

MMag. **Martin Trenker**, Innsbruck

## GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz

*Mit fast 125.000 eingetragenen Gesellschaften ist die GmbH die beliebteste Gesellschaftsform Österreichs<sup>1)</sup>. Weniger beliebt ist die GmbH bei privaten Gläubigern der Gesellschaft. Denn die Verwertung von Geschäftsanteilen bringt mangels effizienten Markts in vielen Fällen keinen wertentsprechenden Erlös. Nicht zuletzt sind es auch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen, die eine Verwertung praktisch erschweren. Ähnlich schwierig gestaltet sich die Situation für den Insolvenzverwalter im Verfahren über das Vermögen eines GmbH-Gesellschafters. Die Probleme verschärfen sich durch viele ungeklärte Fragen im Zusammenhang mit dem Schicksal eines Geschäftsanteils in Exekution und Insolvenz. Diesen Fragen versucht der vorliegende Beitrag nachzugehen.*

**Deskriptoren:** Geschäftsanteil, Gesellschafterinsolvenz, Vinkulierung, Aufgriffsrecht, Aufgriffspreisbeschränkung, Abfindungsbeschränkung, Anteilspfändung, Zwangsverwaltung.  
§ 76 Abs 4 GmbHG; §§ 331 ff EO; §§ 25a, 25b, 26 Abs 3 IO; §§ 135, 137 UGB.

### Übersicht:

- A. Problemaufriss
- B. Verwertung des Geschäftsanteils gem § 331 f EO
  - I. Pfändung des Geschäftsanteils
    - 1. Wirkung der Pfändung
    - 2. Umfang der Pfändung
  - II. Verkauf des Anteils
  - III. Verteilung des Erlöses
  - IV. Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen
    - 1. Vinkulierungsklausel
    - 2. Aufgriffs- / Vorkaufsrecht
    - 3. Keine Änderung durch das IRÄG 2010
    - 4. Aufgriffspreisbeschränkung
- C. Alternative Verwertungsmöglichkeiten
  - I. Exekution vermögensrechtlicher Ansprüche
  - II. Ausübung eines statutarischen Kündigungsrechts gem § 333 EO
  - III. Zwangsverwaltung der Beteiligung gem § 334 EO
- D. Resümee

### A. Problemaufriss

Der Schutz der Gläubiger der Gesellschaft ist eines der Grundanliegen des Gesetzgebers im Kapitalgesellschaftsrecht. Weniger offensichtlich ist die Schutzwürdigkeit der privaten Gläubiger eines Gesellschafters. Der Geschäftsanteil als Inbegriff der Rechte und Pflichten des Gesellschafters<sup>2)</sup>, der die Gegenleistung der Gesellschaft für die Einlageleistung darstellt, mag für den Gesellschafter aus langfristiger Perspektive von hohem Wert sein; Privatgläubiger und Insolvenzverwalter sind allerdings zumeist an kurzfristigen Erfolgen, nämlich der Verwertung und ihrer Befriedigung, interessiert. Das Interesse des Markts an GmbH-Anteilen hält sich idR jedoch in Grenzen. Eine Veräußerung

von Geschäftsanteilen ist daher – sofern sich überhaupt ein Käufer findet – oftmals nur mit erheblichen Preisabschlägen möglich<sup>3)</sup>. Diese Befriedigungsschwierigkeiten werden durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen verschiedenster Art, wie Aufgriffs- oder Vinkulierungsklauseln, zusätzlich erschwert, sofern diese auch im Exekutions- und Insolvenzfall ihre Wirksamkeit behalten, was heftig umstritten, aber besonders im Interesse der Rechtssicherheit für Gläubiger und Mitgesellschafter von großer Bedeutung ist. Angesichts der erheblichen Schwierigkeiten bei der Verwertung soll außerdem die Zulässigkeit und Ausgestaltung alternativer Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger erörtert werden.

### B. Verwertung des Geschäftsanteils gem § 331 f EO

Ein GmbH-Geschäftsanteil ist ein „anderes Vermögensrecht“ iSd §§ 331 ff EO<sup>4)</sup>. Das mehrstufige Verwertungsverfahren besteht aus Pfändung, Verwertung und Verteilung des Erlöses<sup>5)</sup>. Diese Schritte sollen im Folgenden erörtert sowie auf ihre gesellschaftsvertragliche Disponibilität untersucht werden.

<sup>3)</sup> Vgl. *Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, wbl 2008, 353 (360); *H. Torggler*, Zur Verpfändung von Geschäftsanteilen, ÖBA 1998, 430; vgl. auch BGH IX ZR 153/93 NJW 1995, 659 (660 f); *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in: *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007 (2008) 65 (78); *Kirchhof* in MünchKomm InsO II<sup>2</sup> (2007) § 129 Rz 129, 132.

<sup>4)</sup> *Oberhammer in Angst*, EO<sup>2</sup> (2008) § 331 Rz 26 ff; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 2544; *Frauenberger in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO III (2001) § 331 Rz 45.

<sup>5)</sup> RIS-Justiz RS0004163, zB OGH 3 Ob 106/97b eocolex 1997, 941; *Feil*, Exekution auf andere Vermögensrechte (1986) § 331 Rz 31; *Heller-Berger-Stix*, EO III<sup>4</sup> (1976) 2331.

<sup>1)</sup> Auskunft des Bundesrechenzentrums vom 28.2.2012.

<sup>2)</sup> RIS-Justiz RS0004168, zB OGH 3 Ob 249/00i RdW 2002, 466; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/41; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 2513.

## I. Pfändung des Geschäftsanteils

### 1. Wirkung der Pfändung

Die Pfändung erfordert nach zutreffender Ansicht ein Verfügungsverbot an den verpflichteten Gesellschafter und ein Leistungsverbot an die Gesellschaft<sup>6)</sup>. Denn beide Verbote entfalten unterschiedliche Wirkungen, die jedoch erst mit dem Zeitpunkt der Zustellung beider Verbote einsetzen<sup>7)</sup>. Auch wenn der Anteil dem betreibenden Gläubiger bereits zuvor rechtsgeschäftlich verpfändet wurde, erübrigt sich eine exekutive Pfändung nach hM nicht<sup>8)</sup>.

Das Verfügungsverbot verbietet dem Gesellschafter alle Verfügungen, die nachteilig für den Pfandgläubiger sind<sup>9)</sup>. Verbotswidrige Verfügungen sind dem betreibenden Gläubiger gegenüber relativ unwirksam<sup>10)</sup>. Der Gesellschafter kann seinen Geschäftsanteil deshalb zwar auch nach erfolgter Pfändung veräußern. Der Käufer erwirbt den Geschäftsanteil aber nur mit der pfandrechtlichen Belastung<sup>11)</sup>. Auch ein lastenfreier Gutgläubenserwerb ist ausgeschlossen, weil § 367 ABGB nur auf körperliche Sachen anzuwenden ist, während für die Verfügung über einen GmbH-Geschäftsanteil hingegen die Grundsätze über die Abtretung einer Forderung gelten<sup>12)</sup>. Zumindest analog anwendbar ist daher auch § 308 Abs 3 EO, wonach die Abtretung einer überwiesenen Forderung die Rechte des Pfändungspfandgläubigers unberührt lässt<sup>13)</sup>.

Fraglich ist, ob aus dem Verbot nachteiliger Verfügungen auch resultiert, dass dem Gesellschafter die Ausübung bestimmter Verwaltungsrechte zu Lasten des betreibenden Gläubigers untersagt ist. Nach hA behält der Schuldner insb sein Stimmrecht

in der Gesellschafterversammlung<sup>14)</sup>. Dem ist insb im Hinblick auf das schützenswerte Interesse der Mitgesellschafter beizupflichten, keine Einmischung privater Gläubiger einzelner Gesellschafter dulden zu müssen. Daraus resultiert jedoch die Möglichkeit, dass der betreibende Gläubiger vor allem durch das Stimmverhalten des Gesellschafters Nachteile erleiden kann. Deshalb muss sich der Gesellschafter bei der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte an den Interessen seines Gläubigers orientieren, soweit dies seine gesellschaftsrechtlichen (Treue-)Pflichten<sup>15)</sup> zulassen. In diesem Sinn trifft ihn die Pflicht, den Wert des Pfandobjekts sowie seine Existenz zu wahren, widrigenfalls ihm Schadenersatzansprüche drohen<sup>16)</sup>.

Die deutsche hM geht noch weiter und erklärt zumindest die Ausübung des statutarischen Kündigungsrechts<sup>17)</sup> für unwirksam, sofern nicht die Zustimmung des Gläubigers eingeholt wurde<sup>18)</sup>. Letztere Auffassung ist jedoch im Gesellschaftsrecht mit der relativen Unwirksamkeit verbotswidriger Verfügungen nicht vereinbar. Wird die Gesellschaft verbotswidrig aufgekündigt und liquidiert, kann diese Rechtshandlung nicht gegenüber dem einzelnen Gläubiger ungeschehen gemacht werden. Es gibt nämlich keinen verwertbaren Geschäftsanteil mehr. Auch beschränkt auf das Verhältnis zum betreibenden Gläubiger kann die Kündigung daher nicht rückgängig gemacht werden. Dasselbe gilt für eine Austrittskündigung. Denkbar wäre daher nur eine absolute Unwirksamkeit der verbotswidrigen Kündigung, was aber nicht der eigentlichen exekutionsrechtlichen Rechtsfolge entspricht, nämlich der bloß relativen Unwirksamkeit<sup>19)</sup>. Außerdem käme die Annahme der (absoluten) Unzulässigkeit der Kündigung durch den Gesellschafter einer bedenklichen Knebelung gleich<sup>20)</sup>. ME ist daher die Schadenersatz-

<sup>6)</sup> OGH 3 Ob 151/83 GesRZ 1984, 166; 3 Ob 14/95 RdW 1995, 466; 3 Ob 106/97b JBl 1997, 602; *Frauenberger in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO III § 331 Rz 45 mwN; ähnlich *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 76 Rz 31; abweichend *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht (1983) 637; zur Verpfändung *H. Torggler*, Zur Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, GesRZ 1977, 77 (80).

<sup>7)</sup> *H. Schumacher*, Veräußerung gepfändeter GmbH-Geschäftsanteile, RdW 1996, 351.

<sup>8)</sup> *Oberhammer in Angst*, EO<sup>2</sup> § 331 Rz 26; *Frauenberger in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO III § 331 Rz 45; allgemein OGH 3 Ob 25/77 EvBl 1977, 233; aA *H. Torggler*, GesRZ 1977, 117; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 30 im Anschluss an *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Verhandlungen des 4. ÖJT (1970) 103 f.

<sup>9)</sup> OGH 3 Ob 186/94 wbl 1996, 166 in Anlehnung an 8 Ob 604/91 SZ 64/142; ebenso zB *Oberhammer in Angst*, EO<sup>2</sup> § 294 Rz 29 zum wohl analog anzuwendenden Verfügungsverbot des § 294 EO.

<sup>10)</sup> *Oberhammer in Angst*, EO<sup>2</sup> § 294 Rz 29, § 331 Rz 27; *Frauenberger in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO III § 331 Rz 45; in diesem Sinn wohl auch OGH 8 Ob 604/91 SZ 64/142; ebenso BGH VIII ZR 162/70 NJW 1972, 428.

<sup>11)</sup> OGH 3 Ob 186/94 wbl 1996, 166.

<sup>12)</sup> OGH 3 Ob 186/94 wbl 1996, 166; *Rauter in Straube*, WK-GmbHG III (2009) § 76 Rz 289 mwN; ebenso hM in Deutschland zB *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>17</sup> (2009) § 15 Rz 83 mwN.

<sup>13)</sup> Zutr *H. Schumacher*, RdW 1996, 352 f.

<sup>14)</sup> *H. Torggler*, GesRZ 1977, 113; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 29; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 637; *Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>19</sup> (2010) § 15 Rz 62; *M. Winter/Löbbe in Ulmer/Habersack/Winter*, GK-GmbHG I (2005) § 15 Rz 296.

<sup>15)</sup> Darauf weist zu Recht *H. Winter/Seibt in Scholz*, GmbHG I<sup>10</sup> (2006) § 15 Rz 191 mwN hin.

<sup>16)</sup> *H. Torggler*, GesRZ 1977, 113; zust *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 29.

<sup>17)</sup> Für andere Rechte mit ähnlichen Konsequenzen, zB den (vertraglich vereinbarten) Austritt aus wichtigem Grund oder die Erhebung der Auflösungsklage, gelte dies jedoch nicht; statt aller *M. Winter/Löbbe in GK-GmbHG I* § 15 Rz 296 mwN.

<sup>18)</sup> *H. Winter/Seibt in Scholz*, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 197, differenzierend Rz 191 ff; *M. Winter/Löbbe in GK-GmbHG I* § 15 Rz 296; *Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>19</sup> § 15 Rz 62; *Ebbing in Michalski*, GmbHG I<sup>2</sup> (2010) § 15 Rz 240; abweichend *H. Roth*, Pfändung und Verpfändung von Geschäftsanteilen, ZGR 2000, 187 (216 f); noch strenger *Heuer*, GmbH-Anteil in der Zwangsvollstreckung, ZIP 1998, 409 ff.

<sup>19)</sup> S oben bei und in FN 10.

<sup>20)</sup> Natürlich bleibt dem Gesellschafter auch die Möglichkeit, seinen Geschäftsanteil zu verkaufen. Mit der Belastung der Pfändung dürfte er *de facto* aber kaum einen Käufer finden.

rechtliche Absicherung des Verbots nachteiliger Verfügungen bezüglich der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten die überzeugendere Lösung. Resultierenden Schutzdefiziten<sup>21)</sup> des Pfandgläubigers ist im Rahmen der Zwangsverwaltung zu begegnen. Dazu unten C.III.

