

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades
einer Magistra der Rechtswissenschaften
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

Die Exekution auf andere Vermögensrechte mit Schwerpunkt Verwertung von GmbH- Geschäftsanteilen in Exekution und Insolvenz

eingereicht von
Ulrike Mader

bei
Hon.-Prof. Dr. Axel Reckenzaun, MBL

Graz, Jänner 2016

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Ferner versichere ich, dass ich diese Diplomarbeit bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

.....

Graz, Jänner 2016

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	1
1. Einleitung	3
2. Exekution	5
3. Exekution auf andere Vermögensrechte	9
3.1. Einführung.....	9
3.2. Voraussetzungen	10
3.3. Die Pfändung.....	11
3.4. Die Verwertung	11
3.4.1. Die Überweisung zur Einziehung	14
3.4.2. Zwangsverwaltung	15
3.4.3. Die Zwangsverpachtung.....	16
3.4.4. Die Zwangsversteigerung.....	19
3.5. Die Verteilung	20
4. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	22
4.1. Die Wesensmerkmale der GmbH.....	22
4.2. Der Geschäftsanteil	23
4.2.1. Definition	23
4.2.2. Anteilsimmanente Rechte und Pflichten	25
4.2.3. Übertragbarkeit des Geschäftsanteils	26
5. Der GmbH-Geschäftsanteil als Gegenstand im Exekutionsverfahren	28
5.1. Einführung.....	28
5.2. Pfändung.....	29
5.2.1. Einführung.....	29
5.2.2. Umfang der Pfändung	31
5.2.3. Veräußerung des gepfändeten Anteils.....	32
5.3. Verwertung.....	33
5.3.1. Der Verkauf.....	33

5.3.2. Ermächtigung	34
5.3.3. Die Zwangsverwaltung	36
6. Die Wirkung von Übertragungsbeschränkungen im Exekutionsverfahren.....	40
6.1. Einführung.....	40
6.2. Geschäftsanteil mit Zustimmungsrecht gem § 76 Abs 2 GmbHG.....	40
6.2.1. Das Zustimmungsrecht gem § 76 Abs 2 GmbHG.....	40
6.2.2. Verwertung eines vinkulierten Geschäftsanteils	42
6.3. Geschäftsanteil mit Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen	44
6.3.1. Die Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen	44
6.3.2. Abgrenzung zu anderen Übertragungsbeschränkungen	46
6.3.3. Verwertung eines Geschäftsanteils mit Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen	47
6.4. Geschäftsanteil mit Vorkaufsrecht	50
6.4.1. Das Vorkaufsrecht.....	51
6.4.2. Abgrenzung zu anderen Übertragungsbeschränkungen	53
6.4.3. Verwertung eines mit einem Vorkaufsrecht belasteten GmbH-Anteils.....	54
7. Der GmbH-Geschäftsanteil als Gegenstand des Insolvenzverfahrens	56
7.1. Einführung.....	56
7.2. Die Verwertung	57
7.2.1. Die kridamäßige Versteigerung	57
7.2.2. Die anderweitige Verwertung	58
7.2.3. Die freihändige Veräußerung	59
8. Die Wirkung von Übertragungsbeschränkungen im Insolvenzverfahren	60
8.1. Einführung.....	60
8.2. Geschäftsanteil mit Zustimmungsrecht gem § 76 Abs 2 GmbHG.....	60
8.3. Geschäftsanteil mit Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen	63
8.3.1. Konkursfestigkeit der Anbotspflicht	64
8.3.2. Beschränkung des Aufgriffpreises	74
8.3.2.1. Zulässigkeit von Beschränkungen des Aufgriffpreises	74

8.3.2.2. Wirksamkeit von Beschränkungen des Aufgriffpreises.....	75
8.4. Geschäftsanteil mit Vorkaufsrecht	82
9. Resümee	85
Literaturverzeichnis.....	88
Judikaturverzeichnis.....	91

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AußStG	Außerstreitgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
bspw	beispielweise
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
EB	Erläuternde Bemerkungen
EO	Exekutionsordnung
gem	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
ggf	gegebenenfalls
ggü	gegenüber
grds	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
hRsp	herrschende Rechtsprechung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
idZ	in diesem Zusammenhang
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
InsNov	Insolvenznovelle
IO	Insolvenzordnung

IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
lit	litera
mE	meines Erachtens
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
S	Satz
sog	sogenannt
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
va	vor allem
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

Um dem Vordringen der gendergerechten Sprache gerecht zu werden, beziehen sich alle in dieser Arbeit verwendeten personenbezogenen Bezeichnungen gleichermaßen auf Frauen wie auch auf Männer.

1. Einleitung

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Verwertung durch Exekution auf andere Vermögensrechte, wobei ein Schwerpunkt auf die Verwertung von Geschäftsanteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gelegt wird. Des Weiteren wird untersucht, ob es möglich ist aus dem exekutiven Verwertungsverfahren Rückschlüsse für die Verwertung im Insolvenzverfahren zu ziehen. Im Rahmen dieser Arbeit ergeben sich folgende Fragen:

- Wie läuft die Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils ab?
- Gibt es alternative Verwertungsmöglichkeiten für den Geschäftsanteil einer GmbH?
- Welche Änderungen in der Verwertung ergeben sich bei der Verwertung eines Geschäftsanteils einer GmbH, wenn die Satzung für diesen eine Übertragungsbeschränkung vorsieht?
- Was passiert mit dem Geschäftsanteil im Insolvenzverfahren und wie erfolgt die Verwertung durch den Insolvenzverwalter?
- Welche Auswirkung hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Übertragungsbeschränkung und infolge auf die Verwertung des Geschäftsanteils?

Ziel dieser Diplomarbeit ist es, die Verwertung von Geschäftsanteilen im Exekutionsverfahren und ihre Auswirkungen auf die Verwertung im Insolvenzverfahren zu untersuchen, wobei auf die Vereinbarung von gesellschaftsvertraglich vereinbarten Übertragungsbeschränkungen besonders eingegangen werden wird. Bei der Verwertung kollidiert das Anliegen der Gesellschafter „unter sich bleiben zu können“ mit dem Interesse des betreibenden Gläubigers bzw des Insolvenzverwalters, einen möglichst hohen Erlös aus der Verwertung des Geschäftsanteils zu erzielen.¹ In dieser Arbeit sollen die möglichen Problematabestände, die sich iZm der Verwertung eines Geschäftsanteils einer GmbH ergeben, analysiert und erläutert werden.

Die Arbeit gliedert sich in mehrere Abschnitte. In den ersten beiden Kapiteln erfolgt eine kurze Einführung in das Exekutionsverfahren, besonders in das Verfahren bei der Exekution auf andere Vermögensrechte. Darauf folgt eine Darstellung der Rechtsnatur der GmbH, des Geschäftsanteils, der anteilsimmanenten Rechte und Pflichten sowie der Übertragbarkeit des Geschäftsanteils.

¹ *Brenn/Hoch/Ratz/Rohrer*, Ein bloßes Aufgriffsrecht ist einem Zustimmungsrecht nicht gleichzusetzen, EvBl 2012/79, 555-557 (556).

Die nächsten Kapitel stellen den Kernbereich dieser Arbeit dar. Anfangs wird die Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils, der an keine Übertragungsbeschränkung geknüpft ist, behandelt, wobei hier zudem auf mögliche alternative Verwertungsmethoden eingegangen werden soll. Anschließend wird auf den GmbH-Geschäftsanteil als Gegenstand des Insolvenzverfahrens Bezug genommen, um dann die Verwertung von GmbH-Geschäftsanteilen anhand einer Gegenüberstellung der Verwertung im Exekution- und im Insolvenzverfahren zu untersuchen. Zentrale Problemstellungen ergeben sich hier vor allem durch die Vereinbarung von Übertragungsbeschränkungen der Gesellschafter, die damit die Aufnahme eines unliebsamen Dritten in ihren Kreis verhindern wollen. Die Frage, ob solche Übertragungsbeschränkungen ihre Wirksamkeit behalten, hängt einerseits davon ab, ob solche Beschränkungen im Gesellschaftsvertrag selbst oder in einer Nebenvereinbarung, sog Syndikatsvertrag, vereinbart wurden, andererseits hängt die Wirksamkeit auch maßgeblich davon ab, was für eine Art von Übertragungsbeschränkung vereinbart wurde, da zB für die Geschäftsanteile, die mit einem Zustimmungsrecht versehen sind, ein besonderes Verfahren für den Fall der Exekution vorgesehen ist.

Herausgearbeitet wurden diese Fragen anhand von Vinkulierungsklauseln, Aufgriffsklauseln sowie anhand von Klauseln die ein Vorkaufsrecht festlegen. Bei Vorkaufsrechten ist darauf hinzuweisen, dass diese meist ihrer Ausgestaltung nach als Aufgriffsrechte zu qualifizieren sein werden, sodass die bei den Aufgriffsrechten gewonnene Erkenntnisse ebenfalls für diese als Vorkaufsrechte bezeichneten Übertragungsbeschränkungen heranzuziehen sind. Dennoch soll am Ende dieser Arbeit auch kurz auf die Vorgehensweise bei Vereinbarung eines Vorkaufsrechts iSd § 1076 ABGB eingegangen werden. Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der im Rahmen dieser Arbeit herausgearbeiteten wesentlichen Erkenntnisse.

2. Exekution

Unter dem Begriff Exekutionsrecht wird die Summe aller Normen verstanden, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Verfahrensregeln staatliche Entscheidungen durchgesetzt werden können.² Primäre Zwecke der Exekution sind die Begründung von Pfandrechten an den Vermögensgegenständen der verpflichteten Partei, die Verwertung dieser Sachen und die Verteilung des Erlöses.³

In der österreichischen Rechtsordnung herrscht gem § 19 ABGB ein umfassendes Selbsthilfeverbot.⁴ Der Gläubiger ist nicht berechtigt sich die vom Schuldner geschuldete Leistung auf eigene Faust zu verschaffen, sondern muss im Erkenntnisverfahren eine den Schuldner zu einer Leistung verurteilende Entscheidung erwirken.⁵ Anschließend kann er das Gericht zu Durchsetzung seines vollstreckbaren Anspruchs anrufen, welches dann auf den leistungsunwilligen Verpflichteten unmittelbaren staatlichen Zwang ausübt und so dem Gläubiger zu der ihm zustehenden Leistung verhilft.⁶

Beim vollstreckbaren Anspruch handelt es sich um den im Exekutionstitel festgestellten materiellen Anspruch des betreibenden Gläubigers gegen den Verpflichteten.⁷ Ein zivilrechtlicher Anspruch, der in einem Exekutionstitel verbrieft ist, wird zum vollstreckbaren Anspruch, wenn auf dem Exekutionstitel eine Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitsbestätigung angebracht ist. Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckbarkeitsbestätigung ist der Ablauf von Leistungs- und Erfüllungsfristen, die Fälligkeit der geschuldeten Leistung und bei gerichtlichen Titeln auch die Unzulässigkeit von Rechtsmitteln, die geeignet sind die Vollstreckbarkeit hinauszuzögern. Hat der betreibende Gläubiger einen vollstreckbaren Anspruch, so entsteht bei Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen ein korrespondierender Vollstreckungsanspruch, als exekutionsrechtliche Ausprägung des Justizgewährungsanspruches gegen den Staat.⁸ Dh der betreibende Gläubiger hat ein Recht auf Handeln ggü dem Staat zur Durchsetzung seiner Rechte ggü dem Verpflichteten.⁹

² Dworak/Schaumberger/Wachter, Der fehlerfreie Exekutionsantrag³ (2011) Rz 1.

³ Dworak/Schaumberger/Wachter, Der fehlerfreie Exekutionsantrag³ Rz 14.

⁴ Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht³ (2011) 1.

⁵ Mini, Exekutionsverfahren³ (2015) 1.

⁶ Buchegger in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht (2014) 3.

⁷ Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ (2012) 28.

⁸ Buchegger in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 9.

⁹ Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 12.

Vollstreckungsgewalt haben – von den Verwaltungs- und Finanzbehörden abgesehen – lediglich ordentlichen Gerichte, nicht jedoch Sondergerichte oder Schiedsgerichte.¹⁰ Die Erteilung der Vollstreckbarkeitsbestätigung erfolgt bei gerichtlichen Titeln durch das Titelgericht selbst.¹¹ Titelgericht ist jenes Gericht, das den Exekutionstitel geschaffen und die Vollstreckbarkeitsbestätigung noch als Erkenntnisgericht erteilt hat. In die Zwangsvollstreckung selbst greift das Titelgericht nicht ein. Für die Exekutionsbewilligung und den Exekutionsvollzug funktionell und sachlich zuständig ist das Bezirksgericht als Exekutionsgericht.¹² Bewilligungsgericht und Vollzugsgericht sind idR – von Ausnahmefällen abgesehen – identisch. Das Exekutionsgericht tritt im Verfahren funktionell zunächst als Bewilligungs- und in Folge als Vollzugsgericht auf. Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch §§ 18 und 19 EO geregelt, auf die hier aber nicht näher eingegangen werden soll.¹³

Das Exekutionsverfahren ist ein Zweiparteienverfahren, bei dem sich betreibender Gläubiger und Verpflichteter gegenüberstehen. Betreibender Gläubiger ist, wer zu seinen Gunsten einen Exekutionstitel gem § 1 EO aufweisen kann, also anspruchsberechtigt ist. Verpflichteter ist hingegen derjenige, der im Exekutionstitel als Schuldner ausgewiesen ist, der sohin titelmäßig als Schuldner feststeht.¹⁴ Von einem Exekutionsverfahren können aber auch dritte Personen berührt werden, das ist bspw dann der Fall, wenn das Exekutionsobjekt eine Forderung, ein Anspruch oder ein sonstiges Vermögensrecht des Verpflichteten gegen einen Dritten, dem sog „Drittschuldner“ ist.¹⁵

Aufgrund des sog „Antragsprinzips“ beginnt kein Exekutionsverfahren ohne Exekutionsantrag.¹⁶ Mit dem Exekutionsantrag sucht der betreibende Gläubiger um Bewilligung und Vollzug der Exekution an. Der Antrag ist an das Bewilligungsgericht zu richten. Sobald der Antrag beim Bewilligungsgericht eingebracht ist, beginnt das Bewilligungsverfahren, welches endet sobald der Beschluss über den Exekutionsantrag rechtskräftig geworden ist. Das Verfahren zur Bewilligung der Exekution ist als einseitiges Aktenverfahren konzipiert. Das Gericht prüft aufgrund der vorliegenden Akten zunächst die Zulässigkeit der Exekution und entscheidet,

¹⁰ Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 12.

