

## Firmenbuch und Unternehmensrecht

NZ 2021/14

§§ 25 a, 25 b, 26 Abs 3 IO; § 879 ABGB

Zu Aufgriffsrechten im Fall der Insolvenz eines GmbH-Mitgesellschafters

1. Die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung eines Aufgriffsrechts ist kein Antrag des Schuldners und unterliegt daher nicht § 26 Abs 3 IO. Entgegen OLG Linz 6 R 95/19 m kann ein Aufgriffsrecht auch im Insolvenzfall des Gesellschafters ausgeübt werden.

2. Die Insolvenzgläubiger eines GmbH-Gesellschafters müssen zwar zur Kenntnis nehmen, dass im Vermögen des Gesellschafters nur sein durch den Gesellschaftsvertrag (samt Aufgriffsrecht) geformter Geschäftsanteil vorhanden ist, doch sind die Grenzen der Sittenwidrigkeit zu beachten.

3. Demnach dürfen Insolvenzgläubiger nicht sittenwidrig benachteiligt werden; der Preis für die Ausübung eines im Insolvenzfall eines Gesellschafters den Mitgesellschaftern zustehenden Aufgriffsrechts muss gleich sein wie in den Fällen des freiwilligen Ausscheidens.

4. §§ 25 a, 25 b IO haben den Zweck, Unternehmensfortführung und Sanierung des Unternehmens zu ermöglichen; sie sind auf gesellschaftsrechtliche Verträge des insolventen Gesellschafters unanwendbar.

OGH 16. 9. 2020, 6 Ob 64/20 k (OLG Linz 24. 2. 2020, 6 R 19/20 m; LG Linz 28. 1. 2020, 32 Fr 8685/19 y)

Zulassung o Revisionsrekurs

### Sachverhalt:

Nach der Neufassung des Gesellschaftsvertrags soll die rechtskräftige Eröffnung des Insolvenzverfahrens über

das Vermögen eines Gesellschafters ein Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter zur Folge haben. Dabei soll der Kaufpreis unter Vornahme eines Abschlags von 20% vom begutachteten Wert ermittelt werden.

Das ErstG lehnte die Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrags im FB ab. Dies begründete es mit einem Verweis auf § 26 Abs 3 IO und die hierzu ergangene RekEntscheidung 6 R 95/19m des OLG Linz. Der vorgesehene Abschlag vom Aufgriffspreis sei sittenwidrig.

Das RekG bestätigte diese Entscheidung. [...] Im Übrigen gebe es in der Insolvenz keine Immunsierung von Vermögen des Gemeinschuldners gegenüber dem Zugriff der Gläubiger. [...]

Der RevRek ist [...] zulässig; er ist aber nicht berechtigt.

### Aus den Entscheidungsgründen:

[...]

1.1. Vorweg ist die von den Vorinst nicht näher geprüfte Frage zu klären, ob bereits §§ 25 a, 25 b IO der Eintragung der gegenständlichen Satzungsbestimmung entgegenstehen. Nach § 25 a Abs 1 IO können Vertragspartner des Schuldners mit dem Schuldner geschlossene Verträge bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur aus wichtigem Grund auflösen, wenn die Vertragsauflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte. § 25 a Abs 2 IO nennt die Ausnahmen von dieser Beschränkung. Nach § 25 b IO können sich die Vertragsteile auf Vereinbarungen, wodurch die Anwendung der §§ 21 bis 25 a IO im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, nicht berufen. Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist – außer bei Verträgen nach § 20 Abs 4 IO – unzulässig (§ 25 b Abs 2 IO).

1.2. In der Lit ist umstritten, ob diese Bestimmungen auf mehrseitige Verträge, vor allem auf Gesellschaftsverträge, zur Anwendung kommen [...]. Auch nach Schopper (in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 33) sind §§ 25 a, 25 b IO nicht auf Gesellschaftsverträge (wohl aber auf syndikatsvertragliche Vereinbarungen) anwendbar und stehen derartigen Klauseln insoweit nicht entgegen, als sie gesellschaftsvertraglich verankert und damit mit absoluter Wirkung ausgestattet sind.