Das Leistungsverbot des Drittschuldners, also der GmbH, ist die zweite Facette der Pfändung. Dadurch wird der GmbH untersagt, aus dem Anteil entspringende, von der Pfändung umfasste<sup>22)</sup> Ansprüche zu erfüllen<sup>23)</sup>. Im Ergebnis muss die GmbH also diese Leistungen zurückbehalten.

## 2. Umfang der Pfändung

Der Umfang des Pfandrechts ist allerdings im Einzelnen umstritten. Einhellig wird vertreten, dass sich das Pfandrecht nur auf Vermögensrechte, nicht aber auf Verwaltungs- oder Herrschaftsrechte bezieht<sup>24)</sup>. Schwieriger ist die Frage, welche Vermögensrechte von der Pfändung des Geschäftsanteils mitumfasst sind.

Nach unbestrittener Ansicht gelten die von der hM als *Surrogate* des Geschäftsanteils bezeichneten Ansprüche als mitgepfändet<sup>25)</sup>: der Anspruch auf den Liquidationserlös, der Abfindungsanspruch, der Rückzahlungsanspruch bei Kapitalherabsetzungen oder geleisteten Nachschüssen und das „*superfluum*“ gem § 68 Abs 5 GmbHG bei der Kaduzierung. Ähnliches gilt grundsätzlich auch bei der „Umwandlung“ des Anteils im Rahmen von Umgründungsmaßnahmen<sup>26)</sup>.

Der Anspruch auf Dividenden soll jedoch zumindest bei der Verpfändung<sup>27)</sup> nicht vom Leistungs- und Verfügungsverbot betroffen sein<sup>28)</sup>. Be-

züglich bereits entstandener Gewinnansprüche ist dieser Ansicht auch für die zwangsweise Pfandrechtsbegründung zuzustimmen. Bereits wirksam begründete Dividendenansprüche sind nämlich vom Geschäftsanteil schon derart losgelöst, dass sie nicht mehr von der (nachfolgenden) Pfändung des Geschäftsanteils umfasst sind<sup>29)</sup>. Sie sind daher wie sonstige Forderungen des Gesellschafters separat zu exequieren.

Für zukünftige Gewinnansprüche ist der hM aber zu widersprechen. Der als Begründung angeführte Rückgriff auf §§ 457, 1372 ABGB, wonach abgesonderte Früchte der verpfändeten Hauptsache dem Schuldner verbleiben<sup>30)</sup>, ist mE verfehlt: Die §§ 457, 1372 ABGB betreffen die Frage, wer Eigentum an den Früchten eines Pfandobjekts erwirbt und nicht, ob Früchte vom Pfandrecht umfasst sind. Vielmehr ist (zumindest für die Pfändung) § 299 EO heranzuziehen, wonach die Zinsen aus einer gepfändeten verzinslichen Forderung als mitgepfändet gelten. Gegen die hM spricht auch, dass das Exekutionsobjekt „Geschäftsanteil“ untrennbar mit den daraus resultierenden Rechten verbunden ist. Die Pfändung umfasst deshalb nach zutreffender Ansicht den gesamten Ertragswert des Anteils und damit auch die Summe der in Zukunft erzielbaren „Cash-Flows“<sup>31)</sup>. In diesem Sinn ist auch nicht leicht verständlich, warum nach der hM Dividenden Zivilfrüchte sein sollen, dies für den Anteil am Liquidationserlös aber offensichtlich nicht gelte. Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist ein zukünftiger Gewinnanteil nämlich auch nur ein vorweggenommener Teil des Liquidationserlöses<sup>32)</sup>.

Zweitens sind Dividenden keine „Früchte“ des Geschäftsanteils, sondern (wesentlicher) Teil desselben. Der Geschäftsanteil ist in diesem Sinn nicht mit einer herkömmlichen körperlichen Sache vergleichbar, deren Erträge als Zivilfrüchte einzustufen sind. Als Bündel von Rechten besteht er vielmehr gerade aus der Summe der in Zukunft erzielbaren „Cash-Flows“. Von der Pfändung des Geschäftsanteils sind folglich mE auch die zukünftigen Forderungen auf einzelne Dividendenzahlungen erfasst<sup>33)</sup>. Praktisch empfiehlt es sich

*melhoff*, GmbHG<sup>17</sup> § 15 Rz 84; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>19</sup> § 15 Rz 62 je mwN; aA wohl *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>6</sup> (2006) § 76 Rz 20 (in der Folgeauflage allerdings weggefallen); s auch die Nachweise aus Deutschland unter FN 33.

<sup>29)</sup> *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften<sup>5</sup> (2010) § 30 Rz 37; *M. Winter/Löbke* in GK-GmbHG I § 15 Rz 293.

<sup>30)</sup> Statt aller *H. Torggler*, GesRZ 1977, 112 f; *derselbe*, ÖBA 1998, 434.

<sup>31)</sup> *M. Winter/Löbke* in GK-GmbHG I § 15 Rz 293.

<sup>32)</sup> *Kalbfleisch*, Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil einer GmbH (1990) 30; zust *M. Winter/Löbke* in GK-GmbHG I § 15 Rz 293.

<sup>33)</sup> Für Deutschland zutr *Kalbfleisch*, Zwangsvollstreckung 24 ff; *M. Winter/Löbke* in GK-GmbHG I § 15 Rz 293 mwN; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften<sup>5</sup> § 30 Rz 37; *H. Roth*, ZGR 2000, 213; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965) 426; *R. Fischer*, Die Pfän-

<sup>21)</sup> Mangels weiterer Befriedigungsobjekte läuft die Schadenersatzforderung des betreibenden Gläubigers freilich ins Leere.

<sup>22)</sup> Dazu gleich B.I.2.

<sup>23)</sup> *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> (1993) 367; zust *Frauenberger* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO III § 331 Rz 45.

<sup>24)</sup> OGH 6 Ob 27/95 ecolex 1996, 174; 3 Ob 186/94 wbl 1996, 166; 3 Ob 249/00i RdW 2002, 466; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 31; *Frauenberger* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO III § 331 Rz 45; *H. Schumacher*, RdW 1996, 352; vgl aber noch unten C.II.

<sup>25)</sup> Statt aller *H. Torggler*, GesRZ 1977, 116; *derselbe*, ÖBA 1998, 436; *Rauter* in *Straube*, WK-GmbHG III § 76 Rz 247 mwN; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 636; *Kralik*, Bemerkungen zum Veräußerungsverbot und zur Verpfändung nach § 76 GmbHG, FS Kastner (1972) 215 (224); BGH II ZR 375/87 NJW 1989, 458.

<sup>26)</sup> Ausführlich *H. Torggler*, ÖBA 1998, 436 f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 636. Strittig ist lediglich das Schicksal des Geschäftsanteils an der übertragenden Gesellschaft.

<sup>27)</sup> Nach *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 31 entfaltet die Pfändung dieselben Wirkungen wie die Verpfändung.

<sup>28)</sup> *H. Torggler*, GesRZ 1977, 112 f; *derselbe*, ÖBA 1998, 434; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 29; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 636; *Rauter* in *Straube*, WK-GmbHG III § 76 Rz 247; in Deutschland ebenso die wohl hM auch explizit zur Pfändung; zB *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 181; *Bayer* in *Lutter/Hom-*

freilich wegen der abweichenden hM zur Verpfändung, Ansprüche auf zukünftige Gewinne ausdrücklich mitpfänden zu lassen.

Ebenso erfasst die Pfändung mE die nennbetragsmäßige Erhöhung des Anteils bei einer nominalen Kapitalerhöhung<sup>34</sup>). Da der gepfändete Geschäftsanteil bereits zuvor allfällige stille Reserven beinhaltet, ist dies nur konsequent. Andernfalls könnte der Wert des Pfandrechts im Wege der nominalen Kapitalerhöhung ausgehöhlt werden. Dieses Argument verfährt jedoch nicht bei effektiven Kapitalerhöhungen, also beim Zufluss neuen Eigenkapitals. Die nominelle Erhöhung des Anteils durch neues Kapital ist daher vom exekutiven Beschlag des Pfandrechts ausgenommen<sup>35</sup>). Dagegen spricht auch nicht, dass GmbH-Anteile nach der (dispositiven) Norm des § 79 Abs 1 GmbHG unteilbar sind. Das Pfandrecht (sowie ein allfälliger Verkauf) bezieht sich nämlich weiterhin auf den gesamten Geschäftsanteil, ist aber betragsmäßig auf die Quote der Beteiligung beschränkt, „die wertmäßig dem ursprünglich verpfändeten Anteil entspricht“<sup>36</sup>).

Eine Schranke der Pfändungswirkungen wird zu Recht darin erblickt, dass die Pfändung des Anteils nicht dessen Verkauf im Rahmen des Kaduzierungsverfahrens behindert<sup>37</sup>). Das ist zum einen Folge des Prioritätsprinzips, weil das gesetzliche Verwertungsrecht der Gesellschaft untrennbar mit dem Geschäftsanteil verbunden ist und daher bereits mit der Entstehung des Anteils begründet wird<sup>38</sup>). Zum anderen darf das zwingende Recht im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass die pfandrechtliche Belastung einen Verkauf gem § 68 GmbH *de facto* unmöglich macht. Dementsprechend wäre ein Vorrang des Pfandrechts der Gläubiger einzelner Gesellschafter mit dem zwingenden System der Kapitalaufbringung nicht vereinbar. Im Ergebnis hat die Gesellschaft für den Kaduzierungsfall daher ein Recht auf bevorzugte Befriedigung<sup>39</sup>). Das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers be-

zieht sich in diesem Fall jedoch auf einen allfälligen Überschuss aus der Veräußerung des Anteils.

Zusammengefasst werden von der Pfändung des Geschäftsanteils alle zukünftigen vermögensrechtlichen Ansprüche des Gesellschafters erfasst, die aus der Beteiligung an der GmbH stammen. In bereits wirksam entstandene Dividendenansprüche muss hingegen nach den Regeln über die Forderungsexekution separat Zwangsvollstreckung geführt werden.

In der Insolvenz des Gesellschafters ist eine Pfändung durch einzelne Gläubiger wegen der Exekutionssperre nach § 10 Abs 1 IO freilich im Interesse der *par condicio creditorum* ausgeschlossen. Die Insolvenz der GmbH hindert die Pfändung hingegen nicht<sup>40</sup>), obwohl ein Verkauf des Anteils in diesem Stadium kaum zielführend sein dürfte.

## II. Verkauf des Anteils

Die Verwertung des Geschäftsanteils wird gem § 332 EO durch Zwangsverkauf aus freier Hand vollzogen<sup>41</sup>). Eine öffentliche Versteigerung kommt nur subsidiär in Betracht. Eine außergerichtliche Pfandverwertung gem §§ 466 a–e ABGB ist selbst bei vorheriger rechtsgeschäftlicher Verpfändung mE nicht möglich. GmbH-Geschäftsanteile sind weder bewegliche Sachen<sup>42</sup>) noch sind die §§ 466 a–e ABGB vom Verweis in § 332 EO erfasst, dass die Bestimmungen über den „Verkauf gepfändeter beweglicher Sachen“ anzuwenden sind. Die §§ 466 a–e ABGB sind nämlich Bestimmungen über den Verkauf *ver-* und nicht gepfändeter Sachen.

Der Verkauf des Geschäftsanteils im Rahmen eines Exekutionsverfahrens setzt keinen Notariatsakt voraus, auch wenn er freihändig erfolgt<sup>43</sup>). Dem Verkauf geht die vorherige Schätzung desselben voraus<sup>44</sup>). Die Parteien können zwar zum Gutachten über den Schätzwert Stellung nehmen; der Schätzwert wird jedoch nicht beschlussmäßig festgestellt und ist daher auch nicht anfechtbar<sup>45</sup>).

In der Insolvenz des Gesellschafters kommt es nach § 114 iVm § 119 Abs 1 IO ebenfalls primär zur freihändigen Veräußerung des Geschäftsanteils.

dung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils, GmbHR 1961, 21 (22); s dagegen jedoch die Nachweise zur wohl hM unter FN 28.

<sup>34</sup>) Zum deutschen Recht, wo allerdings auf § 57m dGmbHG zurückgegriffen werden kann, G. H. Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG<sup>7</sup> (2012) § 57m Rz 13; M. Winter/Löbke in GK-GmbHG I § 15 Rz 292; H. Winter/Seibt in Scholz, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 187; Kalbfleisch, Zwangsvollstreckung 41 ff; aA Kerbusch, Zur Erstreckung des Pfandrechts an einem GmbH-Geschäftsanteil auf den durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erhöhten oder neu gebildeten Geschäftsanteil, GmbHR 1990, 156 ff.

<sup>35</sup>) M. Winter/Löbke in GK-GmbHG I § 15 Rz 292; aA Kalbfleisch, Zwangsvollstreckung 38 ff.

<sup>36</sup>) Vgl H. Torggler, ÖBA 1998, 436 zur Vereinigung von Geschäftsanteilen.

<sup>37</sup>) Ausführlich H. Torggler, GesRZ 1977, 116; Schopper in Straube, WK-GmbHG III § 66 Rz 50.

<sup>38</sup>) Zutr Schopper in Straube, WK-GmbHG III § 66 Rz 50.

<sup>39</sup>) H. Torggler, GesRZ 1977, 116.

<sup>40</sup>) OGH 3 Ob 188/97m ecolx 1997, 941; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 31.

<sup>41</sup>) Statt aller OGH 3 Ob 151/83 EvBl 1984/78; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 32.

<sup>42</sup>) Ebenso Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 30.