¹¹ Buchegger in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 19.

¹² Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 12.

¹³ Buchegger in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 20.

¹⁴ Buchegger in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 8.

¹⁵ Buchegger in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 39.

¹⁶ Mini, Exekutionsverfahren³ 9.

grundsätzlich ohne mündlich verhandelt oder Beteiligte einvernommen zu haben, durch Beschluss.¹⁷

Die Exekutionsbewilligung ist der zeitnah zum Exekutionsantrag ergehende anfechtbare Beschluss, der das Bewilligungsverfahren in erster Instanz beendet und unmittelbar das Vollzugsverfahren für zulässig erklärt. Sofern das Gesetz keine Ausnahmen bestimmt, ist der Eintritt der Rechtskraft keine Voraussetzung für den Bewilligungsbeschluss. Die Exekutionsbewilligung hat einen Mindestinhalt aufzuweisen (§ 63 EO), der dem notwendigen Inhalt des Exekutionsantrags entspricht.¹⁸ Die Erteilung der Exekutionsbewilligung eröffnet unmittelbar den weiteren Vollzug durch Pfändung, Verwertung und Verteilung.¹⁹

Grds wird in der EO zwischen der Exekution wegen Geldforderungen und der Exekution zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen (Individualleistungsansprüche) unterschieden²⁰, wobei das Vollzugsverfahren, angepasst an das jeweilige Verfahrensziel, verschieden verläuft.²¹ Schon allein der Aufbau der Exekutionsordnung selbst zeigt, dass die Exekution für die einzelnen Exekutionsobjekte (un-/bewegliche Sachen, Forderungen, sonstige Rechte) unterschiedlich geregelt ist. Nach den betroffenen Exekutionsobjekten lassen sich folgende Exekutionsarten unterscheiden:

- Exekution auf das unbewegliche Vermögen (Immobilienexekution)
- Exekution auf das bewegliche Vermögen (Mobiliarenexekution)
- Exekution auf Ansprüche auf Herausgaben und Leistung körperlicher Sachen
- Exekution auf andere Vermögensrechte²²

Im Exekutionsantrag hat der betreibende Gläubiger sowohl den Gegenstand der Exekution als auch das anzuwendende Exekutionsmittel anzugeben. Unter Exekutionsmittel versteht man diejenigen amtlichen Vollzugshandlungen, mit denen das Ziel der Vollstreckung durchgesetzt und erzwungen werden soll. IdR sind die Exekutionsmittel dem betreibenden Gläubiger

¹⁷ Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 35f.

¹⁸ Buchegger in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 86.

¹⁹ Buchegger in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 88.

²⁰ Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht³ 13,14.

²¹ Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 43.

²² Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht³ 14.

vorgegeben, nur bei der Immobiliarexekution ist er berechtigt eines der gesetzlich zulässigen Mittel zu wählen.²³

Die Exekution wegen Geldforderungen läuft grundsätzlich in drei Verfahrensstufen, der Pfändung, der Verwertung und der Verteilung, ab.²⁴ Die Pfändung ist ein staatlicher Hoheitsakt, der bestimmte Vermögensstücke des Schuldners erfasst.²⁵ Durch ihren Vollzug entstehen zwei Wirkungen, einerseits wird das richterliche Pfändungspfandrecht begründet und andererseits bewirkt die Pfändung die Verstrickung. Das Pfändungspfandrecht ist Ausdruck des Rechtsschutzanspruches des Gläubigers, der einen Anspruch gegen den Staat auf Verwertung der beschlagnahmten Sachen und auf Befriedigung aus dem Verwertungserlös in einem bestimmten Rang, erwirbt. Die Verstrickung lässt die Verfügungsgewalt des Verpflichteten auf den Staat übergehen, sodass der Verpflichtete dem Gläubiger ggü nicht mehr wirksam über die Sache verfügen kann.²⁶

²³ *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht³ 90.

²⁴ *Roth*, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 43.

²⁵ *Buchegger* in *Buchegger/Markowetz*, Exekutionsrecht 96.

²⁶ *Roth*, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 43.

3. Exekution auf andere Vermögensrechte

3.1. Einführung

Die Exekutionsordnung regelt im zweiten Abschnitt des ersten Teils die Exekution wegen Geldforderungen. Diese Art der Exekution soll im Wege der Verwertung bestimmter Exekutionsobjekte zu einem Gelderlös und somit zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers führen.²⁷ Innerhalb der Exekution wegen Geldforderungen gliedert die EO nach der Zugehörigkeit des Exekutionsobjekts zum unbeweglichen oder zum beweglichen Vermögen des Verpflichteten, in die Immobiliarexekution und in die Mobiliarexekution. Im Rahmen der Mobiliarexekution teilt sich die Exekution nach dem Zugriffsobjekt in die Fahrnisexekution (§§ 249 bis 289 EO), die Forderungsexekution (§§ 290 bis 324 EO), die Anspruchsexekution (§§ 325 bis 329 EO) und in die Exekution auf andere Vermögensrechte (§§ 330 bis 345 EO).²⁸ Den zentralen Punkt dieser Arbeit wird die Exekution auf andere Vermögensrechte bilden.

Die Exekution auf andere Vermögensrechte ist nach der Systematik der Exekutionsordnung ein Exekutionsmittel, das vom Gesetzgeber geschaffen wurde, um Rechte des Verpflichteten in Exekution ziehen zu können, die weder mit der Forderungsexekution noch mit der Exekution auf Ansprüche auf Herausgabe und Leistung körperlicher Sachen erfasst werden können, aber doch einen Vermögenswert des Verpflichteten darstellen.²⁹ Bei Auslegung und Anwendung der Bestimmungen ist zu berücksichtigen, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, diese Bestimmungen „weit“ zu fassen, um sicherzustellen, dass tatsächlich alle Vermögensobjekte des Verpflichteten in Exekution gezogen werden können.³⁰ Daher ist bei der Beurteilung, ob ein Vermögensrecht unter die Bestimmungen der §§ 331 EO fällt oder nicht, großzügig vorzugehen. Im Zweifel ist die Exekutionsunterworfenheit anzunehmen, soweit dem nicht gesetzliche Bestimmungen oder die Denkmöglichkeit der Verwertung entgegenstehen.³¹

Da die in Betracht kommenden anderen Vermögensrechte sehr vielfältig sind, war es dem Gesetzgeber nicht möglich sämtliche Rechte in der EO einzeln zu behandeln.³² Anwendbar ist die Exekution auf andere Vermögensrechte bei Exekutionsobjekten, die nicht unter die

²⁷ *Laschober/Lackenberger, Rechteexekution*⁴ (2010) 13.

²⁸ *Roth, Exekution- und Insolvenzrecht*⁹ 5.

²⁹ *Laschober/Lackenberger, Rechteexekution*⁴ 5.

³⁰ *Markowetz in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht* 274.

³¹ *Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht*³ 253.

³² *Laschober/Lackenberger, Rechteexekution*⁴ 13.

Bestimmungen der §§ 87 - 329 EO fallen. Somit sind die Bestimmungen der §§ 330 ff EO als subsidiär anzusehen.³³

3.2. Voraussetzungen

Damit eine Exekution nach den Bestimmungen der §§ 330 ff EO zulässig ist, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- das Recht muss veräußerlich oder in Ansehung der Ausübung verwertbar sein
- das in Exekution zu ziehende Recht muss dem Verpflichteten zum Zeitpunkt der Exekutionsführung bereits zustehen und
- das Recht darf nicht aufgrund von exekutionsrechtlichen Schutzbestimmungen der Exekution entzogen sein.³⁴

Exekutionsobjekt ist somit jedes Vermögensrecht, das zum Vermögen des Verpflichteten gehört, verwertbar, rechtlich selbstständig und wenigstens seiner Ausübung nach übertragbar ist³⁵ sowie nicht durch einschlägige Schuldnerschutzbestimmungen der Exekution entzogen ist.³⁶ Entscheidendes Kriterium für die Zulässigkeit des exekutiven Zugriffs auf ein Vermögensrecht ist demnach dessen exekutive Verwertbarkeit. Es muss aber nicht das gepfändete Recht an sich verwertbar sein, sondern es ist ausreichend, wenn dieses Recht seinerseits den Zugriff auf ein verwertbares Vermögensobjekt ermöglicht.³⁷

Im Exekutionsantrag selbst muss der betreibende Gläubiger allerdings weder beweisen noch bescheinigen, dass das in Rede stehende Recht tatsächlich existiert und dass es verwertet werden kann.³⁸ Die Prüfung, ob das in Exekution gezogene Recht verwertbar ist, erfolgt durch das Gericht lediglich aufgrund der Aktenlage.³⁹ Des Weiteren hat das Bewilligungsgericht nicht zu prüfen, ob das gepfändete Recht auch tatsächlich besteht.⁴⁰

³³ Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht³ 253.

³⁴ Laschober/Lackenberger, Rechteexekution⁴ 13.

³⁵ Markowetz in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 275.

³⁶ Oberhammer in Angst (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008) § 331 Rz 3.

³⁷ Feil/Marent, EO Exekutionsordnung Kommentar Band 1 Mit einschlägigen Gesetzen und Vorschriften sowie Eingabemuster, Vertragsmuster und sonstige Muster (2008) § 331 Rz 1.

³⁸ Jakusch in Angst/Jakusch/Pimmer, EO Taschenkommentar¹⁵ (2009) § 331 605.

³⁹ Laschober/Lackenberger, Rechteexekution⁴ 15.

⁴⁰ Markowetz in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 276.

3.3. Die Pfändung

Die Pfändung sonstiger Vermögensrechte erfolgt idR gem § 331 Abs 1 EO durch die Erlassung eines Gebots an den Verpflichteten, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten (Verfügungsverbot). Existiert ein Drittschuldner – also eine Person die kraft des gepfändeten Rechts zur Leistung verpflichtet ist – so ist die Pfändung erst dann wirksam, wenn diesem ein Leistungsverbot zugestellt wurde (Doppelverbot). Das an den Drittschuldner erlassene Leistungsverbot hat dieselben Wirkungen, wie sie § 294 EO bei einer Exekution auf Geldforderungen vorsieht. Der Drittschuldner darf nach Zustellung des Verbots weder an den Verpflichteten leisten, noch Verfügungen des Verpflichteten, die in die Rechte des betreibenden Gläubigers eingreifen, befolgen. Leistet der Drittschuldner trotzdem, ist die Leistung dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam und sohin ohne rechtliche Wirkung. Der Drittschuldner muss dann, wenn der betreibende Gläubiger nach Überweisung die Forderung bei ihm einzieht, neuerlich leisten.⁴¹

Wodurch der Pfandrang konkret begründet wird, hängt insbesondere davon ab, ob ein Verfügungsverbot ausreicht oder ob notwendigerweise ein Doppelverbot zu erlassen ist.⁴² Gibt es keinen Drittschuldner, richtet sich der Pfandrang nach dem Zeitpunkt der Zustellung des Verfügungsverbots an den Verpflichteten.⁴³ Ist allerdings die Erlassung eines Doppelverbots erforderlich, ist die Zustellung des jeweiligen Verbots an den Verpflichteten und an den Drittschuldner rangbegründend. Entscheidend ist dabei die datumsmäßig letztere Zustellung.

Unzureichend für die Pfändung ist die bloße Bewilligung der Exekution, ohne dass ein Verbot erlassen wird.⁴⁴ Jedoch hängt die Wirksamkeit der Pfändung nicht von der Stellung eines zutreffenden Verwertungsantrags ab.⁴⁵

3.4. Die Verwertung

Ja nach Art des Rechtes bestehen verschiedene Möglichkeiten für die Verwertung. In Frage kommen vor allem die Überweisung eines Aufteilungsanspruches an den betreibenden Gläubiger

⁴¹ *Feil/Marent*, EO Kommentar § 331 Rz 3.

⁴² *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht³ 255.

⁴³ *Markowetz* in *Buchegger/Markowetz*, Exekutionsrecht 276.

⁴⁴ *Laschober/Lackenberger*, Rechteexekution⁴ 17.