[...]

1.8. Ausschlaggebend ist letztlich die Überlegung, dass teleologische Argumente gegen die Anwendung der §§ 25 a, 25 b IO auf mehrseitige Verträge sprechen (Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 65 f; vgl auch Trenker, JBl 2012, 287; aA Konecny, ZIK 2010, 86). Die vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung ist eindeutig auf zweiseitige Verträge zugeschnitten (Perner, aaO). Außerdem ist unklar, wie die Anwendung der §§ 25 a, 25 b IO zur Unternehmensfortführung beitragen sollte (Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum

2010, 65). Schließlich ist auch der Hinweis in der Lit nachvollziehbar, die Anwendung der Auflösungsbeschränkungen führte zu einem Wertungswiderspruch zwischen Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht (Taufner, GesRZ 2011, 159). Während nämlich ein insolventer Gesellschafter aus der GesbR ausgeschlossen werden könnte (Spitzer in FS Nowotny 420 f), wäre man an ihn in der GmbH gebunden (Taufner, GesRZ 2011, 159). Aus diesem Grund hat Leupold (ZIK 2010, 167 [171]) vorgeschlagen, die personengesellschaftsrechtlichen Bestimmungen analog im GmbH-Recht anzuwenden.

1.9. Zusammenfassend schließt sich der OGH somit den dargelegten Auffassungen im Schrifttum an, dass §§ 25 a, 25 b IO nicht auf gesellschaftsrechtliche Verträge zugeschnitten sind. Aus diesen Gründen ist an der in der E 1 Ob 153/17 g ausgesprochenen Rechtsansicht festzuhalten, wonach §§ 25 a, 25 b IO nicht auf mehrseitige Verträge anwendbar sind.

2.1. Nach § 26 Abs 3 IO ist der Insolvenzverwalter an „Anträge des Schuldners, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht angenommen worden sind“, nicht gebunden. Ob auch ein Aufgriffsrecht der anderen Gesellschafter einen solchen „Antrag des Schuldners“ darstellt, ist umstritten. Nach der Rsp ist Ziel des § 26 Abs 3 IO, dem Masseverwalter eine möglichst umfassende Befugnis zur Verwaltung und Verwertung der Masse zu schaffen (4 Ob 163/06 h).

2.2. In der E 2 Ob 278/97 i wurde ein Wiederkaufsrecht nicht nach § 26 Abs 3 KO, sondern nach § 21 KO behandelt. Auf Gesellschaftsverträge kann § 21 KO mangels Synallagmas jedoch nicht angewendet werden (7 Ob 2097/96 z), sodass der Masseverwalter vom Gesellschaftsvertrag und den mit dem Geschäftsanteil verbundenen Mitgliedschaftsrechten und -pflichten nicht gem § 21 KO zurücktreten kann (Höller, ZIK 2004/188 Punkt 4).

[...]

2.8. In der E 6 Ob 35/16 i wurde die Frage nach der Geltung von § 26 Abs 3 IO offengelassen. [...]

2.9. Das OLG Linz hat zu 6 R 95/19m auch Aufgriffsrechte der GmbH-Gesellschafter unter § 26 Abs 3 IO subsumiert. Es gebe keine Immunsierung des GmbH-Geschäftsanteils gegenüber dem Zugriff der Gläubiger in der Insolvenz des Gesellschafters; ein Aufgriffsrecht im Insolvenzfall zu einem um 50% reduzierten Aufgriffspreis sei daher wegen Gläubigerbenachteiligung nicht in das FB einzutragen.

[...]