<sup>43</sup>) RIS-Justiz RS0002208, zB OGH 3 Ob 451/51 SZ 24/245; Nitsche, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, FS Jelinek (2002) 187 (191); H. Torggler, ÖBA 1998, 437; Rauter in Straube, WK-GmbHG III § 76 Rz 220; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 30; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 638.

<sup>44</sup>) OGH 3 Ob 83/08i GesRZ 2008, 301 (Frauenberger); 3 Ob 215/05x GesRZ 2006, 81; 3 Ob 249/00i RdW 2002, 466; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 32; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 636.

<sup>45</sup>) OGH 3 Ob 215/05x GesRZ 2006, 81; auch nicht von der zustimmungsberechtigten Gesellschaft bei Vinkulierung des Anteils, 3 Ob 83/08i GesRZ 2008, 301 (Frauenberger).

teils durch den Insolvenzverwalter. Die Veräußerung einer Gesellschaftsbeteiligung ist mE in aller Regel eine wichtige Vorkkehrung iSd § 114 Abs 1 IO, weil auch der freihändige Verkauf beweglicher Sachen außerhalb der Unternehmensfortführung unter § 114 Abs 1 IO fällt<sup>46)</sup>. Dies muss erst Recht für GmbH-Anteile gelten, zumal für deren Verwertung auch Alternativen zur Verfügung stehen<sup>47)</sup>. Im Außenverhältnis ist eine Genehmigung des Gerichts und des Gläubigerausschusses gem § 117 Abs 1 Z 1 IO nur dann erforderlich, wenn der Geschäftsanteil eine qualifizierte Beteiligung für das insolvente Unternehmen iSd § 228 Abs 1 UGB darstellt<sup>48)</sup>. Der Veräußerung ist mE wie im Exekutionsverfahren ein Gutachten über den Schätzwert des Anteils zugrunde zu legen. Nach umstrittener Ansicht des OGH ist die Veräußerung durch den Insolvenzverwalter zumindest dann notariatsaktpflichtig, wenn keine gerichtliche Zustimmung gem § 117 IO eingeholt werden musste<sup>49)</sup>. Sofern für die Übertragung die gerichtliche Zustimmung einzuholen war, ist eine Notariatsaktpflicht mE jedenfalls zu verneinen<sup>50)</sup>. Auch ansonsten sind die (umstrittenen)<sup>51)</sup> Zwecke der Formpflicht, die Immobilisierung des Geschäftsanteils sicherzustellen sowie die Identität der Gesellschafter festzustellen<sup>52)</sup>, durch eine formfreie Verwertung durch einen gerichtlich bestellten Vertreter im Rahmen des Insolvenzverfahrens nicht gefährdet<sup>53)</sup>. Entgegen dem OGH kann der Insolvenzverwalter mE den Geschäftsanteil stets formfrei verwerten.

### III. Verteilung des Erlöses

Der Erlös aus der Veräußerung des Geschäftsanteils ist unter sinngemäßer Anwendung der §§ 283–287 EO zu verteilen. Wenn neben dem Recht des betreibenden Gläubigers andere Pfandrechte bestehen, ist der Verkaufspreis im Rahmen einer Verteilungstagsatzung aufzuteilen (§ 285 Abs 1 EO). Hat der betreibende Gläubiger das alleinige Pfandrecht, ist dessen Forderung aus dem Erlös zu tilgen. Vor der Tilgung der Forderung(en), der wegen Exekution geführt wurde, müssen jedoch

die Kosten des Exekutionsverfahrens bezahlt werden<sup>54)</sup>. Bleibt nach Deckung der Kosten und relevanten Verbindlichkeiten noch ein Teil des Erlöses übrig, erhält ihn der Gesellschafter gem § 283 Abs 4 EO. In der Insolvenz des Gesellschafters hat der Insolvenzverwalter den Erlös gem §§ 128 ff IO unter den Gläubigern zu verteilen.

### IV. Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen

Die Möglichkeit der Pfändung kann gesellschaftsvertraglich nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden<sup>55,56)</sup>. Daran besteht auch kein legitimes Interesse der Mitgesellschafter, weil die Pfändung nur die Vermögens-, nicht aber die Verwaltungsrechte des Gesellschafters betrifft. Auch die letzte Stufe des Exekutionsverfahrens, die Verteilung des Erlöses, kann nicht modifiziert werden, weil dieser Vorgang die Rechte und Interessen der Gesellschaft überhaupt nicht betrifft. Anders verhält es sich jedoch mit der Möglichkeit der Anteilsveräußerung.

#### 1. Vinkulierungsklausel

Der Verkauf an eine beliebige Person beeinträchtigt nämlich die Interessen der Mitgesellschafter uU erheblich, zumal ihnen dadurch ein ungewollter Mitgesellschafter aufgedrängt werden kann<sup>57)</sup>. Zur Vermeidung dieses Risikos enthalten in der Praxis Satzungen zumeist Vinkulierungsklauseln. Die uneingeschränkte Wirkung solcher Klauseln in Exekution und Insolvenz würde die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger des Gesellschafters jedoch unangemessen schmälern. Andererseits würde die Unbeachtlichkeit dieser Klauseln die berechtigten Interessen der vorsorgenden Mitgesellschafter in ebenso unbilliger Weise verletzen. Der Gesetzgeber hat daher in § 76 Abs 4 GmbHG eine Kompromisslösung getroffen<sup>58)</sup>. Bei der Verwertung vinkulierter Anteile hat das Exekutionsgericht zunächst den Schätzwert feststellen zu lassen und die Gesellschaft sowie andere Pfändungspfandgläubiger davon zu verständigen. Alternativ ist auch eine Einigung zwischen Gesellschaft, betreibendem Gläubiger und Verpflichtetem möglich. Daraufhin hat die Gesellschaft 14 Tage Zeit, einen Käufer zum Schätzwert zu finden. Andernfalls kommt es zur oben beschriebenen Verwertung, die keine Zustimmung

<sup>46)</sup> Beachte freilich die restriktive Interpretation dieser Bestimmung, zB *Riel* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetz (2004) § 114 KO Rz 11.

<sup>47)</sup> S unten C.

<sup>48)</sup> § 117 Abs 1 Z 1 IO.

<sup>49)</sup> OGH 6 Ob 112/06y ZIK 2007, 134; aA *Enzinger*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 6 Ob 112/06y, GesRZ 2007, 263 (265 f); *Fragner*, Das Aufgriffsrecht in der GmbH (2008, Dissertation Wien) VI.A.3.

<sup>50)</sup> *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 91; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 21; OLG Wien 28 R 35/06g GeS 2006, 223; offen lassend OGH 6 Ob 112/06y ZIK 2007, 134.

<sup>51)</sup> ZB *G. H. Roth/Fitz*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBl 2004, 205 (209); *P. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 66; *Enzinger*, Von überschießenden Formpflichten, AnwBl 2001, 510 je mwN.

<sup>52)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 16 mwN.

<sup>53)</sup> *Enzinger*, GesRZ 2007, 265 f; *Fragner*, Aufgriffsrecht VI.A.3.

<sup>54)</sup> S §§ 283, 286 EO.

<sup>55)</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 637; s auch BGH II ZR 69/58 NJW 1960, 1053; II ZB 12/73 NJW 1975, 1835; *M. Winter/Löbbe* in GK-GmbHG I § 15 Rz 306.

<sup>56)</sup> Zu beachten ist, dass in der Praxis häufig bereits die Eröffnung des Exekutionsverfahrens, also bereits die Pfändung des Anteils ein Aufgriffs- oder Vorkaufsrecht der Mitgesellschafter auslöst und ein allfälliges Pfandrecht durch Übernahme des Anteils untergeht; s unten B.IV.3. aE.

<sup>57)</sup> Ausdrücklich zB OLG Frankfurt 20 W 26/76 BB 1976, 1147.

<sup>58)</sup> Vgl ErlRV 236 BlgHH 17. Session 85, abgedruckt in *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 626.

mung der Gesellschaft voraussetzt. Im Ergebnis wandelt § 76 Abs 4 GmbHG das Zustimmungs- somit in ein Benennungsrecht. Beim Erwerb durch den vom Vinkulierungsberechtigten namhaft gemachten Käufer besteht keine Notariatsaktspflicht<sup>59)</sup>.

In der Insolvenz ist § 76 Abs 4 nach zutreffender hM zumindest analog anzuwenden<sup>60)</sup>. Eine unmittelbare Anwendung ist mE zwar ausgeschlossen, weil sich der Verweis des § 119 Abs 2 IO nur auf die gerichtliche und nicht auf die freihändige Veräußerung bezieht<sup>61)</sup>. Eine analoge Anwendung ist jedoch geboten, weil für den Konkurs als General- exekution dieselben Maßstäbe gelten müssen wie für die Exekution, sofern nicht ausnahmsweise eine besondere Rechtfertigung besteht. Inhaltliche Gründe, Vinkulierungen zugunsten der Gläubiger im Insolvenzverfahren als unwirksam zu behandeln, während die Gläubiger im Exekutionsverfahren nach Maßgabe von § 76 Abs 4 GmbHG daran gebunden sind, gibt es mE nicht. In beiden Fällen geht es nämlich um einen wertungsmäßig gleich gelagerten Ausgleich zwischen den Interessen der Gesellschaft und der Gläubiger des Gesellschafters.

## 2. Aufgriffs- / Vorkaufsrecht

Praktisch finden sich in Satzungen auch häufig Aufgriffs- oder Vorkaufsrechte, die Gesellschafter unter gewissen Voraussetzungen berechtigen, den Geschäftsanteil eines Mitgesellschafters zu einem bestimmten oder bestimmbaren Preis zu übernehmen. Für die Zwecke dieser Untersuchung unterscheiden sich Vorkaufs- und Aufgriffsrecht mE nicht entscheidend<sup>62)</sup>. Im Folgenden wird deshalb zwar nur noch vom Aufgriffsrecht die Rede sein, die Ausführungen gelten aber grundsätzlich auch für Vorkaufsrechte. Hauptsächlich wird als Aufgriffsfall die Veräußerungsabsicht eines Gesellschafters vereinbart, sehr häufig auch die Eröffnung des Exekutions- oder Insolvenzverfahrens<sup>63)</sup>.

Die Wirksamkeit derartiger Rechte in der Exekution und besonders in der Insolvenz ist überaus umstritten, wobei zwei Fragen zu unterscheiden sind: Einerseits die Wirksamkeit des Aufgriffsrechts selbst und andererseits die Zulässigkeit der Höhe des „Aufgriffspreises“.

Die Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Beschränkung der exekutiven Verwertung durch ein Übernahmerecht einzelner Mitgesellschafter begegnet mE keinen grundsätzlichen Bedenken<sup>64)</sup>. Derartige gesellschaftsvertragliche Veräußerungsbeschränkungen sind nach hM materielle Satzungsbestandteile und wirken daher absolut<sup>65)</sup>. Mit anderen Worten entsteht der zu veräußernde Geschäftsanteil „erst durch die Satzung und notwendigerweise in der Ausgestaltung, wie sie ihm die Satzung vorgibt“<sup>66)</sup>. Dementsprechend ist auch die Auffassung abzulehnen, dass es sich um eine lediglich persönliche Verbindlichkeit des Gesellschafters handle, die in Exekution und Insolvenz nicht zu beachten sei<sup>67)</sup>. Die Verpflichtung haftet vielmehr am Geschäftsanteil, als Inbegriff der Rechte und Pflichten der Beteiligung.

Der Eintritt der Exekution vermag die absolute Wirkung dieser Beschränkung nicht zu durchbrechen. Aus § 76 Abs 4 GmbHG ergibt sich zweifellos, dass vertragliche Schranken der Verwertung eines Anteils in der Exekution nicht *per se* unwirksam werden. Aufgriffsrechte stellen für betreibende Gläubiger auch keine wesentlich andere „Belastung“ als die in dieser Bestimmung geregelten Vinkulierungsklauseln dar<sup>68)</sup>. Gerade im Exekutionsfall<sup>69)</sup> läuft die Vinkulierung wie gezeigt auf ein Benennungsrecht hinaus. Das Aufgriffsrecht, bei dem im Unterschied zur Vinkulierung die Berechtigten nicht nachträglich benannt werden, sondern im Vorhinein bestimmt sind, ist für die Gläubiger – abgesehen von einer gesondert zu beurteilenden Abfindungsbeschränkung<sup>70)</sup> – kein schwerer wiegender Eingriff als die Vinkulierung.

<sup>59)</sup> OGH 3 Ob 451/51 SZ 24/245.

<sup>60)</sup> Eckert, Insolvenz von Gesellschaftern, in: *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2011 (2012) 59 (71 f); *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009, 82 (85); *Umlauf*, Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, GesRZ 2009, 4 (7); *Rüffler*, wbl 2008, 354; *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 85; *Hager-Rosenkranz*, Beschränkungen der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Exekution und Insolvenz, wbl 2006, 253 (257); *Höller*, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Gesellschafters, ZIK 2004, 151 (154); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 8; *Rauter* in *Straube*, WK-GmbHG III § 76 Rz 81; aA *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> (2009) § 76 Rz 9.1; OGH 6 Ob 21/79 NZ 1981: Die Ansicht, dass gesellschaftsvertragliche Erschwerungen der Übertragung des Anteils im Konkurs unwirksam seien, ist nicht offenbar gesetzwidrig; abschwächend OGH 6 Ob 241/98d RdW 1999, 410.

<sup>61)</sup> Vgl OGH 6 Ob 112/06y ZIK 2007, 134.

<sup>62)</sup> Ebenso OGH 8 Ob 631/90 RdW 1992, 339.