⁴⁵ OGH 3 Ob 22/06s wobl 2006/126, 305 (Call) = immoex-LS 2006/56, 197 = immoex 2006/135, 344 = EF-Z 2006/57, 99 = FamZ 2006/61, 173 = EFSIlg 114.631 = EFSIlg 114.632 = MietSIlg LVIII/11 = MietSIlg 58.775 = MietSIlg 58.404

(§ 333 EO), die Zwangsverwaltung (auch in der Form der Zwangsverpachtung), sowie subsidiär zu den anderen Verwertungsformen der Verkauf des gepfändeten Rechts in öffentlicher Versteigerung.⁴⁶ Die Verwertung des gepfändeten Vermögens bewilligt stets das Exekutionsgericht auf Antrag des betreibenden Gläubigers nach Einvernahme des Verpflichteten und aller Pfandgläubiger in einer Verwertungstagsatzung (§ 331 Abs 2 EO).⁴⁷

Im Unterschied zu den anderen Exekutionsarten zur Hereinbringung einer Geldforderung ist es bei der Exekution auf andere Vermögensrechte nicht erforderlich, dass der betreibende Gläubiger die Verwertung zugleich mit dem Antrag auf Exekutionsbewilligung beantragt.⁴⁸ Die Verwertung kann, muss aber nicht im Exekutionsantrag beantragt werden.⁴⁹ Ein verfehelter Verwertungsantrag im Exekutionsantrag stellt daher kein Hindernis für die Bewilligung der Exekution dar.⁵⁰ Wurde der Verwertungsantrag allerdings bereits mit dem Antrag auf Bewilligung der Exekution verbunden, so hat sich das Gericht die Entscheidung über die Verwertung vorzubehalten, da der Beschlussfassung über die Verwertungsart ua die Einvernahme des Verpflichteten voranzugehen hat. Die Einvernahme des Verpflichteten geschieht in der Praxis meist durch die Anberaumung einer Tagsatzung, zu der auch der Gläubiger geladen wird, sie kann jedoch auch auf andere Art und Weise erfolgen.⁵¹ Die Unterlassung der Einvernahme des Verpflichteten und der in § 331 Abs 2 EO genannten Gläubiger, zu deren Gunsten die Pfändung erfolgte, stellt einen Nichtigkeitsgrund gem § 477 Abs 1 Z 4 ZPO dar.⁵²

Je nach Art des gepfändeten Rechtes kann das Gericht vor der Verwertung eine pfandweise Beschreibung in analoger Anwendung der Bestimmungen zur Fahrnisexekution, da § 331 EO auf § 253 EO verweist, vornehmen lassen, sofern dies erforderlich scheint.⁵³ Bei der Fahrnispfändung erfolgt die Pfändung dadurch, dass das Vollstreckungsorgan des Gerichts die pfändbaren Gegenstände in einem Protokoll verzeichnet und beschreibt. Die Pfändung führt zur Verstrickung, dh der betreibende Gläubiger erwirbt ein exekutives Pfandrecht an der Sache.⁵⁴

⁴⁶ *Burgstaller in Burgstaller/Deixler-Hübner/Dolar, Praktisches Zivilprozessrecht II, Außerstreitverfahren und Exekutionsverfahren*⁵ (1997) 357.

⁴⁷ *Roth, Exekution- und Insolvenzrecht*⁹ 106.

⁴⁸ *Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht*³ 256.

⁴⁹ *C.T.Rassi, Exekution auf andere Vermögensrechte ÖRPf 2010 H2 59 (60).*

⁵⁰ *Jakusch in Angst/Jakusch/Pimmer, EO*¹⁵ § 331 612.

⁵¹ *Laschober/Lackenberger, Rechteexekution*⁴ 21.

⁵² *Jakusch in Angst/Jakusch/Pimmer, EO*¹⁵ § 331 612.

⁵³ *Laschober, Ausgesuchte Themen zur Rechteexekution (§§ 331 ff EO) mit einem Exkurs zur Anspruchsexekution (§§ 325 ff EO), ÖRPf 2011 H2, 61 (63).*

⁵⁴ *Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht*³ 231.

Anders als bei der Fahrnisexekution hat die pfandweise Beschreibung bei der Rechteexekution allerdings keine rechtsbegründende Wirkung, sondern dient hier lediglich der Klarstellung des Umfangs und der Beschaffenheit des in Exekution gezogenen Rechts. Tunlich ist die pfandweise Beschreibung jedenfalls dann, wenn Umfang und Inhalt des Rechts unklar sind.⁵⁵ Da die pfandweise Beschreibung noch nicht zur Verwertung zählt, gelten für ihre Bewilligung die Grundsätze des Bewilligungsverfahrens.⁵⁶

Bei der Exekution auf andere Vermögensrechte gibt es keine Bindung an den Verwertungsantrag.⁵⁷ Bei der Bestimmung ist das Gericht nicht an die vom betreibenden Gläubiger beantragte Verwertungsart gebunden⁵⁸, sondern kann es auch eine andere sachgerecht erscheinende und gesetzlich zulässige Verwertungsart festlegen.⁵⁹ Das Gericht bestimmt die Verwertungsart somit selbst, unter Bedachtnahme auf das zu verwertende Vermögensrecht.⁶⁰ Die Materialien geben dazu vor, dass sich die Verwertung dem Wesen der einzelnen Rechte „thunlichst anzuschmiegen“ hat.⁶¹

Die Verwertungsarten der Exekution auf andere Vermögensrechte werden von der EO nur beispielhaft aufgezählt und im Folgenden nach ihrer Intensität behandelt:

- Überweisung zur Einziehung (§ 333 EO)
- Zwangsverwaltung (§ 334 EO)
- Zwangsverpachtung (§ 340 EO)
- Zwangsversteigerung (§332 EO)⁶²

Die Aufzählung der Verwertungsarten ist nicht abschließend.⁶³

Wird der Verwertungsantrag nicht innerhalb von sechs Monate nach dem Tag der Pfändung gestellt, kann die Exekution durch das Gericht nach § 39 Abs 1 Z 8 EO eingestellt werden.⁶⁴

⁵⁵ *Laschober/Lackenberger*, Rechteexekution⁴ 18.

⁵⁶ *Jakusch in Angst/Jakusch/Pimmer*, EO¹⁵ § 331 611.

⁵⁷ *Roth*, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 106.

⁵⁸ *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht³ 256.

⁵⁹ *Roth*, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 106.

⁶⁰ *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht³ 256.

⁶¹ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 331 Rz 4.

⁶² *Roth*, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 106.

⁶³ *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht³ 256.

⁶⁴ *Dworak/Schaumberger/Wachter*, Der fehlerfreie Exekutionsantrag³ Rz 186.

3.4.1. Die Überweisung zur Einziehung

In manchen Fällen stellt das gepfändete Vermögensrecht selbst noch keinen Vermögenswert dar.⁶⁵ Der Verpflichtete kann jedoch die Ausfolgung einer Vermögensmasse oder die Teilung derselben und die Ausfolgung seines Anteils beanspruchen. Dies setzt jedoch ein aktives Handeln seitens des Verpflichteten voraus, um diese Vermögenswerte überhaupt nutzbar machen zu können. Da der Verpflichtete oft kein Interesse daran hat, sich diese Vermögenswerte, die ihm anschließend von den Gläubigern wieder entzogen werden, zu beschaffen, besteht die Möglichkeit, dass der betreibende Gläubiger in die Lage versetzt wird die notwendigen Handlungen anstelle des Verpflichteten vorzunehmen.

Bei der Überweisung zur Einziehung gem § 333 EO erhält der betreibende Gläubiger eine Ermächtigung zur Geltendmachung des gepfändeten Rechts.⁶⁶ Die Ermächtigung nach § 333 EO stellt einen Sonderfall der Ermächtigung nach § 308 EO, der grundsätzlichen Überweisung zur Einziehung, dar.⁶⁷ Man könnte sie auch als eine Art „mittelbare“ Exekution bezeichnen, weil das eigentliche Vermögensrecht ja noch keinen Vermögenswert darstellt und es nach der Ermächtigung daher noch eines zweiten Schrittes bedarf.⁶⁸ Die Ermächtigung stellt somit einen Zwischenverfahrensschritt dar, um auf das eigentliche Exekutionsobjekt zu greifen.⁶⁹

Zunächst wird der betreibende Gläubiger auf Antrag ermächtigt, das Recht im Namen des Verpflichteten geltend zu machen.⁷⁰ Die Rechte des mit Beschluss ermächtigten betreibenden Gläubigers sind grundsätzlich identisch mit den Rechten des Verpflichteten, sodass der Gläubiger auch an alle Vereinbarungen gebunden ist, die der Verpflichtete hinsichtlich dieses Vermögensrechts getroffen hat.

Durch diese Verwertungsart werden dem Verpflichteten durch Handlungen des betreibenden Gläubigers Werte verschafft, auf die der Gläubiger dann im Wege der Einzelexekution greifen kann.⁷¹ Im zweiten Schritt ist daher das auf diese Weise herangezogene Vermögen nach seiner Beschaffenheit zu verwerten (§ 333 Abs 2 EO), die Verwertung selbst erfolgt in sinngemäßer

⁶⁵ Laschober, ÖRPfI 2011 H2, 61 (63).

⁶⁶ C.T.Rassi, ÖRPfI 2010H 2 59 (61).

⁶⁷ Laschober/Lackenberger, Rechteexekution⁴ 22.

⁶⁸ C.T.Rassi, ÖRPfI 2010H 2 59 (61).

⁶⁹ Laschober, ÖRPfI 2011 H2, 61 (63).

⁷⁰ Markowetz in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 278.

⁷¹ Laschober/Lackenberger, Rechteexekution⁴ 22.

Anwendung der in der EO für den jeweiligen Vermögensgegenstand vorgesehenen Verwertungsart.⁷²

Die Ermächtigung kann immer nur einem Gläubiger erteilt werden. Ein Beitrittsverfahren ist nicht zulässig, sodass ein anderer Gläubiger in diesem Fall auf die bereits erteilte Ermächtigung zu verweisen ist.⁷³

3.4.2. Zwangsverwaltung

Die Zwangsverwaltung erfolgt gem § 334 Abs 2 EO unter Anwendung der Bestimmungen über die Zwangsverwaltung von Liegenschaften mit den in den §§ 335-339 EO vorgesehenen Abweichungen.⁷⁴ Sie kommt bei Nutzungsrechten und Rechtspositionen, die auf wiederholten Bezug von Früchten gerichtet sind, in Betracht.⁷⁵

Die Zwangsverwaltung gewährt dem betreibenden Gläubiger ein gegen jeden späteren Erwerber durchsetzbares Befriedigungsrecht. Bei dieser Verwertungsart wird vom Gericht ein Zwangsverwalter eingesetzt, der an Stelle des Verpflichteten die Verwaltung übernimmt. Die aus der Zwangsverwaltung gewonnenen Erträge werden zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers verwendet. Der Zwangsverwalter ist berechtigt, sämtliche Nutzungen und Einkünfte einzuziehen, alle Rechtshandlungen vorzunehmen und allenfalls auch Klagen einzubringen, die zur Durchführung der Zwangsverwaltung erforderlich sind.⁷⁶

Dem Zwangsverwalter sind alle Gegenstände, die zur Ausübung oder zur Benutzung des gepfändeten Rechts notwendig sind, zu übergeben. Diese Aufgabe wird vom Gerichtsvollzieher erfüllt. Mit der Übergabe gehen die Befugnisse und auch die Verpflichtungen auf den Zwangsverwalter über. Sind keine derartigen Gegenstände vorhanden, so wird der Zwangsverwalter mit Beschluss ermächtigt, das gepfändete Recht auszuüben. In diesem Fall gehen die Rechte und Pflichten mit Zustellung des Ermächtigungsbeschlusses auf den Zwangsverwalter über.⁷⁷

⁷² Markowetz in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 278.

⁷³ Laschober, ÖRPfI 2011 H2, 61 (63).

⁷⁴ Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht³ 256.

⁷⁵ Markowetz in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 277.

⁷⁶ Laschober/Lackenberger, Rechteexekution⁴ 23.

⁷⁷ Laschober/Lackenberger, Rechteexekution⁴ 24.

Der Zwangsverwalter benötigt für Handlungen der ordentlichen Geschäftsführung keine Genehmigung des Exekutionsgerichts. Lediglich darüber hinausgehende Rechtshandlungen müssen gerichtlich genehmigt werden.

In einer Tagsatzung hat das Gericht primär die Verwertungshindernisse zu prüfen und anschließend dem Gläubiger die Namhaftmachung eines Zwangsverwalters aufzutragen. Es kann aber auch zur Wahl eines Zwangsverwalters aus der Liste der Zwangsverwalter kommen, welche im Internet unter www.edikte.justiz.gv.at abgerufen werden kann. Kommt der Gläubiger dem Auftrag auf Namhaftmachung eines Zwangsverwalters nicht nach, so wird die Zurückziehung des Verwertungsantrags angenommen. Eine spätere wiederholte Stellung eines neuen Verwertungsantrags ist grundsätzlich möglich, sofern das Verfahren noch nicht aufgrund des Kostendeckungsgrundsatzes eingestellt wurde.

