einseitiges Gestaltungsrecht realisieren möchten, reicht nicht aus.

⁴³⁶ OGH 11.03.1993, 8 Ob 4/92 = AnwBl 1993, 621.

⁴³⁷ Nitsche in Jelinek-FS 195.

6. Vorkaufsrecht und Konkurs

Wie schon oben ausgeführt verlangt § 1076 ABGB, dass bei der gerichtlichen Feilbietung der mit dem Vorkaufsrecht belasteten Sache der in den öffentlichen Büchern einverleibte Berechtigte vorgeladen wird.⁴³⁸ Der Vorkaufsberechtigte hat somit bloß das Recht, zur Versteigerung geladen zu werden und muss das Meistbot machen, um die Sache zu erwerben. Allerdings ist der Berechtigte gem § 1076 ABGB nur dann vorzuladen, wenn es sich um einen in den öffentlichen Büchern einverlebten Berechtigten handelt. Demnach müsste man bei einem Vorkaufsrecht an Geschäftsanteilen, welche als bewegliche Sachen gelten, den Vorkaufsberechtigten nicht einmal zur gerichtlichen Feilbietung vorladen. Wendet man jedoch - dem Zweck der Bestimmung entsprechend - § 1076 ABGB auch bei Geschäftsanteilen an, so muss der Vorkaufsberechtigte zur Versteigerung geladen werden und kann im Rahmen der Versteigerung das Meistbot machen.⁴³⁹ Da der Gesetzgeber eine spezielle Regelung für das Vorkaufsrecht im Konkursfall getroffen hat, kann man beim Vorkaufsrecht wohl nicht von einer Bindung des Masseverwalters an ein solches ausgehen. Zudem stellt die gerichtliche Versteigerung auch keinen Vorkaufsfall dar, weshalb schon aus diesem Grund von keiner Anbotspflicht ausgegangen werden kann. Allerdings kann dem § 1076 ABGB die Wertung des Gesetzgebers entnommen werden, dass Vorkaufsrechte im Konkursfall nicht gänzlich unbeachtlich sind. Angesichts der Nähe des Aufgriffsrechts zum Vorkaufsrecht spricht dies auch für die Beachtlichkeit des Aufgriffsrechts im Konkursfall. Eine Anwendung des § 1076 ABGB auf Aufgriffsrechte ist aber abzulehnen, da hier den Wertungen des GmbHG, insbesondere dem § 76 Abs 4 GmbHG, der Vorrang zu geben ist.

⁴³⁸ Siehe schon allgemein zu § 1076 ABGB oben IV.A.2.d.

⁴³⁹ Siehe zur Begründung schon oben IV.A.2.d.

B. Aufgriffsrecht im Todesfall

1. Allgemeines

Gem § 76 Abs 1 GmbHG sind Geschäftsanteile frei vererblich.⁴⁴⁰ Mit dem Tod des Gesellschafters fällt der Geschäftsanteil in den Nachlass und mit der Einantwortung geht er auf die Erben über. Da die freie Vererblichkeit zwingendes Recht darstellt, kann sie nicht vertraglich abbedungen werden.⁴⁴¹ Dh grundsätzlich bestimmt das Erbrecht die Rechtsnachfolge, weshalb ein Aufgriffsrecht, das für den Fall der Veräußerung vereinbart wurde, im Todesfall keine Wirksamkeit entfaltet. Dies bedeutet aber nicht, dass Regelungen für den Todesfall jedenfalls unzulässig sind. Vielmehr können im Gesellschaftsvertrag Vereinbarungen aus Anlass des Todes vorgesehen werden, mit denen fast das gleiche Ergebnis erzielt werden kann.⁴⁴² So kann etwa ein Aufgriffsrecht für den Todesfall vorgesehen werden, welches den Erben zur Übertragung an den bzw die Berechtigten verpflichtet.⁴⁴³

2. Zweck

So wie beim Aufgriffsrecht für den Fall der Veräußerung, liegt der Zweck der Vereinbarung eines Aufgriffsrechts für den Todesfall in der Kontrolle über den Gesellschafterbestand. Wollen die Gesellschafter den Eintritt einer unerwünschten Person verhindern, sollten sie bei Gestaltung des Gesellschaftsvertrags auch an den Todesfall denken, da der Geschäftsanteil auch im Rahmen der Erbfolge auf einen unerwünschten Dritten oder Gesellschafter übergehen kann. Der Wunsch nach Einflussnahme kann für den Todesfall sogar noch stärker als zu Lebzeiten sein. Ist nämlich in den meisten Fällen nicht absehbar, an wen ein Gesellschafter seinen Anteil unter Lebenden veräußern wird, kann man für den Todesfall vielleicht schon voraussehen, wer den Geschäftsanteil erben und neuer Gesellschafter werden soll. Gerade diese Voraussehbarkeit kann den Wunsch nach vertraglicher Gestaltung verstärken, denn es wird ja nicht selten vorkommen, dass gerade der potentielle Erbe eines

⁴⁴⁰ Zur Vererbung von Geschäftsanteilen allgemein siehe schon oben II.1.

⁴⁴¹ Siehe dazu noch unten VI.B.3.

⁴⁴² Kalss in Kalss/Schauer, Unternehmensnachfolge 81.

⁴⁴³ OGH 25.02.1993, 6 Ob 1013/92.

Gesellschafters unerwünscht ist. Auch der Schutz vor einer Verschiebung der Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft kommt im Falle des Todes zum Tragen. Auch hier kann das Interesse an der Vereinbarung eines Aufgriffsrechts besonders groß sein.⁴⁴⁴ Zu denken ist etwa an eine Situation, in der ein potentieller Erbe schon Gesellschafter ist und ihm im Falle des Todes des Erblassers der Geschäftsanteil anwachsen würde. Problematisch ist aber nicht nur der Eintritt eines bloß „unerwünschten“ Erben, vielmehr ist auch an solche Fälle zu denken, in denen ein Erbe eine erforderliche Voraussetzung, insbesondere eine berufliche Qualifikation, nicht erfüllt. Der Erbe wird dann zwar Nachfolger im Eigentum des Anteils, jedoch kann er etwa nicht die Geschäftsführung in der Gesellschaft übernehmen.⁴⁴⁵ Die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter werden daher ein Interesse daran haben, auch für diesen Fall eine gesellschaftsvertragliche Regelung zu treffen. Diesem Interesse wird aber jenes des einzelnen Gesellschafters bzw potentiellen Erblassers entgegenstehen. So kann ein Gesellschafter daran interessiert sein, dass sein Erbe in den Gesellschafterkreis eintritt, etwa um die Fortführung der Gesellschaft durch die Familie zu sichern.⁴⁴⁶ Es kann daher bei der Vertragsgestaltung zu einem Interessensgegensatz kommen, dem mittels vertraglicher Gestaltung Abhilfe geschaffen werden kann.

3. Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Regelungen für den Todesfall

Die Rechtsprechung hinsichtlich der zulässigen Reichweite von gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen für den Todesfall hat sich im Lauf der Zeit stark gewandelt. In seinen ersten Entscheidungen sprach sich der OGH für eine weitgehende Zulässigkeit von Beschränkungen aus. So erachtete er etwa Vereinbarungen, wonach bei Tod eines Gesellschafters sein Anteil auf einen anderen Gesellschafter übergeht,⁴⁴⁷ sowie eine Abtretungsverpflichtung des Erben⁴⁴⁸ als zulässig. Jedoch blieb der OGH in Folge nicht bei dieser Rechtsprechung und sprach sich für eine strengere Auffassung des § 76 Abs 1 GmbHG aus. Nun vertritt der OGH die Ansicht, dass es sich bei der freien Vererblichkeit um zwingendes Recht handelt.⁴⁴⁹ Zwar sind vertragliche Gestaltungen, wie etwa ein Aufgriffsrecht für den Todesfall,⁴⁵⁰ zulässig, jedoch dürfen diese Vereinbarungen nicht so ausgestaltet sein, dass der Geschäftsanteil mit dem Tod ohne Weiteres einem anderen

⁴⁴⁴ Dies vor allem in Familiengesellschaften.

⁴⁴⁵ Kalss in Kalss/Schauer, Unternehmensnachfolge 67.

⁴⁴⁶ Priester, Nachfolgeklauseln im GmbH-Vertrag, GmbHR 1981, 207.

⁴⁴⁷ OGH 18.06.1912 = NZ 1917, 75.

⁴⁴⁸ OGH 07.10.1913 = NZ 1917, 197.

⁴⁴⁹ OGH 31.05.1994, 4 Ob 527/94.

⁴⁵⁰ OGH 25.02.1993, 6 Ob 1013/92.

Gesellschafter zufällt. Vielmehr gehört der Geschäftsanteil in den Nachlass und ist in das Inventar aufzunehmen.⁴⁵¹ Zur Übertragung auf einen Mitgesellschafter bedarf es einer förmlichen Übertragung durch den Erben.⁴⁵² Die Lehre hat sich weitgehend der Auffassung des OGH angeschlossen und erachtet die freie Vererblichkeit als zwingendes Recht, weshalb sie nicht beschränkt, vertraglich ausgeschlossen oder von der Zustimmung anderer Gesellschafter abhängig gemacht werden kann.⁴⁵³ Vielmehr geht der Geschäftsanteil mit dem Tod des Gesellschafters auf den Erben über; ein automatischer Übergang auf andere Gesellschafter ist für *Umfahrer*,⁴⁵⁴ *Schauer*⁴⁵⁵ und *Kalss*⁴⁵⁶ nicht zulässig. Dieser Auffassung stehen in der Lehre *Koppensteiner/Rüffler* und *Lenneis* gegenüber, die einen automatischen Übergang auf den bzw. die anderen Gesellschaften für möglich halten.⁴⁵⁷ Für *Koppensteiner/Rüffler* unterliegt die Vererblichkeit – im Unterschied zur Übertragbarkeit des Anteils – der Disposition der Gesellschafter.⁴⁵⁸ § 76 Abs 1 GmbHG hat für sie nur die Bedeutung, dass ein Geschäftsanteil durch den Tod eines Gesellschafters nicht untergeht. Deswegen sei es unbedenklich, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Todesfall den Anteilsübergang auf die übrigen Gesellschafter vorsieht, ohne dass es sich bei diesen um die Erben handelt. Auch *Lenneis* vertritt die Auffassung, dass eine Akkreszenz des Geschäftsanteils zulässig ist.⁴⁵⁹ Er argumentiert dies ua damit, dass bereits durch den formgerechten Gesellschaftsvertrag alles Notwendige festgehalten wird und ein zweiter Notariatsakt nicht mehr nötig ist, um den Zweck der Formpflicht, die Immobilisierung der Geschäftsanteile, zu erreichen.

4. Aufgriffsrecht für den Todesfall

In Bezug auf die Zulässigkeit von Vereinbarungen, die den automatischen Übergang von Geschäftsanteilen für den Todesfall vorsehen, besteht daher – zumindest in der Literatur – keine Einigkeit. Da sie aber nach der Rechtsprechung unzulässig sind, muss man in der Praxis von ihrer Unwirksamkeit ausgehen. Während der automatische Übergang daher zu

⁴⁵¹ OGH 05.09.1990, 2 Ob 563,584/90.

⁴⁵² OGH 25.02.1993, 6 Ob 1013/92.

⁴⁵³ *Umfahrer*, Die GmbH⁶ Rz 721.

⁴⁵⁴ *Umfahrer*, Die GmbH⁶ Rz 721.

⁴⁵⁵ *Schauer*, GesRZ Spezial-100 Jahre GmbH, 36.

⁴⁵⁶ *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Unternehmensnachfolge 81.

⁴⁵⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 14; *Lenneis*, Akkreszenz, aufgrund von Nachfolgeklauseln bei der GmbH? RdW 1995, 416 f.

⁴⁵⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 14

⁴⁵⁹ *Lenneis*, RdW 1995, 416 f.

verneinen ist, sind andere vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten sowohl nach der Lehre als auch der Rechtsprechung zulässig. So etwa das Aufgriffsrecht für den Todesfall.

Klar ist, dass der Erblasser nicht selbst, sondern nur sein Erbe den Geschäftsanteil auf den Berechtigten übertragen kann. Es handelt sich beim Aufgriffsrecht für Todesfall daher um die Vereinbarung einer Übertragungsverpflichtung des Erben.⁴⁶⁰ Denn macht der Berechtigte von seinem Aufgriffsrecht Gebrauch, muss der Erbe den Geschäftsanteil des Erblassers auf ihn übertragen. Der Erbe wird also in Folge des Todes des Erblassers durch Einantwortung Gesellschafter und es stehen ihm grundsätzlich die Gesellschafterrechte zu, jedoch muss er den Anteil bei Ausübung des Aufgriffsrechts durch den Berechtigten dennoch veräußern. Einerseits kommen ihm also die Rechte aus dem Geschäftsanteil zu, andererseits ist er auch an die im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Pflichten gebunden. Er muss den Geschäftsanteil nämlich mit jenem Inhalt hinnehmen, mit dem er gesellschaftsvertraglich ausgestattet ist.⁴⁶¹ Ist im Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht und somit die Pflicht des Erben zur Übertragung vorgesehen, muss er dies eben erfüllen, dh er hat den Geschäftsanteil auf den Berechtigten zu übertragen und verliert so seine Gesellschafterstellung. Auslösendes Moment, also Aufgriffsfall, ist daher der Tod des Erblassers, allerdings kann der Berechtigte nicht sofort die Übertragung des Geschäftsanteils fordern, sondern muss die Einantwortung des Erben abwarten. Im Ergebnis wird dasselbe wie mit einem automatischen Übergang erzielt, allerdings ist das Aufgriffsrecht langwieriger, da es zuerst der gerichtlichen Einantwortung durch den Erben bedarf. Zudem ist die Übertragung durch den Erben gem § 76 Abs 2 GmbHG notariatsaktspflichtig.

Wird das Aufgriffsrecht des Berechtigten infolge Einantwortung durch den Erben schlagend, kann der Berechtigte die Abtretung des Geschäftsanteils verlangen. Dies ist aber nicht formlos möglich, vielmehr ist die Einhaltung der Notariatsaktsform erforderlich.⁴⁶² Dies ergibt sich aus § 76 Abs 2 GmbHG, der für die Übertragung von Geschäftsanteilen unter Lebenden den Notariatsakt verlangt. Wird der Erbe aufgrund der Einantwortung Gesellschafter und überträgt er den Geschäftsanteil auf den Berechtigten, handelt es sich um eine Übertragung unter Lebenden iSd § 76 Abs 2 GmbHG. *Kalss* bringt zwar vor, dass der Zweck der Formpflicht, die Immobilisierung der Geschäftsanteile, im Zusammenhang mit

⁴⁶⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 14; *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Unternehmensnachfolge 8; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 622; *Priester*, GmbHR 1981, 209.

⁴⁶¹ *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁵ (2005) 15 Rz 32.

⁴⁶² OGH 25.02.1993, 6 Ob 1013/92.

der Übertragungsverpflichtung des Erben nicht unbedingt greift, da der Notariatsakt den Handel mit Geschäftsanteilen nicht zu verhindern vermag.⁴⁶³ Allerdings ist ihrer Ansicht nach die Wertung des Gesetzgebers anzuerkennen und daher die Notariatsaktsform einzuhalten, solange das Gesetz für den Fall der geplanten Übertragung nicht geändert wird.

a) Aufgriffspreis

Vor allem in Bezug auf den Aufgriffspreis werden die verschiedenen Interessen der Betroffenen deutlich. Die Aufgriffsberechtigten haben ein Interesse daran, keinen oder einen möglichst geringen Preis für den Geschäftsanteil zu zahlen. Dies vor allem, wenn sie gar kein tatsächliches Interesse am Anwachsen des eigenen Anteils haben bzw nicht ihre Machtposition innerhalb der Gesellschaft ausbauen, sondern bloß den Eintritt des Erben verhindern möchten. Ihnen geht es vielleicht bloß darum, den Übergang des Geschäftsanteils zu verhindern, wofür sie auch eine finanzielle Aufwendung (die Abfindung des Erben) in Kauf nehmen. Der Erbe wiederum wird natürlich ein Interesse an einer möglichst hohen Abfindung haben. Selbst wenn er kein Interesse am Eintritt in die Gesellschaft hat,⁴⁶⁴ wird er als Erbe zumindest einen finanziellen Ausgleich verlangen. Ohne Aufgriffsrecht könnte er nämlich nach Einantwortung den Geschäftsanteil (unter Lebenden) weiterveräußern und so einen uU höheren Preis erzielen. Wie schon erörtert muss er sich aber damit abfinden, wenn schon im Voraus Regelungen für den Todesfall getroffen wurden. Schließlich kann auch der Erblasser, wenn er schon nicht seinen Geschäftsanteil weitergeben kann, Interesse an einer ausreichenden Abfindung seines Erben haben. Grundsätzlich bildet nur die Sittenwidrigkeit die Grenze der Vertragsfreiheit in Bezug auf die Höhe der Abfindung. Allerdings ist bei Aufgriffsrechten für den Todesfall auch das Erbrecht zu beachten, wobei vor allem auf das Pflichtteilsrecht Bedacht zu nehmen ist. Dieses kann – als zwingendes Recht – das Gesellschaftsrecht überlagern.⁴⁶⁵ Wird gegen erbrechtliche Bestimmungen verstoßen, so kann dies die Unwirksamkeit gesellschaftsvertraglicher Preisvereinbarungen nach sich ziehen.

Umstritten ist, inwiefern die Abfindung des Erben durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann. Der Erbe wäre in einem solchen Fall dazu

⁴⁶³ Kalss in Kalss/Schauer, Unternehmensnachfolge 84.

⁴⁶⁴ Nicht vergessen werden darf ja, dass mit der Gesellschafterstellung nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten übergehen.

⁴⁶⁵ Kalss in Kalss/Schauer, Unternehmensnachfolge 87.

verpflichtet, den Geschäftsanteil zu übertragen, ohne dass er dafür eine Gegenleistung erhält. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen wird in der Lehre - unter Verweis auf die Rechtslage bei den Personengesellschaften - teilweise bejaht.⁴⁶⁶ Ein entschädigungsloser Übergang des Geschäftsanteils habe in der Regel einen wirtschaftlichen oder familiären Hintergrund,⁴⁶⁷ weshalb es dem Erblasser frei stehen soll, den Geschäftsanteil oder dessen Gegenwert seinen Erben vorzuenthalten.⁴⁶⁸ *Reich-Rohrwig* wiederum bejaht eine unentgeltliche Übertragung nur bei vorweggenommener Erbfolge unter Verwandten. Eine Verpflichtung zu unentgeltlicher Übertragung ist seiner Ansicht nach aber sonst unzulässig, da sie einer Enteignung und einem entschädigungslosen Ausschluss gleichzusetzen wäre, den das GmbHG nur für die Fälle der §§ 66 und 73 GmbHG vorsieht.⁴⁶⁹ Meines Erachtens ist die Zulässigkeit eines Abfindungsausschlusses grundsätzlich zu bejahen. Die Erben haben den Geschäftsanteil so hinzunehmen, wie er vom Erblasser und den restlichen Gesellschaftern gestaltet wurde. Wenn die Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsvertrags Regelungen über eine allfällige Abfindung treffen und eine solche vielleicht auch ausschließen, müssen sie auch mit deren Konsequenzen leben, wenn sie oder ihre Erben gegebenenfalls leer ausgehen. Auch der Erbe hat mit dieser bewussten Entscheidung des Erblassers zu leben. So wie er sich mit dem Geschäftsanteil im Zeitpunkt der Einantwortung abfinden muss und den Geschäftsanteil uU dem Aufgriffsberechtigten übertragen muss, hat er auch einen allfälligen Abfindungsausschluss zu akzeptieren. Dem Erblasser steht es grundsätzlich frei seinen Nachlass zu regeln. Will er nicht, dass der Geschäftsanteil seinen Erben zukommt, oder fügt er sich dem Willen der anderen Gesellschafter, die seine Erben nicht in den Gesellschafterkreis aufnehmen wollen, so ist dies zu akzeptieren. Wollte er seinen Erben ohnehin nicht mit dem Anteil bedenken, so sollte es meiner Ansicht nach auch zulässig sein, einen Abfindungsanspruch gänzlich auszuschließen. Allerdings ist ein allfälliger Pflichtteilsanspruch zu beachten, wenn dieser höher als die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Abfindung ist, aber nicht aus anderen Vermögensmassen des Erblassers gedeckt werden kann.⁴⁷⁰ Da es sich beim Pflichtteilsanspruch um zwingendes Recht handelt, kann die gesellschaftsvertragliche Abfindungsvereinbarung daher unwirksam sein.