<sup>63)</sup> Ausführlich *Rauter* in *Straube*, WK-GmbHG III § 76 Rz 135 ff mwN.

<sup>64)</sup> Ebenso *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 32; *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 256; tendenziell auch *Rauter* in *Straube*, WK-GmbHG III § 76 Rz 135; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 619.

<sup>65)</sup> Ausführlich *Rüffler*, wbl 2008, 356 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 10; zust *Kletečka*, GesRZ 2009, 86; ähnlich *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 255; s auch OGH 8 Ob 631/90 RdW 1992, 339; *Aicher/Felzl* in *Straube*, WK-GmbHG I (2010) § 4 Rz 55.

<sup>66)</sup> *Rüffler*, wbl 2008, 356; vgl auch die deutsche hM, zB *M. Winter/Löbke* in GK-GmbHG I § 15 Rz 309; *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 204 je mwN auch der Gegenansicht; ebenso *Altmeyden* in *Roth/Altmeyden*, GmbHG<sup>7</sup> § 15 Rz 116.

<sup>67)</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 619.

<sup>68)</sup> *Kletečka*, GesRZ 2009, 87; s näher zur „Verwandtschaft“ von Vinkulierung und Aufgriffsrecht *Fragner*, Aufgriffsrecht VI.A.4.b.

<sup>69)</sup> Ähnliches gilt gem § 77 GmbHG auch, wenn das Gericht die Zustimmung der Gesellschaft(er) substituiert.

<sup>70)</sup> S unten B.IV.4.

Für eine unterschiedliche Beurteilung beider Sachverhalte besteht daher mE keine Rechtfertigung. Auch die Materialien zu § 76 Abs 4 GmbHG, die auf die Schwierigkeiten verweisen, „falls die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft oder an sonstige Voraussetzungen geknüpft ist“<sup>71,72)</sup>, sprechen für diese inhaltliche Gleichbehandlung.

Die mittlerweile überwiegende Ansicht geht auch für den Insolvenzfall davon aus, dass der Insolvenzverwalter an Aufgriffsrechte des Gesellschaftsvertrags gebunden ist<sup>73)</sup>. Die Gegner dieser Auffassung argumentieren insb damit, dass das Aufgriffs- oder Vorkaufrecht als „Antrag“ des Gemeinschuldners<sup>74)</sup> iSd § 26 Abs 3 IO zu qualifizieren sei<sup>75)</sup>. Nach dieser Bestimmung ist der Insolvenzverwalter nämlich an Anträge des Gemeinschuldners nicht gebunden, die dieser vor Insolvenzeröffnung gemacht hat.

Aufgriffsrechte behalten mE entsprechend der hM auch in der Insolvenz ihre Wirkung. Bezüglich der absoluten Wirkung derartiger statutarischer Schranken kann auf die Ausführungen zur Exekution verwiesen werden. Der Geschäftsanteil fällt somit mit allen in der Satzung vorgesehenen Modifikationen in die Insolvenzmasse, also auch mit den vereinbarten Verfügungsbeschränkungen. Eine Durchbrechung dieser absoluten Wirkung

<sup>71)</sup> Vgl ErlRV 236 BlgHH 17. Session 85, abgedruckt in *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 626. Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>72)</sup> Darauf weist zutr *Fragner*, Aufgriffsrecht VI.A.4.b. hin.

<sup>73)</sup> OLG Innsbruck 5 R 264/84 NZ 1987, 323; 5 R 288/86 NZ 1987, 321; 3 R 136/03d, referiert in OGH 6 Ob 271/03a AnwBl 2006, 253; *Umlauf*, Insolvenzeröffnung als gesellschaftsvertraglich vereinbarter Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft: Zulässigkeit nach IRÄG 2010, FS G. H. Roth (2011) 845 (849); *derselbe*, GesRZ 2009, 7 f; *G. Fellner*, Auswirkungen des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2010 auf gesellschaftsvertraglich verankerte Aufgriffsrechte, RdW 2010, 259; *Kletečka*, GesRZ 2009, 86 f; *Rauter* in *Straube*, WK-GmbHG III § 76 Rz 135; *Rüffler*, wbl 2008, 356 ff; *Fragner*, Aufgriffsrecht VI.A.4.a; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/309 (anders jedoch *derselbe*, aaO Rz 4/310 FN 585); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 10; *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 85; *Fantur*, Entscheidungsanmerkung zu 6 Ob 142/05h, GeS 2007, 186 (188); *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 257; *Schmidsberger*, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in: *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH (2005) 93 (119 f).

<sup>74)</sup> Der Begriff des Gemeinschuldners wird aus Gründen der sprachlichen Klarheit weiterverwendet, obwohl er durch das IRÄG 2010 vom Begriff des „Schuldners“ ersetzt wurde.

<sup>75)</sup> OLG Linz 2 R 80/98t, referiert in OGH 6 Ob 241/98d RdW 1999, 410; OLG Graz 4 R 64/05x, referiert in OGH 6 Ob 142/05h GeS 2007, 186 (*Fantur*); *Höller*, ZIK 2004, 155; *Nitsche*, FS Jelinek 194; *Duursma-Kepplinger/Duursma*, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffs- und Andienungsrechte im Konkursfall, in: *Buchegger*, Beiträge zum Zivilprozessrecht VI (2001) 177 (189 f); im Ergebnis ebenso OLG Wien 5 R 119/79, referiert in OGH 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 619.

könnte sich allenfalls aus der gesetzlichen Anordnung des § 26 Abs 3 IO ergeben. *Kletečka* hat jedoch völlig überzeugend dargelegt, dass Optionsrechte in vielschichten Verträgen keine Anträge iSd § 26 Abs 3 IO sind<sup>76)</sup>. Ansonsten könnte der Insolvenzverwalter nämlich einzelne, für ihn ungünstige, Klauseln missachten, die Bestandteil der subjektiven Austauschgerechtigkeit der Parteien beim Vertragsabschluss waren. Ein derartiges „Rosinenpicken“ würde aber zu einer Frustration des berechtigten Vertrauens des Vertragspartners des Gemeinschuldners führen. Ein derartiges Ergebnis ist dem von Vertrauensschutz und Vertragstreue geprägten österr Privatrechtssystem fremd, was für eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Antrag“ spricht<sup>77)</sup>. Auch der OGH hat ganz in diesem Sinn ein anlässlich einer Grundstücksübertragung mitvereinbartes Wiederkaufsrecht nicht als Antrag iSd § 26 Abs 3 IO qualifiziert<sup>78)</sup>. Ein Optionsrecht, das auf einem synallagmatischen Vertrag beruht und somit Bestandteil des subjektiven Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung ist, ist daher mE nicht unter § 26 Abs 3 IO zu subsumieren.

Zusätzlich spricht auch ein Gleichlauf mit dem Fall der Exekution für die insolvenzrechtliche Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen<sup>79)</sup>. Es ist nämlich auch bei Aufgriffsrechten mE keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich, warum die Exekutionsgläubiger derartige Klauseln gegen sich gelten lassen müssen, dies für Insolvenzgläubiger aber nicht gelten soll.

### 3. Keine Änderung durch das IRÄG 2010

Die Unzulässigkeit des Aufgriffsrechts könnte sich jedoch in bestimmten Fällen aus den durch das IRÄG 2010 neu eingeführten §§ 25a, 25b IO ergeben. Gem § 25b Abs 2 IO sind nämlich Vertragsklauseln unzulässig, welche die Auflösung von Vertragsverhältnissen des Gemeinschuldners wegen dessen Insolvenz anordnen. Außerdem normiert § 25a IO, dass Vertragspartner des Schuldners Rechte auf Vertragsbeendigung während der ersten sechs Monate nach Verfahrenseröffnung nur aus wichtigem Grund<sup>80)</sup> ausüben können. Aufgriffsrechte werden in der Praxis regelmäßig gerade so vereinbart, dass die Insolvenz des Gesellschafters dessen Ausschluss und die Übernahmemöglichkeit durch die Aufgriffsberechtigten auslöst. Derartige Klauseln wären da-

<sup>76)</sup> *Kletečka*, GesRZ 2009, 83 f; ähnlich *Rüffler*, wbl 2008, 357 f; *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung 120 f.

<sup>77)</sup> Vgl *Kramer*, Juristische Methodenlehre<sup>3</sup> (2010) 99.

<sup>78)</sup> OGH 2 Ob 278/97i ZIK 2000/25; dagegen, mE aber wenig überzeugend, *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert* § 38 KO Rz 31; *Duursma-Kepplinger/Duursma* in *Buchegger*, Beiträge zum Zivilprozessrecht VI 186 f.

<sup>79)</sup> S bereits oben B.IV.1.

<sup>80)</sup> Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners ist *expressis verbis* kein wichtiger Grund.

her nicht mit §§ 25a, 25b Abs 2 IO in Einklang zu bringen<sup>81</sup>).

Die Anwendbarkeit der §§ 25a, 25b IO auf Gesellschaftsverträge ist umstritten, aber mE aus teleologischen Erwägungen abzulehnen<sup>82</sup>). Obwohl der Wortlaut nicht zwischen zwei- und mehrseitigen Verträgen differenziert, ist die Ausgangslage bei Gesellschaftsverträgen teleologisch nicht mit jener bei herkömmlichen zweiseitigen Verträgen vergleichbar. Die Materialien rechtfertigen die Kündigungssperre ua damit, dass Ansprüche von Vertragspartnern, die nach Insolvenzeröffnung entstehen, als Masseforderungen ohnehin weitestgehend gesichert wären<sup>83</sup>). Bei Gesellschaftsverträgen stehen jedoch andere anerkanntswerte Gründe für die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses im Vordergrund: Es ist nämlich weniger die Angst vor mangelnder Leistungserfüllung des Gemeinschuldners als vor der Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Verwaltungsrechte durch den Insolvenzverwalter, welche die Gesellschafter zur Vereinbarung von Aufgriffsrechten bewegen<sup>84</sup>). Der Verweis in den Materialien auf das Zurückbehaltungsrecht des § 21 Abs 3 IO<sup>85</sup>) spricht mE ebenso für eine beschränkte Anwendung auf zweiseitig verbindliche Verträge, weil diese Norm unstrittig nicht auf Gesellschaftsverträge anzuwenden ist<sup>86</sup>). Auch aus teleologischer Sicht dürfte der Fortbestand der GmbH-Beteiligung für den von §§ 25a, 25b IO verfolgten Zweck, die Sanierung des Gemeinschuldners zu ermöglichen, regelmäßig von geringer Bedeutung sein<sup>87</sup>).

Außerdem geht aus den Materialien hervor, dass „spezielle Auflösungsbestimmungen gerade für den Insolvenzfall“ unberührt bleiben<sup>88</sup>). Diesbezüg-

lich wird insb § 1210 ABGB erwähnt, wonach der Ausschluss eines in Konkurs verfallenen GesBR-Gesellschafters möglich ist. Als weitere Ausnahmebestimmung wird die vergleichbare Norm des § 131 Z 5 iVm § 141 UGB angesehen<sup>89</sup>). Bei Anwendbarkeit der §§ 25a, 25b IO auf Gesellschaftsverhältnisse wäre ein Ausschluss insolventer Gesellschafter daher nur bei Personen-, mangels spezieller gesetzlicher Norm wie § 1210 ABGB bzw § 131 Z 5 iVm § 141 UGB aber nicht bei Kapitalgesellschaften zulässig. Dies ist mE jedoch bedenklich, weil das Vorsorgebedürfnis für die Insolvenz eines Gesellschafters, wie erwähnt<sup>90</sup>), für alle (Außen-)Gesellschaften zumindest ähnlich ist<sup>91</sup>). Sowohl eine systematische als auch eine teleologische Interpretation verbieten mE daher eine Anwendung der §§ 25a, 25b IO auf Gesellschaftsverträge und gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der GmbH<sup>92</sup>).

Zusammengefasst modifizieren Aufgriffsrechte zulässigerweise die Möglichkeit der Anteilsverwertung in Exekution und Insolvenz. Mit Bezahlung des Aufgriffspreises erwirbt der Berechtigte den Geschäftsanteil. Der Erlös aus der Abfindung bzw dem Aufgriffspreis ist nunmehr wie der Erlös beim freihändigen Verkauf<sup>93</sup>) zu verteilen. Das allenfalls bereits am Geschäftsanteil haftende exekutive Pfandrecht geht wie bei der Verwertung durch Verkauf unter; der Aufgriffsberechtigte erwirbt also pfandrechtsfrei<sup>94</sup>). Das Gegenargument, die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung könne das dingliche Recht des Pfändungspfandgläubigers nicht zum Untergang bringen<sup>95</sup>), übersieht, dass auch die freihändige Veräußerung geradezu systemnotwendig zum Untergang des Pfandrechts führt. Der Aufgriff durch die Mitgesellschafter ist eben nur eine Modifikation der Verwertungsart und zieht daher auch dieselben Rechtsfolgen nach sich.

#### 4. Aufgriffspreisbeschränkung

Die Höhe des Preises für den Aufgriff wird idR ebenfalls vertraglich vereinbart<sup>96</sup>). Liegt der Auf-

<sup>81</sup>) Vgl *Umlauf*, FS G. H. Roth 849.

<sup>82</sup>) *Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 63 ff; *G. Fellner*, RdW 2010, 261 f; *Widhalm-Budak*, Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in: *Konecny*, IRÄG 2010 (2010) 23 (27); *Leupold*, Das IRÄ-BG – Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010, 167 (170 f); aA *Umlauf*, FS G. H. Roth 847 f; *Konecny*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82 (86); *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 (821).

<sup>83</sup>) ErlRV 612 BlgNR 24. GP 13.