Die Zwangsverwaltung endet mit Ablauf der Zeit, auf die das gepfändete Recht des Verpflichteten eingeschränkt ist⁷⁸, da § 339 EO einen besonderen Einstellungsgrund normiert, der auf alle Fälle anzuwenden ist, in denen das gepfändete Vermögensrecht wegfällt.⁷⁹ Gem § 129 EO ist die Zwangsverwaltung nach Einvernahme sämtlicher Parteien einzustellen, wenn die Forderungen sämtlicher betreibender Gläubiger befriedigt sind.⁸⁰

3.4.3. Die Zwangsverpachtung

Von der Form der Verwertung durch Zwangsverwaltung ist die Zwangsverpachtung zu unterscheiden, bei der es nicht zur Bestellung eines Zwangsverwalters, sondern zu einer unmittelbaren Zwangsverpachtung durch das Exekutionsgericht kommt.⁸¹ Gem § 340 Abs 1 EO kann auf Antrag statt der Zwangsverwaltung die Zwangsverpachtung angeordnet werden, wenn dies zur Vermeidung bedeutender Verwaltungskosten oder auch aus anderen Gründen vorteilhafter erscheint.⁸² Bei dieser Beurteilung ist insbesondere auf die zu erwartenden Erträge und die Kosten der Zwangsverwaltung Bedacht zu nehmen. Im Allgemeinen wird die Zwangsverwaltung zwar die höheren Kosten mit sich bringen, jedoch verspricht sie häufig auch einen höheren Ertrag als die exekutive Zwangsverpachtung.⁸³

⁷⁸ Laschober/Lackenberger, Rechteexekution⁴ 24.

⁷⁹ Feil/Marent, Kommentar Exekutionsordnung § 339 Rz 1.

⁸⁰ Feil/Marent, Kommentar Exekutionsordnung § 339 Rz 2.

⁸¹ Oberhammer in Angst, EO² § 340 Rz 2.

⁸² Markowetz in Buchegger/Markowetz, Exekutionsrecht 277.

⁸³ Laschober/Lackenberger, Rechteexekution⁴ 24.

Gegenstand der Zwangsverpachtung ist jedes zivilrechtlich taugliche Pachtobjekt und somit jede organisierte Erwerbsgelegenheit.⁸⁴ Die Verwertungsregeln der Fahrnisexekution finden bei der Zwangsverpachtung sinngemäße Anwendung. Nach *Oberhammer* und *Markowetz* ist eine Zwangsverpachtung durch öffentliche Versteigerung, durch „Freihandverpachtung“ als auch eine Verpachtung aufgrund eines Übernahmsantrag denkbar.⁸⁵

Bei der Zwangsverwaltung durch öffentliche Versteigerung wird ein Zwangspächter im Wege der Versteigerung ermittelt.⁸⁶ Wie bei der Zwangsverwaltung ist vor Bewilligung der Zwangsverpachtung vom Gericht eine Tagsatzung anzuberaumen, bei der die Zweckmäßigkeit dieses Zwangsmittels (oder einer etwaigen Zwangsverwaltung) sowie etwaige Verwertungshindernisse zu überprüfen sind.⁸⁷ Die Versteigerung wird vom Gericht bewilligt und der Bewilligungsbeschluss dem Verpflichteten und den anderen Parteien zugestellt.⁸⁸ Danach ist dem betreibenden Gläubiger die Vorlage eines Kostenvorschusses sowie die Vorlage der Pachtbedingungen aufzutragen. Unterbleibt die Vorlage des Kostenvorschusses oder der Pachtbedingungen, so wird die Rückziehung des Verwertungsantrags angenommen, dessen mögliche Folge eine Verfahrenseinstellung nach § 39 Abs 1 Z 8 EO sein kann. Auch bei der Zwangsverpachtung ist die Stellung eines später wiederholten erneuten Verwertungsantrags möglich, solange die Exekution noch nicht aufgrund des Kostendeckungsgrundsatzes eingestellt wurde.⁸⁹

Zur Verfahrensbeschleunigung können die Pachtbedingungen vom betreibenden Gläubiger schon vor der Tagsatzung vorgelegt werden. Sollen die Bedingungen auch schon in dieser Tagsatzung bewilligt werden, so muss es zuvor zur Schätzung des Pachtwertes gekommen sein, was für den betreibenden Gläubiger im Falle der Nichtbewilligung zum Verlust der Kosten für die Schätzung führen kann.⁹⁰

Generell kommt es nach Erlag des Kostenvorschusses, zur Schätzung des Pachtwertes durch einen vom Gericht zu bestellenden Sachverständigen. In einer weiteren Tagsatzung erfolgen die Erörterung des Schätzgutachtens und die Bewilligung der Pachtbedingungen⁹¹, die dem Zwangspachtverhältnis zu Grunde liegen und die Funktion von Versteigerungsbedingungen

⁸⁴ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 340 Rz 1.

⁸⁵ *Markowetz* in *Buchegger/Markowetz*, Exekutionsrecht 277. ; *Oberhammer* in *Angst*, EO² § 340 Rz 5.

⁸⁶ *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht³ 256.

⁸⁷ *Oberhammer* in *Angst*, EO² § 340 Rz 7.

⁸⁸ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 340 Rz 1.

⁸⁹ *Laschober/Lackenberger*, Rechteexekution⁴ 25.

⁹⁰ *Oberhammer* in *Angst*, EO² § 340 Rz 8.

⁹¹ *Laschober/Lackenberger*, Rechteexekution⁴ 25.

erfüllen.⁹² In dieser Tagsatzung ist der ermittelte Schätzwert beschlussmäßig festzustellen. Der festgestellte Schätzwert stellt sodann den Pachtwert für die in den Pachtbedingungen vorgesehene Dauer dar. Nach Rechtskraft des Beschlusses über die Festsetzung des Pachtwerts, erfolgt die Vergabe der Pacht an den Meistbietenden in einer öffentlichen Versteigerung, bei der die Vorschriften über die Versteigerung von Fahrnissen anzuwenden sind. Ausrufspreis ist der festgestellte Pachtwert. Das Pachtverhältnis wird durch Zuschlag begründet⁹³ und in seinen Einzelheiten durch die der Versteigerung zu Grunde gelegten Pachtbedingungen geregelt.⁹⁴ Die Pachtbedingungen selbst müssen enthalten:

- die Höhe des Pachtzinses
- Art der Entrichtung des Pachtzinses
- Dauer des Pachtverhältnisses
- Beendigungsgründe

Die Verteilung der Pachtzinsraten erfolgt nach den für die Zwangsverwaltung geltenden Bestimmungen. Der Zwangspächter hat die Pachtzinsraten bei Gericht zu erlegen. Kommt er der Bezahlung nicht nach, so kann das Gericht über Antrag des betreibenden Gläubigers oder des Verpflichteten entweder den Gläubiger zur Durchsetzung der Pflichten des Zwangspächters mittels Klage ermächtigen oder einen Kurator bestellen, der diese Aufgabe übernimmt.⁹⁵

Nach hM stellt die Zwangspacht ein Rechtsverhältnis dar, das zwischen dem Pächter und dem durch das Gericht zwangsweise vertretenen Verpflichteten durch den Zuschlag als öffentlich-rechtlicher Akt begründet wird. Wird die Exekution nach Erteilung des Zuschlags eingestellt, dauert das Pachtverhältnis zwischen dem Verpflichteten als Verpächter und dem Ersteher als Pächter fort. Dieses kann aber von beiden Teilen gem den in den Pachtbedingungen festgesetzten Beendigungsgründen aufgekündigt werden.⁹⁶

⁹² *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 340 Rz 1.

⁹³ *Laschober/Lackenberger*, Rechteexekution⁴ 25.

⁹⁴ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 340 Rz 1.

⁹⁵ *Laschober/Lackenberger*, Rechteexekution⁴ 25.

⁹⁶ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 340 Rz 1.

3.4.4. Die Zwangsversteigerung

Die Verwertung durch Zwangsversteigerung ist nach dem Willen des Gesetzgebers nur dann zulässig, wenn eine andere Verwertungsart überhaupt nicht, oder nur mit unverhältnismäßig großen Kostenaufwand möglich ist.⁹⁷ Der Gesetzgeber begründet dies mit dem Argument, dass die Versteigerung von Vermögensrechten in aller Regel die am wenigsten ertragreiche Verwertungsart darstellt.⁹⁸

Falls nicht eine andere Verwertungsart überhaupt undurchführbar ist, setzt die Bewilligung des Verkaufs durch Versteigerung einen Vergleich der zu erwartenden Erlöse und Kosten der verschiedenen Verwertungsarten voraus.⁹⁹ § 332 Abs 1 EO spricht hier zwar nur von „unverhältnismäßig großen Kosten des Verkaufes“, doch sind diese Kosten laut *Oberhammer* in gesamthafter Betrachtung in Relation zum Erlös zu setzen.¹⁰⁰

Die Verwertungsart ist grundsätzlich von der betreibenden Partei zu beantragen.¹⁰¹ Der bloße Umstand, dass der betreibende Gläubiger nur den Zwangsverkauf und nicht andere Verwertungsarten anstrebt, bedeutet allerdings nicht, dass die Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung tatsächlich nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Kostenaufwand durchführbar ist.¹⁰² Nach Anhörung des Verpflichteten hat das Gericht über die Verwertungsart zu entscheiden. Liegt kein Fall des § 332 Abs 1 EO vor, darf das Gericht aufgrund der Subsidiarität die Verwertung durch öffentliche Versteigerung nicht bewilligen.¹⁰³ Ist jedoch anzunehmen, dass der betreibende Gläubiger durch die Versteigerung des Rechts rascher befriedigt und dass der Verpflichtete nicht benachteiligt wird, so ist die Veräußerung jedenfalls zu bewilligen.¹⁰⁴ Die Versteigerung und die Verteilung des Erlöses richten sich gem § 332 Abs 2 EO nach den Bestimmungen der Fahrnisexekution.¹⁰⁵

⁹⁷ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 332 Rz 1.

⁹⁸ *Oberhammer in Angst, EO*² § 332 Rz 1.

⁹⁹ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 332 Rz 2.

¹⁰⁰ *Oberhammer in Angst, EO*² § 332 Rz 1.

¹⁰¹ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 332 Rz 2.

¹⁰² *Jakusch in Angst/Jakusch/Pimmer, EO*¹⁵ § 332 613.

¹⁰³ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 332 Rz 2.

¹⁰⁴ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 332 Rz 1.

¹⁰⁵ *Laschober/Lackenberger, Rechteexekution*⁴ 22.

3.5. Die Verteilung

Das Verteilungsverfahren ist abhängig von der jeweiligen Verwertungsart.¹⁰⁶ Es entfällt, wenn nur ein betreibender Gläubiger vorhanden ist.¹⁰⁷

Wie bereits oben erwähnt, richtet sich die Verwertungsart bei der Ermächtigung gem § 333 EO nach dem jeweiligen Vermögensgegenstand. Kommt es also zB zur Ausfolgung von beweglichen Sachen, so erfolgt die Verwertung gem § 333 Abs 2 EO nach den Vorschriften der Fahrnisexekution, entsteht dem Verpflichteten durch die Rechtsausübung des betreibenden Gläubigers eine Geldforderung, so greifen hier die Bestimmungen der Forderungsexekution usw.¹⁰⁸ Logischerweise richtet sich in Folge auch die Verteilung nach diesen, jeweils im Einzelfall anwendbaren, Bestimmungen.

Fahrnisexekution

Bei der Fahrnisexekution ist danach zu differenzieren, ob die Fahrnisse zugunsten eines Gläubigers oder zugunsten mehrerer Gläubiger gepfändet und versteigert wurden.¹⁰⁹ Läuft das Verkaufsverfahren nur für einen einzigen betreibenden Gläubiger, so wird ihm der Verkaufserlös, nach Abzug der Versteigerungs- und Schätzungskosten, kurzerhand ausgefolgt. Die Ausfolgung gilt als Zahlung des Verpflichteten. Ein verbleibender Überrest sog „hypérocha“, auch Überling genannt, ist dem Verpflichteten gem § 283 Abs 4 EO auszufolgen. Wurde die Exekution zugunsten von mehreren Gläubigern bewilligt, folgt dem Verwertungsverfahren ein förmliches Verteilungsverfahren, bei dem eine Verteilungstagsatzung anberaumt und durch Beschluss über die Verteilung der Masse entschieden wird.¹¹⁰ Die Anspruchsberechtigten haben ihre Forderungen anzumelden (§ 285 Abs 3 EO). In der Verhandlung selbst ist mit den Erschienenen über Bestand, Rang und Höhe über jene Ansprüche zu verhandeln, die bei der Erlösverteilung zu berücksichtigen sind. Gem § 286 Abs 1 EO hat das Exekutionsgericht im Fahrnisexekutionsverfahren die Verteilung nach den Regeln der Versteigerung im Zwangsversteigerungsverfahren vorzunehmen.¹¹¹

¹⁰⁶ Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht³ 256.

¹⁰⁷ Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 106.

¹⁰⁸ Oberhammer in Angst, EO² § 332 Rz 5.

¹⁰⁹ Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht³ 237.

¹¹⁰ Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 90.

¹¹¹ Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht³ 237.

Zwangsverwaltung und Zwangsverpachtung

Bei der Zwangsverwaltung und der Zwangsverpachtung hat die Verteilung nach den Verteilungsgrundsätzen der Immobilienzwangsverwaltung (§ 122 ff EO) zu erfolgen.¹¹² Demnach erfolgt die Verteilung der bei Gericht zu erlegenden Pachtzinsraten nach den Vorschriften über die Verteilung, der sich bei einer Zwangsverwaltung ergebenden Ertragsüberschüssen.¹¹³

Verkauf

Die Verteilung des Erlöses beim Verkauf gem § 332 EO richtet sich nach den Bestimmungen über die Fahrnisexekution.¹¹⁴ Die Verteilung des Erlöses erfolgt somit unter sinngemäßer Anwendung der Vorschriften der §§ 283 - 287 EO.¹¹⁵ Wie bereits angemerkt wurde, ist hier zu unterscheiden, ob nur ein oder gleich mehrere Gläubiger versuchen auf das Vermögensrecht des Verpflichteten zu greifen.