⁴⁶⁶ *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Unternehmensnachfolge 84; *Koppensteiner*, Über Buchwertklauseln (II), *GesRZ* 1991, 120; *Lenneis*, *RdW* 1995, 417; *Kastner*, Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei Personengesellschaften des Handelsrechtes, *ÖJZ* 1058, 368.

⁴⁶⁷ *Lenneis*, *RdW* 1995, 417.

⁴⁶⁸ *Koppensteiner*, *GesRZ* 1991, 120.

⁴⁶⁹ *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht* 622.

⁴⁷⁰ *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Unternehmensnachfolge 87 Fn 162.

5. Vertragsgestaltung

Nicht nur die Vereinbarung von Aufgriffsrechten ist möglich, vielmehr können im Gesellschaftsvertrag auch andere Vereinbarungen für den Todesfall getroffen werden. Jeweils ist zu beachten, dass der Geschäftsanteil nach der Rechtsprechung des OGH nicht automatisch den Gesellschaftern zufallen darf. Es muss sich daher um solche Vereinbarungen handeln, die entweder eine Pflicht des Erben zur Übertragung vorsehen oder die verhindern, dass der Geschäftsanteil in den Nachlass fällt. So kann etwa die Übertragungspflicht des Erben vereinbart werden.⁴⁷¹ Dabei muss die begünstigte Person bzw. der begünstigte Personenkreis im Voraus genau festgelegt werden.⁴⁷² Eine solche Vereinbarung ist dem Aufgriffsrecht sehr ähnlich und stellt meines Erachtens nur eine abweichende Formulierung dar. Auch beim Aufgriffsrecht ist ja der Erbe zur Übertragung verpflichtet, wenn vom Aufgriffsrecht Gebrauch gemacht wird. Wird eine bloße Übertragungspflicht vereinbart, muss der Erbe jedoch auch ohne Aufforderung den Anteil übertragen. Beim Aufgriffsrecht hingegen muss er übertragen, wenn und sobald der Berechtigte vom Aufgriffsrecht Gebrauch macht. Unabhängig davon, ob nun eine Übertragungspflicht des Erben oder ein Aufgriffsrecht der berechtigten Gesellschafter vorgesehen ist, ist der Erbe jeweils zu Übertragung verpflichtet. Korrespondierend zum Aufgriffsrecht kann auch eine Aufgriffspflicht vereinbart werden,⁴⁷³ bei der die gesellschaftsvertraglich vereinbarten Personen - im Unterschied zum Aufgriffsrecht - zur Übernahme des Geschäftsanteils verpflichtet sind. Auch hier ist der Erbe wiederum verpflichtet, den Geschäftsanteil zu übertragen, weshalb sich die Aufgriffspflicht zugleich auch als Übertragungspflicht des Erben darstellt. Die bisher dargestellten Gestaltungsmöglichkeiten (Aufgriffsrecht, Aufgriffspflicht, Übertragungspflicht) sehen daher jeweils die Verpflichtung des Erben zur Übertragung vor, was zugleich auch bedeutet, dass der Geschäftsanteil zuerst in den Nachlass fällt. Gerade diese Nachlasszugehörigkeit birgt aber die Gefahr eines langwierigen Prozesses, bis der Anteil schließlich auf den Berechtigten übergeht. Fraglich ist daher, ob nicht auch eine solche Gestaltung möglich ist, die verhindert, dass der Geschäftsanteil in den Nachlass fällt. So könnte eine aufschiebend bedingte Abtretung des Geschäftsanteils für den Todesfall eines Gesellschafters vereinbart

⁴⁷¹ OGH 25.02.1993, 6 Ob 1013/92; vgl. *Unschuld*, JEV 2007, 83.

⁴⁷² *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Unternehmensnachfolge 84.

⁴⁷³ *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Unternehmensnachfolge 84; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 622.

werden.⁴⁷⁴ *Schauer* bringt dagegen jedoch erbrechtliche Bedenken vor, da der Geschäftsanteil durch die aufschiebende Bedingung dem Nachlass entzogen wird, die Universalsukzession aber ein fundamentales Ordnungsprinzip darstellt, durch das die Gläubiger und Pflichtteilsberechtigten geschützt werden sollen.⁴⁷⁵ Im Ergebnis ist nach *Schauer* daher eine unentgeltliche Abtretung mit Wirkung auf den Todesfall unzulässig, da dies die Gefahr der Umgehung des Schutzes des Nachlassvermögens und des Verbots des Vindikationslegats birgt. In Bezug auf eine entgeltliche Abtretung ist nach Ansicht *Schauers* zu differenzieren, ob der Erblasser das Entgelt bereits zu Lebzeiten erhalten hat oder ob das Entgelt erst nach dem Tod des Erblassers zu leisten ist. Nur in dem Fall, dass die Entgeltleistung bereits zu Lebzeiten des Erblassers geleistet wurde, soll die aufschiebend bedingte Abtretung zulässig, andernfalls aber unzulässig sein.⁴⁷⁶ Die aufschiebend bedingte Abtretung hat - so wie die Aufgriffspflicht - den Nachteil, dass die Berechtigten keine Wahlmöglichkeit mehr haben, sondern sie entweder zu Übernahme verpflichtet sind oder ihnen der Anteil automatisch zukommt. Diese Gestaltungsmöglichkeiten stellen daher keine „richtige“ Alternative zum Aufgriffsrecht dar. Gegen die aufschiebende Bedingung kann zudem vorgebracht werden, dass mit einer solchen Vereinbarung wirtschaftlich das gleiche Ergebnis erzielt wird wie mit einem automatischen Übergang. Ist ein solcher nach der Rechtsprechung unzulässig, müsste man konsequenterweise auch die Zulässigkeit der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung verneinen.

⁴⁷⁴ *Unschuld*, JEV 2007, 80.

⁴⁷⁵ *Schauer*, GesRZ Spezial-100 Jahre GmbH, 37.

⁴⁷⁶ *Schauer*, GesRZ Spezial-100 Jahre GmbH, 37.

C. Aufgriffsrecht im Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung

1. Allgemeines

Zweck des Aufgriffsrechts ist es den Eintritt unerwünschter Dritter und/oder eine Machtverschiebung innerhalb der Gesellschafter zu verhindern. In Bezug auf eine unmittelbare Anteilsverschiebung bietet ein Aufgriffsrecht, das für den Fall der Veräußerung vereinbart wurde, somit weitgehend Schutz. Beabsichtigt der Aufgriffsverpflichtete seinen Geschäftsanteil zu veräußern, können die Berechtigten dies mittels Übernahme des Anteils verhindern. Es stellt sich jedoch die Frage, wie mit den Fällen mittelbarer Anteilsverschiebung zu verfahren ist; wenn sich also die Anteilsverhältnisse an einer beteiligten Gesellschaft ändern. Dies ist von großer Bedeutung, finden sich doch häufig Beteiligungsstrukturen, bei denen die Gesellschafter an der GmbH mittelbar über eine andere Gesellschaft – die zumeist die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft hat – beteiligt sind.⁴⁷⁷ Wird in solchen Fällen die Gesellschafterstruktur jener Gesellschaft geändert, die an einer Gesellschaft beteiligt ist, welche ein Aufgriffsrecht für den Fall der Veräußerung vorsieht, kann dies für die Aufgriffsberechtigten bedeuten, dass sie es mit einem neuen Partner zu tun haben. Da es aber nicht zu einer Veräußerung durch den Aufgriffsverpflichteten gekommen ist, wurde das Aufgriffsrecht nicht schlagend. Formal gesehen, hat sich der Gesellschafterbestand der Gesellschaft zwar nicht geändert, aber faktisch haben es die übrigen Gesellschafter nun mit einem neuen Mitgesellschafter zu tun.⁴⁷⁸

Während die mittelbare Anteilsverschiebung in Österreich bislang kaum Beachtung gefunden hat, hat sich die deutsche Literatur mit dieser Thematik weitgehend auseinandergesetzt. Zwar wurden die Überlegungen bisher nur für die Vinkulierung angestellt, allerdings können die Ausführungen soweit für das Aufgriffsrecht herangezogen werden, als es in beiden Fällen jeweils um die Analyse der Reichweite von gesellschaftsvertraglichen Regelungen für den Fall der Veräußerung, also um

⁴⁷⁷ Loritz, Die Reichweite von Vinkulierungsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen, NZG 2007, 361.

⁴⁷⁸ Lutter/Grunewald, Gesellschaften als Inhaber vinkulierter Aktien und Geschäftsanteile, AG 1989, 409.

Übertragungsbeschränkungen, geht. Ob nun für den Fall der beabsichtigten Veräußerung ein Zustimmungs- oder ein Aufgriffsrecht vereinbart wurde, spielt für die hier zu behandelnde Frage zunächst keine Rolle.

Die Problematik der mittelbaren Anteilsverschiebung wird in der deutschen Literatur meist im Rahmen von Umgehungsfällen behandelt. Die Autoren scheinen von der Situation auszugehen, dass ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil veräußern, jedoch zugleich verhindern möchte, dass die gesellschaftsvertraglichen Beschränkung (das Zustimmungs- bzw. das Aufgriffsrecht) schlagend wird. So etwa, wenn ein Gesellschafter seinen Anteil zu einem besonders hohen Preis an einen Dritten veräußern möchte, allerdings damit rechnet, dass die Aufgriffsberechtigten von ihrem Aufgriffsrecht (zu einem vereinbarten niedrigeren Preis) Gebrauch machen. Eine entgegen der Vereinbarung getätigte Veräußerung hilft in diesem Fall nicht, da gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen absolute Wirkung entfalten und ein dennoch getätigtes Geschäft mit dem Dritten daher unwirksam wäre. Neben der mittelbaren Anteilsverschiebung als Instrument zur Umgehung kann eine solche aber auch sonst bedeutsam sein. So werden die Gesellschafter bei Satzungsgestaltung vielleicht schlichtweg nicht an den Fall gedacht haben, dass neben natürlichen Personen auch Gesellschaften Mitgesellschafter sein können und haben aus diesem Grund keine ausdrückliche Regelung für beteiligte Gesellschaften getroffen. Auch ohne Umgehungsabsicht kann daher bei einer mittelbaren Anteilsverschiebung genau jene Situation eintreten, die mit der Vereinbarung eines Aufgriffsrechts eigentlich verhindert werden soll.

2. Fallkonstellationen

Im Rahmen der mittelbaren Anteilsverschiebung kommen unterschiedliche Konstruktionen in Betracht. Aus vielen denkbaren Varianten möchte ich an dieser Stelle zwei Varianten herausnehmen und kurz darstellen.

a) Veräußerung der Anteile der Tochtergesellschaft

An der A-GmbH sind mehrere Gesellschafter beteiligt; einer davon ist die C-GmbH. Für den Fall der Veräußerung sieht die Satzung der A-GmbH vor, dass den übrigen Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht zukommt. In Folge werden alle Anteile der C-GmbH, die von ihrer

Tochtergesellschaft gehalten werden, an die D-GmbH übertragen, die so die Herrschaft über die C-GmbH erlangt. Nach außen ist die C-GmbH zwar noch immer Gesellschafterin, jedoch hat sich die Herrschaft über sie geändert. Wirtschaftlich betrachtet kommt man hier zu demselben Ergebnis, wie wenn ein unmittelbarer Gesellschafterwechsel stattgefunden hätte.⁴⁷⁹ Die D-GmbH kann aber nun die Herrschaft über die C-GmbH ausüben, ohne dass die Aufgriffsberechtigten dies mittels Aufgriffsrecht verhindern konnten.

b) Vorangehende Übertragung an Tochterunternehmen bei Konzernklausel

An der A-GmbH sind mehrere Gesellschafter beteiligt; einer davon ist die C-GmbH. Grundsätzlich ist in der Satzung der A-GmbH für die Anteilsveräußerung ein Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter vorgesehen. Für den Fall, dass der Anteil eines Gesellschafters an ein Tochterunternehmen veräußert wird, ist jedoch kein Aufgriffsrecht vorgesehen. Die C-GmbH überträgt ihren Anteil an der A-GmbH zunächst auf ihre Tochtergesellschaft, um in Folge die Anteile des Tochterunternehmens zu veräußern. Die C-GmbH hat dabei ihre Anteile zulässigerweise an ihre Tochtergesellschaft übertragen und kann so uneingeschränkt die Anteile weiterveräußern. Durch die Zwischenschaltung des Tochterunternehmens wurde aber im Ergebnis jene Gefahr verwirklicht, die durch das Aufgriffsrecht verhindert werden soll.

3. Wirksamkeit des Aufgriffsrechts für den Fall der Veräußerung auch im Falle der mittelbaren Anteilsverschiebung?

In einem ersten Schritt muss geprüft werden, ob ein Aufgriffsrecht, das für den Fall der Veräußerung vereinbart wurde, nur die „eigene“ Anteilsübertragung oder auch jene der beteiligten Gesellschaft erfasst, und bejahendenfalls, inwiefern und unter welchen Umständen das Aufgriffsrecht auch auf einen Wechsel im Gesellschafterbestand der beteiligten Gesellschaft erstreckt werden kann und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben.

a) Ad Vinkulierung

⁴⁷⁹ Reichert/Weller, Der GmbH-Geschäftsanteil – Übertragung und Vinkulierung § 15 Rz 372.

In der Literatur ist man sich weitgehend einig, dass eine Vinkulierungsklausel auch auf eine beteiligte Gesellschaft mittels Auslegung erstreckt werden kann und dass eine mittelbare Anteilsverschiebung nicht ohne Weiteres hingenommen werden muss. Jedoch wird dies nicht uneingeschränkt, sondern nur in bestimmten Ausnahmefällen bejaht. Hinsichtlich der Elemente, die zur Auslegung heranzuziehen sind, besteht unter den Autoren weitgehend Einigkeit.⁴⁸⁰

Argumentiert wird, dass bei der Aufnahme einer Gesellschaft immer mit einem Bestandswechsel zu rechnen ist. Wer dieses Risiko eingeht, muss daher auch mit den Konsequenzen leben. Deshalb ist bei einer Gesellschaft, die neben den vinkulierten Anteilen noch weitere Beteiligungen hält oder die daneben ein eigenes Geschäft betreibt, nicht davon auszugehen, dass ein Gesellschafterwechsel auf Ebene der beteiligten Gesellschaft in den Anwendungsbereich der Vinkulierungsklausel fällt.⁴⁸¹ Anders stellt sich die Situation dar, wenn die beteiligte Gesellschaft eine reine Holding-Gesellschaft ist, deren Zweck sich auf das Halten der Beteiligung beschränkt.⁴⁸² Sie ist wirtschaftlich so zu behandeln, als wären die Gesellschafter der Holding direkt Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft.⁴⁸³ Es besteht hier nämlich wirtschaftlich Identität zwischen der Beteiligung an der Holding und der vinkulierten Beteiligung.⁴⁸⁴ Weiters zeigt eine besonders strenge Ausgestaltung der Klausel in der vinkulierten Gesellschaft, dass sie auch auf den mittelbaren Kontrollwechsel Anwendung finden sollte. Es ist nämlich nicht anzunehmen, dass die Parteien mit der Vinkulierungsbestimmung zwar im unmittelbaren Anwendungsbereich einen umfassenden Schutz jedes einzelnen Gesellschafters vorsehen, hingegen eine Umgehung durch mittelbare Anteilsübertragung unkontrolliert zulassen wollen. Es kann jedoch umgekehrt nicht ohne Weiteres geschlussfolgert werden, dass überall dort, wo von detaillierten Regelungen

⁴⁸⁰ Die Literatur bedient sich dabei zumeist derselben Argumente und verweist weitgehend aufeinander. Dies wird von manchen Autoren als unzureichende kritische Auseinandersetzung empfunden; so etwa *Loritz*, NZG 2007, 362.

⁴⁸¹ *Winter/Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG I § 15 Rz 257; *Gurmann/Sakowitsch*, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, GeS 2008, 141.

⁴⁸² *Altmeppen* in *Altmeppen/Roth*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 15 Rz 114; *Kowalski*, Vinkulierte Geschäftsanteile – Übertragungen und Umgehungen, GmbHR 1992, 353; *Reichert/Weller*, Der GmbH-Geschäftsanteil – Übertragung und Vinkulierung §15 Rz 372; *Lutter/Grunewald*, AG 1989, 410; aA *Koppensteiner*, Vinkulierungsklauseln in mittelbaren Beteiligungsverhältnissen, in *Druey-FS* (2002) 437; der keine Veranlassung sieht, die Vinkulierungsklausel auf die mittelbare Anteilsverschiebung zu erstrecken, da auch bei einer reinen Beteiligungsholding die Gefahr besteht, dass sich der mittelbare Mitgliederbestand ändert, sodass auch in einem solchen Fall davon auszugehen ist, dass die vinkulierte Gesellschaft dieses Risiko akzeptiert hat.

⁴⁸³ *Karollus/Artmann*, GesRZ 2001, 67.

⁴⁸⁴ *Liebscher*, Umgehungsresistenz von Vinkulierungsklauseln, ZIP 2003, 829.

abgesehen wurde, die Reichweite am Wortlaut der Klausel haften bleibt.⁴⁸⁵ So kann die Abwesenheit entsprechender Satzungsbestimmungen auch auf mangelndem Problembewusstsein beruhen.⁴⁸⁶

Die gleichen Argumente sind für den Fall anwendbar, dass ein Gesellschafter seine Beteiligung an der vinkulierten Gesellschaft an eine Tochtergesellschaft überträgt, um die Anteile in Folge an einen Dritten zu veräußern.⁴⁸⁷ Dies selbst dann, wenn die Tochtergesellschaft neben der vinkulierten Beteiligung noch über andere erhebliche Vermögensgegenstände oder ein eigenes operatives Geschäft verfügt.⁴⁸⁸ Ein Verstoß gegen den Vinkulierungszweck wird regelmäßig dann bejaht werden können, wenn zwischen der Übertragung der Beteiligung auf die Tochtergesellschaft und der anschließenden Veräußerung ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht.⁴⁸⁹ Die Literatur geht von einem solchen zeitlichen Zusammenhang aus, wenn die Veräußerung der vinkulierten Beteiligung ausschlaggebend für die Übertragung der vinkulierten Anteile auf die Tochtergesellschaft war, wobei ein enger zeitlicher Zusammenhang einen solchen vermuten lässt.⁴⁹⁰

b) Ad Aufgriffsrecht

Die zur Vinkulierung angestellten Überlegungen finden zu einem großen Teil auch beim Aufgriffsrecht Beachtung. So kann man argumentieren, dass bei der Aufnahme einer Gesellschaft immer mit einem Bestandswechsel gerechnet werden muss und gerade aus diesem Grund eine ausdrückliche Regelung für die mittelbare Anteilsverschiebung getroffen werden sollte. Gerade bei solchen Gesellschaften, die nicht ausschließlich eine Beteiligung an der Gesellschaft, welche das Aufgriffsrecht vorsieht, halten, sondern daneben noch andere Geschäfte betreiben, muss mit einer solchen mittelbaren Anteilsverschiebung gerechnet werden, weshalb wohl nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Aufgriffsrecht auch für die beteiligte Gesellschaft Anwendung findet. Ist die beteiligte Gesellschaft jedoch eine reine Holding-Gesellschaft, so kann dies dafür sprechen, die Gesellschafter der Holding so zu behandeln, als wären sie unmittelbar Gesellschafter jener

⁴⁸⁵ *Liebscher*, ZIP 2003, 828.

⁴⁸⁶ *Karollus/Artmann*, GesRZ 2001, 66.

⁴⁸⁷ *Lutter/Grunewald*, AG 1989, 410.

⁴⁸⁸ *Winter/Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG I § 15 Rz 258.

⁴⁸⁹ *Reichert/Weller*, Der GmbH-Geschäftsanteil – Übertragung und Vinkulierung §15 Rz 375.

⁴⁹⁰ *Winter/Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG I § 15 Rz 258.