7.1. Der erkSen schließt sich der überwiegenden Auffassung an, wonach gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte nicht unter § 26 Abs 3 IO zu subsumieren sind. Das grundsätzliche Interesse der Gesellschafter, im Fall der Insolvenz eines anderen Gesellschafters das Eindringen eines Gesellschaftsfremden verhindern zu wollen, ist auch durchaus legitim; danach besteht – gerade bei personalistisch geprägten Gesellschaften mit be-

schränkter Haftung – auch evident ein massives praktisches Bedürfnis.

7.2. Zutr ist insbesondere das Argument, dass das Aufgriffsrecht nicht im Sinn eines „Rosinenpickens“ isoliert betrachtet werden sollte, sondern wirtschaftlich im Gesamtzusammenhang zu sehen ist und einen (untrennbaren) Teil des Geschäftsanteils als solchen bildet. Dem entspricht der Rechtssatz, wonach der Geschäftsanteil des Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der „Inbegriff der Rechte und Pflichten“ oder die „Gesamtheit der Rechte“ ist, die dem GmbH-Gesellschafter zukommen (RS0004168). Bei einem Geschäftsanteil an einer GmbH handelt es sich um eine Summe von Rechten und Pflichten des Gesellschafters (RS0004168 [T 3]). Diesem Argument wurde bisher noch nichts Überzeugendes entgegengesetzt.

7.3. Die Gegenauffassung wird im Wesentlichen lediglich von *Nitsche*, *Duursma-Kepplinger/Duursma* und *Höller* vertreten, wobei *Duursma* in GES 2020, 3 inzwischen allerdings den gegenteiligen Standpunkt eingenommen hat. Die weiteren, im Ergebnis ebenfalls die Unzulässigkeit vertretenden Stellungnahmen von *Brugger* und *Reich-Rohrwig* sind jeweils sehr kurz und enthalten keine nähere Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand.

8.1. Dies führt zur Frage des Abfindungspreises. Satzungsmäßige Abfindungsregelungen verfolgen im Allgemeinen zwei Ziele (BGH II ZR 58/91 NJW 1992, 892 [894]; *Strohn* in MüKo GmbHG<sup>3</sup> [2018] § 34 Rz 221): Zum einen dienen sie dem Bestandschutz der Gesellschaft. Die Gesellschaft soll davor geschützt werden, dass in den häufig nicht voraussehbaren Fällen einer Einziehung oder eines sonstigen Ausscheidens eines Gesellschafters erhebliche Teile des Gesellschaftsvermögens für die Abfindung verwendet werden müssen und dadurch die Fortführung des Gesellschaftsunternehmens gefährdet werde.

8.2. Zum anderen geht es um die Streitvermeidung. Nach *Strohn* (aaO) soll den oft langwierigen und komplizierten Streitigkeiten über die richtige Höhe der Abfindung von vornherein der Boden entzogen werden. Das Bedürfnis für einen Bestandschutz sei groß. Andererseits seien auch die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters zu berücksichtigen. Für ihn gehe es um die Frage, ob er sein in der Gesellschaft gebundenes Vermögen realisieren könne oder ob er Teile dieses Vermögens entschädigungslos verliere.

8.3. Schließlich sind auch die Interessen der Gesellschaftergläubiger berührt. Werde der Geschäftsanteil aus Anlass einer Pfändung oder Gesellschaftersinsolvenz eingezogen, hänge der Erfolg der Zwangsvollstreckung von der Höhe und Fälligkeit des Abfindungsanspruchs ab. Dieser Interessenwiderstreit ist bei der Beurteilung der einzelnen Abfindungsklauseln zu berücksichtigen (vgl. *Ulmer* in FS Quack [1991] 477 [478 f]; *Strohn*, aaO § 34 Rz 221).