Im Rahmen der Exekution auf andere Vermögensrechte bildet die Verwertung von Geschäftsanteilen einer GmbH den Schwerpunkt dieser Arbeit, weshalb im folgenden Kapitel eine Darstellung der Rechtsnatur der GmbH sowie des Geschäftsanteils und der damit verbundenen Rechte und Pflichten erfolgt.

¹¹² Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 106.

¹¹³ Mini, Exekutionsverfahren³ 394.

¹¹⁴ Laschober/Lackenberger, Rechteexekution⁴ 23.

¹¹⁵ Mini, Exekutionsverfahren³ 392.

4. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung

4.1. Die Wesensmerkmale der GmbH

Das Gesetz selbst enthält keine Definition der GmbH, die Wesensmerkmale erschließen sich vielmehr aus unterschiedlichen Einzelregelungen, von welchen insbesondere § 61 GmbHG hervorzuheben ist. Demnach ist die GmbH eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Gesellschafter mit Einlagen an dem in Geschäftsanteile zerlegten Stammkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.¹¹⁶ Als juristische Person ist die GmbH selbstständige Trägerin von Rechten und Pflichten.¹¹⁷ Dem Trennungsgrundsatz entsprechend ist sie ggü ihren Gesellschaftern verselbstständigt.¹¹⁸ Nach diesem Grundsatz ist das Gesellschaftsvermögen vom privaten Vermögen der Gesellschafter streng getrennt und haftet nur das Gesellschaftsvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten der GmbH, die Gesellschafter haben ihre Pflichten durch die Leistung der Stammeinlage erfüllt.¹¹⁹

Wie die AG ist die GmbH eine Kapitalgesellschaft und verfügt wie diese über eine kapitalistisch-körperschaftliche Organisation. Im Gegensatz zur AG weist sie jedoch auch personalistische Züge auf. Aufgrund des Umstands, dass das GmbHG größtenteils dispositives Recht beinhaltet, bietet es Flexibilität in jede Richtung und ermöglicht so die Gründung einer sowohl kapitalistisch als auch personalistisch ausgestalteten GmbH.¹²⁰ In manchen Bestimmungen nähert sich die GmbH den Personengesellschaften an. Der personalistische Charakter kommt dabei insbesondere durch die Haftung der übrigen Gesellschafter, für den Fall der Uneinbringlichkeit der Stammeinlage oder der Schmälerung des Stammkapitals durch unzulässige Leistungen an Gesellschafter, zum Ausdruck.¹²¹

Die GmbH ist – unabhängig von einer tatsächlichen unternehmerischen Tätigkeit – Unternehmer kraft Rechtsform gem § 2 UGB. Als Konsequenz des Trennungsgrundsatzes sind die Gesellschafter, in dieser Eigenschaft, daher keine Unternehmer. Gesellschafter einer GmbH können inländische und ausländische, natürliche und juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts sein.¹²²

¹¹⁶ *Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG Kommentar (2014) §1 Rz 2.*

¹¹⁷ *Roth in Roth/Holzhammer, Gesellschaftsrecht² (1997) 205.*

¹¹⁸ *Koppensteiner/Rüffler, GmbH Gesetz Kommentar³ (2007) Rz 4.*

¹¹⁹ *Gellis/Feil, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁷ (2008) §1 Rz 3.*

¹²⁰ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) 588.*

¹²¹ *Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Handbuch (2008) Rz 4/42.*

¹²² *Mader, Kapitalgesellschaften⁹ (2014) 8.*

4.2. Der Geschäftsanteil

4.2.1. Definition

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers handelt es sich beim Geschäftsanteil um ein Äquivalent für die übernommene Stammeinlage und weitere Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag.¹²³ Obwohl der Begriff Geschäftsanteil im Gesetz häufig verwendet wird, fehlt eine Legaldefinition. Nach nunmehr hM bezeichnet der Geschäftsanteil die Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters aus seiner Mitgliedschaft. Die ältere Auffassung, wonach der Geschäftsanteil nur die aus der Beteiligung entspringenden Rechte umfasst, ist damit überholt. Nach Ansicht *Schoppers* ist der hM zuzustimmen, da mit der Übertragung des Anteils grds auch die damit verbundenen Pflichten übergehen, was voraussetzt, dass die Pflichten Teil des Geschäftsanteils sind. Der Geschäftsanteil stellt also die Mitgliedschaft dar, welche die Teilhabe zum Verband ausdrückt. Aus dieser Teilhabe resultiert ein Dauerschuldverhältnis zur Gesellschaft und zu den restlichen Mitgliedern, gleichzeitig wird aber auch ein subjektives Recht des einzelnen Gesellschafters begründet.¹²⁴ Laut *Rauter* ist dieses mit der Stellung als Gesellschafter verbundene Mitgliedschaftsverhältnis als Dauerschuldverhältnis eigener Art zu qualifizieren.¹²⁵

Häufig wird der Begriff Geschäftsanteil in Verbindung mit dem Begriff der Stammeinlage verwendet. Doch bezeichnet der Begriff Stammeinlage etwas anderes und ist demnach streng von jenem des Geschäftsanteils zu trennen. Wie bereits erwähnt wurde, bezeichnet der Begriff des Geschäftsanteils die Gesamtheit der Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft,¹²⁶ die mit der Stammeinlage des Gesellschafters verbunden sind.¹²⁷ Die Stammeinlage hingegen gibt den Betrag an, mit dem sich der einzelne Gesellschafter an der Aufbringung des Stammkapitals beteiligt. Alle Stammeinlagen zusammen ergeben in Folge das im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Stammkapital der Gesellschaft.¹²⁸

Die Größe des jeweiligen Geschäftsanteils bestimmt sich nach der Höhe der übernommenen Stammeinlage, jedoch ist eine gesellschaftsvertraglich vereinbarte Abweichung von dieser

¹²³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 75 Rz 3.

¹²⁴ *Schopper* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG (2014) § 75 Rz 5,6.

¹²⁵ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbH- Gesetz Kommentar (2014) § 75 Rz 51.

¹²⁶ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 75 Rz 13.

¹²⁷ *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/41.

¹²⁸ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 75 Rz 20.

Berechnungsgrundlage zulässig.¹²⁹ Das Verhältnis der Mitgliedschaftsrechte der einzelnen Gesellschafter zueinander ist abhängig von der Stammeinlagenhöhe und bestimmt sich idR nach den Nennbeträgen der übernommenen Stammeinlagen. Da die Stammeinlage nach der gesetzlichen Vorgabe nichts anderes als den Berechnungsschlüssel für die Mitgliedschaftsrechte darstellt, kann nicht sie, sondern nur der Geschäftsanteil übertragen werden. Denn nur durch den Geschäftsanteil werden die Gesellschafterrechte- und -pflichten in ihrer Gesamtheit übertragen.¹³⁰

Der Wert des Geschäftsanteils richtet sich hingegen nicht nach der Höhe der Stammeinlage, sondern nach dem bei einer Übertragung oder einem exekutiven Verkauf erzielbaren Preis. Der Wert ist von dem tatsächlichen Wert des Gesellschaftsvermögens, also des gesamten von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens samt der künftigen Ertragsaussichten, abhängig.¹³¹

Zur Demobilisierung der Geschäftsanteile und Verhinderung eines börsenähnlichen Handels kann über die Mitgliedschaft an einer GmbH den Gesellschaftern keine auf Inhaber lautende Urkunde ausgestellt werden. Die Ausstellung von Dividendenscheinen, von deren Abgabe die Auszahlung des jährlichen Gewinns abhängig gemacht wird, ist gem § 75 Abs 4 GmbHG verboten und wirkungslos.¹³²

Der Geschäftsanteil einer GmbH stellt somit den "Inbegriff der Rechte und Pflichten" bzw die "Gesamtheit der Rechte", die dem GmbH-Gesellschafter zukommen dar. Zwischen dem vom Gesetz in § 75 GmbHG verwendeten Ausdruck "Geschäftsanteil", dem Begriff des "Gesellschaftsanteils" oder den "Ansprüchen ... als Gesellschafter" besteht kein Unterschied, es handelt sich hierbei lediglich um eine terminologische Unterscheidung.¹³³ Im Folgenden wird der auch vom Gesetz verwendete Begriff „Geschäftsanteil“ verwendet werden.

¹²⁹ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht 760.

¹³⁰ *Kostner/Umfahrer*, GmbH Handbuch für die Praxis mit Beispielteil⁴ (1992) Rz 705f.

¹³¹ *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht³ (2013) 218.

¹³² *Kostner/Umfahrer*, GmbH⁴ Rz 707.

¹³³ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 75 Rz 14.

4.2.2. Anteilsimmanente Rechte und Pflichten

Mit der Inhaberschaft am Anteil sind bestimmte Rechte verbunden.¹³⁴ Es wird versucht diese Mitgliedschaftsrechte in Kategorien zu unterteilen. Möglich ist eine Unterteilung in Mitverwaltungs-, Kontroll- und Vermögensrechte.

Bei den „Mitverwaltungsrechten“ geht es um die Mitwirkung an der Willensbildung der Gesellschaft. Dazu gehört bspw das Stimmrecht, aber auch das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung. Bestimmte Rechte, die ihrer Eigenart nach teilweise zu den Verwaltungsrechten gezählt werden, werden gelegentlich auch der Kategorie „Kontrollrechte“ zugeteilt. So etwa Informationsrechte oder Minderheitsrechte gem § 45 GmbHG aber auch das Recht auf Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen.

„Vermögensrechte“ sind insb das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös und ggf das Recht auf Rückzahlung eines Teils der Stammeinlage bei effektiver Kapitalherabsetzung.¹³⁵

Wie bereits angemerkt, umfasst der Geschäftsanteil auch Pflichten der Gesellschafter. Mit Rücksicht auf die stärker personalistische Verbundenheit der Gesellschafter, sind deren gesetzliche Pflichten erweitert und vertieft. Der Gesellschaftsvertrag kann zusätzlich weitere Pflichten regeln. Auch bei den Pflichten lässt sich funktional zwischen Vermögens- und Verhaltenspflichten unterscheiden.

Zur **Vermögenspflicht** zählt die Pflicht zur Leistung der Stammeinlage, ggf auch zur Leistung von Nachschüssen¹³⁶, wenn eine Nachschusspflicht gesellschaftsvertraglich vorgesehen ist.¹³⁷

Bei **Verhaltenspflichten** kommt va der Treuepflicht maßgebliche Bedeutung zu.¹³⁸ Eine allgemeine Treuepflicht der Gesellschafter ggü der Gesellschaft und den übrigen Mitgesellschaftern wird heute durchwegs anerkannt.¹³⁹ Der Inhalt der Treuepflicht besteht darin, auf gesellschaftliche Interessen der anderen Gesellschafter Rücksicht zu nehmen. Die Intensität der Treuepflichten hängt von der konkreten Ausgestaltung der GmbH ab. Es entspricht

¹³⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 75 Rz 9.

¹³⁵ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 75 Rz 52f.

¹³⁶ *Schopper in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 75 Rz 26.

¹³⁷ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁹ 43.

¹³⁸ *Schopper in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 75 Rz 26.

¹³⁹ *Roth in Roth/Holzhammer*, Gesellschaftsrecht² 222.

herrschender Lehre und Rsp, dass eine personalistische Ausrichtung einer GmbH auch die Intensität der zwischen den Gesellschaftern einzuhaltenden Treuepflichten steigert.¹⁴⁰

4.2.3. Übertragbarkeit des Geschäftsanteils

Der Geschäftsanteil als Ganzes ist frei übertragbar und vererblich. Ein Gesellschafterwechsel, der die Identität und den Bestand der Gesellschaft nicht berührt,¹⁴¹ unterliegt bei der GmbH daher grds keinen Beschränkungen, vielmehr sind Geschäftsanteile sowohl unter Lebenden als auch im Todesfall frei übertragbar.¹⁴² Im Gegensatz zu Personengesellschaften, bei denen der Grundsatz der Unveräußerlichkeit, der mit einem Austrittsrecht einhergeht, gilt, ist die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen ein zentrales Kennzeichen von Kapitalgesellschaften.¹⁴³

Weil die Gesellschafter einer GmbH persönlich enger mit dieser verbunden sind als die Aktionäre mit der AG, erfährt der Grundsatz der Übertragbarkeit jedoch erhebliche Einschränkungen. Der § 76 Abs 2 GmbHG bindet die Übertragung einerseits an einen Notariatsakt, andererseits können im Gesellschaftsvertrag selbst weitere Voraussetzungen für die Übertragung des Geschäftsanteils vorgesehen sein.¹⁴⁴ Die Zulässigkeit solcher gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen ist Ausdruck des möglichen personalistischen Charakters der GmbH¹⁴⁵, da sie idR den Eintritt unerwünschter, gesellschaftsfremder Personen in die Gesellschaft verhindern sollen.¹⁴⁶

Vereinbarungen, die die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen beschränken, können im Gesellschaftsvertrag selbst oder in einem Nachtrag (Syndikatsvertrag) zu diesem geschlossen werden. In Frage kommt hier vor allem das vom Gesetz erwähnte Zustimmungsrecht zur Übertragung durch die Gesellschaft, aber auch die Begründung von Aufgriffsrechten zugunsten bestimmter Personen. In der Praxis werden Klauseln, die die Übertragung der Geschäftsanteile beschränken, häufig direkt in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, doch kann eine Beschränkung der Anteilsübertragung auch Bestandteil von Syndikatsverträgen sein.¹⁴⁷

¹⁴⁰ OGH 6 Ob 37/08x GesRZ 2008, 238 (Thöni) = NZ 2008/74 = GBU 2008/07-08/05 = ecolex 2008/270 = AnwBl 2009,51 = ÖRPfI 2009 H 1, 27 = RdW 2008/482 = HS 39.067 = HS 39.075

¹⁴¹ *Kostner/Umfahrer, GmbH*⁴ Rz 708.