Gesellschaft, die das Aufgriffsrecht vorsieht. Besonders detaillierte und umfangreiche Aufgriffsklauseln in einem Gesellschaftsvertrag sprechen dafür, das Aufgriffsrecht auch auf den mittelbaren Kontrollwechsel anzuwenden. Ist ein Aufgriffsrecht nicht nur für den Fall der Veräußerung, sondern etwa auch für den Todesfall, den Konkursfall etc vorgesehen, ist nämlich davon auszugehen, dass die Gesellschafter einen möglichst umfassenden Schutz bezwecken, was für eine Anwendung des Aufgriffsrechts auch im Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung spricht. Allerdings kann umgekehrt - so wie bei der Vinkulierung - nicht ohne Weiteres geschlussfolgert werden, dass dort, wo von detaillierten Regelungen abgesehen wurde, die Reichweite am Wortlaut der Klausel haften bleibt, da das Fehlen entsprechender Satzungsbestimmung auch auf mangelndem Problembewusstsein beruhen kann.

c) Rechtsfolgen

In einem weiteren Schritt muss man sich mit den Rechtsfolgen einer mittelbaren Anteilsverschiebung auseinandersetzen. Verneint man die Erstreckung des Aufgriffsrechts im Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung, so müssen sich die Aufgriffsberechtigten mit einer solchen abfinden. Nur in dem Fall, in dem eine Erstreckung des Aufgriffsrechts bejaht wird, können die Berechtigten den Anteil des Verpflichteten aufgreifen. Sie können zwar nicht verhindern, dass die Anteile der verpflichteten Gesellschaft an einen Dritten (bzw von der Tochtergesellschaft an einen Dritten) übertragen werden, allerdings können sie den Anteil des Verpflichteten selbst aufgreifen.

In der Literatur wird eine Nichtigkeit der Veräußerung bejaht, wenn die Anteilsübertragung gegen die guten Sitten verstößt.⁴⁹¹ Dies wird jedoch eher einen Ausnahmefall darstellen, bedarf es für eine Sittenwidrigkeit eines besonderen Maßes an Rücksichtslosigkeit, etwa, wenn die Verletzung des Aufgriffsrechts bezweckt wird.⁴⁹² Allein die Kenntnis des Erwerbers von der Übertragungsbeschränkung reicht dafür jedoch nicht aus.⁴⁹³ In Frage kommt weiters ein Verstoß gegen die Treuepflicht. So geht die deutsche Literatur davon aus, dass Satzungsbestimmungen zwar grundsätzlich nur die eigenen Gesellschafter binden, jedoch die Treuepflicht konzerndimensional wirkt und auch die Gesellschafter beteiligter

⁴⁹¹ Vgl für die Vinkulierung *Lutter/Grunewald*, AG 1989, 410.

⁴⁹² *Lutter/Grunewald*, AG 1989, 410.

⁴⁹³ *Reichert/Weller*, Der GmbH-Geschäftsanteil §15 Rz 381.

Gesellschaften verpflichtet, die somit den Zweck des Aufgriffsrechts zu wahren haben.⁴⁹⁴ Gegen dieses Argument kann jedoch vorgebracht werden, dass ein Verstoß gegen die Treuepflicht nur obligatorisch wirkt, sodass nur mit einer einstweiligen Verfügung oder für den Fall, dass die betroffenen Gesellschafter zu spät davon Kenntnis erlangen, nur noch mit Schadenersatzansprüchen vorgegangen werden kann.⁴⁹⁵ Einen tatsächlichen Schutz vor der mittelbaren Anteilsverschiebung bietet der Verstoß gegen die Treuepflicht somit nicht.

4. Das Aufgriffsrecht für den Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung

Da es jeweils abhängig vom Einzelfall und daher unsicher ist, ob die Erstreckung des Aufgriffsrechts auch für den Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung bejaht wird, sollte man, will man vermeiden, dass infolge einer mittelbaren Anteilsverschiebung jene Gefahr eintritt, die man mit dem Aufgriffsrecht zu verhindern versucht, schon im Vorhinein ausreichende Regelungen vorsehen. In Betracht kommt zunächst eine schuldrechtliche Vereinbarung, mit der sich die beteiligte Gesellschaft zur Einhaltung des Aufgriffsrechts verpflichtet. Eine solche Vereinbarung wirkt jedoch nur obligatorisch, weshalb sie keinen zuverlässigen Schutz bietet. Es ist aber eine Verschärfung durch Vertragsstrafe möglich,⁴⁹⁶ was uU eine ausreichend abschreckende Wirkung entfaltet, um die beteiligte Gesellschaft vom unerwünschten Geschäft abzuhalten.

Wirksamer als eine schuldrechtliche Regelung ist die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts, welches ausdrücklich für den Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung vereinbart wird. Hierbei kommen mehrere Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht. So kann man für jede einzelne Anteilsverschiebung ein Aufgriffsrecht vereinbaren, sodass den Aufgriffsberechtigten bei jeder Anteilsverschiebung einer beteiligten Gesellschaft das Recht zum Aufgriff zukommt. Nachteil einer solchen Vereinbarung ist aber die schwere Umsetzbarkeit, da dies den Handel mit den Anteilen stark einschränken würde. Denn selbst wenn die Berechtigten die Anteile nicht übernehmen wollen, müsste bis zum Ablauf der Aufgriffsfrist oder bis zur Mitteilung der Berechtigten, dass sie vom Aufgriffsrecht keinen Gebrauch machen, abgewartet werden. Zudem werden die Aufgriffsberechtigten ja nicht an

⁴⁹⁴ *Liebscher*, ZIP 2003, 828; *Reichert/Weller*, Der GmbH-Geschäftsanteil – Übertragung und Vinkulierung § 15 Rz 376; kritisch *Lutter/Grunewald*, AG 1989, 411; *Karollus/Artmann*, GesRZ 2001, 67; *Winter/Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG I § 15 Rz 259.

⁴⁹⁵ *Winter/Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG I § 15 Rz 260; *Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG¹⁰ (2006) § 15 Rz 111a.

⁴⁹⁶ *Reichert/Weller*, Der GmbH-Geschäftsanteil § 15 Rz 385.

jeder Anteilsverschiebung interessiert sein. Sinnvoller ist daher das Aufgriffsrecht nur für jenen Fall zu vereinbaren, in dem sich die Beteiligungsverhältnisse dergestalt ändern, dass es zu einem Wechsel der Kontrolle kommt. Diese Vereinbarung ist zweckgerichteter, da das Aufgriffsrecht dann nur in jenen Fällen schlagend wird, die eine Gefahr für die Gesellschafterstruktur darstellen. Mit einer solchen Vereinbarung kann verhindert werden, dass sich die Herrschaft über die beteiligte Gesellschaft – gegen den Willen der Berechtigten – ändert. Es sollte aber stets bedacht werden, dass die Aufgriffsberechtigten zumeist keinen Einblick in die Geschäfte anderer beteiligter Gesellschafter haben und so uU gar nicht davon erfahren, dass es zu einer Anteilsverschiebung in der beteiligten Gesellschaft gekommen ist. Es empfiehlt sich daher, schon im Gesellschaftsvertrag Informations- oder Anbietungspflicht zu vereinbaren, die die Kenntnis der Berechtigten vom Eintritt des Aufgriffsfalls gewährleistet.

D. Aufgriffsrecht im Fall der Gesamtrechtsnachfolge

1. Allgemeines

Neben der Möglichkeit der Einzelrechtsnachfolge steht es einer GmbH als Kapitalgesellschaft frei, Umgründungsmaßnahmen zu treffen. In Betracht kommen dabei die Verschmelzung, die Spaltung und die Umwandlung. Ist bei einer solchen Umgründung eine Gesellschaft beteiligt, deren Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht vorsieht, ist das Schicksal dieser Vereinbarung fraglich. Wie bei der mittelbaren Anteilsverschiebung besteht dabei nämlich die Gefahr, dass die Gesellschafter ein Aufgriffsrecht für den Fall der Veräußerung vereinbart haben, mit dem verhindert werden soll, dass es ohne die Kontrolle der Berechtigten zu einem Gesellschafterwechsel kommt. Allerdings wurde uU bei der Vertragsgestaltung gar nicht an den Umgründungsfall gedacht, bei dem es auch zu einem Gesellschafterwechsel kommt. Im Folgenden möchte ich auf das Aufgriffsrecht im Fall der Verschmelzung und der Spaltung näher eingehen.

2. Verschmelzung

Bei der Verschmelzung handelt es sich um einen Vorgang, bei dem - unter Ausschluss der Liquidation – entweder eine oder mehrere Gesellschaften ihr Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere bestehende Gesellschaft übertragen (Verschmelzung zur Aufnahme) oder zwei oder mehrere Gesellschaften ihr Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine von ihnen neu gegründete Gesellschaft übertragen (Verschmelzung zur Aufnahme). Merkmal beider Varianten ist jedenfalls die Gesamtrechtsnachfolge, wobei ihre Wirkungen gem § 225a Abs 3 AktG durch die Eintragung bei der übertragenden Gesellschaft eintreten.⁴⁹⁷ Im Rahmen der Universalsukzession geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft einschließlich ihrer Verbindlichkeiten auf die übernehmende Gesellschaft über⁴⁹⁸ und die übertragende Gesellschaft erlischt (§ 96 Abs2 GmbHG iVm § 225a Abs 3AktG).

⁴⁹⁷ Kalss, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung A § 225a Rz 8.

⁴⁹⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 96 Rz 23.

a) Zustimmungsrecht gem § 99 GmbHG

Ist im Gesellschaftsvertrag einer der beteiligten Gesellschaften ein Zustimmungsrecht vorgesehen, so bedarf der Verschmelzungsbeschluss gem § 99 Abs 2 GmbHG der Zustimmung dieser Gesellschafter. Mit dieser Regelung wird den Zustimmungsberechtigten ihr Recht auch für den Fall der Verschmelzung ausdrücklich zuerkannt. Nach dem Wortlaut des § 99 Abs 2 GmbHG kommt das Zustimmungsrecht aber nur bei der Vinkulierung zur Anwendung und müsste in Bezug auf das Aufgriffsrecht abgelehnt werden. Allerdings ist kein Grund ersichtlich warum man § 99 Abs 2 GmbHG nicht auch auf Aufgriffsrechte anwenden könnte. Die Regelung ist ja an den § 76 GmbHG angelehnt und bedarf deswegen nur der besonderen Formulierung, da sich zwar der Gesellschafterkreis ändert, die Geschäftsanteile aber nicht iSd § 76 GmbHG übertragen werden.⁴⁹⁹ Der Wertung des § 99 Abs 2 GmbHG ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Interessen derjenigen Gesellschafter schützen wollte, die sich besondere Rechte für den Fall der Übertragung vorbehalten haben. Das trifft für das Aufgriffsrecht aber genauso wie für die Vinkulierung zu; mit beiden wird die Kontrolle über den Mitgliederbestand bezweckt. Obwohl der Wortlaut des § 99 Abs 2 GmbHG nur vom Zustimmungsrecht spricht, sollte diese Bestimmung meines Erachtens daher auch analog auf Aufgriffsrechte Anwendung finden.

Die Lehre geht zudem davon aus, dass sich bei Aufgriffsrechten ein Zustimmungsrecht nach § 99 Abs 1 GmbHG ergibt, wenn das Aufgriffsrecht als Sonderrecht ausgestaltet ist.⁵⁰⁰ Nach dieser Bestimmung bedarf der Verschmelzungsbeschluss der Zustimmung jener Gesellschafter (der übertragenden Gesellschaft), denen im Gesellschaftsvertrag Rechte eingeräumt wurden, die durch die Verschmelzung beeinträchtigt werden, es sei denn, den Gesellschaftern wird in der übernehmenden oder neuen Gesellschaft ein gleichwertiges Recht gewährt. Ob der Aufgriffsberechtigte ein Zustimmungsrecht gem § 99 Abs 1 GmbHG zum Verschmelzungsbeschluss hat, hängt daher davon ab, ob das Aufgriffsrecht als ein solches Sonderrecht iSd § 99 Abs 1 GmbHG zu qualifizieren ist. Das Gesetz zählt die Rechte in der Geschäftsführung der Gesellschaft oder bei der Bestellung der Geschäftsführer oder des Aufsichtsrats auf; es handelt sich dabei aber um eine demonstrative Aufzählung. Nach *Kalss* sind darunter vor allem Sonderrechte zu verstehen, die dem betroffenen Gesellschafter als solchem zustehen und nur mit seiner Zustimmung entzogen werden können. Da es sich bei einem gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrecht um ein solches Recht

⁴⁹⁹ Ansonsten liefe die Regelung ins Leere; s *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung G § 99 Rz 13.

⁵⁰⁰ *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung G § 99 Rz 13; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 99 Rz 6.

handelt, kann man vom Vorliegen eines Rechts iSd § 99 Abs 1 GmbHG ausgehen.⁵⁰¹ Mit dem Aufgriffsrecht wird ja gerade einzelnen oder allen übrigen Gesellschaftern ein Recht eingeräumt, dass nur mit ihrer Zustimmung wieder aufgehoben werden kann. Somit ist davon auszugehen, dass den aufgriffsberechtigten Gesellschaftern im Rahmen der Verschmelzung ein Zustimmungsrecht gem § 99 Abs 1 GmbHG zukommt. Der Anwendungsbereich des Zustimmungsrechts ist aber insofern eingeschränkt, als es nur Aufgriffsberechtigte der übertragenden Gesellschaft betrifft. Wurde das Aufgriffsrecht hingegen den Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft eingeräumt, können sich diese nicht darauf berufen. Zu beachten ist weiters, dass gem § 99 Abs 1 GmbHG eine Zustimmung nicht erforderlich ist, wenn den Gesellschaftern in der übernehmenden oder neu gegründeten Gesellschaft ein gleichwertiges Recht eingeräumt wird. Dies bedeutet, dass es dann keines Zustimmungsrechts bedarf, wenn den aufgriffsberechtigten Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft auch in der übernehmenden oder neu gegründeten Gesellschaft ein solches Aufgriffsrecht eingeräumt wird.⁵⁰² Neben dem § 99 Abs 1 und 2 GmbHG bedarf der Verschmelzungsbeschluss gem § 99 Abs 4 GmbHG weiters dann der Zustimmung aller Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, wenn die Geschäftsanteile der übertragenden Gesellschaft frei übertragbar sind und der Gesellschaftsvertrag der übernehmenden Gesellschaft eine Vinkulierungsklausel enthält oder die Übertragung der Geschäftsanteile von sonstigen Voraussetzungen abhängig macht. Hinter dieser Bestimmung steht der Gedanke, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nicht ihre freie Dispositionsfähigkeit oder den Anteil einbüßen sollen.⁵⁰³ War demnach in der übertragenden Gesellschaft kein Aufgriffsrecht vorgesehen, sieht jedoch der Gesellschaftsvertrag der übernehmenden Gesellschaft ein solches vor, bedarf der Verschmelzungsbeschluss der Zustimmung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft.

⁵⁰¹ Siehe schon oben V.B.2.b.; vgl auch OGH 26.02.1998, 6 Ob 335/97a: „*Aufgriffsrechte oder Vorkaufsrechte eines Gesellschafters einer Gesellschaft mbH sind - zumindest wenn sie individuell eingeräumt werden - Sonderrechte, die nur mit Zustimmung des Berechtigten im Wege einer Satzungsänderung beschränkt oder abgeändert werden dürfen.*“

⁵⁰² Bei der rechtsformübergreifenden Verschmelzung wird dies schwieriger sein, weil bei der AG die Einräumung von Sonderrechten in viel geringerem Maß zulässig ist; siehe *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung G § 99 Rz 11.

⁵⁰³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 99 Rz 8.

b) Fallkonstellationen

Im Rahmen der Verschmelzung kommen verschieden Varianten in Betracht, die jeweils unterschiedlich zu behandeln sind.

(i) An der A-GmbH sind zwei Gesellschafter, die B- GmbH und die C-GmbH, beteiligt. Die Satzung der A-GmbH sieht ein Aufgriffsrecht für den Fall der Veräußerung vor. In Folge kommt es zur Verschmelzung der D-GmbH auf die A-GmbH.

Fraglich ist, ob den Aufgriffsberechtigten der übernehmenden Gesellschaft, der B- GmbH und der C-GmbH, in diesem Fall ein Zustimmungsrecht nach § 99 GmbHG zukommt. Wie schon ausgeführt, sollte § 99 Abs 2 GmbHG auch bei Aufgriffsrechten zur Anwendung kommen, sodass der B-GmbH und der C-GmbH ein Zustimmungsrecht zum Verschmelzungsbeschluss zukommt. Befürchten sie daher, dass es aufgrund der Verschmelzung zu einem unerwünschten Gesellschafterwechsel kommt, können sie dies mittels Zustimmungsverweigerung verhindern. Umgekehrt haben – soweit die D-GmbH auch ein Aufgriffsrecht vorsieht - die Aufgriffsberechtigten der D-GmbH (übertragende Gesellschaft) ein Zustimmungsrecht, und zwar sowohl nach §§ 99 Abs 1 als auch nach Abs 2 GmbHG. Waren die Anteile der D-GmbH vor der Verschmelzung frei übertragbar, kommt allen Gesellschaftern (und nicht nur den Aufgriffsberechtigten) dieser Gesellschaft ein Zustimmungsrecht gem § 99 Abs 4 GmbHG zu.

(ii) An der A-GmbH sind zwei Gesellschafter, die B- GmbH und die C-GmbH, beteiligt. Die Satzung der A-GmbH sieht ein Aufgriffsrecht für den Fall der Veräußerung vor. In Folge kommt es zur Verschmelzung der A-GmbH auf die D-GmbH.

Es stellt sich die Frage, ob den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft, der B-GmbH und der C-GmbH, in diesem Fall ein Zustimmungsrecht zukommt. Wiederum ist ein solches zunächst nach § 99 Abs 2 GmbHG zu bejahen. Zudem haben – soweit die D-GmbH ein Aufgriffsrecht vorsieht - diese Aufgriffsberechtigten (der übernehmenden Gesellschaft) ein Zustimmungsrecht gem § 99 Abs 2 GmbHG. Weiters kommt aber auch ein Zustimmungsrecht der B-GmbH und der C-GmbH gem § 99 Abs 1 GmbHG in Betracht.

Allerdings kann ein solches entfallen, wenn ihnen in der D-GmbH (übernehmende Gesellschaft) ein gleichwertiges Recht eingeräumt wird. Die Anwendung dieser Regelung ist aber nicht befriedigend, da damit der mit dem Aufgriffsrecht bezweckte Schutz unterlaufen wird. Mit dem Aufgriffsrecht sollen die Berechtigten ja die Möglichkeit haben, den Gesellschafterbestand zu kontrollieren und/oder eine Machtverschiebung zu verhindern. Entfällt das Zustimmungsrecht, weil der B- GmbH und der C-GmbH in der D-GmbH auch ein Aufgriffsrecht eingeräumt wird, bringt ihnen dies nichts mehr, da es bereits zur Änderung des Gesellschafterbestands gekommen ist.

(iii) An der A-GmbH sind zwei Gesellschafter, die B- GmbH und die C-GmbH, beteiligt. Die Satzung der A-GmbH sieht ein Aufgriffsrecht für den Fall der Veräußerung vor. In Folge kommt es zur Verschmelzung der B-GmbH auf die D-GmbH.

Fraglich ist, ob den Gesellschaftern der C-GmbH in diesem Fall ein Zustimmungsrecht zukommt. Dies ist abzulehnen, da die §§ 99 Abs 1, 2 und 4 GmbHG jeweils nur die beteiligten Gesellschaften betreffen. Da aber die C-GmbH weder übertragende noch übernehmende Gesellschaft ist, hat sie kein Zustimmungsrecht. Allerdings ist fraglich, ob die Verschmelzung der B-GmbH auf die D-GmbH das Aufgriffsrecht auslöst, ob also ein für den Fall der Veräußerung eingeräumtes Aufgriffsrecht auch im Fall der Verschmelzung Wirksamkeit entfaltet. Die Rechtsfolgen der Veräußerung einerseits und der Verschmelzung andererseits sind ja nach dem Zweck des Aufgriffsrechts dieselben. Durch die Verschmelzung der B-GmbH auf die D-GmbH kommt es zum Untergang der B-GmbH, weshalb die C-GmbH es nun mit einen neuen Mitgesellschafter zu tun hat. Gerade für diesen Fall werden Aufgriffsrechte vereinbart, weshalb sich die Frage stellt, ob die Aufgriffsberechtigten auch im Fall der Verschmelzung von ihrem Aufgriffsrecht Gebrauch machen können.

Eine ausdrückliche Regelung für diesen Fall findet sich nicht im Gesetz,⁵⁰⁴ allerdings hat sich die Lehre und Rechtsprechung schon weitgehend mit dieser Problematik befasst. So ist nach der herrschenden Literatur bei Vorliegen einer Vinkulierung die Zustimmung der Berechtigten nicht erforderlich.⁵⁰⁵ Für *Kalss* zeigt sich darin die Rechtsfolge der

⁵⁰⁴ *Grünwald*, Umwandlung-Verschmelzung-Spaltung; Der Rechtsübergang bei unternehmensrechtlichen Strukturmaßnahmen (1996) 294.