8.4. Die Abfindungsklausel kann zum einen – etwa wegen sittenwidriger Benachteiligung des abzufindenden Ge-

sellschafters – nichtig sein. Zum anderen kann durch die Entwicklung des Gesellschaftsunternehmens im Laufe der Zeit ein grobes Missverhältnis zwischen der vertraglich geschuldeten Abfindung und dem tatsächlichen Anteilswert entstanden sein, sodass eine Korrektur der Abfindungsregelung nötig wird (dazu *Strohn*, aaO § 34 Rz 240 ff). Durch eine Abfindungsbeschränkung werden die Gläubiger des Gesellschafters benachteiligt, wenn der Geschäftsanteil ihres Schuldners – wie häufig – aus Anlass einer Pfändung des Geschäftsanteils oder der Insolvenz des Gesellschafters eingezogen oder aufgegriffen werden kann (*Strohn*, aaO § 34 Rz 234). Die Nachteile können in der Beschränkung der Abfindungshöhe, aber auch in ungünstigen Auszahlungsregelungen bestehen.

8.5. Diese Ausführungen lassen sich im Grundsatz auch auf das österreichische Recht übertragen. Nur in den von § 879 ABGB gezogenen Grenzen trifft zu, dass die Gläubiger das mit Insolvenzbeschluss belegte Vermögen in dem Zustand hinnehmen, in dem es in der Person des Schuldners besteht (vgl. dazu *Strohn*, aaO § 34 Rz 234).

8.6. Auch außerhalb des Gesellschaftsrechts widerspricht es nach herrschender Auffassung den guten Sitten, wenn sich ein Gläubiger des beim Schuldner vorhandenen Befriedigungssubstrats in eigennütziger Weise bemächtigt und dadurch die anderen Gläubiger leerlaufen lässt (8 Ob 558/91; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 Rz 143). Ähnliche Bedenken stellen sich, wenn der Gesellschafter zwar bei freiwilligem Ausscheiden aus der Gesellschaft in der Lage ist, den gesamten Verkehrswert für seinen Anteil zu lukrieren, den Gläubigern des Gesellschafters dies aber im Wege der Ex oder Insolvenz nicht möglich ist.

8.7. Hierzu hat der erkSen schon in den E 6 Ob 142/05 h und 6 Ob 35/16 i Stellung genommen. Zutr hat bereits das RekG hervorgehoben, dass die in der letzteren E enthaltene Formulierung, wonach der erkSen nicht von der E 6 Ob 142/05 h abgehen wollte, dahin zu verstehen ist, dass damit eine über die E 6 Ob 142/05 h hinausgehende Liberalisierung, die zu einem Erfolg des RevRek geführt hätte, abgelehnt wurde.

8.8. Die in der Lit mehrfach hervorgehobene (Sonder-)Konstellation, dass unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes der Gesellschafter in allen Fällen des Ausscheidens nicht den Verkehrswert erhalte, war dort nicht zu beurteilen, sodass auf diese Frage auch nicht einzugehen war. Dies gilt auch für die E 6 Ob 180/17 i, wonach bei einer Bewertung zum Verkehrswert „keine Gefahr der Benachteiligung der Gläubiger des insolventen Gesellschafters durch das Aufgriffsrecht“ (ErwGr 3.4) bestünde.

8.9. Die Insolvenzanfechtung (darauf abstellend etwa *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht [2014] 77) ist kein geeignetes Korrektiv. Zunächst kommt eine Anfechtung von vornherein nicht in Betracht, wenn die Abfindungsbeschränkung durch mehrheitlich gefassten satzungsändernden Beschluss gegen die Stimme des später

von der Insolvenz oder Ex betroffenen Gesellschafters eingeführt wurde (*Strohn*, aaO § 34 Rz 234). Im Übrigen wird die zehnjährige Anfechtungsfrist des § 28 IO häufig bereits verstrichen sein (s zur vergleichbaren deutschen Rechtslage *Strohn*, aaO § 34 Rz 234).