<sup>84</sup>) *Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 65; *G. Fellner*, RdW 2010, 259; *Leupold*, ZIK 2010, 170.

<sup>85</sup>) ErlRV 612 BlgNR 24. GP 13.

<sup>86</sup>) ZB *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert* § 21 KO Rz 102 mwN.

<sup>87</sup>) Ausführlich *Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 65.

<sup>88</sup>) ErlRV 612 BlgNR 24. GP 13. Zuzugeben ist, dass diese Bemerkung auf den ersten Blick dafür ins Treffen geführt werden kann, dass der Gesetzgeber die generelle Anwendbarkeit von §§ 25a, 25b IO auf Gesellschaftsverträge voraussetzt (zB *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 821; *Umlauf*, FS G. H. Roth 847 f). Dies ist aber keineswegs zwingend, weil die „Unberührtheit“ von § 1210 ABGB auch aus der Nichtanwendbarkeit von §§ 25a, 25b IO auf Gesellschaftsverträge resultieren kann.

<sup>89</sup>) *Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 64.

<sup>90</sup>) Vgl die Nachweise unten in FN 116.

<sup>91</sup>) Vgl *Leupold*, ZIK 2010, 171; ausführlich auch *Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 65 f.

<sup>92</sup>) Im Ergebnis auch *Umlauf*, FS G. H. Roth 851 f mit der Einschränkung, dass die Bestimmung auf Sanierungsverfahren anwendbar sei (aaO 850 f).

<sup>93</sup>) S oben III.

<sup>94</sup>) Zutr *Ulmer*, Die Sicherung der GmbH gegen das Überfremdungsrisiko in der Insolvenz eines Gesellschafters, ZHR 149 (1985) 28 (38); *M. Winter/Löbke* in GK-GmbHG I § 15 Rz 309; aA *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG<sup>7</sup> § 15 Rz 117; *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 204.

<sup>95</sup>) *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 204 bei und in FN 3.

<sup>96</sup>) Mangels ausdrücklicher Regel ist gem § 306 ABGB der objektive Verkehrswert geschuldet (RIS-Justiz RS0118023, zB OGH 2 Ob 189/01k GeS 2003, 491); vgl auch RIS-Justiz RS0060150, zB OGH 3 Ob 598/86 JBI 1987, 240: angemessener Preis.

griffspreis, wie in der Praxis häufig, unter dem Verkehrswert des Geschäftsanteils (zB Höhe des Buchwerts), beeinträchtigt diese Klausel die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger unmittelbar. Die Insolvenzgläubiger können nämlich den Geschäftsanteil nicht zum am Markt erzielbaren Preis verwerten, sondern müssten sich mit der gesellschaftsvertraglichen Abfindungshöhe zufrieden geben<sup>97)</sup>. Aufgrund dieser Auswirkungen zu Lasten Dritter stehen derartige „Aufgriffspreisbeschränkungen“ unter dem „Damokles-Schwert“ der Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung.

Der OGH hat in einer richtungsweisenden Entscheidung die grundsätzliche Zulässigkeit der Herabsetzung des Aufgriffspreises unter den Verkehrswert des Anteils bejaht; ausschlaggebend sei nur, dass die Abfindungsbeschränkung nicht bloß für den Konkurs (bzw die Exekution), sondern auch für einen vergleichbaren Fall gelte, in dem die Abfindungsbeschränkung den Gesellschafter und nicht primär seinen Gläubiger trifft<sup>98)</sup>. Diese Ansicht war bereits zuvor im Schrifttum vertreten worden und ist auch überwiegend auf Zustimmung gestoßen<sup>99)</sup>. Als vergleichbar wird insb der zwangsweise Ausschluss des Gesellschafters aus anderen wichtigen Gründen angesehen<sup>100)</sup>, der Austritt eines Gesellschafters aufgrund eines statutarischen Kündigungsrechts nach Ansicht des OGH hingegen nicht<sup>101)</sup>. Eine eklatante Diskrepanz zwischen Aufgriffspreis und Verkehrswert im Zeitpunkt des Aufgriffs dürfte hingegen nur in besonderen Extremfällen zur Sittenwidrigkeit der Abfindungsbeschränkung führen<sup>102)</sup>. Denn eine allfällige Sittenwidrigkeit

richte sich nach Umständen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses<sup>103)</sup>. Das Missverhältnis resultiert in vielen Fällen aber aus erheblichen Wertsteigerungen des Anteils nach Vertragsabschluss.

Gegen diese Ansicht wendet sich ein neuer Ansatz von *Kletečka*, wonach sich aus § 76 Abs 4 GmbH ergebe, dass Aufgriffspreisbeschränkungen für den Fall der Insolvenz insofern eine Schranke gesetzt werde, als den Gläubigern des Gesellschafters mindestens der Schätzwert des Anteils abzugelten sei<sup>104)</sup>. Denn auch bei der Vinkulierung ist das Benennungsrecht der Gesellschaft davon abhängig, dass der von der Gesellschaft Benannte bereit ist, den Schätzwert zu bezahlen. Im Ergebnis führt diese Ansicht dazu, dass Abfindungsbeschränkungen in der Exekution und Insolvenz den wahren Wert der Beteiligung nach Einschätzung eines unabhängigen Gutachters nicht unterschreiten dürfen<sup>105)</sup>.

Weder der hM noch der Ansicht *Kletečkas* ist mE uneingeschränkt zu folgen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass im Rahmen der Satzungsautonomie grundsätzlich zulässig vereinbart werden kann, dass Gesellschafter im Fall des „Ausscheidens“ aus der Gesellschaft nicht den vollen Ertragswert ihrer Beteiligung lukrieren können. Das Exekutionsobjekt Geschäftsanteil entsteht prinzipiell auch in der Form, wie sie die Satzung vorgibt<sup>106)</sup>. Zu bedenken ist aber, dass Abfindungsbeschränkungen für den Fall der Exekution und der Insolvenz unmittelbar auf Kosten der Gläubiger des Gesellschafters gehen. Die Vereinbarung einer solchen Klausel kommt daher einem Vertrag zu Lasten Dritter gefährlich nahe. Uneingeschränkt zu folgen ist deshalb der Ansicht, dass eine Abfindungsbeschränkung, die ausschließlich in der Exekution bzw Insolvenz zur Anwendung gelangt, wegen sittenwidriger Gläubigerbenachteiligung nichtig gem § 879 ABGB ist. Begründet hat dies der BGH in seiner Grundsatzentscheidung damit, dass „eine Satzungsbestimmung [...] nicht eigens darauf angelegt sein [darf], das Pfändungspfandrecht eines Vollstreckungsgläubigers zu vereiteln [...]“<sup>107)</sup>. Daraus sei zu schließen, dass es ausreicht, die Klausel für einen vergleichbaren Fall, *de facto* den Ausschluss aus wichtigem Grund, zu vereinbaren.

ME ist die Grundsatzprämisse der hM jedoch verfehlt, dass sich die Sittenwidrigkeit danach be-

<sup>97)</sup> Vgl *Karollus*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 3 Ob 51/10m, ÖBA 2011, 407 (411); vgl oben bei und in FN 94.

<sup>98)</sup> OGH 6 Ob 142/05h GeS 2007, 186 (*Fantur*); ebenso BGH II ZB 12/73 BGHZ 65, 22; II ZR 73/99 NJW 2000, 2819; II ZR 348/99 ZIP 2002, 258.

<sup>99)</sup> Ausführlich *Umlauf*, GesRZ 2009, 10; *Rüffler*, wbl 2008, 358 ff; *Fragner*, Aufgriffsrecht VI.A.4.c.; *Rauter* in *Straube*, WK-GmbHG III § 75 Rz 135 ff; *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> § 75 Rz 8; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 71 Rz 18 je mwN; *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 256; *Talos*, Buchwertklauseln in Personengesellschaften (1996) 124 ff; zu Personengesellschaften *Koppensteiner/Auer* in WK-UGB I<sup>4</sup> (2009) §§ 137, 138 Rz 22; weitere Nachweise auch in OGH 6 Ob 142/05h GeS 2007, 186 (*Fantur*); ebenso die deutsche hM, zB *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 206 mwN.

<sup>100)</sup> BGH II ZB 12/73 BGHZ 65, 22; II ZR 73/99 NJW 2000, 2819; II ZR 348/99 ZIP 2002, 258; OLG Innsbruck 5 R 264/84 NZ 1987, 323; *Umlauf*, GesRZ 2009, 10; *Rüffler*, wbl 2008, 358 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 71 Rz 18.

<sup>101)</sup> OGH 6 Ob 142/05h GeS 2007, 186 (*Fantur*); dagegen *Rüffler*, wbl 2008, 360; *Umlauf*, GesRZ 2009, 10.

<sup>102)</sup> *Rüffler*, wbl 2008, 360 f; *derselbe*, Ausschluss von Gesellschaftern und Übertragungsverpflichtungen, in: *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung 71 (89); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 71 Rz 18; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 621; vgl auch *U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185 (191); für Deutsch-

land s die Nachweise bei *Ulmer* in GK-GmbHG II (2006) § 34 Rz 91 FN 240; vgl insb BGH II ZR 104/92 NJW 1993, 3193; aA noch zB BGH II ZR 52/77 NJW 1979, 104; II ZR 256/83 NJW 1985, 192; undifferenziert auch *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 256.

<sup>103)</sup> *Rüffler*, wbl 2008, 360 f mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 71 Rz 18.

<sup>104)</sup> *Kletečka*, GesRZ 2009, 87 f.

<sup>105)</sup> In Deutschland sprechen sich zB *H. Roth*, ZGR 2000, 214 und *Heuer*, ZIP 1998, 412 f für die Notwendigkeit einer Entschädigung in voller Höhe des Anteilswerts aus.

<sup>106)</sup> *Rüffler*, wbl 2008, 359.

<sup>107)</sup> BGH II ZB 12/73 BGHZ 1975, 1835 (1836).

urteile, ob eine Satzungsbestimmung speziell auf die Benachteiligung der Gläubiger angelegt ist. Denn es geht nicht darum, konkrete Absichten der Vertragsgestalter zu beurteilen<sup>108)</sup>, sondern darum, ob eine Klausel in ihrer Wirkung dazu führt, dass ein Gläubiger bei der exekutiven Verwertung schlechter gestellt wird als sein Schuldner<sup>109)</sup>. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Abfindung in der Exekution und Insolvenz nicht nur im Vergleich zu *einem*, sondern im Vergleich zu allen Fällen des Ausscheidens des Gesellschafters (mindestens)<sup>110)</sup> gleich hoch sein muss<sup>111)</sup>.

Ganz in diesem Sinn ist dem OGH daher im Ergebnis darin zuzustimmen, dass es nicht ausreicht, wenn die Abfindung nicht nur in der Insolvenz des Gesellschafters, sondern auch bei seinem freiwilligen Austritt beschränkt wird. Denn der Gesellschafter habe immer noch die Möglichkeit, seinen Anteil zu verkaufen<sup>112)</sup>. Der Grund für die Unzulässigkeit ergibt sich jedoch entgegen der Entscheidung nicht daraus, dass dieser Fall nicht vergleichbar mit dem Ausscheiden wegen der Konkurseröffnung ist. Vielmehr besteht er darin, dass sich Gläubiger Klauseln zu ihren Lasten nur entgegen halten lassen müssen, wenn auch der Gesellschafter in seinen Verwertungsmöglichkeiten effektiv gleich stark eingeschränkt wird. Das setzt aber voraus, dass alle Verwertungsmöglichkeiten des Gesellschafters gleichermaßen betroffen sind. Es ist deshalb auch entgegen der hM nicht ausreichend, dass nur der Ausschluss aus sonstigem wichtigem Grund eine mindestens gleich starke Abfindungsbeschränkung enthält, solange die sonstigen Verwertungsmöglichkeiten des Gesellschafters unberührt bleiben. Im Übrigen mutet die „Belastung“ des Gesellschafters mit der Abfindungsklausel für den Fall sonstiger wichtiger Gründe unter dem Aspekt der Gleichbehandlung eher als Lippenbekenntnis an. Derartige Gründe dürften nämlich außerhalb der Exekution oder Insolvenz nur schwer zu finden sein und können vom Gesellschafter mit geringem Aufwand vermieden werden.

Die Wirksamkeit ist daher mE davon abhängig, dass der Gesellschafter bei jeder Form des „Ausscheidens“, sei es durch freiwillige Kündigung, beabsichtigten Verkauf oder Ausschluss aus wichtigem Grund, auf die volle Abfindung verzichten muss. Dem Gesellschafter darf im Ergebnis keine Möglichkeit verbleiben, aus der Gesellschaft auszutreten<sup>113)</sup>, ohne gleich starke Einbußen in Kauf nehmen zu müssen wie seine Gläubiger. Auch die Ausübung eines allfälligen vertraglichen Auflösungsrechts des Gesellschafters gem § 84 Abs 2 GmbHG muss deshalb das Aufgriffsrecht in Verbindung mit der Abfindungsbeschränkung auslösen.

Auch die weitergehende Ansicht, wonach aus § 76 Abs 4 GmbHG die Wertung des Gesetzgebers abzuleiten sei, dass in der Exekution und Insolvenz der volle Schätzwert abzugelten sei, ist mE nicht überzeugend. Zu bedenken ist nämlich, dass die von § 76 Abs 4 GmbHG erfassten Vinkulierungen der Gesellschaft „nur“ ein Veto gegen die Veräußerung des Geschäftsanteils gewähren. Anders als bei Aufgriffsrechten besteht somit kein Bedürfnis, im Vertrag einen „Preis“ für den Geschäftsanteil festzusetzen<sup>114)</sup>. Da die Bestimmung des § 76 Abs 4 GmbHG das Zustimmungsrecht im Ergebnis in ein Benennungsrecht umwandelt und dadurch erst ein Bedürfnis nach einem „Abfindungspreis“ schafft, muss das Gesetz dafür selbst Vorsorge treffen<sup>115)</sup>. Die Bindung der Übernahme an den Schätzwert in § 76 Abs 4 GmbHG lässt sich folglich mE eher als gesetzgeberische Notwendigkeit denn als bewusste verallgemeinerungsfähige Wertung einstufen.