⁵⁰⁵ *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung G § 99 Rz 14 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 96 Rz 6a; *Fries*, Handbuch der Verschmelzungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen nach dem Aktiengesetz (1993) 69; *Grünwald*, Umwandlung-Verschmelzung-Spaltung 305; für die AG *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*,

Vermögensübertragung kraft Gesamtrechtsnachfolge,⁵⁰⁶ bei der die übernehmende Gesellschaft in sämtliche Rechtspositionen der übertragenden Gesellschaft eintritt. *Koppensteiner/Rüffler* argumentieren, dass § 76 Abs 2 GmbHG einen schuldrechtlichen und dinglichen Vertrag voraussetzt, was auf die Gesamtrechtsfolge jedoch nicht zutreffe.⁵⁰⁷ Auch werde durch eine – nicht verbotene – Konzernierung derselben Effekt erreicht.⁵⁰⁸ Auch die Rechtsprechung hat sich der Auffassung der Lehre angeschlossen, wonach eine Gesamtrechtsnachfolge keine Abtretung von Geschäftsanteilen, also keinen Vinkulierungsfall, darstellt und nicht die Zustimmung der Berechtigten einzuholen ist.⁵⁰⁹

Die von der Lehre zur Vinkulierung getätigten Ausführungen können auch für das Aufgriffsrecht übernommen werden, da auch hier die Gefahr besteht, dass die Aufgriffsberechtigten nach der Verschmelzung neuen Gesellschaftern gegenüberstehen, ohne dass sie von ihrem Recht Gebrauch machen konnten. Auch nach der Rechtsprechung des OGH teilen Aufgriffsrechte im Falle der Verschmelzung dasselbe Schicksal wie die Vinkulierung und entfalten keine Wirksamkeit.⁵¹⁰ Anzumerken ist allerdings, dass das von *Koppensteiner/Rüffler* vorgebrachte Argument, dass derselbe Effekt auch über einen anderen Weg erreicht werden kann, meiner Ansicht nach nicht besonders überzeugend erscheint. Zwar ist das Ergebnis sowohl bei der Verschmelzung als auch bei der Konzernierung ähnlich, da sich die Herrschaft über die Gesellschaft, die den vinkulierten Anteil hält, ändert, ohne dass die Berechtigten diese Änderung ablehnen konnten. Jedoch ändert sich bei der Gesamtrechtsnachfolge tatsächlich die Person des Gesellschafters (die übernehmende Gesellschaft wird neuer Gesellschafter), während sich bei der Konzernierung nur die Beteiligungsverhältnisse am Gesellschafter ändern, nach außen aber noch immer dieselbe Gesellschaft beteiligt ist. Das Argument, dass der Übergang bei der Gesamtrechtsnachfolge zu bejahen ist, weil derselbe Effekt auch über andere Umwege erreicht werden kann, reicht meiner Ansicht nach daher als Begründung nicht aus. Im Ergebnis ist aber der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zu folgen, sodass ein gesellschaftsvertragliches Zustimmungs- oder Aufgriffsrecht nicht den Anteilsübergang im Rahmen einer Verschmelzung verhindern

Kommentar zum AktG⁴ (2004) § 62 Rz 6; *Vossius* in Widmann/Meyer, Kommentar zum Umwandlungsrecht (2002) § 20 Rz 156; *Kübler* in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz² (2007) § 20 Rz 22.

⁵⁰⁶ *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung S § 10 Rz 7.

⁵⁰⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 99 Rz 7.

⁵⁰⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 99 Rz 6a.

⁵⁰⁹ OGH 19.11.2007, 1 Ob 130/07k.

⁵¹⁰ Der Wortlaut der Entscheidung (1 Ob 130/07k) lautet: „Die Gesamtrechtsnachfolge auf Grund von Verschmelzung ist daher keine „Abtretung von Geschäftsanteilen“ im Sinne von Punkt VII des Gesellschaftsvertrags der Beklagten. Das dort vereinbarte Zustimmungs- bzw Aufgriffsrecht ist somit für den gegebenen Fall zu verneinen.“

kann. Zu beachten ist auch, dass selbst bei Annahme der Unwirksamkeit der Übertragung wegen Nichtbeachtung der Übertragungsbeschränkung eine dennoch vorgenommene Verschmelzung große Probleme mit sich bringen würde. Dies würde nämlich zur Unwirksamkeit der Übertragung führen, weshalb die übertragende Gesellschaft weiterhin den Geschäftsanteil halten müsste. Durch die Eintragung der Verschmelzung ist die übertragende Gesellschaft jedoch erloschen. Es würde somit keine Gesellschaft mehr bestehen, die den Geschäftsanteil halten könnte;⁵¹¹ der Anteil wäre „herrenlos“.

c) Aufgriffsrecht für den Fall der Verschmelzung

Es kann im Gesellschaftsvertrag aber auch ausdrücklich ein Aufgriffsrecht für den Fall der Verschmelzung vorgesehen werden.⁵¹² Natürlich muss man bei der Vereinbarung einer solchen gesellschaftsvertraglichen Klausel auf eine möglichst genaue Beschreibung des auslösenden Moments (Aufgriffsfalls) achten. Es empfiehlt sich ein Zeitpunkt, der vor Eintragung der Verschmelzung liegt, da die absolute Wirkung des Aufgriffsrechts sonst dazu führen würde, dass die schon erloschene Gesellschaft weiterhin den Anteil halten müsste. *Fantur* führt in diesem Zusammenhang aus, dass für den Fall, dass es bereits zu einer Übertragung gekommen ist, ein weitere Klausel vorgesehen werden kann, die eine Verpflichtung der Rechtsnachfolger zur Übertragung vorsieht.⁵¹³ Diese Regelung stellt sich so wie bei den Todesfällen dar, bei denen der Erbe zur Übertragung verpflichtet wird. Zwar ist eine solche Vereinbarung möglich, allerdings ist sie meiner Ansicht nach die weniger praktikable, da es eines zusätzlichen Schrittes (zuerst geht der Geschäftsanteil über und erst dann wird das Aufgriffsrecht schlagend) bedarf. Besser ist es, wenn das Aufgriffsrecht an einen Zeitpunkt vor der Verschmelzung geknüpft wird. So wie auch bei der mittelbaren Anteilsverschiebung empfiehlt es sich ein Informations- oder Anbietungsrecht der Verpflichteten vorzusehen, da die Aufgriffsberechtigten in vielen Fällen sonst keine Kenntnis von der Verschmelzung (dem Aufgriffsfall) erlangen würden.

⁵¹¹ *Grünwald*, Umwandlung-Verschmelzung-Spaltung 306.

⁵¹² So auch *Fantur*, Entscheidungsanmerkung zu 1 Ob 130/07k, GeS 2008, 61; *Fellner*, Erstreckung gesellschaftsvertraglicher Abtretungs- und Verfügungsverbote an GmbH-Geschäftsanteilen auf Fälle der Übertragung durch Abspaltung und Verschmelzung, GeS 2008, 147.

⁵¹³ Siehe hierzu *Fantur*, GeS 2008, 61.

3. Spaltung

Bei einer Spaltung handelt es sich um einen Vorgang, bei dem Teile des Vermögens der spaltenden Gesellschaft auf andere Gesellschaften übertragen werden und die Gesellschafter der spaltenden Gesellschaft dafür Anteile an den übernehmenden Gesellschaften erlangen, wobei die Anteilsgewähr nicht zwingend ist.⁵¹⁴ Bei der Spaltung kann man zwischen der Aufspaltung, bei der die spaltende Gesellschaft aufgelöst wird und ihr Vermögen auf mehrere Gesellschaft übergeht, und der Abspaltung, bei der die spaltende Gesellschaft bestehen bleibt und ein oder mehrere Vermögensteile auf eine oder mehrere Gesellschaften übergehen, unterscheiden. Wird das Vermögen auf eine neu zu errichtende Gesellschaft übertragen, spricht man von einer Spaltung zur Neugründung. Geht das Vermögen allerdings auf eine schon bestehende Gesellschaft über, handelt es sich um eine Spaltung zur Aufnahme.

a) Zustimmungsrecht gem § 10 SpaltG

So wie bei der Verschmelzung (§ 99 Abs 2 GmbHG) bestimmt § 10 Abs 1 SpaltG, dass der Spaltungsbeschluss bei Beeinträchtigung von Rechten, die im Gesellschaftsvertrag einem oder einzelnen Anteilsinhabern eingeräumt wurden, der Zustimmung dieses Gesellschafters bedarf. Da es sich bei Aufgriffsrechten um solche im Gesellschaftervertrag eingeräumte Rechte handelt,⁵¹⁵ kommt auch bei der Spaltung den aufgriffsberechtigten Gesellschaftern ein Zustimmungsrecht zu. Gem § 10 SpaltG kann das Zustimmungsrecht aber entfallen, wenn in den beteiligten Gesellschaften ein gleichwertiges Recht vorgesehen wird. Wie bei der Verschmelzung kann mit der Einräumung eines gleichwertigen Rechts aber nicht jene Gefahr verhindert werden, die mit dem Aufgriffsrecht hintangehalten werden soll, da die Gesellschafter sich dennoch einem anderen Gesellschafterkreis gegenübersehen, ohne dass sie sich dagegen wehren konnten. Gem § 10 Abs 3 SpaltG bedarf der Spaltungsbeschluss der Zustimmung aller Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, wenn in der übertragenden Gesellschaft die Anteile frei übertragbar sind, jedoch in der neu errichteten Gesellschaft die Übertragung der Anteile von bestimmten Voraussetzungen, insbesondere von der

⁵¹⁴ Kalss, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung S vor § 1 Rz 5.

⁵¹⁵ Siehe zur näheren Begründung schon bei der Verschmelzung VI.D.2.a.

Zustimmung der Gesellschaft, abhängig ist. Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen dem § 99 Abs 4 GmbHG.

So wie bei der Verschmelzung sind auch bei der Spaltung mehrere Gestaltungsvarianten, die ein Zustimmungsrecht der beteiligten Gesellschaften auslösen können, möglich. Da sich die Situation bei der Spaltung aber weitaus diffiziler darstellt, weil jeweils zwischen der Spaltung zu Aufnahme und der Spaltung zu Neugründung unterschieden werden muss und da das Zustimmungsrecht für das Thema dieser Arbeit nachrangig ist, wird an dieser Stelle in erster Linie das Schicksal des Aufgriffsrechts für den Fall behandelt, dass ein Mitgesellschafter seinen Anteil spaltet.

b) Wirksamkeit des Aufgriffsrechts im Fall der Spaltung

Zunächst ist – so wie bei der Verschmelzung – ein Zustimmungsrecht eines Mitgesellschafter im Fall der Spaltung zu verneinen, da § 10 SpaltG jeweils nur die Gesellschafter der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft betrifft. Wieder stellt sich aber die Frage, ob ein Aufgriffsrecht für den Fall der Veräußerung im Rahmen der Spaltung Wirksamkeit entfaltet. Sowohl bei der „normalen“ Veräußerung als auch bei der Spaltung kann es ja dazu kommen, dass die Gesellschafter einem anderen Gesellschafterkreis gegenüberstehen. Während sie dies durch Vereinbarung eines Aufgriffsrechts im Gesellschaftsvertrag im Falle der Veräußerung verhindern können, ist fraglich, ob ihnen dieses Recht auch im Fall der Spaltung zukommt. Folgt man der Auffassung, dass eine Gesamtrechtsnachfolge infolge der Spaltung auch eine Veräußerung darstellt und somit von der Aufgriffsklausel erfasst ist, haben die Berechtigten auch in diesem Fall das Recht zum Aufgriff.

So wie bei der Verschmelzung findet sich auch im SpaltG keine einschlägige Bestimmung, die Auskunft über das Schicksal von Aufgriffsrechten im Fall der Spaltung gibt. Allerdings wird von der Literatur (mit denselben Argumenten wie bei Verschmelzung⁵¹⁶) überwiegend die Auffassung vertreten, dass vinkulierte Geschäftsanteile auch ohne die Zustimmung des bzw der Berechtigten übergehen.⁵¹⁷ Gegen diese Auffassung richten sich allerdings *Fantur/Zehetner* in Bezug auf die (Ab-) Spaltung. Ergibt sich aus der Auslegung, dass von

⁵¹⁶ Siehe dazu oben VI.D.2.b.

⁵¹⁷ *Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung S § 10 Rz 7; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 101 Rz 35; für die Verschmelzung: *Fries*, Handbuch 69; für die AG *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 61 Rz 6.

der Vinkulierungsklausel nach dem Willen der Gesellschafter auch die Übertragung mittels Spaltung betroffen sein soll, so bedarf es ihrer Ansicht nach der Zustimmung der Berechtigten.⁵¹⁸ Allerdings muss auch ihrer Auffassung nach (zumindest noch momentan) angesichts der herrschenden Ansicht davon ausgegangen werden, dass eine gesellschaftsvertragliche Vinkulierungsklausel eine Übertragung des Anteils im Wege einer Spaltung nicht verhindern kann.⁵¹⁹ Wiederum können die für Vinkulierungsklauseln angestellten Überlegungen auch für das Aufgriffsrecht übernommen werden, sodass die Wirksamkeit des Aufgriffsrechts im Fall der Spaltung zu verneinen ist.

c) Aufgriffsrecht für den Fall der Spaltung

Möchten sich die Gesellschafter nicht nur für den Fall der „normalen“ Veräußerung eines Geschäftsanteils absichern, sondern auch für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge in Folge einer Spaltung, steht es ihnen frei, ein Aufgriffsrecht für diesen Fall zu vereinbaren. Wie auch bei der Verschmelzung empfiehlt sich eine möglichst genaue Beschreibung des Aufgriffsfalls, wobei vor allem auf den Zeitpunkt des Entstehens der Aufgriffsrechts zu achten ist. In vielen Fällen wird ein Informations- oder Anbietungsrecht der Verpflichteten nützlich sein.⁵²⁰

⁵¹⁸ *Fantur/Zehetner*, *ecolex* 2000, 510; so auch *Grünwald*, Probleme des Rechtsübergangs bei Spaltungen, *GesRZ* 1995, 114.

⁵¹⁹ *Fantur/Zehetner*, *ecolex* 2000, 512.

⁵²⁰ Siehe schon oben zur Verschmelzung VI.D.2.c.

E. Aufgriffsrecht im Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters

1. Allgemeines

Fraglich ist zunächst, inwiefern ein Ausschluss eines Gesellschafters bei der GmbH überhaupt zulässig ist. Gesetzlich vorgesehen ist ein Ausschluss nämlich nur, wenn ein Gesellschafter mit seiner Einlagenleistung säumig ist;⁵²¹ ansonsten sieht das GmbHG keinen Ausschluss von Gesellschaftern vor. Allerdings wird von der herrschenden Lehre die Vereinbarung eines Ausschlusses aus wichtigem Grund im Gesellschaftsvertrag – analog zu § 140 UGB für Personengesellschaften – als zulässig erachtet.⁵²² Dieser Auffassung hat sich auch die Rechtsprechung angeschlossen.⁵²³ Jedenfalls wirksam ist daher die Vereinbarung des Ausschlusses aus wichtigem Grund. Ein solcher wichtiger Grund wird dann angenommen, wenn den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem auszuschließenden Gesellschafter wegen seines Verhaltens oder seiner Persönlichkeit nicht mehr zuzumuten ist, seine weitere Mitgliedschaft also den Fortbestand der Gesellschaft unmöglich macht oder doch ernstlich gefährdet, wobei jeweils die Umstände des Einzelfalls ausschlaggebend sind.⁵²⁴ Die Literatur nimmt solche wichtige Gründe etwa bei schweren Pflichtverletzungen oder einer Vielzahl kleiner Pflichtverstöße, Verletzung der Treuepflicht, Zerstörung des Vertrauensverhältnisses, treuwidriger Zusammenarbeit mit Konkurrenzunternehmen, Verlust gesellschaftsvertraglich geforderter persönlicher Eigenschaften oder sonstiger Voraussetzungen etc an.⁵²⁵ Den Gesellschaftern steht es frei, im Gesellschaftsvertrag die Voraussetzungen des Ausschlusses, insbesondere die Ausschlussgründe, zu präzisieren und zu erweitern.⁵²⁶ Offen ist aber bislang die Frage, ob gesellschaftsvertraglich auch ein Ausschluss ohne Grund vorgesehen werden kann. Vom BGH wird die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen wegen Sittenwidrigkeit verneint.⁵²⁷ Eine österreichische Rechtsprechung zu dieser Frage gibt es – soweit ersichtlich – bisher noch

⁵²¹ Sog Kaduzierung: §§ 66, 73 GmbHG.

⁵²² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 71 Rz 11 f; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 425; *Rüffler*, Ausschluss von Gesellschaftern und Übertragungsverpflichtungen, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 71 f.

⁵²³ OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95.

⁵²⁴ *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz¹⁸ (2006) Anh § 34 Rz 3.

⁵²⁵ *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz¹⁸ Anh § 34 Rz 3 f; *Koppensteiner* in *Straube UGB, HGB online* (2003) § 133 Rz 7.

⁵²⁶ *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz¹⁸ Anh § 34 Rz 16; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 71 Rz 15.

⁵²⁷ BGH 19.09.2005, II ZR 342/03; für weitere Nachweise siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 71 Rz 15.

nicht. In der Lehre wird teilweise der Ansicht des BGH gefolgt und die Zulässigkeit verneint.⁵²⁸ Dies vor allem mit dem Argument, dass der Gesellschafter sonst ständig unter dem Damoklesschwert der Hinauskündigung stehen würde. Gegen dieses Argument wird jedoch vorgebracht, dass mit schuldrechtlichen Vereinbarungen, bei denen man eine Ausschlussmöglichkeit auch ohne Grund vereinbaren kann, bei geschickter Vertragsgestaltung eine nahezu korporationsrechtliche Wirkung erzielt werden kann. Außerdem wird argumentiert, dass sich der Gesellschafter freiwillig der Ausschlussmöglichkeit aussetzt und selbst über seine Rechtsposition bestimmt, weshalb die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung des Ausschlusses ohne Grund zulässig sein soll.⁵²⁹

2. Zweck

Vereinbaren die Gesellschafter die Ausschlussmöglichkeit eines Gesellschafters, so werden sie damit in erster Linie darauf abzielen, nicht an einen Gesellschafter, welcher nicht (mehr) die erwünschten Voraussetzungen erbringt, gebunden zu sein. Kommt ein Gesellschafter etwa seinen Pflichten nicht nach oder wird das unter den Gesellschaftern bestehende Vertrauensverhältnis sonst zerstört, wird eine Weiterarbeit mit dem „schuldigen“ Gesellschafter nicht erwünscht oder sogar nicht mehr möglich sein. Oft werden die Gesellschafter für so einen Fall vorsorgen wollen, indem sie eine Ausschlussmöglichkeit vereinbaren. Welche Gründe dafür vorliegen müssen, kommt jeweils auf die Gesellschaft und die Vorstellung der Gesellschafter an. So wird eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Gesellschaftern, die verwandt oder befreundet sind, auch stark von der Beziehung außerhalb der Gesellschaft abhängig sein, da gerade bei solchen Gesellschaften, die nicht nur eine Zweckverbindung darstellen, die Gefahr besteht, dass durch ein persönliches Zerwürfnis die Basis der Zusammenarbeit verloren geht.⁵³⁰ Als Folge eines solchen Zerwürfnisses kann sich nämlich innerhalb der Gesellschaft eine Pattstellung ergeben, die nur mit Hilfe einer Kündigung gelöst werden kann.⁵³¹ So kann etwa ein Gesellschafter, der sich in ein Familienunternehmen „eingeheiratet“ hat, aufgrund einer Scheidung nicht mehr in der Gesellschaft erwünscht sein. So wie bei einem Ehevertrag kann auch im Gesellschaftsvertrag schon im Vorhinein eine Regelung für den Fall der Scheidung getroffen werden.

⁵²⁸ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 680; mit Ausnahmen Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 85 und Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 71 Rz 15.

⁵²⁹ Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out (2006) Rz 506 und 508.

⁵³⁰ Elsner, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, eolcx 1995, 176.

⁵³¹ Vgl. Umfahrer, Die GmbH⁶ Rz 777.