8.10. Der OGH erachtet daher die Auffassung von *Schopper* (in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 33 und NZ 2019/155, 441), *Walch* (NZ 2018/155, 441) insoweit als überzeugend, als unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes freiwilliges Ausscheiden und das Ableben eines Gesellschafters einerseits sowie Ex bzw Insolvenz andererseits als Fälle des Aufgriffsrechts gleich behandelt werden müssen (zur Gleichbehandlung des Todes mit anderen Ausscheidungsfällen vgl *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 94 ff; *Umlauft*, GesRZ 2009, 4, und NZ 2012/110). Eine Abfindungsbeschränkung unter den Verkehrswert (Schätzwert) des Geschäftsanteils in den Fällen der Ex und Insolvenz des Gesellschafters ist darüber hinaus nur zulässig, wenn sie nicht nur in diesen Fällen greift, sondern eine entsprechende Reduktion des Abfindungsanspruchs für jede Konstellation des freiwilligen (insbesondere der Anteilsübertragung) und des unfreiwilligen Ausscheidens des Gesellschafters vereinbart wird (*Kalss/Eckert*, aaO; *Trenker*, JBl 2016, 446; vgl 6 Ob 142/05 d, wo die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts zu einem reduzierten Aufgriffspreis im Fall der Selbstkündigung eines Gesellschafters als nicht vergleichbar einer Beschränkung der Abfindung im Fall des konkursbedingten Ausscheidens beurteilt wurde, weil der Gesellschafter nicht kündigen müsse, sondern im Unterschied zum Gläubiger seinen Geschäftsanteil veräußern und so dessen vollen Wert realisieren könnte). Unter dieser Voraussetzung trifft es zu, dass im Vermögen des Gesellschafters nur sein durch den Gesellschaftsvertrag geformter Geschäftsanteil vorhanden ist und nur insoweit Verwertungsobjekt sein kann (*Trenker*, JBl 2016, 446). Eine Beschränkung muss ein Gläubiger allerdings nicht hinnehmen, wenn im Einzelfall besondere Hinweise auf eine ausnahmsweise damit von vornherein verfolgte sittenwidrige Schädigungsabsicht vorliegen.

8.11. Im vorliegenden Fall ist in der vorgelegten Neufassung des Gesellschaftsvertrags im Fall des Ablebens des Gesellschafters sowie dann, wenn alle Gesellschafter der Veräußerung des Anteils zustimmen, kein Abschlag vom Verkehrswert vorgesehen. Damit ermöglichte der Gesellschaftsvertrag es einem Gesellschafter, im Fall einer Veräußerung zwar für sich den vollen Verkehrswert zu lukrieren (Gleiches gilt für die Erben des Gesellschafters im Erbfall), während im Fall seiner Insolvenz die Gläubiger Kürzungen hinnehmen müssten. Darin liegt aber nach dem Gesagten eine sittenwidrige Benachteiligung der Gläubiger für den Insolvenzfall, sodass die Vorinst die Eintragung der Satzungsänderung im Ergebnis zutr verweigert haben. Deshalb muss zur Frage, in welcher Höhe ein Abschlag vom Verkehrswert in nicht sittenwidriger Weise vereinbart werden kann, nicht Stellung genommen werden.

8.12. Dass gesetzwidrige Satzungsänderungen nicht im FB einzutragen sind (zur Wahrnehmung zwingender Rechtsvorschriften im Eintragungsverfahren vgl *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 24; zum Gläubigerschutz bereits etwa 6 Ob 271/03 a uva), wird im RevRek nicht in Zweifel gezogen.

9. Zusammenfassend erweist sich der angefochtene Beschluss somit im Ergebnis als zutr, sodass dem unbegründeten RevRek ein Erfolg zu versagen war.

#### Anmerkung:

Der OGH klärt in dieser E drei bislang str Fragen. Es wird die Unanwendbarkeit einerseits der §§ 25 a, 25 b und andererseits des § 26 Abs 3 IO auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte festgestellt (Aufgriffsrechte sind also auch im Insolvenzfall des Gesellschafters an sich wirksam), doch zugleich erklärt der OGH, dass eine Benachteiligung der Gläubiger bei der Festlegung des Aufgriffspreises (im Vergleich zu andern Aufgriffsfällen) sittenwidrig und damit in der Satzung unzulässig ist. Eine solche Satzungsklausel kann nicht eingetragen werden.