¹⁴² *Schopper in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 1.

¹⁴³ *Schopper in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 3.

¹⁴⁴ *Roth in Roth/Holzhammer, Gesellschaftsrecht*² 211f.

¹⁴⁵ *Schopper in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 1.

¹⁴⁶ *Schopper in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 19.

¹⁴⁷ *Schopper in Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 18.

Durch die Bindung der Anteilsübertragung an einen Notariatsakt wird der Grundsatz der freien Übertragbarkeit erheblich eingeschränkt. In Judikatur und Literatur wird immer wieder betont, dass diese Formpflicht eingeführt wurde, um Geschäftsanteile als Gegenstände des Rechtsverkehrs zu immobilisieren. Die Übertragung sollte durch die Formpflicht erschwert werden, um einen börsenartigen Handel zu verhindern.¹⁴⁸ Die neuere Rsp misst der Notariatsaktpflicht hingegen dreifache Funktion zu.¹⁴⁹ Nach ständiger Rsp des OGH bezweckt die Formvorschrift vor allem die Unterbindung der Umlauffähigkeit der Geschäftsanteile im Handelsverkehr, insb dem Börsenverkehr, des weiteren aber auch den Schutz der Parteien des Erwerbs vor Übereilung sowie die Sicherstellung der Identität der jeweiligen Gesellschafter.¹⁵⁰ Bei einer GmbH soll unzweifelhaft sein, wer jeweils gerade Gesellschafter ist. Der Notariatsakt hat insofern Klarstellungsfunktion.¹⁵¹

Die Notariatsaktform ist zwingend¹⁵², doch ist die Formvorschrift des § 76 Abs 2 GmbHG entbehrlich, wenn der Geschäftsanteil im Wege der Exekution übernommen wird.¹⁵³ Dasselbe gilt bei der Verwertung des Anteils durch den Insolvenzverwalter.¹⁵⁴

¹⁴⁸ *P.Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen Zugleich ein Beitrag zur Notariatsaktpflicht (1991) 35.

¹⁴⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 16.

¹⁵⁰ OGH 7Ob287/03m RdW 2004/375, 414 = JB1 2004, 583 = ecolex 2004/374, 796

¹⁵¹ *P.Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH- Geschäftsanteilen 37f.

¹⁵² *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht³ 283.

¹⁵³ *Roth in Roth/Holzhammer*, Gesellschaftsrecht² 212.

¹⁵⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 21.

5. Der GmbH-Geschäftsanteil als Gegenstand im Exekutionsverfahren

5.1. Einführung

Die GmbH ist die häufigste Gesellschaftsform Österreichs. Für private Gläubiger des Gesellschafters hat die GmbH hingegen den Nachteil, dass die Verwertung von Geschäftsanteilen mangels effizienten Markts in vielen Fällen keinen wertentsprechenden Erlös mit sich bringt. Nicht zuletzt sind es auch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen, die eine Verwertung praktisch erschweren. Diese Probleme verschärfen sich durch viele ungeklärte Fragen iZm dem Schicksal eines Geschäftsanteils in der Exekution.¹⁵⁵ In diesem Kapitel soll auf die Verwertung eines nicht durch ein Zustimmungsrecht an ein besonderes Verfahren gebundenen sowie nicht mit einem Aufgriffsrecht versehenen GmbH-Geschäftsanteils eingegangen werden. Die Problematik iZm der Verwertung eines mit einer Übertragungsbeschränkung versehenen GmbH-Geschäftsanteils erfolgt in Kapitel 6.

Ein Grundanliegen des Gesetzgebers im Kapitalgesellschaftsrecht ist der Schutz der Gläubiger der Gesellschaft, demgegenüber ist die Schutzwürdigkeit eines privaten Gläubigers eines Gesellschafters weniger offensichtlich. Für den Gesellschafter selbst stellt der Geschäftsanteil als Inbegriff der Rechte und Pflichten aus langfristiger Perspektive einen hohen Wert da, doch ist ein privater Gläubiger im Gegensatz dazu mehr an kurzfristigen Erfolgen, nämlich der Verwertung und Befriedigung, interessiert. Da sich jedoch das Interesse des Marktes an GmbH-Anteilen idR in Grenzen hält, ist eine Verwertung, sofern sich überhaupt ein Käufer findet, oft nur mit erheblichen Preisabschlägen möglich und durch Übertragungsbeschränkungen im Gesellschaftsvertrag, die sich ebenfalls negativ auf den Erlös auswirken können, erschwert.¹⁵⁶

Der Geschäftsanteil eines GmbH-Gesellschafters zählt nach § 331 EO zu den Vermögensrechten des Verpflichteten, die nicht zu den Forderungen gehören, und kann somit als Exekutionsobjekt für die Gläubiger des Gesellschafters dienen.¹⁵⁷ Laut OGH handelt es sich bei Mitgliedschaftsrechten an Gesellschaften um Vermögenswerte, die unter gewissen

¹⁵⁵ *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012/134 281-295 (281).

¹⁵⁶ *Trenker*, JBl 2012/134 281 (281).

¹⁵⁷ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 75 Rz 16.

Voraussetzungen übertragbar und auch verpfändbar sind und in Exekution gezogen werden können.¹⁵⁸

Bei der Exekution auf GmbH-Anteile ist der Geschäftsanteil Exekutionsobjekt. Zuständiges Gericht für die Exekution ist das Gericht am Sitz der Gesellschaft gem § 18 Z 4 EO.¹⁵⁹ Das mehrstufige Verwertungsverfahren besteht aus Pfändung, Verwertung und Verteilung des Erlöses.¹⁶⁰ Im Nachfolgenden soll näher auf die Pfändung und Verwertung des Geschäftsanteils eingegangen werden, wobei insbesondere die Zulässigkeit und Ausgestaltung alternativer Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger untersucht werden sollen.

5.2. Pfändung

5.2.1. Einführung

Auf den GmbH-Anteil als Inbegriff der Rechte und Pflichten des Gesellschafters greift der betreibende Gläubiger mit der Exekution auf „andere Vermögensrechte“. Diese Exekution vinkuliert das Gesamtrecht zugunsten des betreibenden Gläubigers und schafft ein ggü Dritten wirkendes Recht.¹⁶¹ Zuständig ist das Bezirksgericht, in dessen Sprengel die Gesellschaft ihren Sitz hat.¹⁶²

Bei einem GmbH-Anteil als Gegenstand des Exekutionsverfahrens erfolgt die Pfändung nach ganz überwiegender Ansicht durch Doppelverbot. Das bedeutet, dass das Gericht nicht bloß das Gebot gegenüber dem Gesellschafter zu erlassen hat, sich jeder dem Pfandgläubiger nachteiligen Verfügung über den Geschäftsanteil zu enthalten, sondern, dass ein entsprechendes Leistungsverbot an die Gesellschaft zu richten und ihr zuzustellen ist.¹⁶³ Die Pfändung bewirkt, dass die Gesellschaft keine aus dem Geschäftsanteil entspringende Leistung mehr erbringen darf.¹⁶⁴ Die Pfändung ist mit der Zustellung beider Verbote bewirkt.¹⁶⁵ *Reich-Rohrwig* ist der Meinung, dass für die Wirksamkeit der Pfändung allein die Zustellung des Verfügungsverbots an

¹⁵⁸ OGH 3 Ob 22/08v RWZ 2008/51, 165 (Wenger) = GesRZ 2008, 239 (Birnbauer) = ÖBA 2009/1586, 912 (Torggler) = GeS 2008, 192 = Zak 2008/363, 215 = RdW 2008/413, 456 = ÖJZ EvBl 2008/141, 727 = NZ 2008/82, 308 = ecolex 2008/269, 745 = wbl 2008/239, 500 = RZ 2008/EÜ 413, 282 = ZIK 2009/175, 106 = SZ 2008/49 = JUS Z/4492 = HS 39.281 = HS 39.280 = HS 39.077

¹⁵⁹ *Laschober/Lackenberger*, Rechteexekution⁴ 31.

¹⁶⁰ *Trenker*, JBl 2012/134 281 (281).

¹⁶¹ *Schumacher*, Veräußerung gepfändeter GmbH-Geschäftsanteile, Das exekutive Pfandrecht wirkt auch gegen den gutgläubigen Erwerber, RdW 1996/8, 351-353 (352).

¹⁶² *Schopper* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 61.

¹⁶³ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 285.

¹⁶⁴ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 331 Rz 69.

¹⁶⁵ *Schumacher*, RdW 1996/8, 351 (351).

den Verpflichteten ausreichend ist. Die Zustellung des Leistungsverbots an die GmbH schließt seiner Meinung nach lediglich die ansonsten schuldbeitende Wirkung einer Zahlung an den verpflichteten Gesellschafter, aus.¹⁶⁶ Im Gegensatz dazu stellt *Trenker* zutreffend fest, dass beide Verbote unterschiedliche Wirkungen entfalten, die jedoch erst mit dem Zeitpunkt der Zustellung beider Verbote einsetzen.¹⁶⁷ Auch die restlichen Stimmen der Literatur sprechen sich für die Wirksamkeit der Pfändung im Zeitpunkt der Zustellung beider Verbote aus.¹⁶⁸

Fraglich ist zudem, ob aus dem Verbot nachteiliger Verfügungen auch resultiert, dass dem Gesellschafter die Ausübung bestimmter Verwaltungsrechte zu Lasten des betreibenden Gläubigers untersagt ist. Nach hA¹⁶⁹ behält der Schuldner insb sein Stimmrecht in der Generalversammlung. Dem ist im Hinblick auf das schützenswerte Interesse der Mitgesellschafter, keine Einmischung privater Gläubiger einzelner Gesellschafter dulden zu müssen, beizupflichten. Daraus resultiert jedoch die Möglichkeit, dass der betreibende Gläubiger durch das Stimmrechtsverhalten des verpflichteten Gesellschafters Nachteile erleiden kann. Aus diesem Grund muss sich der Gesellschafter bei der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte an den Interessen seines Gläubigers orientieren, soweit sich das mit seinen gesellschaftsrechtlichen (Treue-)Pflichten vereinbaren lässt, widrigenfalls ihm Schadenersatzansprüche drohen.¹⁷⁰

Die Pfändbarkeit kann im Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen werden oder von weiteren Zustimmungen abhängig gemacht werden.¹⁷¹ Nach § 76 Abs 4 steht auch die Vinkulierung eines Anteils seiner Pfändbarkeit nicht entgegen.¹⁷² Eine Vormerkung der erfolgten Pfändung im Firmenbuch ist weder in der EO noch im GmbHG vorgesehen.¹⁷³ Jedoch führen die Exekutionsgerichte ein „Verzeichnis über die Pfändung von Vermögensrechten“ zur Evidenzhaltung aller Gläubiger, zu deren Gunsten ein Vermögensrecht iSd § 331 EO gepfändet wurde.¹⁷⁴

¹⁶⁶ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung (1983) 637.

¹⁶⁷ *Trenker*, JBl 2012/134 281 (282).

¹⁶⁸ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 331 Rz 26.; *Schuhmacher*, RdW1996/8, 351 (351).

¹⁶⁹ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung 637.; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 29.;

¹⁷⁰ *Trenker*, JBl 2012/134 281 (282).

¹⁷¹ *Reich/Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung 637.

¹⁷² *Schopper* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 61.

¹⁷³ *Kostner/Umfahrer*, GmbH Handbuch⁴ Rz 725.

¹⁷⁴ *Jakusch* in *Angst/Jakusch/Pimmer*, EO¹⁵ § 331 611.