Kann man daher vereinbaren, dass ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird, ist das aber meist nur „die halbe Miete“, denn fraglich ist, wer an die Stelle des ausgeschlossenen Gesellschafters tritt. Neben dem Ausschluss eines unerwünschten Gesellschafters werden die Gesellschafter nämlich kontrollieren und beeinflussen wollen, wer neuer Gesellschafter wird. Ist etwa ein Ausschlussrecht für den Fall der Verletzung des Vertrauensverhältnisses vorgesehen und wird dieses schlagend, wird wohl nicht erwünscht sein, dass ein x-beliebiger Erwerber anstelle des Ausgeschlossenen in die Gesellschaft eintritt (mit dem dann vielleicht genau dieselben Probleme bestehen). Vielmehr wird ein Interesse daran bestehen, auf die Person des neuen Gesellschafters Einfluss ausüben zu können. So wie auch beim Aufgriffsrecht für andere auslösende Momente ist daher Zweck des an den Ausschluss gebundenen Aufgriffsrechts die Kontrolle über den Gesellschafterbestand. Zudem stellt sich das Aufgriffsrecht als ein wichtiges Element des Ausschlussrechts dar, da – außer im Fall der Einziehung des Anteil durch die Gesellschaft im Rahmen der Kapitalherabsetzung - das Schicksal des Geschäftsanteils und insbesondere die Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters fraglich sind, weil der Anteil nicht von der Gesellschaft übernommen werden kann.⁵³²

3. Das Aufgriffsrecht für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters

In Gesellschaftsverträgen wird häufig ein Aufgriffsrecht für den Fall vorgesehen, dass ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. Auch in der Literatur wird die Ausschlussmöglichkeit fast⁵³³ immer im Zusammenhang mit der Übertragung des freiwerdenden Anteils an Berechtigte diskutiert.⁵³⁴ Die Verbindung von Ausschluss- und Aufgriffsrechten ist vor allem angesichts des Schicksals des Geschäftsanteils nach Ausschluss des Gesellschafters sinnvoll und notwendig. Grundsätzlich steht dem ausgeschlossenen Gesellschafter ein Anspruch auf Abfindung zu; ohne Vereinbarung eines

⁵³² Siehe dazu gleich unten VI.E.3.

⁵³³ *Koppensteiner/Rüffler* machen darauf aufmerksam, dass sich die bisher veröffentlichten Entscheidungen fast ausschließlich auf solche gesellschaftsvertragliche Bestimmungen beziehen, die verpflichtend den Übergang des Geschäftsanteil vorsehen, jedoch sollte ihrer Auffassung nach auch ein bloßer Ausschluss möglich sein; siehe hierzu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 71 Rz 11.

⁵³⁴ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 502; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 75; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 423.

Aufgriffsrechts ist die Aufbringung der Abfindung aber fraglich,⁵³⁵ da der Anteil von der Gesellschaft nicht übernommen werden kann, weil damit ansonsten die Bestimmungen über die Herabsetzung des Stammkapitals gem § 82 GmbHG verletzt werden.⁵³⁶ Die Abfindung durch die Gesellschaft selbst ist demnach unzulässig. Eine Einziehung des Geschäftsanteils durch die Gesellschaft ist zwar im Rahmen einer Kapitalherabsetzung möglich, damit ist aber ein relativ hoher Aufwand verbunden.⁵³⁷ Zudem kann eine Kapitalherabsetzung an der finanziellen Lage der Gesellschaft scheitern.⁵³⁸ Kann die Gesellschaft somit den ausgeschlossenen Gesellschafter nicht abfinden, muss er von den übrigen Gesellschaftern abgefunden werden. Diese werden dem Gesellschafter aber nur dann eine Abfindung leisten, wenn sie dafür - zumindest zum Teil – den Anteil übertragen bekommen.

a) Ausschlussverfahren

Der Ausschluss kann im Gesellschaftsvertrag unterschiedlich ausgestaltet sein. Wird ein Ausschluss mittels Klage vereinbart, ist fraglich, wer Kläger einer solchen Ausschlussklage ist. Während für Deutschland vertreten wird, dass Kläger die Gesellschaft ist,⁵³⁹ ist es in der österreichischen Literatur strittig, ob der Gesellschaft selbst oder den übrigen Gesellschaftern die Klägerrolle zukommt.⁵⁴⁰ Der Antrag lautet auf Ausschluss des Beklagten, wobei das Gericht das Vorliegen der Ausschlussvoraussetzungen zu prüfen hat. Die Wirkung des Urteils besteht folglich darin, dass der Beklagte aus der Gesellschaft ausgeschlossen ist.⁵⁴¹ In manchen Verträgen wiederum finden sich andere Ausschlussmodi, etwa ein Ausschluss mittels Gesellschafterbeschluss. Dass dies zulässig ist, folgt aus § 140 UGB, der auch bei den Personengesellschaften eine abweichende Vereinbarung zulässt.⁵⁴²

⁵³⁵ Nach der herrschenden Lehre in Deutschland hat das Ausschlussurteil unter der aufschiebender Bedingung zu ergehen, dass der Betrag nicht hinterlegt wird; vgl mwN und abweichendem Lösungsvorschlag *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz¹⁸ Anh § 34 Rz 12ff.

⁵³⁶ OGH 05.02.1974, 4 Ob 596/73.

⁵³⁷ Es bedarf dafür eines Beschlusses auf Abänderung des Gesellschaftsvertrags, der Anmeldung der beabsichtigen Herabsetzung des Stammkapitals, der Durchführung des Aufgebotsverfahrens einschließlich Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger und Anmeldung der Kapitalherabsetzung; siehe dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 54 Rz 2.

⁵³⁸ So *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 682.

⁵³⁹ *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz¹⁸ Anh § 34 Rz 8; *Sosnitza* in Michalski, GmbHG I (2002) Anh § 34 Rz 22.

⁵⁴⁰ Für das Klagsrecht der übrigen Gesellschafter *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 682 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rz 21; unklar *Harrer* in Frotz-FS 281.

⁵⁴¹ Vgl zu § 140 UGB *Koppensteiner* in Straube UGB, HGB online (2003) § 140 Rz 12f.

⁵⁴² *Koppensteiner* in Straube UGB, HGB online § 140.

Fraglich ist allerdings, wie in einem solchen Fall vom Aufgriffsrecht Gebrauch gemacht werden kann. Ist etwa eine Mitteilungs- oder Anbieterspflicht des Verpflichteten vorgesehen, müsste der bereits ausgeschlossene Gesellschafter den Geschäftsanteil anbieten. Von einer solchen Pflicht des „Nicht mehr - Gesellschafters“, seinen Anteil (der ihm „weggenommen“ wurde) anzubieten, kann man aber wohl nicht ausgehen. Der ausgeschlossene Gesellschafter kann ja nicht dazu verpflichtet werden, den Anteil anzubieten. Sinnvoller erscheint es daher, das Aufgriffsrecht nicht von einer Mitteilungs- oder Anbieterspflicht abhängig zu machen (was auch gegen die Qualifikation als Vorvertrag spricht⁵⁴³), sondern den Berechtigten ein Gestaltungsrecht einzuräumen, welches vom Eintritt des Aufgriffsfalls ausgelöst wird. Dies setzt wiederum voraus, dass die Berechtigten bereits Kenntnis vom Ausschluss (Aufgriffsfall) haben. Um die Information der Aufgriffsberechtigten sicherzustellen, empfiehlt es sich daher, im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren, dass sie durch die Geschäftsführer vom Urteil oder vom Beschluss in Kenntnis gesetzt werden.

4. Das Aufgriffsrecht als der „bessere Ausschluss“?

Bei Analyse des Aufgriffsrechts, welches an einen Ausschluss geknüpft ist, drängt sich die Frage nach dem Zweck einer solchen Vereinbarung auf, da mit einem „einfachen“ Aufgriffsrecht dasselbe Ergebnis erreicht werden kann. So kann für den Eintritt gewisser auslösender Momente ein Aufgriffsrecht vereinbart werden, welches den verpflichteten Gesellschafter dazu zwingt, seinen Geschäftsanteil zu übertragen. Als auslösendes Moment können dabei auch jene Gründe vereinbart werden, die auch einen Ausschluss rechtfertigen. Im Ergebnis muss der Gesellschafter sowohl beim Ausschlussrecht als auch beim Aufgriffsrecht seine Gesellschafterstellung aufgeben. Beim Aufgriffsrecht bedarf es aber keines Beschlusses oder keiner Klage um den Gesellschafter auszuschließen, vielmehr muss der Aufgriffsverpflichtete bei Eintritt des Aufgriffsfalls seinen Geschäftsanteil – soweit die Berechtigten von ihrem Recht Gebrauch machen – veräußern. Somit erscheint der Weg des Aufgriffsrechts einfacher und praktikabler als jener des Ausschlusses.

Fraglich ist natürlich, inwiefern die Überlegungen zum Ausschlussrecht in der GmbH auch auf Aufgriffsrechte anzuwenden sind. Dies insbesondere in Bezug auf die Frage, ob ein

⁵⁴³ Siehe dazu schon oben IV.B.1.c.

ausreichender Grund für einen Ausschluss vorliegt. Man könnte in diesem Zusammenhang ja argumentieren, dass ein Aufgriffsrecht nur soweit zulässig ist, als der Aufgriffsfall auch als Ausschlussgrund standhält. Folgt man der Auffassung des BGH und verneint die Zulässigkeit von Ausschlussrechten ohne wichtigen Grund, so müsste man diese Auffassung konsequenterweise auch auf Aufgriffsrechte anwenden. Dies ist aber meines Erachtens zu verneinen, da für die GmbH der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt. Vielmehr könnte man umgekehrt argumentieren, dass die Vertragsfreiheit in Bezug auf Aufgriffsrechte auch für die Beachtung der Privatautonomie in Bezug auf die Zulässigkeit des Ausschlusses ohne Grund spricht.⁵⁴⁴ Was als Aufgriffsfall zulässig ist, müsste demnach auch aus Ausschlussgrund ausreichen. Folgt man nämlich ansonsten der Auffassung, dass ein Ausschlussrecht unzulässig, so wäre es in der Praxis anzuraten, statt des Ausschlusses eben ein (zulässiges) Aufgriffsrecht zu vereinbaren.

⁵⁴⁴ Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 76.

F. Aufgriffsrecht im Fall der Kündigung

1. Allgemeines

So wie beim Ausschluss muss zunächst geprüft werden, ob eine Kündigung der Gesellschaft überhaupt zulässig ist. Gem § 84 Abs 1 GmbHG wird die Gesellschaft durch Zeitablauf bei Befristung, durch Gesellschafterbeschluss, durch Verschmelzung mit einer AG oder einer anderen GmbH, durch Konkurseröffnung, durch Verfügung der Verwaltungsbehörde oder durch Beschluss des Handelsgerichtes aufgelöst. Ein ordentliches Kündigungsrecht ist nicht ausdrücklich vorgesehen, jedoch können gem § 84 Abs 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag weitere Auflösungsgründe festgesetzt werden. Im Rahmen dieser Gestaltungsfreiheit steht es den Gesellschaftern frei, ein Kündigungsrecht vorzusehen. Die Einräumung eines solchen gesellschaftsvertraglichen Kündigungsrechts wird von der herrschenden Lehre⁵⁴⁵ anerkannt, wobei das Kündigungsrecht unbedingt eingeräumt oder an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden kann.⁵⁴⁶ Das Kündigungsrecht kann allen oder nur einzelnen Gesellschaftern eingeräumt werden.⁵⁴⁷ Weiters kann eine fristlose oder eine Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist vereinbart werden.⁵⁴⁸ Festgehalten werden kann somit, dass ein Kündigungsrecht zulässig ist, wobei es jedoch immer einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung bedarf. Ohne eine solche steht den Gesellschaftern diese Möglichkeit nicht zu.⁵⁴⁹

2. Zweck

In Bezug auf den Zweck der Kündigung kann auf den Ausschluss verwiesen werden.⁵⁵⁰ So wie der Ausschluss stellt die Kündigung oft die einzige Möglichkeit dar, eine Konfliktsituation zu lösen. Vor allem in Gesellschaften, die sich durch eine enge

⁵⁴⁵ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 675; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 84 Rz 25; Elsner, eolex 1995, 177; Umfahrer, Die GmbH⁶ Rz 774; Wünsch, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in Demelius-FS, 509; Harrer in Frotz-FS 285.

⁵⁴⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 84 Rz 25; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 675. In Betracht kommen etwa Konkurseröffnung, Tod, Vertrauensverlust, Pflichtverstoß etc.

⁵⁴⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 84 Rz 25.

⁵⁴⁸ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 675.

⁵⁴⁹ Allerdings spricht sich die herrschende Lehre für ein solches außerordentliches Kündigungsrecht aus, siehe etwa Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 671; Harrer in Frotz-FS 284 (jeweils mwN).

⁵⁵⁰ Siehe hierzu oben VI.E.2.

(freundschaftliche oder verwandtschaftliche) Beziehung ihrer Gesellschafter auszeichnen, kann ein Vertrauensverlust eine weitere Zusammenarbeit unmöglich machen. So wie beim Ausschlussrecht kann ein an die Kündigung geknüpftes Aufgriffsrecht den Zweck verfolgen, anstelle des wegfallenden Gesellschafters eine ausreichend vertrauenswürdige Person in den Gesellschafterkreis aufnehmen zu können. Bei der Kündigung kommt jedoch hinzu, dass - soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt wurde - die Kündigung die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. Dies folgt aus dem Umstand, dass die gesellschaftsvertragliche Kündigungsmöglichkeit einen weiteren Auflösungsgrund gem § 84 Abs 2 GmbHG darstellt. Wollen die Gesellschafter nicht, dass die Gesellschaft aufgelöst wird, sondern wollen sie die Gesellschaft fortsetzen, so reicht eine bloße Abfindung der Kündigenden nicht aus, da dies dem § 82 GmbHG widerspricht. Vielmehr muss der Geschäftsanteil übernommen werden.

3. Das Aufgriffsrecht für den Fall der Kündigung

Wollen die Gesellschafter einerseits, dass einzelnen oder allen Gesellschaftern das Recht auf Kündigung eingeräumt wird, möchten sie aber andererseits nicht, dass die Gesellschaft gegebenenfalls aufgelöst wird, sondern weiter bestehen kann, werden sie ein Aufgriffsrecht im Gesellschaftsvertrag vorsehen. Das Kündigungsverfahren kann dabei unterschiedlich ausgestaltet sein. Ist dafür ein Gesellschafterbeschluss vorgesehen, so bedarf es hierfür, wenn nichts anderes vereinbart wurde, der einfachen Stimmenmehrheit.⁵⁵¹ Es kann aber auch vereinbart werden, dass es nur der Auflösungserklärung eines einzigen Gesellschafters bedarf. So wie beim Aufgriffsrecht für den Fall des Ausschlusses bedarf es zur Ausübung des Aufgriffsrechts der Kenntnis vom Eintritt des Aufgriffsfalls durch die Berechtigten. Damit die Berechtigten von ihrem Recht Gebrauch machen können, müssen sie daher in Kenntnis vom Eintritt des Aufgriffsfalls gesetzt werden. Es ist aus diesem Grund anzuraten, im Gesellschaftsvertrag ein Verfahren vorzusehen, dass die Information der Berechtigten gewährleistet. So kann etwa vereinbart werden, dass der Kündigende seine Kündigungserklärung an alle Aufgriffsberechtigten zuzustellen hat oder dass die Geschäftsführung die Berechtigten davon zu informieren hat.⁵⁵²

⁵⁵¹ *Reich-Rohrwig* merkt hierbei zutreffend an, dass von der einfachen Stimmenmehrheit aber abzuraten ist, da sie dazu führt, dass ein Mehrheitsgesellschafter stets das Kündigungsrecht ausüben könnte, während dem Minderheitsgesellschafter die Hände gebunden wären; siehe hierzu *Reich-Rohrwig*, Nachfolgeregelung und Willensbildung in der Familienkapitalgesellschaft, in Bertl/Mandel/Mandel/Ruppe, Die Kapitalgesellschaft nach der Steuerreform 1988 (1989) 93.

⁵⁵² Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 25.

G. Aufgriffsrecht im Fall der Verpfändung

1. Allgemeines

Grundsätzlich können Geschäftsanteile frei verpfändet werden, es bedarf dafür weder einer besonderen Form noch einer Zustimmung.⁵⁵³ Fraglich ist daher, ob ein gesellschaftsvertragliches Aufgriffsrecht der freien Verpfändbarkeit entgegensteht.

a) Ad Vinkulierung

In der Lehre wurde die Frage, ob eine Vinkulierung für den Fall der Übertragung auch im Fall der Verpfändung des Anteils gilt, weitgehend erörtert. Für die Wirksamkeit der Vinkulierung spricht sich *Umfahrer* aus, der für diesen Fall einen „Größenschluss“ zieht. Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann seiner Ansicht nach daran auch kein vertragliches Pfandrecht bestellt werden.⁵⁵⁴ Entgegen dieser Auffassung erachtet *Torggler* eine Erweiterung für den Verpfändungsfall als nicht notwendig, da die Rechte der Zustimmungsberechtigten im Verfahren über die Verwertung ohnehin berücksichtigt werden.⁵⁵⁵ Für *Torggler* ist somit das im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Zustimmungserfordernis erst bei der Verwertung des verpfändeten Anteils zu beachten.⁵⁵⁶ Dieser Auffassung hat sich der Großteil der Lehre angeschlossen.⁵⁵⁷

b) Ad Aufgriffsrecht

Fraglich ist, inwiefern diese Überlegungen auch für das Aufgriffsrecht übernommen werden können. Die von *Umfahrer* angestellte Überlegung, dass ein Größenschluss zu ziehen ist und die Vinkulierung daher auch im Falle der Verpfändung zu beachten ist, kann auch für das Aufgriffsrecht angestellt werden. Auch in Bezug auf das Aufgriffsrecht kann nämlich argumentiert werden, dass die Verpfändung ohne dessen Beachtung unzulässig ist, wenn

⁵⁵³ Zur Verpfändung allgemein schon oben II.G.

⁵⁵⁴ Allerdings soll uU das Firmenbuchgericht die Zustimmung ersetzen können; siehe *Umfahrer*, Die GmbH⁶ Rz 743.

⁵⁵⁵ *Torggler*, GesRZ 1977,81.

⁵⁵⁶ Und zwar bei der außergerichtlichen Verwertung gem § 77 GmbHG und bei der gerichtlichen Exekution nach § 76 Abs 4 GmbHG; siehe dazu näher *Torggler*, ÖBA 1998, 432.

⁵⁵⁷ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 634; *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 99.

schon die Übertragung eines Geschäftsanteils ohne Einhaltung des Aufgriffsrechts unwirksam ist. Allerdings ist meiner Ansicht nach der Auffassung *Torgglers* (sowohl zur Vinkulierung als) auch zum Aufgriffsrecht zu folgen. Das Aufgriffsrecht und die Vinkulierung werden ja zum Schutz der berechtigten Gesellschafter vorgesehen. Gerade dieser Zweck führt zu dem Ergebnis, dass eine Verpfändung uneingeschränkt möglich sein sollte. So sollen die Vinkulierung und das Aufgriffsrecht davor schützen, dass ein unerwünschter Dritter in den Gesellschafterkreis eintritt und/oder dass es innerhalb der Gesellschaft zu einer Machtverschiebung kommt. Im Rahmen einer Verpfändung kommt es allerdings nicht zu einer Veräußerung des Geschäftsanteils und somit nicht zum Eintritt eines Dritten oder zur Anwachsung des Anteils eines Mitgesellschafters. Auch gehen bei einer Verpfändung nicht die Mitgliedschaftsrechte, wie etwa das Stimmrecht über. Es kommt somit nicht zu der Situation, die die gesellschaftsvertragliche Regelungen hintanzuhalten versuchen. Aus diesem Grund ist angesichts des Sinn und Zwecks – so wie nach der herrschenden Lehre auch bei der Vinkulierung – die Beachtlichkeit des Aufgriffsrechts für den Fall der Übertragung im Falle der Verpfändung zu verneinen.