Dazu wie folgt:

- Zunächst (in Pkt 1) prüft der OGH – obwohl in den Unterinst offenbar nicht releviert – die Anwendung von **§§ 25 a, 25 b IO** (vormals § 20 e AO): Diese Bestimmungen normieren Auflösungsbeschränkungen im Insolvenzfall; in unserem Kontext eines Aufgriffsrechts würde das bedeuten, dass die Mitgesellschafter („Geschäftspartner“) des insolventen Gesellschafters das gesellschaftsrechtliche Band („geschlossene Verträge“) nicht durch Ausübung des Aufgriffsrechts lösen dürften. Aber §§ 25 a, 25 b IO sollen die Fortführung des insolventen Unternehmens und dessen Sanierung ermöglichen. Wenn es aber nicht das Unternehmen, sondern der GmbH-Gesellschafter ist, der insolvent ist, haben diese Normen laut OGH keinen Anwendungsbereich; sie sollen nur auf zweiseitige Verträge und nicht auf gesellschaftsrechtliche Verträge anzuwenden sein, wie der OGH nach aus Darstellung des durchaus str Meinungsstands (Pkt 1.2–1.8) nun erstmals klar und mE zutr festhält (Pkt 1.9).
- Dann setzt sich der OGH (ab Pkt 2) mit der von der Praxis viel beachteten E OLG Linz 27. 8. 2019, 6 R 95/19 m (diese mHin auf OLG Linz 2 R 80/98 t, letztere zit in OGH 6 Ob 241/98 d) auseinander. Ähnlich hatte das OLG Graz 21. 4. 2005, 4 R 64/05 x entschieden, ggt das OLG Innsbruck. Nach **§ 26 Abs 3 IO** ist der Insolvenzverwalter nicht an Anträge des Schuldners gebunden. Man könnte mE Options- oder Aufgriffsrechte (auch ein drag along; vgl *Brugger*, Unternehmenserwerb<sup>2</sup> Rz 14.111) letztlich als bedingte Abtretungsangebote sehen (also „Anträge des Schuldners“). Das

OLG Linz folgerte, dass jedwedes Aufgriffsrecht, das im Insolvenzfall des GmbH-Gesellschafters ausgeübt werden könne, grds unwirksam (und in einer Satzung unzulässig) sei, selbst wenn die Klausel den vollen Verkehrswert als Abfindung für die Masse vorsieht; ein Aufgriffsrecht würde nämlich den Geschäftsanteil, der zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, im Insolvenzfall gegen den Zugriff der Gläubiger immunisieren. Dieser E wurde jüngst ua von *Schopper/Walch*, Aufgriffsrechte in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, NZ 2019, 441 widersprochen. Auch der OGH hält nach ausf Auseinandersetzung mit der Lit (Pkt 3 und 5) **§ 26 Abs 3 IO für unanwendbar. Aufgriffsrechte, die im Insolvenzfall des Gesellschafters von den Mitgesellschaftern ausgeübt werden können, sind somit – entgegen OLG Linz – grds zulässig und wirksam (Pkt 7.1). Konsequenz für die Praxis:** Die GmbH-Satzung darf ein Aufgriffsrecht enthalten, das auch im Insolvenzfall eines Gesellschafters ausgeübt werden kann. Die abl Haltung von OLG Linz und OLG Graz, die die Eintragung von Satzungen mit solchen Aufgriffsklauseln verweigerten, ist also überholt.