Gegen eine klare gesetzgeberische Absicht spricht mE auch, dass im Personengesellschaftsrecht keine derartige Regelung existiert, obwohl die Interessenlage durchaus vergleichbar ist<sup>116)</sup>. § 137 Abs 2 UGB wirkt nämlich nach unbestrittener Auffassung lediglich dispositiv<sup>117)</sup>. Insofern

<sup>108)</sup> Entgegen *Rüffler*, wbl 2008, 359 kommt mE auch dem „objektiven Zweck“ (gemeint wohl im Sinne einer Vertragsauslegung gem §§ 6, 7 ABGB) keinerlei Bedeutung zu.

<sup>109)</sup> Zutr LG Hamburg 26 T 15/62 DNotZ 1961, 110 (114); vgl auch *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB III/1<sup>5</sup> (1992) § 138 Rz 77: Unzulässigkeit der Klausel, wenn sie „gläubigerbenachteiligende Wirkung hat und nicht gleichermaßen den Gesellschafter trifft“.

<sup>110)</sup> Eine „Besserbehandlung“ im Fall der Exekution/Insolvenz ist freilich unbedenklich.

<sup>111)</sup> So bereits LG Hamburg 26 T 15/62 DNotZ 1961, 110; OLG Karlsruhe 3 W 83/86 GmbHR 1967, 214; ausführlich *Bischoff*, Zur Pfändung und konkursbedingten Einziehung von Geschäftsanteilen, GmbHR 1984, 61 (67 f); ebenso *Schilling*, Entscheidungsanmerkung zu BGH II ZR 69/58 JZ 1960, 745 (746); wohl auch LG Braunschweig 9 a T 2/72 GmbHR 1973, 32: konkret wurde nur auf freiwillige Kündigung Bezug genommen; *W. Schmidt*, Entscheidungsanmerkung zu OLG Hamburg 2 W 29/50 DNotZ 1950, 472 (473).

<sup>112)</sup> OGH 6 Ob 142/05h GeS 2007, 186 (*Fantur*).

<sup>113)</sup> LG Hamburg 26 T 15/62 DNotZ 1961, 110 spricht davon, dass „mit einer freiwilligen Veräußerung zu günstigeren Bedingungen normalerweise nicht zu rechnen ist“.

<sup>114)</sup> Dieser wesentliche Unterschied zur Vinkulierung entkräftet auch den Vorwurf *Kletečkas* (GesRZ 2009, 88) des „cherry picking“ derjenigen, die § 76 Abs 4 GmbHG für die Frage der Insolvenzfestigkeit nicht jedoch für die Bestimmung des Aufgriffspreises heranziehen wollen. Denn nur für die Frage der Insolvenzfestigkeit sind beide Klauseln wirklich vergleichbar.

<sup>115)</sup> Vgl OGH 3 Ob 83/08i GesRZ 2008, 301 (*Frauenberger*): „Dass der Anteil geschätzt werden muss, hat den Sinn, den Übernahmepreis für den Fall zu fixieren, dass die Gesellschaft einen Käufer benennt oder sich mit einem solchen einverstanden erklärt“.

<sup>116)</sup> OGH 6 Ob 142/05h GeS 2007, 186 (*Fantur*); *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 85; *Rüffler*, wbl 2008, 358; *Umlauf*, GesRZ 2009, 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 71 Rz 18.

<sup>117)</sup> ZB OGH 6 Ob 585/91 wbl 1992, 63; *Rüffler*, wbl 2008, 359; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I<sup>2</sup> (2010) § 137 Rz 24; *Koppensteiner/Auer* in *WK-UGB I<sup>4</sup> §§ 137, 138 Rz 20* je mwN.

würde dem Gesetzgeber auch eine wertungsmäßig schwer nachzuvollziehende Differenzierung zwischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Personengesellschaften unterstellt.

Bei der Verortung einer analogiefähigen gesetzgeberischen Absicht ist außerdem umso größere Vorsicht geboten, als diese Auslegung eine erhebliche Einschränkung der Satzungsautonomie der Gesellschafter birgt. Die privatautonome Gestaltung findet zwar dort eine Schranke, wo die Gläubiger gegenüber dem Gesellschafter benachteiligt werden. Dass die Verwertungsmöglichkeiten eines Gläubigers sogar weiter reichen als jene seines Schuldners, wozu die Anwendung von § 76 Abs 4 GmbHG im Ergebnis führen kann, ist hingegen mE mit allgemeinen exekutionsrechtlichen Grundsätzen kaum vereinbar.

Die Notwendigkeit der Abfindung zum vollen Verkehrs- oder Schätzwert würde also mE über das Ziel hinausschießen. Dagegen ließe sich zwar einwenden, dass die hier vertretene Lösung<sup>118)</sup> zu keiner Gleichbehandlung von Gesellschafter und Gläubiger führt. Denn der Gesellschafter, der gar nicht austritt, könne weiterhin den vollen Ertragswert der Beteiligung lukrieren, während sich seine Gläubiger mit der vereinbarten Abfindung zufrieden geben müssen. Es bestehen mE jedoch legitime Gründe, denjenigen, der aus der GmbH, in welcher Form auch immer, ausscheidet, schlechter zu behandeln als denjenigen, der weiterhin Gesellschafter bleibt. Derartige Gründe sind etwa die Erleichterung der Abfindungsberechnung im Interesse erhöhter Rechtssicherheit<sup>119)</sup>, der Ausschluss der Gefährdung der Liquiditäts- und Vermögenslage der Aufgriffsberechtigten<sup>120)</sup> und nicht zuletzt die Tatsache, dass Anreize gesetzt werden sollen, um den Gesellschafter weiterhin an die GmbH zu binden<sup>121, 122)</sup>. Anerkennt man dementsprechend die grundsätzliche Zulässigkeit der Schlechterstellung eines ausscheidenden gegenüber einem in der GmbH verbleibenden Gesellschafter, muss dies auch ein betreibender Gläubiger bzw Insolvenzverwalter akzeptieren, der die Verwertung des Anteils beabsichtigt<sup>123)</sup>. Der Vergleichsmaßstab für

die Beurteilung der Gläubigerbenachteiligung ist daher mE folgender: Gläubiger dürfen nur nicht schlechter gestellt werden als ausscheidende Gesellschafter; der volle Ertragswert, wie er einem noch an der GmbH beteiligten Gesellschafter zusteht, muss dem Gläubiger mE jedoch nicht gewährt werden. Mit anderen Worten dürfen die Verwertungsmöglichkeiten des Geschäftsanteils für den Schuldner nicht besser sein als für den Gläubiger<sup>124)</sup>.

Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass Aufgriffspreisbeschränkungen in der Exekution und Insolvenz des Gesellschafters nicht nur dann unwirksam sind, wenn sie im Wesentlichen nur für den Fall der Insolvenzeröffnung getroffen wurden; vielmehr sind sie mE sittenwidrig, sofern sie nicht auch für jede Konstellation des sonstigen Ausscheidens vereinbart wurden. Rechtsfolge ist die Nichtigkeit der Entgeltsbestimmung, was einer Eintragung ins Firmenbuch im Wege steht<sup>125)</sup>. Nach bereits erfolgter Eintragung ist jedoch mE Teilnichtigkeit der Aufgriffsklausel anzunehmen<sup>126)</sup>. Das Aufgriffsrecht selbst, zumal aus Gläubigersicht unbedenklich<sup>127)</sup>, wird jedenfalls nicht beeinträchtigt. Der Aufgriffspreis ist in diesem Fall mE weder durch ergänzende Vertragsauslegung noch durch geltungserhaltende Reduktion zu ermitteln, weil die Nichtigkeit aus der Beeinträchtigung der Interessen Dritter resultiert<sup>128)</sup>. Er ergibt sich vielmehr aus dem dispositiven Recht. Ist kein Aufgriffspreis festgesetzt, geht die hM davon aus, dass der objektive Anteilswert gem § 306 ABGB geschuldet ist<sup>129)</sup>. Das hat mE auch zugunsten der Gläubiger zu gelten. Die Lösung der Teilnichtigkeit dient der in diesem Zusammenhang besonders wichtigen Rechtssicherheit<sup>130)</sup>; denn somit ist zumindest die Gefahr gebannt, dass sich die Gesellschafter einen ungewollten Mitgesellschafter aufdrängen lassen müssen. Voraussetzung ist freilich, dass die Aufgriffsberechtigten bereit sind, den vollen Wert des Anteils zu bezahlen.

## C. Alternative Verwertungsmöglichkeiten

### I. Exekution vermögensrechtlicher Ansprüche

Alternativ können Gläubiger auch (nur) in einzelne vermögensrechtliche Ansprüche des Gesell-

<sup>118)</sup> S oben bei FN 108 ff.

<sup>119)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 71 Rz 18; *Rüffler*, wbl 2008, 358.

<sup>120)</sup> *Rüffler*, wbl 2008, 358.

<sup>121)</sup> Vgl auch *Ulmer*, ZHR 149 (1985) 28 ff; *derselbe* in GK-GmbHG II § 34 Rz 83; *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191; *Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 60 f.

<sup>122)</sup> Nicht zu vernachlässigen ist auch, dass idR alle Gesellschafter (Ungleichbehandlung bedarf einer sachlichen Rechtfertigung, zB *Ulmer* in GK-GmbHG II § 34 Rz 90 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 71 Rz 18) der Aufgriffspreisbeschränkung unterworfen sind. Der Gesellschafter (und mittelbar sein Gläubiger) profitiert daher uU auch von der vertraglichen Herabsetzung der Abfindung zu Lasten eines anderen ausscheidenden Gesellschafters.

<sup>123)</sup> Alternativ könnte ein betreibender Gläubiger auch nur die künftigen Gewinnansprüche pfänden, womit ihm auf lange Sicht der Ertragswert gesichert wäre, s unten C.I.

<sup>124)</sup> *Bischoff*, GmbHR 1984, 67.

<sup>125)</sup> OGH 6 Ob 142/05h GeS 2007, 186 (*Fantur*).

<sup>126)</sup> *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I<sup>2</sup> § 137 Rz 30.

<sup>127)</sup> Oben B.IV.2 und 3.

<sup>128)</sup> *Ulmer* in GK-GmbHG II § 34 Rz 110; vgl auch *Schäfer* in *Staub*, GK-HGB III<sup>5</sup> (2010) § 131 Rz 194; aA allerdings nicht spezifisch auf die Nichtigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB III/1<sup>5</sup> § 138 Rz 77.

<sup>129)</sup> RIS-Justiz RS0118023, zB OGH 2 Ob 189/01k GeS 2003, 491.

<sup>130)</sup> Vgl allgemein zum besonderen Stellenwert der Rechtssicherheit im Wirtschaftsprivatrecht, *U. Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBl 2011, 762.

schafters Exekution führen<sup>131</sup>). Deren Verwertung richtet sich nach den Regeln über die Forderungsexekution, erfolgt also durch Überweisung zur Einziehung gem § 308 EO<sup>132</sup>). An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass nach oben vertretener Auffassung<sup>133</sup>) alle aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden vermögensrechtlichen Ansprüche (außer bereits vor der Pfändung wirksam entstandene Gewinnansprüche) von der Pfändung des Geschäftsanteils mitumfasst sind<sup>134</sup>). Eine separate Pfändung einzelner Ansprüche dürfte daher im Vergleich zur Pfändung des Gesamtrechts wenig praktikabel sein. Würden dennoch einzelne zukünftige Vermögensrechte vor Pfändung des Geschäftsanteils zugunsten eines anderen Gläubigers gepfändet, stellt sich die Frage nach dem Rangverhältnis der Gläubiger: Nach deutscher hM gehe das Pfandrecht am Geschäftsanteil der früheren Verfügung über das Einzelrecht vor. Die auf einzelne Vermögensrechte bezogene Pfändung werde nämlich erst zum Zeitpunkt der Entstehung dieser Ansprüche wirksam<sup>135</sup>). Trotz früherer Vornahme der Pfändung werde diese somit erst nach der Pfändung des Geschäftsanteils wirksam.

Diese Ansicht läuft auf eine Durchbrechung des Prioritätsprinzips (§ 300a EO) zugunsten eines Vorrangs der Pfändung des „Stammrechts“ hinaus, indem die Pfändung des Geschäftsanteils der früheren Pfändung der aus dem Anteil entspringenden künftigen Einzelrechte vorausgehen soll. Warum das ansonsten gültige Prioritätsprinzip für das Verhältnis von „Gesamtrecht“ zu Einzelrecht nicht gelten soll, ist mE aber nicht nachvollziehbar. Das Hauptargument, dass künftige Einzelrechte erst mit deren Entstehung wirksam gepfändet werden können, während der Geschäftsanteil bereits „heute“ existiert, misst nämlich – wie Marotzke<sup>136</sup>) aufgezeigt hat – mit zweierlei Maß: Einerseits hänge die Wirksamkeit der Pfändung von Einzelrechten von deren späterer Entstehung ab, während die Pfändung des „Gesamtrechts“ ohne Weiteres auch noch nicht existente Forderungen mitumfasse. Das fragwürdige Ergebnis ist, dass Verfügungen über einzelne noch nicht entstandene Ansprüche weitestgehend ihrer Wirkung beraubt werden. In besonderem Maße unbillig ist in diesem Zusammenhang auch, dass ein

Gläubiger selbst dann „lastenfremd“ in den Geschäftsanteil Exekution führen kann, wenn er von der Verfügung über künftige Rechte an andere Personen wusste<sup>137</sup>). Insgesamt ist den überzeugenden Ausführungen Marotzkes<sup>138</sup>) mE auch für das österr Recht zu folgen: Das Prioritätsprinzip iSd § 300a EO ist auch im Verhältnis von „Gesamtrecht“ und Einzelrecht einschlägig. Die Pfändung des Geschäftsanteils ermöglicht bezüglich bereits gepfändeter zukünftiger Einzelrechte somit nur eine nachrangige Befriedigung. Der Anteil kann auch nur mit dem Pfandrecht am einzelnen vermögensrechtlichen Anspruch veräußert werden. Würde der einzelne Anspruch bereits abgetreten, umfasst die Pfändung diesen nach allgemeinen Grundsätzen nicht mehr.