Fraglich ist allerdings, ob das von *Torggler* für die Vinkulierung vorgebrachte Argument, dass die Berechtigten für den Fall der Verwertung ohnehin aufgrund der GmbH-rechtlichen Regelungen (bei der außergerichtlichen Verwertung gem § 77 GmbHG und bei der gerichtlichen Exekution gem § 76 Abs 4 GmbHG) ausreichend geschützt sind, auch für das Aufgriffsrecht zutrifft. Nicht klar ist nämlich, ob § 77 GmbHG einerseits und § 76 Abs 4 GmbHG andererseits auch bei Aufgriffsrechten Anwendung finden, da der Wortlaut dieser Bestimmungen jeweils nur von „Zustimmungsrechten“ ausgeht. Wie schon erörtert⁵⁵⁸ sprechen die besseren Gründe für die Beachtlichkeit des § 76 Abs 4 GmbHG auch für das Aufgriffsrecht, weshalb auch für die gerichtliche Exekution von einem ausreichenden Schutz ausgegangen werden kann. Hingegen kommt § 77 GmbHG bei Aufgriffsrechten nicht zur Anwendung, da diese Bestimmung den speziellen Fall der Zustimmungsverweigerung regelt. Für das Aufgriffsrecht kommt eine analoge Anwendung dieser Regelung schon deshalb nicht in Betracht, weil der Aufgriffsverpflichtete bei Nichtausübung des Aufgriffsrechts ja zur Anteilsübertragung an einen Dritten berechtigt ist. Es kann demnach nicht zu dem Fall kommen, dass bei Nichtausübung des Aufgriffsrechts (so wie bei Zustimmungsverweigerung bei der Vinkulierung) der Berechtigte seinen Anteil nicht weiterveräußern kann. Zweck des § 77 GmbHG ist es, eine Knebelung eines Gesellschafters

⁵⁵⁸ Siehe dazu IV.A.4.b.

zu verhindern. Im Rahmen eines Aufgriffsrechts besteht eine solche Gefahr jedoch nicht, da entweder der Geschäftsanteil vom Berechtigten übernommen wird oder der Gesellschafter zu Veräußerung berechtigt ist. Allerdings ist, selbst wenn man die analoge Anwendung von §§ 76 Abs 4 bzw 77 GmbHG verneint, nicht von der Beachtlichkeit des Aufgriffsrecht bei der Verpfändung auszugehen, da wie – oben schon erörtert – eine Erfassung nach dem Sinn und Zweck nicht gegeben ist.

2. Das Aufgriffsrecht für den Fall der Verpfändung

a) Ad Vinkulierung

Während die Wirksamkeit der Vinkulierung für den Fall der Übertragung im Fall der Verpfändung zu verneinen ist, besteht die Möglichkeit, die Verpfändung selbst an die Zustimmung einzelner/aller Gesellschafter zu knüpfen. In einem solchen Fall ist die Zustimmung Wirksamkeitsvoraussetzung für die Verpfändung.⁵⁵⁹ Nach der herrschenden Lehre ist in diesem Fall § 77 GmbHG analog anzuwenden.⁵⁶⁰ Wird die erforderliche Zustimmung zur Verpfändung nicht erteilt, so kann das Gericht die Zustimmung ersetzen.⁵⁶¹ Das Gericht hat dabei - wie bei der Übertragung - zu überprüfen, ob ausreichende Gründe für die Verweigerung der Zustimmung vorliegen und ob die Verpfändung eine Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Gesellschafter und der Gläubiger mit sich bringt.⁵⁶² Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch, ob § 77 GmbHG zur Gänze analog anwendbar ist, insbesondere, ob der Gesellschaft das Recht auf Namhaftmachung zusteht, wenn das Gericht ersatzweise die Zustimmung erteilt (§ 77 letzter Satz GmbHG). Dies wird von der Lehre verneint.⁵⁶³ Dieser Auffassung ist zu folgen, da eine gänzliche Analogie zu einem nicht besonders „glücklichen“ Ergebnis führen würde. Grundsätzlich stellt das in § 77 GmbHG verankerte Recht zur Namhaftmachung einen Schutz für die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter gegen ungewollte Erwerber dar. Da der Schutz vor dem Eintritt

⁵⁵⁹ *Schmidsberger* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 99 (mwN).

⁵⁶⁰ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 635; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ §77 Rz 28; vgl *Torggler*, für den eine solche Analogie zulässig ist, weil die Gesellschaft oder die Gesellschafter durch eine Verpfändung des Anteils eines Gesellschafters weniger berührt werden als durch dessen Übertragung, bei der sich das Gericht für die Zulässigkeit entscheiden kann, siehe GesRZ 1977, 81 f.

⁵⁶¹ Auch wenn man bejaht, dass die Vinkulierung auch die Verpfändung mit einschließt, wäre bei Verweigerung der Zustimmung § 77 GmbHG analog anzuwenden.

⁵⁶² Siehe zur Ermessensentscheidung des Gerichts bei Zustimmungsverweigerung zur Übertragung schon oben II.K.2.

⁵⁶³ *Torggler*, GesRZ 1977, 81; *Schmidsberger* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 99 f.

unliebsamer Dritter jedoch erst bei der Verwertung des Anteils relevant wird, sollte die Schutzeinrichtung auch erst zu diesem Zeitpunkt Anwendung finden. Hingegen stellt das Recht zur Anrufung des Gerichts einen Schutz des Anteilsinhabers gegen willkürliche Entscheidungen des bzw der Zustimmungsberechtigten dar. Wollte der Gesetzgeber den Gesellschaftern somit die Anteilsveräußerung ermöglichen, wird wohl auch die Verpfändung, die weit weniger die Gesellschaft bzw die verbleibenden Gesellschafter berührt, davon erfasst sein. Bei strenger Anwendung des § 77 GmbHG müsste allerdings der Gesellschafter, der keine Zustimmung zur Anteilsverpfändung erlangt hat und deshalb das Gericht anruft, immer damit rechnen, dass er seinen Anteil verliert. Denn erteilt das Gericht die Zustimmung zur Verpfändung, könnten die übrigen Gesellschafter gem § 77 GmbHG einen Erwerber namhaft machen, der den Anteil übernehmen soll. Dass ein Gesellschafter, der seinen Anteil verpfänden wollte, nun jedoch den Anteil an jemand anderen übertragen muss, kann nicht gewünscht sein. Aber auch eine analoge Anwendung des § 77 GmbHG in dem Sinn, dass die übrigen Gesellschafter einen anderen Erwerber namhaft machen können, an den verpfändet werden kann, ist nicht sinnvoll, da das Pfandrecht ja immer zu Sicherungszwecken eingeräumt wird und die Person des Pfandgläubigers deswegen nicht so einfach ausgetauscht werden kann. Eine Verpfändung eines Anteils hat einen ganz anderen Zweck als eine Veräußerung, weshalb die Namhaftmachung analog zu § 77 GmbHG zu verneinen ist. Somit sollte es dem Gesellschafter freistehen das Gericht anzurufen und die Verweigerung der Zustimmung überprüfen zu lassen, ohne dass der Gesellschaft das in § 77 GmbHG normierte Nominierungsrecht zukommt.

b) Ad Aufgriffsrecht

Auch ein Aufgriffsrecht für den Fall der Verpfändung ist möglich.⁵⁶⁴ Die Wirkungen des Aufgriffsrechts unterscheiden sich aber deutlich von jenen der Vinkulierung, was in diesem Zusammenhang besonders deutlich zutage kommt. Wird nämlich eine Vinkulierung vereinbart, können die Berechtigten die Verpfändung mittels Zustimmungsverweigerung verhindern. Der verpfändungswillige Gesellschafter kann sich dagegen allenfalls mittels Zustimmung durch das Gericht wehren. Wird keine Zustimmung erteilt, kann er seinen Geschäftsanteil nicht verpfänden und muss sich uU an einem anderen Vermögenswert ein Pfandrecht einräumen lassen. Anders ist dies jedoch beim Aufgriffsrecht. Mit einem solchen wollen sich die Berechtigten offen lassen in einer bestimmten Situation den Anteil selbst zu

⁵⁶⁴ Siehe *Schmidsberger* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 99 f.

erwerben. Wird etwa das Aufgriffsrecht für den Fall der Veräußerung vereinbart, können sie so den Eintritt eines Dritten und/oder eine Machtverschiebung innerhalb der Gesellschaft verhindern. Wird nun aber ein Aufgriffsrecht für den Fall der Verpfändung vereinbart, so werden die Gesellschafter dafür ein anderes Motiv haben. Denn es kommt – wie oben erörtert – im Falle der Verpfändung nicht zu einem Gesellschafterwechsel und es besteht auch nicht die Gefahr der Umgehung eines für den Fall der Veräußerung vereinbarten Aufgriffsrechts (da Stimmrechte usw. beim Pfandbesteller bleiben). Wird ein Aufgriffsrecht aber dennoch für den Fall der Verpfändung vereinbart, so läuft der potentielle Pfandbesteller stets Gefahr, seinen Anteil zu verlieren, falls ein Berechtigter vom Aufgriffsrecht Gebrauch macht. Fraglich ist somit, was der Zweck einer solchen Vereinbarung ist. Denkbar ist, dass die Gesellschafter keinesfalls wollen, dass an einem Geschäftsanteil ein Pfandrecht vereinbart wird, da im Rahmen der Verpfändung bei Erfüllungsverzug des Schuldners immer die Gefahr der Verwertung des Pfandrechts besteht. Wirkt ein Aufgriffsrecht, das für den Fall der Veräußerung vereinbart wurde, nicht auch im Falle der Verpfändung, so könnte es zum Erwerb durch eine Person kommen, ohne dass die Aufgriffsberechtigten dem entgegenwirken konnten. Ein Aufgriffsrecht würde in den meisten Fällen wohl ausreichende Abschreckungswirkung haben.⁵⁶⁵ Besteht nämlich die Gefahr, dass der Anteil veräußert werden muss, obwohl man ihn nur verpfänden wollte, werden die meisten Gesellschafter es unterlassen, den Geschäftsanteil zu Sicherungszwecken zu verwenden.

⁵⁶⁵ *Schmidsberger* in Kalss/Rüffler, *Satzungsgestaltung in der GmbH* 100.

VII. AUFGRIFFSRECHT UND VINKULIERUNG

A. Die gesellschaftsvertragliche Verknüpfung von Vinkulierung und Aufgriffsrecht

1. Zweck

Der Zweck der Vereinbarung von Zustimmungs- und Aufgriffsrechten lässt sich damit erklären, dass mit der Vinkulierung einerseits und dem Aufgriffsrecht andererseits unterschiedliche Ziele verfolgt werden können. Mit beiden wird zwar versucht, die Kontrolle über den Gesellschafterbestand für die Zukunft zu sichern, jedoch unterscheiden sich die Vinkulierung und das Aufgriffsrecht in ihren Rechtsfolgen. Mit dem Aufgriffsrecht kann der Eintritt eines unerwünschten Dritten oder eine Machtverschiebung innerhalb der Gesellschaft mittels Anteilsübernahme durch den Berechtigten verhindert werden. Mit der Anteilsübernahme ist jedoch immer ein finanzieller Aufwand verbunden, da der ausscheidende Gesellschafter eine Abgeltung für den Geschäftsanteil fordern wird. Verfügen die Aufgriffsberechtigten nicht über ausreichende finanzielle Mittel und können sie deswegen nicht den Anteil übernehmen, wird der Anteil gegen ihren Willen auf den unerwünschten Dritten bzw. Gesellschafter übertragen. Anders wirkt jedoch die Vinkulierung, die den Zustimmungsberechtigten die Möglichkeit bietet, die Anteilsübertragung zu verhindern, ohne dass damit ein finanzieller Aufwand verbunden ist. Somit erscheint die Vinkulierung auf den ersten Blick als die „bessere“ Gestaltungsvariante. Allerdings hat der übertragungswillige Gesellschafter gem § 77 GmbHG für den Fall der Zustimmungsverweigerung die Möglichkeit das Gericht anzurufen, welches die Anteilsübertragung auch gegen den Willen der Zustimmungsberechtigten zulassen kann. Einen 100%-igen Schutz bietet die Vinkulierung somit nicht. Allerdings steht es der Gesellschaft gem § 77 GmbHG bei der Zustimmung durch das Gericht zu, innerhalb von einem Monat einen Erwerber namhaft zu machen. Der namhaft gemachte Erwerber ist jedoch verpflichtet zu jenen Bedingungen zu erwerben, die vom ursprünglichen Dritten geboten wurden. Bei Vereinbarung eines Aufgriffsrechts hingegen kann schon im Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffspreis vereinbart werden. Mit der Vereinbarung von

Vinkulierungs- und Aufgriffsklauseln sind somit jeweils unterschiedliche Vor- und Nachteile verbunden. Um einen möglichst starken Schutz zu gewährleisten ist deswegen die Kombination von Aufgriffs- und Zustimmungsrechten in vielen Fällen sehr sinnvoll. Dabei kommen die unterschiedlichsten Gestaltungsvarianten in Betracht, die nun kurz dargestellt werden sollen.

a) Zustimmungsrecht bei Nichtausübung des Aufgriffsrechts

So kann eine Zustimmung für den Fall vorgesehen werden, dass der Aufgriffsberechtigte nicht von seinem Recht Gebrauch macht. Dabei müssen die berechtigten Personen nicht dieselben sein, vielmehr kann das Aufgriffsrecht nur einer bestimmten Person eingeräumt werden, das Zustimmungsrecht hingegen einzelnen oder allen anderen Gesellschaftern. Eine solche Vertragsgestaltung macht Sinn, wenn man daran denkt, dass der Aufgriffsberechtigte uU nicht über ausreichend finanzielle Mittel verfügt, um den freiwerdenden Anteil zu übernehmen. Wollen die Gesellschafter aber nicht, dass der Anteil in einem solchen Fall auf einen unerwünschten Erwerber übertragen wird, so können sie die Übertragung noch mittels Zustimmungsverweigerung verhindern. Es kann der Aufgriffsberechtigte aber auch zugleich der Zustimmungsberechtigte sein. Bei einer solchen Vereinbarung wird gewährleistet, dass der Aufgriffsberechtigte, falls er den Anteil nicht übernehmen will, dennoch die Möglichkeit hat, den Gesellschafterwechsel zu verhindern. Jeweils hat der veräußerungswillige Gesellschafter gem § 77 GmbHG die Möglichkeit der Anrufung des Gerichts zwecks ersatzweiser Zustimmung.

b) Aufgriffsrecht bei Erteilung der Zustimmung durch die Berechtigten

Auch die Vereinbarung, dass das Aufgriffsrecht nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Zustimmung zur Übertragung erteilt wird, ist möglich. Bei einer solchen Vertragsgestaltung wird zwar die Zustimmung erteilt, jedoch wird dem Aufgriffsberechtigten dennoch die Möglichkeit zum Aufgriff des Geschäftsanteils eingeräumt. Wird die Zustimmung verweigert, kommt das Aufgriffsrecht nicht zur Anwendung und der übertragungswillige Gesellschafter kann gem § 77 GmbHG das Gericht anrufen. Zweck einer solchen Vereinbarung kann es sein, dem Aufgriffsberechtigten – im Gegensatz zu dem Fall, dass nur ein Aufgriffs- aber kein Zustimmungsrecht vorgesehen ist - eine schwächere Machtposition

einzuräumen. Möglich ist etwa, dass das Zustimmungsrecht allen Gesellschaftern, das Aufgriffsrecht hingegen nur einem einzelnen Gesellschafter eingeräumt wird. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Übertragung müssen sich daher alle oder bestimmte Gesellschafter einig sein, das Aufgriffsrecht soll hingegen nicht allen zustehen. Dadurch wird es den Zustimmungsberechtigten ermöglicht, die Zulässigkeit der Anteilsübertragung mitzubestimmen. Wird hingegen nur ein Aufgriffsrecht eingeräumt, hat der Aufgriffsberechtigte insofern doppelte „Macht“, als er – durch Nichtausübung des Aufgriffsrechts – einem uU (für die übrigen Gesellschafter) unerwünschten Dritten den Eintritt in den Gesellschafterkreis ermöglichen oder eben selbst den Anteil erwerben kann. Behalten sich die Berechtigten jedoch die Entscheidung über die Zulässigkeit der Anteilsübertragung im Allgemeinen vor, so wird die Entscheidungsmacht nicht bloß bei dem bzw den Aufgriffsberechtigten konzentriert.

c) Aufgriffsrecht bei Erteilung der Zustimmung durch das Gericht

Wurde das Aufgriffsrecht für den Fall der Zustimmungserteilung durch die Berechtigten vereinbart, ist fraglich, ob das Aufgriffsrecht auch für den Fall der Zustimmungserteilung durch das Gericht geltend gemacht werden kann. Für diese Annahme spricht, dass mit dem Aufgriffsrecht dem Berechtigten ein Vorrecht zum Erwerb des freiwerdenden Anteils eingeräumt wird, was auch bei der Zustimmung durch das Gericht schlagend werden kann. Wird nämlich die Zustimmung durch die Berechtigten verweigert und erteilt das Gericht in Folge die Zustimmung, werden die Aufgriffsberechtigten den Anteil einfordern. Ob der Anteil frei wird, weil die Zustimmung durch die Berechtigten oder durch das Gericht erteilt wird, wird für die Aufgriffsberechtigten nicht relevant sein. Um diese uU problematische Situation von vornherein zu vermeiden, sollte das Aufgriffsrecht daher ausdrücklich für den Fall der Zustimmungserteilung durch das Gericht vereinbart werden. Eine solche Vertragsgestaltung bietet eine besonders starke Kontrollmöglichkeit. Das Eindringen eines unerwünschten Dritten wird nämlich fast unmöglich gemacht. Nur für den Fall, dass die Zustimmung durch die Berechtigten verweigert wird, ausreichende Gründe für die Zustimmung durch das Gericht vorliegen und der Aufgriffsberechtigte nicht von seinem Recht Gebrauch macht, hat ein Dritter die Möglichkeit den Geschäftsanteil zu erwerben. Allerdings darf nicht vergessen werden, dass bei Erteilung der Zustimmung durch das Gericht die Gesellschaft das Recht hat, einen Erwerber zu benennen. Das bedeutet, dass auch ohne Vereinbarung eines Aufgriffsrechts der Eintritt einer unerwünschten Person verhindert

werden kann, indem die Gesellschaft gem § 77 GmbHG jemand anderen ernennt. Wurde aber ein Aufgriffsrecht für den Fall der Zustimmung durch das Gericht vereinbart, stellt sich die Frage, welches Recht vorgeht; ob der Aufgriffsberechtigte aufgreifen kann oder ob die Gesellschaft einen Erwerber benennen kann.⁵⁶⁶

d) Aufgriffsrecht bei Verweigerung der Zustimmung durch die Berechtigten

Es kann im Gesellschaftsvertrag weiters vereinbart werden, dass das Aufgriffsrecht erst dann zur Anwendung kommt, wenn die Zustimmung zur Übertragung verweigert wird. Wird die Zustimmung zur Übertragung hingegen erteilt, so kommt das Aufgriffsrecht nicht zur Anwendung. Zweck einer solchen Vereinbarung könnte es sein, dem übertragungswilligen Gesellschafter grundsätzlich die Möglichkeit zu geben, sich die Person des Übernehmers selbst auszusuchen. Allerdings sichert sich die Gesellschaft insofern ab, als die Übertragung auf eine unerwünschte Person mittels Zustimmungsverweigerung untersagt werden kann. Für diesen Fall wird dann das Aufgriffsrecht eingeräumt. Fraglich ist jedoch in diesem Zusammenhang, ob § 77 GmbHG zur Anwendung kommt oder ob dem veräußerungswilligen Gesellschafter die gerichtliche Überprüfung wirksam entzogen werden kann, indem der Aufgriffsberechtigte von seinem Recht Gebrauch macht, bevor der veräußerungswillige Gesellschafter das Gericht anruft.⁵⁶⁷

B. Aufgriffsrecht und § 77 GmbHG

Wie bei den einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten schon angemerkt, ist das Verhältnis zwischen einem gesellschaftsvertraglich eingeräumten Aufgriffsrecht und der gerichtlichen Zustimmung gem § 77 GmbHG nicht immer klar. Insbesondere weil § 77 GmbHG zwingendes Recht darstellt⁵⁶⁸ und durch ein Aufgriffsrecht nicht verdrängt werden kann. Zudem ist fraglich, wie das Nominierungsrecht gem § 77 Satz 3 GmbHG im Verhältnis zum Aufgriffsrecht steht.

⁵⁶⁶ Siehe dazu unten VI.B.1.a.

⁵⁶⁷ Siehe hierzu noch unten VI.B.1.b.

⁵⁶⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ §77 Rz 1.