- Allerdings ist die Frage des im Aufgriffsfall an die Insolvenzmasse zu zahlenden **Preises** gesondert zu prüfen (Pkt 8): Der OGH gibt zunächst zu, dass die Gläubiger des Gesellschafters an sich zur Kenntnis nehmen müssen, dass im Vermögen des Gesellschafters nur sein durch den Gesellschaftsvertrag (samt Aufgriffsrecht) geformter Geschäftsanteil vorhanden ist. Das aber rechtfertigt noch nicht, jede gesellschaftsvertragliche Regelung zu Lasten der Insolvenzgläubiger für akzeptabel zu erachten. Da das Insolvenzanfechtungsrecht in der Praxis kaum hilfreich sei (so Pkt 8.9), muss es als **sittenwidrig** (§ 879 ABGB; so schon OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 35/16i, *Sledgehammer*, GesRZ 2016, 289, Anm *Brugger*) angesehen werden, wenn **im Insolvenzfall für die Gläubiger ein geringerer Preis resultiert** als bei sonstiger (freiwilliger) Anteilsveräußerung. Dies gilt aber nicht nur für den hier entscheidungsgegenständlichen Insolvenzfall, sondern **auch für die Exekution**, denn der OGH (Pkt 8.10) folgt *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 33 und in NZ 2019/155, 441 und *Walch*, NZ 2018/155, 441, wonach unter dem Gesichtspunkt des **Gläubigerschutzes** freiwilliges Ausscheiden und das Ableben eines Gesellschafters einerseits sowie Exekution bzw Insolvenz andererseits als Fälle des Aufgriffsrechts gleich behandelt werden müssen. Ein Abschlag für die Abfindung unter den Verkehrswert (Schätzwert) des Geschäftsanteils in den Fällen der Exekution und Insolvenz des Gesellschafters ist nach der nunmehrigen OGH-Entscheidung nur zulässig, wenn sie

nicht nur in diesen Fällen greift, sondern eine Reduktion des Abfindungspreises für jede(!) Konstellation des freiwilligen (insbesondere der Anteilsübertragung) und des unfreiwilligen Ausscheidens des Gesellschafters vereinbart worden ist. Im ggst Fall war die Kürzung für den Insolvenzfall 20%; in 6 Ob 35/16i waren es 50%; aber auch eine geringere Kürzung (5%?) würde wohl demselben Verdikt des OGH unterliegen, denn Gläubigerschutz verbietet jede diskriminierende Benachteiligung. Außerdem dürfen im Einzelfall keine besonderen Hinweise auf eine von vornherein verfolgte sittenwidrige Schädigungsabsicht vorliegen, denn solche Beschränkungen müssen die Gläubiger nicht hinnehmen. **Dies bedeutet für die Praxis** vor allem, dass – entgegen der bislang häufigen Übung – in Gesellschaftsverträgen für Insolvenz und Exekution kein abweichender (dh kein geringerer) Preis vorgesehen werden darf als in allen anderen „freiwilligen“ Veräußerungsfällen. Das muss nicht unbedingt der „Verkehrswert“ sein (das ist übrigens ein beliebter und gleichzeitig unklarer Begriff, weil dessen Ermittlung, wie nebenbei wiederum bemerkt werden muss, höchst problematisch ist, vgl *Brugger*, *Unternehmenserwerb*<sup>2</sup> Rz 7.133ff mwN). Es könnte auch – begrenzt freilich durch das allgemeine Sittenwidrigkeitsverbot, Wucherverbot usw – ein für alle Fälle, also allg festgesetzter geringerer Preis sein; in welcher Höhe ein Abschlag vom Verkehrswert in nicht sittenwidriger Weise vereinbart werden kann, lässt der OGH hier ausdr offen (Pkt 8.11). Doch es muss nun lt OGH immer derselbe Preis in allen Fällen sein, also insb ohne Gläubigerdiskriminierung. Angesichts der vorliegenden E ist jedenfalls zu bezweifeln, dass eine sachlich gerechtfertigte, somit nicht diskriminierende – auch nur geringe – Preisdifferenzierung gegenüber Gläubigern als nicht sittenwidrig je begründet werden kann.

Walter Brugger