5.2.2. Umfang der Pfändung

Obwohl sich in der Literatur und Rsp der Hinweis findet, dass die Exekution „das Gesamtrecht zu Gunsten des betreibenden Gläubigers“ vinkuliert, erstreckt sich das Pfandrecht grds nicht auf die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Verwaltungsrechte, diese verbleiben beim Verpflichteten.¹⁷⁵ Die Wirkung der Pfändung entspricht umfänglich der einer Verpfändung. Nicht erfasst werden die in einem Geschäftsanteil enthaltenen Verwaltungsrechte, diese verbleiben – vorbehaltlich einer Zwangsverwaltung – beim Verpflichteten, der allerdings zur Berücksichtigung der Interessen seiner Gläubiger verpflichtet ist. Die Pfändung erfasst somit nur die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Vermögensrechte.¹⁷⁶

Problematischer ist die Frage, welche Vermögensrechte von der Pfändung des Geschäftsanteils umfasst sind. Nach unbestrittener Ansicht gelten die von der hM¹⁷⁷ als Surrogate des Geschäftsanteils bezeichneten Ansprüche als mitgepfändet: der Anspruch auf den Liquidationserlös, der Abfindungsanspruch, der Rückzahlungsanspruch bei Kapitalherabsetzungen oder geleisteten Nachschüssen und das „superfluum“ gem § 68 Abs 5 GmbHG bei Kaduzierung. Der Anspruch auf Dividenden soll jedoch zumindest bei der Verpfändung nicht vom Leistungs- und Verfügungsverbot betroffen sein. Dieser Ansicht ist laut *Trenker* bezüglich bereits entstandener Gewinnansprüche für die zwangsweise Pfandrechtsbegründung zuzustimmen. Denn schon entstandene Gewinnansprüche sind bereits derart vom Geschäftsanteil losgelöst, dass sie nicht mehr von der nachfolgenden Pfändung des Geschäftsanteils mit umfasst sind. Daher sind solche Ansprüche wie sonstige Forderungen des Gesellschafters separat in Exekution zu ziehen.

Im Hinblick auf zukünftige Gewinnansprüche widerspricht *Trenker* der hM mit durchaus zutreffenden Argumenten, indem er den als Begründung angeführten Rückgriff auf §§ 457, 1372 ABGB, wonach abgesonderte Früchte der verpfändeten Hauptsache dem Schuldner verbleiben, als verfehlt bezeichnet. Die §§ 457, 1372 ABGB betreffen allein die Frage, wer an den abgesonderten Früchten Eigentum erwirbt, und nicht, ob die Früchte auch vom Pfandrecht umfasst sind.

Begründend führt *Trenker* aus, dass der Geschäftsanteil als Exekutionsobjekt untrennbar mit den daraus resultierenden Rechten verbunden ist und die Pfändung daher den gesamten Ertragswert des Geschäftsanteils und damit auch die Summe der in Zukunft erzielbaren „Cash Flows“ erfasst. Es ist seiner Meinung nach nicht verständlich, warum Dividenden nach der hM

¹⁷⁵ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 290.

¹⁷⁶ *Schopper* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 62.

¹⁷⁷ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 247.

Zivilfrüchte sein sollen, was für den Anteil am Liquidationserlös aber offensichtlich nicht gelte. Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist der zukünftige Gewinnanteil nämlich nichts anderes als ein vorweggenommener Teil am Liquidationserlös.

Auch sind Dividenden keine Früchte des Geschäftsanteils, sondern stellen einen wesentlichen Teil desselben dar, sodass der Geschäftsanteil in diesem Sinne nicht mit einer herkömmlichen körperlichen Sache vergleichbar ist, deren Erträge als Zivilfrüchte einzustufen sind. Gerade weil der Geschäftsanteil ein Bündel von Rechten darstellt, besteht dieses Bündel auch aus der Summe der in Zukunft erzielbaren „Cash-Flows“. Folglich sollen auch die zukünftigen Forderungen auf einzelne Dividendenanzahlungen erfasst sein.¹⁷⁸

5.2.3. Veräußerung des gepfändeten Anteils

Die Pfändung steht der Möglichkeit einer Veräußerung von Geschäftsanteilen nicht entgegen¹⁷⁹, denn die Pfändung, genauer gesagt das Verfügungsverbot, wirkt nach hM in der Rsp und Literatur nicht absolut im Sinne eines Veräußerungsverbots¹⁸⁰, sondern verbietet dem Gesellschafter alle Verfügungen, die für den Pfandgläubiger nachteilig sind. Verbotswidrige Verfügungen sind dem betreibenden Gläubiger ggü unwirksam. Deshalb ist es dem Gesellschafter möglich auch nach der Pfändung den Geschäftsanteil wirksam zu veräußern, doch erwirbt der Käufer den Geschäftsanteil nur mit der pfandrechtlichen Belastung.¹⁸¹ Das auf dem Geschäftsanteil gem § 331 Abs 1 EO begründete exekutive Pfandrecht wirkt auch im Fall einer später vorgenommenen Veräußerung gegen den gutgläubigen Erwerber dieses Anteils. Der Erwerber muss sich daher die exekutive Befriedigung des Gläubigers seines Vorgängers aus dem gepfändeten Geschäftsanteil gefallen lassen.

Die Problematik, die sich für den Käufer auch bei scheinbar unbedenklichen Verkäufen ergibt, liegt in der Pfändung durch Doppelverbot. Die Publizität ergibt sich allein aus der Zustellung des Leistungsverbots an die GmbH. Eine Vormerkung der Pfändung im Firmenbuch ist, mangels Anordnung in der EO bzw im GmbHG, nicht vorgesehen¹⁸² Der unlautere Verkäufer wird den Erwerber bei Verkaufsverhandlungen selten über seine andrängenden Gläubiger informieren, sodass eine erforderliche Aufklärung allein von der GmbH als Drittschuldnerin erwartet werden kann. Daher ist es laut *Schumacher* ratsam eine förmliche Anfrage an die GmbH zu stellen.

¹⁷⁸ *Trenker*, JBl 2012/134 281(283).

¹⁷⁹ *Schopper* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 30.

¹⁸⁰ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 289.

¹⁸¹ *Trenker*, JBl 2012/134 281 (282).

¹⁸² *Kostner/Umfahrer*, GmbH Handbuch⁴ Rz 725.

Letztendlich vermag nur die Einsicht in das gerichtliche Exekutionsregister Gewissheit über die Freiheit des Geschäftsanteils von exekutiven Lasten gewährleisten.

Die Veräußerung eines Geschäftsanteils wird nicht schon per se als für den Pfandgläubiger nachteilig angesehen, denn eine exekutionsrechtliche Sicherung für den betreibenden Gläubiger muss nicht unbedingt durch die Blockierung des Geschäftsanteils erreicht werden, sodass die Pfändung der Veräußerung des Anteils nicht entgegensteht. Will man dem betreibenden Gläubiger ohne Einschränkung der Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis des Verpflichteten schützen, so ist *Schumacher* der Ansicht, dass man dem exekutiven Pfandrecht konsequenterweise die absolute Wirkung gegen einen gutgläubigen Erwerber zubilligen muss.¹⁸³ Der OGH begründet den Ausschluss des Gutgläubenserwerbs damit, dass § 367 ABGB nur auf körperliche Sachen anzuwenden ist, da Geschäftsanteile den Forderungen näher stehen als beweglichen körperlichen Sachen und ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen nicht möglich ist.¹⁸⁴ Das exekutive Pfandrecht an einem GmbH-Geschäftsanteil ist demnach gegen den dritten Erwerber durchsetzbar, ohne Rücksicht darauf, ob er das Pfandrecht kannte oder auch nur kennen konnte.¹⁸⁵

Die wirksam gegen den Verpflichteten ausgesprochenen Verbote bleiben sohin auch bei der Veräußerung des Anteils aufrecht und wirken gegen den Erwerber fort, der den exekutiven Zugriff auf den Anteil unbeschadet der ihm zustehenden Möglichkeit einer Klagsführung nach § 37 EO zu dulden hat, ohne dass er als Verpflichteter in das Exekutionsverfahren einzubeziehen wäre.¹⁸⁶

5.3. Verwertung

5.3.1. Der Verkauf

Entgegen der in § 331 Abs 1 EO enthaltenen allgemeinen Regel, die die Zwangsversteigerung nur subsidiär für zulässig erklärt, ist die gewöhnliche Verwertungsart beim Geschäftsanteil einer GmbH der Verkauf des Geschäftsanteils.¹⁸⁷ Die exekutive Verwertung erfolgt nach der Rsp und Literatur durch dessen Verkauf, wobei primär ein Verkauf aus freier Hand stattzufinden hat und bloß subsidiär eine öffentliche Versteigerung vorzunehmen ist.¹⁸⁸ Der Verkauf des

¹⁸³ *Schumacher*, RdW 1996/8, 351 (352).

¹⁸⁴ OGH 3 Ob 186/94 WBl 1996,166 = ÖJZ-LSK 1996/54/55 = ÖJZ-LSK 1996/156/157 = ÖJZ EvBl 1996/94 = RdW 1996,360 = JUS Z/1992 = RdW 1996,351 = HS 26.226 = HS 26.369 = HS 26.904

¹⁸⁵ *Schumacher*, RdW 1996/8, 351 (352).

¹⁸⁶ *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁷ § 76 Rz 9.

¹⁸⁷ *Feil/Marent*, Kommentar Exekutionsordnung § 332 Rz 4.

¹⁸⁸ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 292.

Geschäftsanteiles im Rahmen des Exekutionsverfahrens setzt, wie bereits unter Punkt 4.2.3. erwähnt wurde, keinen Notariatsakt voraus, auch nicht wenn der Verkauf freihändig erfolgt.¹⁸⁹

Im gerichtlichen Verkaufsverfahren ist zunächst zu klären, ob der gepfändete Geschäftsanteil nach der Satzung nur mit der Zustimmung der Gesellschaft veräußert werden kann. Während für Geschäftsanteile, deren Übertragung nicht an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, die Vorschriften der Fahrnisexekution sinngemäß Anwendung finden, bestehen für Geschäftsanteile, die nur mit der Zustimmung der Gesellschaft übertragbar sind, gem § 76 Abs 4 GmbHG besondere Vorschriften.¹⁹⁰ Das Verfahren betreffend vinkulierter Geschäftsanteil wird in Punkt 6.2.2. erörtert.

Der Verkauf der Geschäftsanteile hat nach den Bestimmungen über den Verkauf gepfändeter beweglicher Sachen zu erfolgen. Diese sehen bei Kostbarkeiten, Warenlagern und anderen Gegenständen, deren Schätzung bei der Versteigerung selbst untunlich ist, eine Schätzung bereits vor der Versteigerung vor (vorgängige Schätzung § 275 Abs 2 EO). Eine gerichtliche Festsetzung des Schätzwerts mittels Beschluss sieht das Gesetz hier ebenso wenig vor wie ein Anfechtungsrecht der Beteiligten. Die Parteien des Exekutionsverfahrens können den Schätzwert daher nicht mit Rekurs anfechten. Auch bei der zwangsweisen Veräußerung von Geschäftsanteilen ist der Schätzwert nicht beschlussmäßig festzusetzen. Der Schätzwert ist nach allfälliger Ergänzung, Richtigstellung und Verbesserung dem Verwertungsverfahren zugrunde zu legen. Die Parteien des Exekutionsverfahrens haben kein Rekursrecht gegen die Bekanntgabe des Schätzwertes, eben so wenig gegen allfällige Entscheidungen über ihre Einwendungen. Auch wenn der Richter die Einwendungen als berechtigt ansieht, führt dies nicht zur Erlassung eines Beschlusses, sondern erforderlichenfalls zur Einvernahme des Sachverständigen. Dem Verfahren ist dann ohne weiteres der letzte vom Sachverständigen ermittelte Schätzwert zugrunde zu legen.¹⁹¹

5.3.2. Ermächtigung

Ob eine Verwertung iSd § 333 EO in Frage kommt, wird in der Lehre nicht einhellig beantwortet. In der Literatur wird ganz überwiegend eine Anwendung bejaht, wenn der

¹⁸⁹ *Torggler*, Zu Verpfändung von Geschäftsanteilen, ÖBA 6/98 430-438 (437).

¹⁹⁰ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung 636.

¹⁹¹ OGH 3 Ob 215/05x ÖJZ-LSK 2006/35 = EvBl 2006/42 = RZ-EÜ 2006/108 = RZ 2006/13 = GesRZ 2006,81 = GBU 2006/04/05 = eolex 2006/169 = AnwBl 2007/500 = ZAK 2006,59 = ZIK 2006,72 = RdW 2006,221 = HS 39.078

Pfandschuldner zur Kündigung des Gesellschaftsvertrages berechtigt ist.¹⁹² Die Kündigung hat nach gesellschaftsvertraglichen Vorgaben zu erfolgen.¹⁹³

Anderer Ansicht waren diesbezüglich *Gellis/Feil* in ihrem Kommentar zum GmbHG in der Fassung aus dem Jahr 1995. Eine Überweisung nach § 333 EO wurde von diesen Autoren als unzulässig erachtet, weil die Pfändung des Geschäftsanteils nicht zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, daher auch nicht zu einer Kündigung, berechtige.¹⁹⁴ Doch scheint diese Bemerkung in späteren Auflagen nicht mehr auf, was mE darauf schließen lässt, dass sich die Ansicht der Autoren in Bezug auf die Zulässigkeit einer Verwertung nach § 333 EO geändert hat.