1. Das Verhältnis von Aufgriffsrecht und Nominierungsrecht

a) Aufgriffsrecht bei Erteilung der Zustimmung durch das Gericht

Wurde das Aufgriffsrecht ausdrücklich für den Fall der Zustimmung durch das Gericht vorgesehen,⁵⁶⁹ liegt die Annahme nahe, dass das Aufgriffsrecht dem Nominierungsrecht vorgehen soll. Dies ergibt sich schon aus der ausdrücklichen Vereinbarung für diesen Fall. Würde entgegen dem Aufgriffsrecht vom Nominierungsrecht Gebrauch gemacht, könnte so das ausdrücklich vereinbarte Aufgriffsrecht erschwert bzw. unterlaufen werden. Der Aufgriffsberechtigte wäre in diesem Fall nämlich gezwungen möglichst schnell - jedenfalls bevor vom Nominierungsrecht Gebrauch gemacht wird - sein Recht auszuüben. Nur für den Fall, dass der Aufgriffsberechtigte von seinem Recht nicht Gebrauch macht, wird das Nominierungsrecht normal ausgeübt werden können. Es ist deshalb sinnvoll, eine kürzere Frist (als die Monatsfrist für das Nominierungsrecht) zur Ausübung des Aufgriffsrechts vorzusehen, damit noch ausreichend Zeit zur Namhaftmachung eines Erwerbers binnen Monatsfrist bleibt. Wird jedoch, bevor der Aufgriffsberechtigte von seinem Recht Gebrauch gemacht oder darauf verzichtet hat, eine Nominierung vorgenommen, kann das Aufgriffsrecht unterlaufen werden, indem eine andere Person als der Aufgriffsberechtigte namhaft gemacht wird.

Es stellt sich daher die Frage, ob im Rahmen des Nominierungsrechts in diesem Fall nicht ohnehin der Aufgriffsberechtigte ernannt werden muss. Dies würde dem Zweck des Aufgriffsrechts entsprechen, welches dem Berechtigten die Möglichkeit des Anteilerwerbs für den Fall der ersatzweisen Zustimmung durch das Gericht vorsieht. Wird der Aufgriffsberechtigte namhaft gemacht, wird damit dem Zweck des Aufgriffsrechts entsprochen. In diesem Sinn argumentiert auch – für die Vinkulierung - *Reich-Rohrwig*, der sich im Rahmen der Namhaftmachung für ein Bezugsrecht der Gesellschafter ausspricht.⁵⁷⁰ Für ihn ergibt sich das Bezugsrecht aus dem Sinn der Vinkulierung, mit der der Neueintritt von Gesellschaftern verhindert werden soll. Dieser Gesellschafterwille ist nach *Reich-Rohrwig* auch im Rahmen des Nominierungsrechts zu beachten. Diese von *Reich-Rohrwig* angestellten Überlegungen treffen auf das Aufgriffsrecht noch viel stärker zu, denn beim Aufgriffsrecht wird ja schon im Gesellschaftsvertrag (mit allen anderen Gesellschaftern)

⁵⁶⁹ Siehe dazu schon allgemein oben VII.A.1.c.

⁵⁷⁰ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 758.

vereinbart, dass der Berechtigte den freiwerdenden Anteil übernehmen kann. Wird ein Aufgriffsrecht vorgesehen, so sollte der Gesellschafterwille auch im Rahmen des Nominierungsrechts Berücksichtigung finden. Im Gesetz findet sich jedoch keine gesetzliche Grundlage für ein solches Bezugsrecht (das Bezugsrecht nach § 52 GmbHG bezieht sich auf die Übernahme neuer Stammeinlagen), weshalb im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen werden sollte, dass entweder das Aufgriffsrecht dem Nominierungsrecht vorgeht oder dass die Nominierungsberechtigten den Aufgriffsberechtigten zu benennen haben.

b) Aufgriffsrecht bei Verweigerung der Zustimmung durch die Berechtigten

Ist vorgesehen sein, dass das Aufgriffsrecht zur Anwendung kommt, wenn die Zustimmung zur Übertragung verweigert wird,⁵⁷¹ ist fraglich, wie sich diese Vereinbarung zur Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung gem § 77 GmbHG verhält. Bedeutet dies, dass dem veräußerungswilligen Gesellschafter im Falle der Ausübung des Aufgriffsrechts die gerichtliche Überprüfung wirksam entzogen werden kann? Da § 77 GmbHG zwingendes Recht darstellt, wird dies aber verneint werden müssen. Es besteht daher immer die Möglichkeit der Anrufung des Gerichts durch den veräußerungswilligen Gesellschafter. Allerdings ist zu beachten, dass der Gesellschaft immer die Möglichkeit der Namhaftmachung binnen Monatsfrist zusteht. Die Situation stellt sich hier also genauso wie beim Aufgriffsrecht für den Fall der Zustimmung durch das Gericht dar.⁵⁷² Meines Erachtens müsste dann das Aufgriffsrecht auch in diesem Fall Beachtung finden und es sollten die Aufgriffsberechtigten im Rahmen der Namhaftmachung bevorzugt werden. Nur für den Fall, dass der veräußerungswillige Gesellschafter nicht von der Möglichkeit der Anrufung des Gerichts Gebrauch macht, kann der Aufgriffsberechtigte uneingeschränkt von seinem Recht Gebrauch machen. Es empfiehlt sich daher die Vereinbarung von Fristen zur Anrufung des Gerichts durch den veräußerungswilligen Gesellschafter. Macht er innerhalb dieser Frist nicht von § 77 GmbHG Gebrauch, ist das Aufgriffsrecht unbeschränkt ausübbar.

⁵⁷¹ Siehe dazu VII.A.1.d

⁵⁷² Siehe dazu VII.B.1.a.

VIII. REGELUNGEN FÜR DEN FALL DER NICHTSAUSÜBUNG DES AUFGRIFFSRECHTS

A. Vereinbarung des Anwachsens des Aufgriffsrechts

Aufgriffsrechte werden in vielen Fällen nicht nur einem, sondern mehreren Gesellschaftern eingeräumt, wobei die Gesellschafter meistens zum Aufgriff im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile berechtigt werden. Da grundsätzlich niemand dazu verpflichtet ist von seinem Aufgriffsrecht Gebrauch zu machen, stellt sich die Frage nach dem Schicksal eines nicht aufgegriffenen Anteils. Oft wird für diesen Fall im Gesellschaftsvertrag vereinbart, dass das nicht ausgeübte Aufgriffsrecht den übrigen Aufgriffsberechtigten anwächst.

Problematisch an einer solchen Vereinbarung ist die Frage, wie die Aufgriffsberechtigten von der Nichtausübung des Aufgriffsrechts durch die anderen Berechtigten erfahren sollen. Bei Eintritt des Aufgriffsfalls überlegen die einzelnen Berechtigten zunächst, ob sie von ihrem Aufgriffsrecht überhaupt Gebrauch machen. Ob die anderen Berechtigten aufgreifen, wissen sie – außer sie erfahren es informell – in den meisten Fällen nicht. Übt nun ein Berechtigter sein Aufgriffsrecht nicht aus, so wächst es den anderen Berechtigten an. Wie können die übrigen Berechtigten aber von dem angewachsenen Aufgriffsrecht Gebrauch machen, wenn sie gar keine Kenntnis davon haben? Es empfiehlt sich daher, Regelungen für diesen Fall vorzusehen. So könnte vereinbart werden, dass die Gesellschaft oder die einzelnen Berechtigten binnen einer bestimmten Frist allen Berechtigten mitteilen müssen, ob sie von ihrem Aufgriffsrecht Gebrauch machen. Am Ende dieser Frist wissen demnach alle Berechtigten, welche Aufgriffsrechte ihnen anwachsen. Natürlich sind sie wiederum nicht verpflichtet, von dem angewachsenen Aufgriffsrecht Gebrauch zu machen, weshalb auch auf dieser zweiten Stufe in Bezug auf die angewachsenen Aufgriffsrechte eine Mitteilungspflicht vorgesehen werden sollte. Dieses Verfahren kann sich theoretisch etliche Male abspielen und ist in der Praxis daher wohl wenig praktikabel. Neben der verpflichtenden Information kann im Gesellschaftsvertrag aber auch die Verpflichtung zur Ausübung nicht ausgeübter Aufgriffsrechte vereinbart werden. Dh, die Aufgriffsberechtigten verpflichten sich zur Übernahme des Anteils unabhängig davon, ob die anderen Berechtigten von ihrem Recht Gebrauch machen. Die Aufgriffsberechtigten müssen sich daher von Anfang an überlegen, ob sie auch bereit sind gegebenenfalls den ganzen Anteil zu übernehmen. Eine solche Vereinbarung ist natürlich mit einem hohen finanziellen Aufwand verbunden, da

die Gesellschafter jedenfalls damit rechnen müssen, dass sie uU den Kaufpreis für den Geschäftsanteil zur Gänze leisten müssen. Allerdings bietet eine solche Regelung den Vorteil, dass so das Schicksal nicht ausgeübter Aufgriffsrechte von Anfang an geregelt wird. Zudem entspricht sie auch dem Zweck des Aufgriffsrechts. Denn möchten die Berechtigten tatsächlich den Eintritt eines Dritten oder eine Machtverschiebung innerhalb der Gesellschaft verhindern, so werden sie auch bereit sein, dafür einen gewissen finanziellen Aufwand zu tragen. Will nur ein Berechtigter den Gesellschafterwechsel verhindern, muss er eben den Aufwand zur Gänze leisten. Widerspricht der potentielle Übernehmer hingegen mehreren Berechtigten, werden sich ohnehin mehrere zum Aufgriff bereit erklären. Schließlich kann im Gesellschaftsvertrag aber auch vorgesehen werden, dass der veräußerungswillige Gesellschafter bei nicht vollständigem Aufgreifen seines Anteils durch die Berechtigten – und nach Ablauf einer bestimmten Frist – seinen Anteil dennoch vollständig veräußern kann. Stellt sich daher heraus, dass nicht alle Berechtigten ihr Aufgriffsrecht ausüben, kann der Aufgriffsverpflichtete an seinen Wunschkandidaten veräußern. Eine solche Vereinbarung bringt vor allem einen Schutz für den Verpflichteten, der bei nicht vollständigem Aufgreifen seines Anteils nicht auf einem kleinen „Restteil“ sitzen bleibt. Die anderen Gesellschafter müssten jedoch, um die Übertragung auf einen unerwünschten Dritten oder Gesellschafter zu verhindern, bereit sein (falls kein anderer Berechtigter aufgreift), den Anteil auch zur Gänze zu übernehmen. Im Ergebnis ist eine solche Regelung daher der verpflichteten Anwachsung sehr ähnlich.

B. Keine Vereinbarung für den Fall des Nichtaufgreifens

Ist kein Anwachsen des Aufgriffsrechts vorgesehen, kommt es nur zu teilweisen Übertragung des Geschäftsanteils und der nicht aufgegriffene Teil bleibt beim Aufgriffsverpflichteten. Eine solche Situation ist jedoch für alle Beteiligten nicht von Vorteil, da der Aufgriffsverpflichtete nun weiterhin, jedoch mit einem kleineren Anteil, in der GmbH verbleibt. Daran wird ein Gesellschafter, der seinen Anteil veräußern und so aus der Gesellschaft ausscheiden wollte, kein Interesse haben, da er nun nur noch Eigentümer eines kleineren Anteils mit weniger Einfluss ist. Es steht ihm zwar noch frei, den übrig gebliebenen Anteil zu veräußern, allerdings wird es schwierig sein, einen Erwerber zu finden. Zudem ist eine solche Situation auch für jene Gesellschafter, die von ihrem

Aufgriffsrecht Gebrauch gemacht haben, nachteilig, da so uU der unerwünschte Dritte bzw Gesellschafter dennoch den Anteil (zumindest zum Teil) erlangt.

Es könnte aber auch ohne ausdrückliche Regelung für den Fall der Nichtausübung durch die Berechtigten überlegt werden, ob - dem Zweck des Aufgriffsrechts entsprechend - ein Anwachsen auf die übrigen Berechtigten angenommen werden soll. Wird nämlich das Aufgriffsrecht mit dem Ziel vereinbart, den Eintritt bestimmter Erwerber zu verhindern und kann der aufgriffsverpflichtete Gesellschafter bei Nichtausübung des Aufgriffsrechts durch einen Berechtigten dennoch einen Teil seines Anteils frei veräußern, würde dies dem Zweck des Aufgriffsrechts widersprechen. Zweck des Aufgriffsrechts ist es ja, bestimmten Personen den Erwerb des freiwerdenden Anteils zu ermöglichen und so den Erwerb anderer Personen zu verhindern. Wird etwa allen Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht eingeräumt, so kann es leicht passieren, dass einer der Aufgriffsberechtigten nicht aufgreifen will oder kann. Ist nun gesellschaftsvertraglich nicht vorgesehen, dass den übrigen Berechtigten das nichtausgeübte Aufgriffsrecht anwächst, kann der nicht aufgegriffene Teil frei veräußert werden. Gerade dies widerspricht aber dem Zweck des Aufgriffsrechts, weshalb ein automatisches Anwachsen sinnvoll wäre. Wiederum findet sich keine gesetzliche Grundlage für ein solches Anwachsen, weshalb bei Vereinbarung des Aufgriffsrechts jedenfalls an den Fall der Nichtausübung des Aufgriffsrechts gedacht werden sollte.

IX. ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT

Das Aufgriffsrecht ist ein äußerst schwieriges und komplexes Thema, zu dem sich viele Fragen stellen, die bisher weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung behandelt wurden. Dies liegt aber nicht an der mangelnden Relevanz des Aufgriffsrechts, wie man an der Vielzahl an Aufgriffsklauseln in der Praxis erkennen kann. Die vorliegende Arbeit hat sich daher ua anderem mit jenen Problembereichen auseinandergesetzt, die bisher noch nicht untersucht wurden. Es hat sich dabei herausgestellt, dass das Aufgriffsrecht ein Thema ist, das pauschal nicht gelöst werden kann. Vielmehr ist die Lösung einer Problematik in vielen Fällen abhängig von der Formulierung des Aufgriffsrechts im Einzelfall. Der Schwerpunkt der Darstellung lag daher darin, verschiedene Gestaltungsvarianten zu behandeln und einer Lösung zuzuführen. Im Folgenden sollen die wesentlichen dabei erarbeiteten Ergebnisse nochmals zusammengefasst werden.

1. Weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre findet sich eine abschließende Definition des Aufgriffsrechts. Nach Analyse mehrerer Aufgriffsklauseln aus der Vertragspraxis lässt sich aber feststellen, dass es sich immer um solche Vereinbarungen handelt, die vorsehen, dass ein oder mehrere Berechtigte bei Eintritt eines auslösenden Moments (des Aufgriffsfalls) den Geschäftsanteil des Verpflichteten übernehmen können. Das Aufgriffsrecht enthält somit stets **folgende (fixe) Elemente**: Berechtigter, Verpflichteter und Aufgriffsfall, wobei hinsichtlich dieser Elemente im Rahmen der Gestaltungsfreiheit Unterschiedliches vorgesehen werden kann.
2. Ausgehend von der Auffassung, dass es sich beim Aufgriffsrecht um eine Vereinbarung handelt, wonach der Berechtigte bei Eintritt des Aufgriffsfalls den Geschäftsanteil des Verpflichteten übernehmen kann, ist eine **Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen** möglich. Bei allen im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Übertragungsbeschränkungen handelt es sich um solche iSd § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG. Auf dieser Ebene kann man die Vinkulierung von anderen Übertragungsbeschränkungen unterscheiden. Bei allen gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen, die keine Vinkulierung darstellen, handelt es sich um „weitere Voraussetzungen“ iSd § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG. Auf dieser Ebene kann man wiederum das Aufgriffsrecht von allen anderen „weiteren Voraussetzungen“ (die kein Aufgriffsrecht darstellen) unterscheiden.

Da Aufgriffsrechte nicht nur für den Fall der Übertragung, sondern auch für andere auslösende Momente vereinbart werden, kann man weiters zwischen dem „Aufgriffsrecht für den Fall der Übertragung“ und dem „Aufgriffsrecht für andere Fälle“ unterscheiden.

3. Bei Bestimmung der **Rechtsnatur** des Aufgriffsrechts kommen - aufgrund verschiedener Gestaltungsmöglichkeiten - mehrere Rechtsinstitute in Betracht.

3.1. Auf den ersten Blick fällt die Nähe des Aufgriffsrechts zum **Vorkaufsrecht** ins Auge.

Allerdings ist eine Qualifikation als Vorkaufsrecht nicht immer möglich, da das Vorkaufsrecht einen eingeschränkten Anwendungsbereich hat. Auslösendes Moment kann nämlich nur ein Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB oder des § 1078 ABGB sein. Ist ein Aufgriffsrecht nicht für einen Vorkaufsfall iSd Bestimmungen vorgesehen, muss die Qualifikation als Vorkaufsrecht verneint werden. Aufgrund der Nähe des Aufgriffsrechts zum Vorkaufsrecht sollten die vorkaufsrechtlichen Bestimmungen aber nicht gänzlich außer Acht gelassen und uU sogar analog herangezogen werden. Allerdings ist bei der Qualifikation als Vorkaufsrecht oder bei der analogen Anwendung der vorkaufsrechtlichen Bestimmungen zu beachten, dass sich aus der Anwendung der Regelungen über das Vorkaufrecht auf Geschäftsanteile erhebliche und für die Praxis bedenkliche Rechtsfolgen ergeben können.

3.2. Eine Qualifikation des Aufgriffsrechts als **Vorvertrag** ist zu verneinen, da für den Vorvertrag ein Anbot des Verpflichteten notwendig ist, andernfalls der Berechtigte nicht einlösen kann. Für das Aufgriffsrecht bedarf es allerdings keines Anbots, vielmehr reicht auch die Mitteilung an oder Kenntnissnahme durch den Berechtigten.

3.3. Im Gegensatz zum Vorvertrag kommt eine Qualifikation als **Option** in Betracht. Es handelt sich dann um eine bedingte Option, bei der der Berechtigte die Möglichkeit hat, durch einseitige Willenserklärung den Hauptvertrag zustandekommen zu lassen. Der Verpflichtete muss sodann den Geschäftsanteil übertragen. Die Anwendung der Umstandsklausel auf das Aufgriffsrecht ist aber zu verneinen, da gerade bei Geschäftsanteilen eine Wertänderung häufig vorkommt und die Umstandsklausel erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich bringen würde.

- 3.4. In vielen Fällen wird auch eine Qualifikation als **doppelt bedingter Kauf** in Betracht kommen. Erste Bedingung ist der Eintritt des Aufgriffsfalls, zweite Bedingung ist die Geltendmachung des Aufgriffsrechts durch den Berechtigten.
- 3.5. Oft wird auch eine **mehrfache Qualifikation** des Aufgriffsrechts möglich sein. Dies liegt daran, dass die einzelnen Rechtsinstitute einander nicht ausschließen.
- 3.6. Im Zusammenhang mit gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten muss immer die zivilrechtliche Qualifikation einerseits und müssen die GmbH-spezifischen Bestimmungen andererseits beachtet werden. Die Rechtsfolgen eines Aufgriffsrechts sind daher immer von der Ausgestaltung der **Vereinbarung im Einzelfall abhängig**.
4. Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte entfalten **absolute Wirkung**. Eine unter Missachtung des Aufgriffsrechts vorgenommene Übertragung ist daher unwirksam. Dies ergibt sich – im Gegensatz zur Auffassung des OGH – aber nicht aus der absoluten Wirkung von Zessionsverboten, sondern ist vielmehr direkt dem § 76 GmbHG zu entnehmen.
5. Im **Konkursfall** eines Gesellschafters muss der Masseverwalter nicht die Notariatsaktsform einhalten, da die Formzwecke hier nicht zum Tragen kommen. Handelt es sich um eine genehmigungspflichtige Verwertung iSd § 117 KO, muss aber die Genehmigung des Konkursgerichts und des Gläubigerausschusses eingeholt werden.
- 5.1. Im Konkursfall ist **§ 76 Abs 4 GmbHG** zu beachten, sodass die Gesellschaft innerhalb von vierzehn Tagen die Möglichkeit hat, einen Erwerber zu benennen. Im Rahmen der Namhaftmachung sollten die Gesellschafter den bzw die Aufgriffsberechtigten als Erwerber benennen.
- 5.2. Der **Masseverwalter** ist an ein im Gesellschaftsvertrag vorgesehenes Aufgriffsrecht gebunden, da ein solches nicht schlechthin gläubigerschädigend ist. Zudem ist dem § 76 Abs 4 GmbHG zu entnehmen, dass der historische Gesetzgeber die Wirksamkeit von Übertragungsbeschränkungen im Konkursfall bejaht hat. Wenn man allerdings der Rechtsprechung des OGH folgt, dass ein Aufgriffsrecht sittenwidrig ist, wenn es 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, sollte als vergleichbarer Fall der Ausschluss ausreichen.