In der Insolvenz kann der Insolvenzverwalter Ansprüche aus einzelnen Vermögensrechten wie sonstige Forderungen der Insolvenzmasse gegenüber der Gesellschaft geltend machen. Der GmbH ist dringend zu empfehlen, Gewinnausschüttungen und sonstige Zahlungen ausschließlich an den Insolvenzverwalter zu erbringen, weil eine schuldbeitragende Leistung an den insolventen Gesellschafter gem § 3 Abs 2 IO nur mehr sehr eingeschränkt möglich ist.

## II. Ausübung eines statutarischen Kündigungsrechts gem § 333 EO

Daneben kommt auch die Möglichkeit der Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses nach vorheriger Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens bzw des gesamten Geschäftsanteils in Betracht. Diese Möglichkeit ist dem GmbH-Recht anders als in § 135 UGB verständlicherweise fremd, weil das Kapitalgesellschafts- anders als das Personengesellschaftsrecht keine Kündigung durch einen Gesellschafter kennt. Dennoch ist anerkannt, dass im Gesellschaftsvertrag einer GmbH ein Kündigungsrecht vorgesehen werden kann<sup>139</sup>).

Sieht die Satzung eine derartige Kündigungsmöglichkeit vor, ist eine Exekution des Gläubigers gem § 333 EO nach hM möglich<sup>140</sup>). Dagegen wird

<sup>131</sup>) OGH 3 Ob 249/00i RdW 2002, 466; H. Winter/Seibt in Scholz, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 211; M. Winter/Löbbe in GK-GmbHG I § 15 Rz 313.

<sup>132</sup>) OGH 3 Ob 249/00i RdW 2002, 466.

<sup>133</sup>) B.I.2.

<sup>134</sup>) Dennoch erübrigt sich auch in diesen Fällen die Überweisung zur Einziehung jedes einzelnen Anspruchs nicht, *Kalbfleisch*, Zwangsvollstreckung 121.

<sup>135</sup>) BGH II ZR 375/87 NJW 1989, 458; M. Winter/Löbbe in GK-GmbHG I § 15 Rz 313; Hueck/Fastrich in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>19</sup> § 15 Rz 62; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften<sup>5</sup> § 30 Rz 37; H. Winter/Seibt in Scholz, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 211; *Kalbfleisch*, Zwangsvollstreckung 34 ff; aA Marotzke, Zwangsvollstreckung in Gesellschaftsanteile nach Abspaltung der Vermögensansprüche, ZIP 1988, 1509.

<sup>136</sup>) Ausführlich Marotzke, ZIP 1988, 1512.

<sup>137</sup>) Ausführlich zur Gut- bzw Schlechtgläubigkeit des Pfandgläubigers am Geschäftsanteil, Marotzke, ZIP 1988, 1515 ff.

<sup>138</sup>) Marotzke, ZIP 1988, 1509 ff.

<sup>139</sup>) OGH 4 Ob 596/73 HS 9681/2; 3 Ob 705/29 SZ 11/228; Rauter in Straube, WK-GmbHG III § 75 Rz 76; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/313; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 71 Rz 74; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> (1990) 425.

<sup>140</sup>) H. Torggler, GesRZ 1977, 118; Oberhammer in Angst, EO<sup>2</sup> § 331 Rz 31, 34; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 30; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 638; wohl ebenso Frauenberger in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO III § 331 Rz 46; ebenso in Deutschland zB *Kalbfleisch*, Zwangsvollstreckung 118 ff; aA LG Feldkirch RPfE 2001/126; Holzhammer, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> 367; wohl auch Zollner, Die eigennützige Privatstiftung (2011) 54; offen lassend OGH 3 Ob 249/00i RdW 2002, 466; widersprüchlich Gellis/Feil, GmbHG<sup>6</sup> § 76 Rz 21 (in der Folgeauflage weggefallen).

allerdings der von der hM<sup>141)</sup> aufgestellte Rechtsatz eingewandt, dass nur Vermögensrechte, nicht aber Herrschafts- oder Verwaltungsrechte des Gesellschafters der Exekution unterliegen<sup>142)</sup>.

Selbst wenn man dieser Ansicht insofern beipflichtet, als ein Kündigungsrecht grundsätzlich eher zu den Verwaltungs- als zu den Vermögensrechten zählt<sup>143)</sup>, lässt sich daraus nicht ableiten, das Kündigungsrecht sei nicht exequierbar. Die grundsätzliche Zulässigkeit der exekutiven Verwertung eines Kündigungsrechts ergibt sich bereits aus dem Personengesellschaftsrecht (§ 135 UGB) und aus § 333 EO, der von der Exekution eines Teilungsrechts spricht. Auch ein Blick auf die Rsp zur Privatstiftung bekräftigt dieses Verständnis. Der OGH betrachtet nämlich Änderungs- und Widerrufsrechte als vom vermögenswerten Gesamtrecht des Stifters mitumfasst<sup>144)</sup>. Eine Ausübung durch private Gläubiger des Stifters sei daher möglich. Außerdem sind Rechte nach stRsp im Zweifel der Exekution nach §§ 330 ff EO unterworfen<sup>145)</sup>. Im Rahmen des Exekutionsverfahrens ist dem Begriff des vermögenswerten Rechts mE folglich ein wirtschaftliches, ergebnisorientiertes Verständnis zugrunde zu legen. Daher muss der Rechtsatz, dass nur Vermögens-, nicht aber Verwaltungsrechte exequierbar sind, insofern modifiziert werden, als auch Verwaltungsrechte der Zwangsvollstreckung unterliegen, deren Ausübung unmittelbar zur Begründung eines vermögensrechtlichen und daher befriedigungstauglichen Anspruchs führt<sup>146)</sup>. Die (Austritts-)Kündigung der GmbH löst ganz in diesem Sinn unmittelbar den Anspruch des Gesellschafters auf Abfindung aus.

Der betreibende Gläubiger kann sich somit vom Exekutionsgericht zur Ausübung eines statutarischen Kündigungsrechts des GmbH-Gesellschafters ermächtigen lassen. Voraussetzung ist freilich

die Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens bzw des Geschäftsanteils als Gesamtrecht. Die Kündigung ist an die satzungsmäßigen Voraussetzungen gebunden, zB an die Einhaltung vereinbarter Fristen und Termine. In aller Regel dürfte eine Austrittskündigung<sup>147)</sup> vereinbart worden sein. Der Gläubiger erlangt daher Zugriff auf den Abfindungsanspruch des Gesellschafters, der allerdings aufgrund vertraglicher Vereinbarung oftmals unter dem Verkehrswert des Anteils liegen dürfte. Die Effektivität der Exekution gem § 333 EO hängt daher maßgeblich von den vertraglichen Vereinbarungen ab und läuft uU auf dasselbe Resultat wie ein Verkaufsversuch hinaus, sofern ein Aufgriffsrecht der Mitgesellschafter zu einem bestimmten Preis vereinbart wurde<sup>148)</sup>.

Der Insolvenzverwalter ist erst Recht befugt, ein satzungsmäßiges Kündigungsrecht des Gesellschafters auszuüben<sup>149)</sup>. Denn der Insolvenzverwalter übernimmt auch sonstige klassische Verwaltungsrechte des Gesellschafters, wie das Teilnahme- oder Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung, sofern sie sich auf die Insolvenzmasse auswirken<sup>150)</sup>. Letztere Bedingung ist erfüllt, weil das Kündigungsrecht die Entstehung des Abfindungsanspruchs auslöst.

### III. Zwangsverwaltung der Beteiligung gem § 334 EO

Aufgrund des regelmäßig geringen Marktinteresses an GmbH-Anteilen oder wegen einschneidender Abfindungsbeschränkungen, kann es für Gläubiger uU interessant sein, sich aus den langfristigen Erträgen der Beteiligung zu befriedigen. Dazu kommt, wie gezeigt, die Überweisung zur Einziehung des gepfändeten Anteils bzw gepfändeter künftiger Gewinnansprüche in Betracht. Ebenfalls bereits hingewiesen wurde auf die Gläubigergefahren, die sich daraus ergeben, dass der Gesellschafter weiterhin seine Verwaltungsrechte, also insb sein Stimmrecht, ausüben kann<sup>151)</sup>. Einigen sich die Gesellschafter etwa darauf, keine Gewinne mehr auszuschütten oder sogar auf eine – sofern zulässig – alineare Gewinnverteilung zum Nachteil des Verpflichteten, geht dies auf Kosten seines betreibenden Gläubigers<sup>152)</sup>. Aufgrund dieser Gefahren sowie der Umständlichkeit der ständigen Überweisung zur Ein-

<sup>141)</sup> S oben B.I.1. bei und in FN 24.

<sup>142)</sup> So LG Feldkirch RPfLE 2001/126; *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup>, 367.

<sup>143)</sup> In den einschlägigen Werken wird das Kündigungsrecht allerdings weder den Vermögens- noch den Verwaltungsrechten (bzw sonstigen Rechten) zugeordnet: vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2011) 139 ff; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/226; *G. H. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 348 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002) 557 f.

<sup>144)</sup> Grundlegend OGH 3 Ob 217/05s JBl 2007, 110; 3 Ob 16/06h AnwBl 2008, 103.

<sup>145)</sup> RIS-Justiz RS0120349, zB OGH 3 Ob 217/05s JBl 2007, 110.

<sup>146)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0120752 (T 1): „Die Pfändbarkeit der Stifterrechte wird damit begründet, durch den Widerruf falle dem Stifter der Liquidationserlös zumindest teilweise zu, sodass er mit der Ausübung des Widerrufsrechts im Ergebnis einen Vermögenszufluss an sich selbst bewirken könne“; vgl auch OGH 3 Ob 217/05s JBl 2007, 110: „Jedenfalls ist das Änderungsrecht ein Vermögensrecht, mag es auch zuerst entsprechender durch den betreibenden Gläubiger veranlasster Änderungen bedürfen, bis er auf Vermögenswerte der Stiftung greifen kann.“

<sup>147)</sup> Auch in OGH 3 Ob 705/29 SZ 11/228 lief die Auflösungskündigung aufgrund der Ausübung eines Aufgriffsrechts des verbleibenden Mitgesellschafter *de facto* auf eine Austrittskündigung hinaus.

<sup>148)</sup> S oben B.IV.4.

<sup>149)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 24; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup>, 425.

<sup>150)</sup> RIS-Justiz RS0059495, zB OGH 1 Ob 255/36 SZ 18/55; 6 Ob 188/99m wbl 2000, 531; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 34 Rz 10 f, § 39 Rz 9; *M. Winter/Löbbe* in *GK-GmbHG I* § 15 Rz 315 mwN. Dazu noch unten C.III.

<sup>151)</sup> S oben B.I.1.

<sup>152)</sup> Dass sich der Gesellschafter dadurch uU schadenersatzpflichtig macht (s oben B.I.1), nützt dem betreibenden Gläubiger wenig, wenn kein anderes Befriedigungsobjekt zur Verfügung steht.

ziehung der jeweiligen Gewinnansprüche, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit der Zwangsverwaltung der Beteiligung gem § 334 EO. Diese würde zur Bestellung eines Verwalters führen, der Vermögens- und Verwaltungsrechte (zB Stimm- oder Beschlussanfechtungsrecht) des Gesellschafters statt diesem und im bestmöglichen Interesse seiner Gläubiger wahrnimmt<sup>153</sup>).

Die Zwangsverwaltung des Geschäftsanteils wird allerdings von der hM ohne nähere Begründung für unzulässig gehalten<sup>154</sup>). Argumentiert wird allenfalls damit, dass § 76 Abs 4 GmbHG als spezielle Regelung § 332 Abs 1 EO vorgehe<sup>155</sup>). ME trifft § 76 Abs 4 GmbHG jedoch nur für den Spezialfall der Vinkulierung eine Sonderregelung bezüglich des Verkaufs eines Geschäftsanteils. Es ist daher verfehlt, aus der Bestimmung eine generelle Einschränkung der Verwertungsmöglichkeiten der Gläubiger abzuleiten<sup>156</sup>), die offenbar sogar gelten soll, wenn gar keine Vinkulierung vereinbart wurde.