6. Aufgriffsrechte für den **Todesfall** sind wirksam. Nur solche Vereinbarungen, die den automatischen Übergang des Geschäftsanteils auf die Berechtigten vorsehen, sind unzulässig. Es muss daher der Erbe den Anteil unter Einhaltung der Notariatsaktsform auf den Berechtigten übertragen. Im Gesellschaftsvertrag muss keine Abfindung der Erben vorgesehen sein, da es dem Gesellschafter bzw potentiellen Erblasser frei steht, den Nachlass nach seinen Vorstellungen zu regeln. Jeweils ist aber ein allfälliger Pflichtteilsanspruch zu beachten.
7. Im Rahmen der **mittelbaren Anteilsverschiebung** können Aufgriffsrechte für den Fall der Veräußerung Wirksamkeit entfalten, wenn eine Erstreckung durch Auslegung in Betracht kommt. Vor allem bei solchen Gesellschaften, die neben der Beteiligung an der GmbH weitere Geschäfte betreiben oder wenn das Aufgriffsrecht auch für andere auslösende Momente vereinbart wird, kann das Aufgriffsrecht Anwendung finden. Die Erstreckung ist aber jeweils abhängig vom Einzelfall. Bejaht man die Wirkung des Aufgriffsrechts im Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung, kann der Berechtigte den Anteil des Verpflichteten aufgreifen. Möglich ist aber auch, das Aufgriffsrecht ausdrücklich für den Fall der mittelbaren Anteilsverschiebung vorzusehen, wobei immer auf ein ausreichendes Informationssystem geachtet werden sollte.
8. Kommt es zur **Verschmelzung** oder **Spaltung** einer beteiligten Gesellschaft, sind im Gesetz Zustimmungsrechte der beteiligten Gesellschaften vorgesehen. Aufgriffsrechte eines Mitgesellschafters entfalten aber keine Wirksamkeit. Daher sollte im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ein Aufgriffsrecht für die Verschmelzung und Spaltung vereinbart werden, wobei auch hier auf ein ausreichendes Informationssystem geachtet werden sollte.
9. Ist im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit vorgesehen, einen Gesellschafter auszuschließen, ist zumeist auch ein Aufgriffsrecht vorgesehen, da ansonsten das Schicksal des Anteils fraglich ist. Allerdings erscheint die Vereinbarung des **Ausschlussrechts** als überflüssig, wenn man beachtet, dass schon mit dem Aufgriffsrecht

der Austritt des Gesellschafters erreicht werden kann. Es bedarf dann keines Beschlusses, keiner Klage oder sonstigen Modus, um den Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen. Das Aufgriffsrecht stellt sich somit als der „bessere Ausschluss“ dar.

10. Wird im Gesellschaftsvertrag die **Kündigungsmöglichkeit** vereinbart, hat eine solche mangels abweichender Regelung die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Aus diesem Grund sollte ein Aufgriffsrecht für den Fall der Kündigung vorgesehen werden. Da die Kündigung nicht nur mittels Gesellschafterbeschluss möglich ist, sondern auch ein anderes Kündigungsverfahren vorgesehen werden kann, sollte die Information des Berechtigten im Gesellschaftsvertrag gewährleistet werden.
11. Im Fall der **Verpfändung** entfalten Aufgriffsrechte keine Wirksamkeit, allerdings werden die Berechtigten über § 76 Abs 4 GmbHG geschützt. Wird ein Aufgriffsrecht ausdrücklich für den Fall der Verpfändung vereinbart, läuft der potentielle Pfandbesteller stets Gefahr, seinen Geschäftsanteil gänzlich veräußern zu müssen. Ein solches Aufgriffsrecht wird daher ausreichend abschreckende Wirkung haben, um die Gesellschafter davon abzuhalten, den Geschäftsanteil nicht zu Sicherungszwecken zu verwenden.
12. Häufig werden in Gesellschaftsverträgen **Aufgriffs- und Zustimmungsrechte** miteinander verknüpft. Da das Aufgriffsrecht und die Vinkulierung unterschiedliche Rechtsfolgen entfalten, gewährleistet eine solche Kombination einen besonders starken Schutz. Es kommen die unterschiedlichsten Varianten in Betracht, wobei vor allem das Verhältnis von Aufgriffs- und Nominierungsrecht fraglich ist. Wurde ein Aufgriffsrecht vereinbart, so sollte die Gesellschaft dazu verpflichtet sein, die Berechtigten im Rahmen ihres Nominierungsrechts zu ernennen. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Aufgriffsrechts.
12. Sind mehrere Gesellschafter aufgriffsberechtigt, machen aber nicht alle von ihrem Recht Gebrauch, ist das **Schicksal eines nicht aufgegriffenen Anteils** fraglich. In vielen Verträgen ist für diesen Fall die Anwachsung des nicht ausgeübten Aufgriffsrechts auf die übrigen Berechtigten vorgesehen. Sind die übrigen Gesellschafter zur Ausübung des angewachsenen Aufgriffsrechts verpflichtet, ist damit zwar ein höherer finanzieller Aufwand verbunden, allerdings entspricht eine solche Vereinbarung dem Zweck des

Aufgriffsrechts. Wenn die übrigen Aufgriffsberechtigten nicht zur Ausübung des angewachsenen Aufgriffsrechts verpflichtet sind, kann es zu einem sehr langen und komplizierten Verfahren kommen. Abhilfe kann eine Mitteilungspflicht schaffen, die die Information der übrigen Berechtigten gewährleistet.

X. LITERATURVERZEICHNIS

Aicher in Rummel, ABGB Kommentar³ (2000) §§ 1054, 1072

Aicher, Zur Wirkung des vertraglichen Zessionsverbotes, ÖJT 1972, 303

Altmeyen in Roth/Altmeyen, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁵ (2005) § 15

Apathy in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kommentar (2005) §§ 1072, 1073

Auer, Zum Formgebot bei (treuhändiger) Übertragung eines GmbH-Anteils, JBl 2002, 441

Berger, Vorsicht Falle: Änderung eines statutarischen Aufgriffsrechts bedarf der Notariatsaktsform!, RdW 1996, 195

Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2005) §§ 936, 1072

Bollenberger, Rechtsgeschäftliche Vorsorgeklauseln für den Insolvenzfall, ÖBA 2006, 880

Bydlinski in Klang, Kommentar zum ABGB Bd IV/2 (1978)

P. Bydlinski, Zur Formpflicht bei der Übertragung von GmbH-Anteilen, NZ 1986, 243

P. Bydlinski, Aktuelle Judikatur zur Formpflicht beim Anteilserwerb, RdW 1993, 98

P. Bydlinski, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991)

P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kommentar (2005) § 936

P. Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986)

Call, Bestimmtheit beim Vorvertrag, in Herdlitzka-FS (1972) 43.

Dehn, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998)

Dellinger/Oberhammer, Insovenzrecht² (2004)

Ebbing in Michalski, GmbHG Kommentar (2002) § 15

Eiselsberg/Schenk/Weißmann, Firmenbuchgesetz (1991)

Elsner, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, *ecolex* 1995, 175

Enzinger, Von überschießenden Formpflichten: Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, *AnwBl* 2001, 510

Enzinger, Entscheidungsanmerkung zu 6 Ob 112/06y, *GesRZ* 2007, 263

Ertl in Rummel, ABGB Kommentar³ (2002) §§ 1393, 1406

Faistenberger, Das Vorkaufsrecht (1967)

Fantur, Entscheidungsanmerkung zu 1 Ob 130/07k, *GeS* 2008, 61

Fantur/Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (I), *ecolex* 2000, 428

Fantur/Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (II), *ecolex* 2000, 506

Fellner, Erstreckung gesellschaftsvertraglicher Abtretungs- und Verfügungsverbote an GmbH-Geschäftsanteilen auf Fälle der Übertragung durch Abspaltung und Verschmelzung (Universalrechtsnachfolge), *GeS* 2008, 144

Fries, Handbuch der Verschmelzungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen nach dem Aktiengesetz (1993)

Frizberg/Frizberg, Die Formpflicht für die Regelung von Aufgriffsrechten für GmbH-Anteile durch satzungsändernden Gesellschafterbeschluss, *ecolex* 1996, 753

Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out (2006)

Geist, Zur Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 1996, 415

Gellis/Feil, Kommentar zu GmbHG⁶ (2006)

Grünwald, Probleme des Rechtsübergangs bei Spaltungen, GesRZ 1995, 110

Grünwald, Umwandlung-Verschmelzung-Spaltung; Der Rechtsübergang bei unternehmensrechtlichen Strukturmaßnahmen (1996)

Gschnitzer in Klang, Kommentar zum ABGB (1968)

Gurmann/Sakowitsch, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, GeS 2008, 141

Hager-Rosenkranz, Beschränkung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Exekution und Insolvenz, wbl 2006, 253

Harrer, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in Frotz-FS (1993) 275

Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (1965)

Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997) §§ 81, 81a

Höller, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Gesellschafters, ZIK 2004, 154

Hofmann in Rummel, ABGB Kommentar³ (2000) § 466

Holzner, Weiterhin: Drittwirksamkeit vertraglicher „Abtretungsverbote“, JBl 1998, 495

Huber in Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen¹³ (1991) Vor § 504

- Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz¹⁸ (2006) Anh § 34
- Iro*, OGH: Absolute Wirkung des vertraglichen Abtretungsverbotes, RdW 1984, 103
- Jabornegg/Geist* in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum AktG⁴ (2004) § 62
- Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung (1997)
- Kalss*, Anmerkungen zur Privatautonomie in der GmbH, in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH-Möglichkeiten und Grenzen (2005) 9.
- Kalss/Eckert*, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, GesRZ 2007, 222
- Kalss/Schauer*, Unternehmensnachfolge – Praktische Fragen und zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten (2001)
- Kalss/Trenkwalder/Ecker*, Generalbericht, in Kalss, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in 14 europäischen Rechtsordnungen (2003) 1
- Karollus/Artmann*, Zur Auslegung einer Vinkulierungsklausel - individuelles Zustimmungsrecht, Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht und mittelbare Anteilsverschiebung, GesRZ 2001, 64
- Kastner*, Erbrecht und Gesellschaftsrecht bei Personengesellschaften des Handelsrechtes, ÖJZ 1058, 365
- Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrecht⁵ (1990)
- Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) §117
- Kolarik*, Gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen – Quantitative Untersuchung und rechtliche Analyse, Diplomarbeit Wien 2006
- Koppensteiner*, GmbHG² (1999)

Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ (2007)

Koppensteiner in Straube UGB, HGB online (2003) § 140

Koppensteiner, Über Buchwertklauseln (II), GesRZ 1991, 120

Koppensteiner, Vinkulierungsklauseln in mittelbaren Beteiligungsverhältnissen, in Druey-FS (2002) 437

Kostner, Verträge in Form von notariellen Anbot- und Annahmeerklärungen, NZ 1969, 20

Kowalski, Vinkulierte Geschäftsanteile – Übertragungen und Umgehungen, GmbHR 1992, 347

Koziol, Das vertragliche Abtretungsverbot, JBl 1980, 113

Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) § 28

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) und II¹³ (2007)

Kralik, Veräußerungsverbot und Verpfändung nach § 76 GmbHG, in Kastner-FS (1992) 215

Krejci, Unternehmensrecht (2008)

Kübler in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz² (2007) § 20

Larenz, Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen, DB 1955, 209

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II/1¹³ (1986)

Lenneis, Akkreszenz aufgrund von Nachfolgeklauseln bei der GmbH?, RdW 1995, 415

Liebscher, Umgehungsresistenz von Vinkulierungsklauseln, ZIP 2003, 825

Loritz, Die Reichweite von Vinkulierungsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen, NZG 2007, 361

Lukas, Zession und Sygnallagma (2000)

Lutter/Drygala in Lutter, UmwG³ (2004) § 13

Lutter/Grunewald, Gesellschaften als Inhaber vinkulierter Aktien und Geschäftsanteile, AG 1989, 409

Lux, Zur Regelung statutarisch verankerter Aufgriffsrechte durch Mehrheitsbeschluß bei der GmbH, wbl 1995, 26

Mader/W.Faber in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ (2007) §§ 1405, 1406

Madl, Publike Verpfändung von GmbH-Anteilen, ecolex 1998, 306

Mayer-Maly, Bedingt und anfechtbare Vorkaufsfälle, in Wagner-FS (1987) 283

Müller, Die Verpfändung von GmbH-Anteilen (III), GmbHHR 1969, 34

Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kommentar (2005) § 1406

Nitsche, Grenzen satzungsändernder Mehrheitsbeschlüsse im Recht der GmbH, in Schönherr-GS (1986) 217

Nitsche, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in Jelinek-FS (2002) 194

Priester, Nachfolgeklauseln im GmbH-Vertrag, GmbHHR 1981, 206

Puck, Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadenersatz und Irrtum (1996)

Rauter, Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, JAP 2005/2006/6

Reichert, Zulässigkeit der nachträglichen Einführung oder Aufhebung von Vinkulierungsklauseln in der Satzung der GmbH, BB 1985, 1496

Reichert, Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteilen in der GmbH (1984) 50

Reichert/Weller, Der GmbH-Geschäftsanteil – Übertragung und Vinkulierung (2006)

Reich-Rohrwig, Gewährleistungsfragen beim Anteilsverkauf, *ecolex* 1991, 89

Reich-Rohrwig, GmbH-Recht (1983)

Reich-Rohrwig, Tod eines GmbH-Gesellschafters vor Registrierung der GmbH, *ecolex* 1991, 389.

Reich-Rohrwig, Übertragung vinkulierter Anteile, *ecolex* 1994, 757

Reich-Rohrwig, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in *Kastner-FS* (1992) 371

Reich-Rohrwig, Zur Heilung formunwirksamer Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 1990, 546

Reich-Rohrwig, Nachfolgeregelung und Willensbildung in der Familienkapitalgesellschaft, in *Bertl/Mandel/Mandel/Ruppe*, Die Kapitalgesellschaft nach der Steuerreform 1988 (1989) 93

Reischauer in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 936

Rüffler, Ausschluss von Gesellschaftern und Übertragungsverpflichtungen, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 71

Rüffler, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten eines GmbH-Gesellschafters, *wbl* 2008, 356

Rummel in *Rummel*, ABGB³ Kommentar³ (2000) § 987

Schauer in *Kalss/Schauer*, Gutachten zum 16. österreichischen Juristentag (2006)

Schauer, Die GmbH in der Unternehmensfolge - der Geschäftsanteil im Spannungsfeld zwischen erbrechtlicher Nachfolge und gesellschaftsvertraglicher Steuerung, GesRZ Spezial-100 Jahre GmbH, 33

Schauer, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen, RdW 1986, 358

Schmidsberger, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH-Möglichkeiten und Grenzen (2005) 93

K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ (2002)

Schumacher, Veräußerung gepfändeter GmbH-Geschäftsanteile: Das exekutive Pfandrecht wirkt auch gegen den gutgläubigen Erwerber, RdW 1996, 351

Thiery, Entscheidungsanmerkung zu 8 Ob 631/90, ecolex 1992, 481

Tichy, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschluss, RdW 1998, 55

Torggler, Zur Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ÖBA 1998, 430

Trenkwalder, Übertragung von Anteilen an österreichischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in Kalss, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in 14 europäischen Rechtsordnungen (2003) 23

Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ (2008)

Umfahrer, Aufgriffsrechte, Abfindungsregelungen und Vinkulierungsbestimmungen als Gestaltungsinstrumente im GmbH-Gesellschaftsvertrag, GesRZ Spezial 2006 -100 Jahre GmbH, 28

Umlauft, Das Formgebot für die Begründung eines Aufgriffsrechtes nach dem GmbHG, GesRZ 1996, 173

Unschuld, Die Vererbung von Geschäftsanteilen in der Familien-GmbH, JEV 2007, 78

Vossius in Widmann/Meyer, Kommentar zum Umwandlungsrecht (2002) § 20

Wenger, Entscheidungsanmerkung zu 6 Ob 142/05h, RWZ 2007, 135

Westermann in Scholz, GmbHG¹⁰ (2006) § 34 Rz 30

Wiedemann, Die nachträgliche Vinkulierung von Aktien und GmbH-Anteilen, NJW 1964, 282

Wilhelm, Das Abtretungsverbot in der Entscheidung des verstärkten Senats, JBl 1984, 304

Wilhelm, Zur Formalität verdeckter Schenkungen von GmbH-Anteilen, NZ 1994, 250

Winter/Löbbe in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG I (2005) § 15.

Winter/Seibt in Scholz, GmbHG¹⁰ (2006) §15

Wünsch, Zulässigkeit und Wirkung der Kündigung im Recht der GmbH, in Demelius-FS, 509

Zehetner, Entscheidungsanmerkung zu 1 Ob 8/00h, ecolex 2000, 586

Zutt, in Hachenburg, GmbHG (1992)§ 15

XI. ANHANG

ABSTRACT

Gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen sind in der Praxis sehr beliebt. Dabei finden sich in den Gesellschaftsverträgen neben der Vinkulierung sehr häufig auch Aufgriffsrechte. Während heute relativ klar ist, was eine Vinkulierung ist und wie sie wirkt, fehlen zum Aufgriffsrecht bisher genaue Untersuchungen; vielmehr wird das Aufgriffsrecht meist nur in Zusammenhang mit Spezialproblemen behandelt.

Gegenstand meiner Dissertation ist die Analyse des Aufgriffsrechts. Nach einem Überblick über das Aufgriffsrecht in der Lehre und der Rechtsprechung werden die einzelnen Elemente des Aufgriffsrechts dargestellt und eine Definition vorgenommen. Weiters setzt sich die Arbeit mit der Rechtsnatur des Aufgriffsrechts auseinander. In diesem Zusammenhang wird auf Parallelen zu anderen (bekannten) Rechtsinstituten hingewiesen sowie Unterschiede zu diesen herausgearbeitet. Neben der Behandlung von Einzelfragen des Aufgriffsrechts (Formpflicht, nachträgliche Einführung, Änderung und Aufhebung sowie Wirkung) ist ein weiterer Schwerpunkt der Arbeit die Analyse der verschiedensten Aufgriffsklauseln. Dabei wird jeweils auf die Reichweite und die Grenzen der einzelnen Klauseln eingegangen. Weiters ist Gegenstand der Arbeit die Vereinbarkeit von Aufgriffs- und Zustimmungsrechten, wobei die verschiedensten Gestaltungsvarianten analysiert und die einzelnen möglichen Gestaltungsvarianten dargestellt und beleuchtet werden. Schließlich beschäftigt sich die Arbeit mit dem Schicksal des Aufgriffsrechts für den Fall der Nichtausübung.

LEBENS LAUF

Persönliche Informationen

Name: FRAGNER Julia, Mag.
Geburtsdatum: 13.08.1983
Staatsbürgerschaft: Österreich
Adresse: Reisnerstraße 15/13, 1030 Wien

Mobil: +43 650 727 99 68
E-Mail: julia.fragner@wu-wien.ac.at; j.fragner@gmx.at

Ausbildung

09/2001-01/2006 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

1997-2001 Sportgymnasium Maria Enzersdorf

1993-1997 BG & BRG Perchtoldsdorf

1989-1993 Volksschule Perchtoldsdorf

Arbeitserfahrungen

November 2007 – April 2008 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Obersten Gerichtshof

Seit Juni 2006 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht (Wirtschaftsuniversität Wien)

April 2006 – Mai 2006 Gerichtspraxis am Straflandesgericht Wien

Juli 2005 – August 2005 Volontariat an der Außenhandelsstelle der Wirtschaftskammer Österreich in Montreal/ Kanada

August 2004 - Februar 2006 Juristische Mitarbeiterin bei Kanzlei Neudorfer Rechtsanwälte

Publikationen

Seit Jänner 2007 Betreuung der Rubrik „Unternehmensrecht aktuell“ der Zeitschrift „Der Gesellschafter (GesRZ)“ (bis Jänner 2008 gemeinsam mit Dr. Christian Feltl, seither gemeinsam mit Hr. Mag. Schimka)

§§ 58-60, 67-70 AktG in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³ (2008) (gemeinsam mit MMag.Dr. Tichy,LLM)

Fälle und Fragen zum Grundbuch, in Wissensfragen und Fälle zum Skriptum WPR II (6. Auflage, 2008), 24