Auch aus Sicht des verpflichteten Gesellschafters spricht nichts gegen die Zwangsverwaltung, die insofern der gelindere Eingriff als der Verkauf des Anteils ist, als sie nicht mit dem endgültigen Verlust der Gesellschafterstellung verbunden ist<sup>157</sup>). Fraglich ist allerdings, ob das in § 76 Abs 4 GmbHG manifestierte, legitime Interesse der Mitgesellschafter, eine Einmischung außenstehender Dritter in die Geschäftsangelegenheiten hintanzuhalten, einer Zwangsverwaltung entgegensteht. Dagegen spricht, dass die Einsetzung eines Verwalters mit vergleichbaren Befugnissen auch in anderen Konstellationen zulässig ist. So übt der Insolvenzverwalter nach hM die Verwaltungsrechte des Gesellschafters aus, wie das Teilnahme- und Stimmrecht in der Hauptversammlung<sup>158</sup>). Auch in der Insolvenz wird den Mitgesellschaftern somit ein außenstehender vom Gericht bestellter Dritter aufgezwungen. Ähnliches gilt für die Ein-

setzung eines Nachlasskurators<sup>159</sup>). Außerdem untersteht der Zwangsverwalter der gerichtlichen Kontrolle (§ 114 EO) sowie einer persönlichen Haftung (§ 109 Abs 2 EO), was insb eine effiziente Absicherung der Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten bewirken sollte, an die sich auch der Zwangsverwalter zu halten hat<sup>160</sup>). Das Verbot der Abspaltung mitgliedschaftlicher Rechte von der Anteilsinhaberschaft<sup>161</sup>) steht einer Zwangsverwaltung mE ebensowenig entgegen. Der Zwangsverwalter übt die zur Verwaltung erforderlichen Rechte nach hRsp als gesetzlicher Vertreter des Gesellschafters aus<sup>162</sup>). Es kommt daher zu gar keiner Trennung von Inhaberschaft und Rechtsausübungsbefugnis<sup>163</sup>).

Die Möglichkeit der Zwangsverwaltung ist daher mangels überzeugender Gegenargumente mE mit dem neueren (exekutionsrechtlichen) Schrifttum zu bejahen<sup>164</sup>). Sieht der Gesellschaftsvertrag für die Exekution ein Aufgriffsrecht vor, scheidet der Gesellschafter ohnehin aus der Gesellschaft aus, ohne dass eine Zwangsverwaltung möglich wäre. Enthält der Gesellschaftsvertrag hingegen „nur“ eine Vinkulierungsklausel, hindert diese eine Zwangsverwaltung nach ihrem Wortlaut grundsätzlich nicht. Um das berechtigte Interesse der Gesellschafter an der Nichteinmischung außenstehender Dritter nicht zu frustrieren, ist § 76 Abs 4 GmbHG mE in Abweichung von § 107 EO insofern analog anzuwenden, als den Mitgesellschaftern ein Benennungsrecht des Zwangsverwalters zusteht<sup>165</sup>). Das ist in Hinblick auf die Unabhängigkeit des Verwalters gem § 107b EO insofern unbedenklich, als dieser nur unabhängig vom Verpflichteten und betreibenden Gläubiger sein muss. Eine gewisse Nahebeziehung zu den Mitgesellschaftern schadet hingegen mE nicht<sup>166</sup>).

Was die Befugnisse des Verwalters angeht, ist wiederum ein Blick auf die Rechte des Insolvenzverwalters ergiebig. Die Ausübung des entsprechenden Rechts muss nämlich die Insolvenzmasse des Gesellschafters betreffen<sup>167</sup>), also das exekuti-

<sup>153</sup>) Damit ist auch bereits die Frage beantwortet, welche Rechte der Zwangsverwaltung unterliegen sollen, die der OGH in seiner diesbezüglichen Grundsatzentscheidung (1 Ob 245/28 SZ 10/99) aufwarf.

<sup>154</sup>) OGH 1 Ob 245/28 SZ 10/99; RIS-Justiz RS0087047, zB OGH 3 Ob 83/08i GesRZ 2008, 301 (*Frauenberger*): Verwertung ausschließlich durch Verkauf; *Kralik*, FS Kastner 219; *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> § 76 Rz 9; *Umfahrer*, GmbHG<sup>6</sup> (2008) Rz 728; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 30; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 637; *Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren<sup>2</sup> (1992) Rz 779; *Heller/Berger/Stix*, EO III<sup>4</sup>, 2377; für Deutschland *Ebbing* in *Michalski*, GmbHG I<sup>2</sup> § 15 Rz 241; *M. Winter/Löbbe* in GK-GmbHG I § 15 Rz 298; *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 201.

<sup>155</sup>) *Heller/Berger/Stix*, EO III<sup>4</sup>, 2377.

<sup>156</sup>) Ebenso *Oberhammer* in *Angst*, EO<sup>2</sup> § 331 Rz 32; zust *Frauenberger* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO III § 331 Rz 46.

<sup>157</sup>) *Kalbfleisch*, Zwangsvollstreckung 130.

<sup>158</sup>) RIS-Justiz RS0059495, zB OGH 1 Ob 255/36 SZ 18/55; 6 Ob 188/99m wbl 2000, 531; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 34 Rz 10 f, § 39 Rz 9; *M. Winter/Löbbe* in GK-GmbHG I § 15 Rz 315 mwN.

<sup>159</sup>) Dazu RIS-Justiz RS0086640, zB OGH 1 Ob 510/95 NZ 1997, 90.

<sup>160</sup>) Ähnlich *Oberhammer* in *Angst*, EO<sup>2</sup> § 331 Rz 33.

<sup>161</sup>) Dazu zB *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>5</sup> (2011) § 8 Rz 43.

<sup>162</sup>) OGH 1 Ob 23/01s JBl 2001, 598; 1 Ob 46/05d JBl 2005, 785.

<sup>163</sup>) Im Ergebnis ebenso *Oberhammer* in *Angst*, EO<sup>2</sup> § 331 Rz 33; *Kalbfleisch*, Zwangsvollstreckung 131 ff.

<sup>164</sup>) *Oberhammer* in *Angst*, EO<sup>2</sup> § 331 Rz 33; *Frauenberger* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO III § 331 Rz 46; ebenso in Deutschland ausführlich *Kalbfleisch*, Zwangsvollstreckung 129 ff; zust *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften<sup>5</sup> § 30 Rz 39.

<sup>165</sup>) Erwägend *Oberhammer* in *Angst*, EO<sup>2</sup> § 331 Rz 32.

<sup>166</sup>) Allfällige Schutzdefizite, die sich aus der Kollaborationsgefahr mit den Mitgesellschaftern für den betreibenden Gläubiger ergeben könnten, sind mE in Hinblick auf die persönliche Haftung des Verwalters (§ 109 Abs 2 EO) nicht überzubewerten.

<sup>167</sup>) OGH 6 Ob 188/99m wbl 2000, 531; *M. Winter/Löbbe* in GK-GmbHG I § 15 Rz 315; *H. Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 254.

onsunterworfenen Vermögen<sup>168</sup>). Dieses Kriterium führt jedoch zu gewissen Abgrenzungsschwierigkeiten: Obwohl die Ausübung von Verwaltungsrechten unmittelbar oft nur das Vermögen der GmbH betrifft, hat jede Entscheidung über das Vermögen der Gesellschaft auch auf das Vermögen der an ihr beteiligten Gesellschafter Auswirkungen. ME sollte der Verwalter demnach stets zur Rechtsausübung befugt sein, wenn dadurch das Vermögen der Gesellschaft und somit mittelbar auch das der Gesellschafter verändert wird. Der Verwalter ist daher zur Ausübung des Stimmrechts zB bei Beschlüssen über Gewinnverwendung ebenso wie zur Kündigung der Gesellschaft legitimiert. Sofern das Bucheinsichtsrecht des Gesellschafters der wirksamen Ausübung des Stimmrechts dient, kann der Verwalter auch dieses wahrnehmen<sup>169</sup>). Die Abberufung und Bestellung eines neuen Geschäftsführers steht hingegen weiterhin dem Gesellschafter zu<sup>170</sup>). Eine Grenze der Befugnisse des Zwangsverwalters (nicht auch des Insolvenzverwalters) ergibt sich freilich, wo Beschlüsse nicht (nur) Einfluss auf den Wert des Geschäftsanteils, sondern (auch) auf das sonstige Vermögen des Gesellschafters haben, wie bei der Einführung einer Nachschusspflicht. Auch die Ausübung eines Bezugsrechts scheitert mE – wieder anders als in der Insolvenz – an dieser Voraussetzung.

Als zweite Voraussetzung darf die Ausübung des betroffenen Rechts nicht höchstpersönlich sein, was insb bei Sonderrechten denkbar ist<sup>171</sup>). Die Höchstpersönlichkeit des Rechts ist nach den Umständen des Einzelfalls und insb anhand der konkreten Vertragsgestaltung zu beurteilen. Ausschlaggebendes Kriterium ist mE, ob das Sonderrecht an die Person des Gesellschafters oder an die Inhaberschaft des Anteils geknüpft ist<sup>172</sup>). Ein Sonderrecht auf Geschäftsführung ist zB regelmäßig als höchstpersönliches Recht anzusehen<sup>173</sup>), weil es Ausdruck des Vertrauens auf die individuellen Fähigkeiten des Gesellschafters ist (vgl § 1186 ABGB). Hinzuweisen ist schließlich noch darauf, dass nur Rechte des Gesellschafters, die dieser in seiner Stellung als Gesellschafter ausübt, der Zwangsverwaltung unterliegen. Die Befugnisse eines Gesellschaftergeschäftsführers können in dessen Exekution nicht verwaltet werden<sup>174</sup>).

Auch die insolvenzrechtliche Verfügungssperre lässt die Geschäftsführungs- und Vertretungsbe fugnisse eines insolventen Gesellschaftergeschäftsführers unberührt<sup>175</sup>). Denn trotz allfälliger mittelbarer Auswirkungen auf das exekutionsunterworfenen Vermögen des (Gemein-)Schuldners darf die Insolvenz (bzw die Zwangsverwaltung des Geschäftsanteils) nicht die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft beeinträchtigen.

#### D. Resümee

Hauptbefriedigungsmöglichkeit der Gläubiger eines Gesellschafters ist die Veräußerung des Geschäftsanteils nach vorhergehender Pfändung desselben. Die Pfändung umfasst auch alle zukünftigen vermögensrechtlichen Ansprüche des Gesellschafters, die aus seiner Gesellschafterstellung resultieren, wie Ansprüche auf den Liquidationserlös und – anders als nach der hM – auch Gewinnansprüche. Die Verwaltungsrechte verbleiben grundsätzlich dem Gesellschafter, der allerdings (schuldrechtlich) zur Berücksichtigung der Interessen seiner Gläubiger verpflichtet ist.

Betreibende Gläubiger müssen sich jedoch gesellschaftsvertragliche Modifikationen der Verwertung, wie Vinkulierungen, Aufgriffs- oder Vorkaufsrechte, entgegenhalten lassen. Auch in der Insolvenz stehen weder § 26 Abs 3 IO noch die neugefassten §§ 25a, 25b IO der Wirksamkeit derartiger Klauseln entgegen. Beschränkungen der Abfindungshöhe sind entgegen der hM sittenwidrig, sofern sie nicht auch für jede Konstellation des sonstigen Ausscheidens des Gesellschafters gelten. Die Verwertungsmöglichkeiten der Gläubiger dürfen nämlich nicht hinter jenen des Gesellschafters zurückstehen.

Daneben kommt die Verwertung einzelner vermögensrechtlicher Ansprüche gem §§ 290 ff EO bzw durch den Insolvenzverwalter nach allgemeinen Regeln in Betracht. Wurden sowohl einzelne künftige Forderungen als auch der Geschäftsanteil als Stammrecht gepfändet, richtet sich der Rang in Bezug auf die doppelt gepfändeten Ansprüche entgegen deutscher hM nach dem Prioritätsprinzip.

Satzungsmäßige Kündigungsrechte können sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom betreibenden Gläubiger ausgeübt werden. ME ist auch eine Zwangsverwaltung des Anteils zulässig. Diese ist wie die Befugnis des Insolvenzverwalters auf jene Rechte des Gesellschafters beschränkt, deren Inanspruchnahme sein exekutionsunterworfenen Vermögen (bzw seine Insolvenzmasse) betrifft und deren Ausübung nicht höchstpersönlicher Natur ist.

**Korrespondenz:** MMag. Martin Trenker, Institut für Unternehmens- und Steuerrecht, Universität Innsbruck, Innrain 52, A-6020 Innsbruck, Österreich; E-Mail: Martin.Trenker@uibk.ac.at.

<sup>168</sup>) M. Winter/Löbbe in GK-GmbHG I § 15 Rz 315; H. Winter/Seibt in Scholz, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 254.

<sup>169</sup>) Frauenberger in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO III § 331 Rz 46; ein Bucheinsichtsrecht des betreibenden Gläubigers ist hingegen mE nicht erforderlich, weil er auch nicht an der Stimmrechtsausübung beteiligt ist, vgl OGH 6 Ob 27/95 SZ 68/185; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 635: zur Verpfändung.

<sup>170</sup>) OGH 6 Ob 188/99m wbl 2000, 531; aus praktischer Sicht krit Buchegger in Bartsch/Pollack/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I<sup>4</sup> (2000) § 3 Rz 5 FN 19; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 9.

<sup>171</sup>) H. Winter/Seibt in Scholz, GmbHG I<sup>10</sup> § 15 Rz 254; M. Winter/Löbbe in GK-GmbHG I § 15 Rz 315.

<sup>172</sup>) M. Winter/Löbbe in GK-GmbHG I § 15 Rz 315.

<sup>173</sup>) M. Winter/Löbbe in GK-GmbHG I § 15 Rz 315.

<sup>174</sup>) Insofern völlig zu Recht OGH 1 Ob 245/28 SZ 10/99.

<sup>175</sup>) RIS-Justiz RS0059495, zB OGH 8 Ob 281/98a ÖJZ 1999/197; 6 Ob 188/99m wbl 2000, 531; vgl auch Buchegger in Bartsch/Pollack/Buchegger, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 1 Rz 138 f.