Am ausführlichsten hat sich *Trenker* mit dieser Thematik auseinander gesetzt und befürwortet eine alternative Verwertung durch die Ausübung eines statutarischen Kündigungsrechts gem § 333 EO. Seiner Meinung nach kommt eine Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses nach vorheriger Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens bzw des gesamten Geschäftsanteils in Betracht. Denn diese Möglichkeit ist dem GmbH-Recht fremd, weil das Kapitalgesellschaftsrecht anders als das Personengesellschaftsrecht keine Kündigung durch einen Gesellschafter kennt. Dennoch ist anerkannt, dass im Gesellschaftsvertrag einer GmbH ein Kündigungsrecht vorgesehen werden kann. Für den Fall, dass die Satzung eine solche Möglichkeit vorsieht, ist eine Exekution des Gläubigers gem § 333 EO zulässig. Von der hM wird hier der aufgestellte Rechtssatz eingewandt, dass nur Vermögensrechte, nicht aber Herrschafts- und Verwaltungsrechte des Gesellschafters in Exekution gezogen werden können. Der Ansicht, dass ein Kündigungsrecht eher zu den Verwaltungs- als zu den Vermögensrechten zählt, ist grds beizupflichten, doch lässt sich laut *Trenker* daraus nicht ableiten, dass ein Kündigungsrecht nicht exequierbar ist. Die grds 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 das Privatstiftungsrecht bekräftigt dieses Verständnis. Der OGH betrachtet nämlich Änderungs- und Widerrufsrechte als vom vermögenswerten Gesamtrecht des Stifters mit umfasst. Eine Ausübung durch private Gläubiger des Stifters sei daher möglich. Zudem sind Rechte nach der Rsp des OGH im Zweifel der Exekution nach §§ 330 ff EO unterworfen.

Im Rahmen des Exekutionsverfahrens ist dem Begriff des vermögenswerten Rechts ein wirtschaftliches, ergebnisorientiertes Verständnis zugrunde zu legen. Deshalb muss der

¹⁹² *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 294.

¹⁹³ *Trenker*, JBl 2012,281 (293).

¹⁹⁴ *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH Gesetzbuch (1995) § 76 Rz 20.

Rechtssatz, nur Vermögens- nicht Verwaltungsrechte seien exequierbar, insofern modifiziert werden, als auch Verwaltungsrechte der Zwangsvollstreckung unterliegen, deren Ausübung unmittelbar zur Begründung eines vermögensrechtlichen und daher befriedigungstauglichen Anspruchs führen. Die Kündigung der GmbH löst ganz in diesem Sinn unmittelbar den Anspruch des Gesellschafters auf Abfindung aus. So kann sich der betreibende Gläubiger vom Exekutionsgericht zur Ausübung des statutarischen Kündigungsrecht ermächtigen lassen, vorausgesetzt es erfolgte die Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens bzw des Geschäftsanteils als Gesamtrecht.

Anzumerken ist jedoch, dass die Effektivität der Exekution durch Ermächtigung maßgeblich von den vertraglichen Vereinbarungen abhängig ist, da die Kündigung stets an die satzungsmäßigen Voraussetzungen, zB an die Einhaltung vereinbarter Fristen und Termine, gebunden ist. Unter Umständen läuft die Ermächtigung nach § 333 EO auf dasselbe Resultat wie ein Verkaufsversuch hinaus, sofern ein Aufgriffsrecht der Mitgesellschafter zu einem bestimmten Preis vereinbart wurde.¹⁹⁵

5.3.3. Die Zwangsverwaltung

Aufgrund des bereits erwähnten geringen Marktinteresses an GmbH-Anteilen oder wegen einschneidender Abfindungsbeschränkungen, kann es für den Gläubiger uU interessant sein, sich aus den langfristigen Erträgen der Beteiligung zu befriedigen. Die Gefahren, die sich für den Gläubiger daraus ergeben, dass der Verpflichtete weiterhin berechtigt ist seine Verwaltungsrechte insb das Stimmrecht auszuüben, veranschaulichen, warum die Möglichkeit einer Zwangsverwaltung als alternative (und durchaus sinnvolle) Verwertungsmethode anzudenken bzw zu überlegen ist. Einigen sich die Gesellschafter etwa darauf, keine Gewinne mehr auszuschütten oder gar auf eine – sofern zulässig – alineare Gewinnverteilung zu Lasten des Verpflichteten, so geht dies gänzlich auf Kosten seines betreibenden Gläubigers. Aufgrund dieser Gefahren sowie der Umständlichkeit der möglichen Überweisung zur Einziehung der jeweiligen (bereits bestehenden) Gewinnansprüche stellt sich die Frage nach der Möglichkeit der Zwangsverwaltung der Beteiligung gem § 334 EO.¹⁹⁶

¹⁹⁵ *Trenker*, JBl 2012,281 (292f).

¹⁹⁶ *Trenker*, JBl 2012,281 (294).

Eine Exekution durch Zwangsverwaltung wird in der gesellschaftsrechtlichen Literatur ganz überwiegend abgelehnt, in der neueren insb zivilprozessualen Literatur jedoch mit guten Argumenten, auf die in Folge näher eingegangen werden soll, grds bejaht.¹⁹⁷

Die vertretene Unzulässigkeit der Zwangsverwaltung wird aus der Bestimmung des § 76 Abs 4 GmbHG abgeleitet, der das Verfahren für den Verkauf eines vinkulierten Geschäftsanteils im Rahmen der Exekution regelt. Den Ausführungen *Oberhammers* zufolge lässt sich aus dieser Bestimmung jedoch keine allgemeine Anordnung dahingehend entnehmen, dass allein der Verkauf des Geschäftsanteils als zulässige Verwertungsart anzusehen ist. Auch der Umstand, dass diese Bestimmung nur den Verkauf, nicht aber die Zwangsverwaltung von vinkulierten Geschäftsanteilen anspricht, lässt seiner Ansicht nach nicht auf die generelle Unzulässigkeit einer Zwangsverwaltung schließen. Denn es wäre überraschend, wollte das GmbHG durch „beredtes Schweigen“ iZm einer Sonderregel über vinkulierte Anteile, eine allgemeine Aussage über die Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile machen. Auch dürfte nach *Oberhammer* der zwangsvollstreckungsrechtliche Horizont des Gesellschaftsrechts nicht überschätzt werden.¹⁹⁸ Dieser Meinung schließt sich *Trenker* an, der § 76 Abs 4 GmbHG nur für den Spezialfall der Vinkulierung als Sonderregel bezüglich des Verkaufs eines Geschäftsanteil ansieht.¹⁹⁹

Zu prüfen ist, ob eine Zwangsverwaltung gegen das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot verstößt. Trotz der auf den ersten Blick ins Auge fallenden Abspaltung der mitgliedschaftlichen Rechte, die vom Zwangsverwalter ausgeübt werden sollen, wird hier kein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot angenommen, da es zu keiner willkürlichen Trennung von Mitgliedschaftsrechten von der Mitgliedschaft kommt.²⁰⁰ Der Zwangsverwalter übt die zur Verwaltung erforderlichen Rechte nach hRsp²⁰¹ als gesetzlicher Vertreter des Gesellschafters aus. Aus Sicht des verpflichteten Gesellschafters spricht nichts gegen die Zwangsverwaltung, die insofern ein gelinderer Eingriff als der Verkauf des Anteils ist, da sie nicht den endgültigen Verlust der Gesellschafterstellung zur Folge hat.

Fraglich ist allerdings, ob das in § 76 Abs 4 GmbHG manifestierte, legitime Interesse der Mitgesellschafter, eine Einmischung außenstehender Dritter in die Gesellschaftsangelegenheiten hintanzuhalten, einer Zwangsverwaltung entgegensteht. Dagegen spricht, dass die Einsetzung

¹⁹⁷ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 295.

¹⁹⁸ *Oberhammer in Angst*, *EO*² § 331 Rz 32.

¹⁹⁹ *Trenker*, JBl 2012,281 (294).

²⁰⁰ *Oberhammer in Angst*, *EO*² § 331 Rz 33.

²⁰¹ OGH 3 Ob 46/05d ÖJZ-LSK 2005/190/191 = RdW 2005/684, 611 = ZIK 2005/169, 147 = JBl 2005, 785 = JUS Z/4030 = ÖJZ EvBl 2005/167, 803 = EW r III/1118 A/142 = immolex 2006/7, 20 = wobl 2006/104, 231 = SZ 2005/67 = MietSlg 57.815 = MietSlg 57.218

eines Verwalters mit vergleichbaren Befugnissen auch in anderen Konstellationen zulässig ist. So übt der Insolvenzverwalter nach hM die Verwaltungsrechte, wie das Teilnahmerecht und Stimmrecht in der Hauptversammlung, des Gesellschafters aus. Auch in der Insolvenz wird den Gesellschaftern ein außenstehender vom Gericht bestellter Dritter aufgezwungen. Ähnliches gilt für die Einsetzung eines Nachlasskurators. Aus der Sicht der Mitgesellschafter könnte man das Eindringen eines stimmberechtigten Zwangsverwalters unter Hinweis auf die gerichtliche Aufsicht (§ 114 EO) und einer persönlichen Haftung (§ 109 Abs 2 EO) für zulässig erklären.²⁰² Zu erwähnen ist zudem, dass den Zwangsverwalter jedenfalls die Treuepflichten des Verpflichteten treffen.²⁰³

Um das berechtigte Interesse der Mitgesellschafter an der Nichteinmischung außenstehender Dritter nicht zu frustrieren, wurde vorgeschlagen § 76 Abs 4 GmbHG in Abweichung von § 107 EO insofern analog anzuwenden und den Mitgesellschaftern ein Benennungsrecht des Verwalters einzuräumen. Unbedenklich ist dies im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Verwalters, da dieser gem § 107b EO nur ggü dem Verpflichteten und dem betreibenden Gläubiger unabhängig sein muss. *Trenker* sieht eine gewisse Nahebeziehung zu den übrigen Gesellschaften überdies als unschädlich an.

Über die dem Verwalter zukommenden Befugnisse soll ein Blick auf die Rechte des Insolvenzverwalters Auskunft geben. Die Ausübung des entsprechenden Rechts durch diesen muss die Insolvenzmasse des Gesellschafters betreffen, also das exekutionsunterworfenen Vermögen. Dadurch ergeben sich jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten, denn auch wenn die Ausübung von Verwaltungsrechten oft nur das Vermögen der Gesellschaft betrifft, hat jede Entscheidung Einfluss auf das Vermögen der an der Gesellschaft beteiligten Gesellschafter. Daher sollte der Verwalter stets dann zur Rechtausübung befugt sein, wenn sich durch die Ausübung des Rechts Auswirkungen, nicht nur auf das Vermögen der Gesellschafter, sondern auch auf das des verpflichteten Gesellschafters ergeben. Eine Grenze der Befugnisse des Verwalters ergibt sich klarerweise dort, wo Beschlüsse nicht nur Einfluss auf den Wert des Geschäftsanteils, sondern auch auf das sonstige Vermögen des Gesellschafters haben.²⁰⁴

²⁰² *Trenker*, JBl 2012,281 (294).

²⁰³ *Oberhammer in Angst*, EO² § 331 Rz 33.

²⁰⁴ *Trenker*, JBl 2012,281 (295).

Die Unzulässigkeit der Zwangsverwaltung wird von der hM ohne nähere Begründung angenommen. In der jüngeren (herrschenden) zivilprozessualen Lehre wird sie hingegen als mögliches und im Einzelfall „milderes“ Exekutionsmittel durchaus als sinnvoll angesehen.²⁰⁵

Bedenkt man, dass vor allem in Fällen in denen sich nicht einmal ein Mitgesellschafter bereit erklärt, den Geschäftsanteil zu übernehmen, der exekutive Verkauf des Anteils meist nur einen denkbar niedrigen Erlös bringen wird, und im Gegensatz dazu die Zwangsverwaltung insofern das „mildere“ Exekutionsmittel darstellt, da sie dem Verpflichteten das Exekutionsobjekt nicht endgültig entzieht, so wird deutlich, dass es sich bei der Vorstellung, die Zwangsverwaltung sei unzulässig, um eine ganz unpraktische Rechtsfolgenannahme handelt.²⁰⁶ Auch wenn sich manche Autoren der gesellschaftsvertraglichen Lehre nicht auf die Un- oder Zulässigkeit einer Zwangsverwaltung festlegen, so wird bejahendenfalls für eine analoge Anwendung des § 76 Abs 4 GmbHG plädiert.²⁰⁷

²⁰⁵ *Frauenberger*, Rekurslegitimation gegen den vom Exekutionsgericht festgestellten Schätzwert gepfändeter vinkulierter Geschäftsanteile einer GmbH, *GesRZ* 2008, 301-304 (304).

²⁰⁶ *Oberhammer* in *Angst*, *EO*² § 331 Rz 33.

²⁰⁷ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, *WK GmbHG § 76 Rz 295.*; *Schopper* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), *GmbHG § 76 Rz 63.*

6. Die Wirkung von Übertragungsbeschränkungen im Exekutionsverfahren

6.1. Einführung

Gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen von Übertragungsbeschränkungen führen zu Hindernissen bei der Verwertung des Geschäftsanteils. In der Praxis sind Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen der GmbH in Gesellschaftsverträgen durchaus üblich. Das Interesse an solchen Beschränkungen besteht vor allem darin, dass sich die Gesellschaft oder die übrigen Gesellschafter dadurch vor unliebsamen Mitgesellschaftern schützen möchten.²⁰⁸ Dieselbe Gefahr besteht für die übrigen Gesellschafter im Fall der exekutiven Verwertung durch Verkauf oder Zwangsverwaltung des Geschäftsanteils, denn hier kollidiert das Anliegen der Gesellschafter „unter sich bleiben zu können“ mit dem Interesse des betreibenden Gläubigers an einem möglichst hohen Verkaufserlös bzw mit dem Interesse des Zwangsverwalters.²⁰⁹ Daher stellt sich die Frage nach der Reichweite der Wirkung solcher Beschränkungen im Exekutionsverfahren, die in diesem Kapitel einer Lösung zugeführt werden soll.

6.2. Geschäftsanteil mit Zustimmungsrecht gem § 76 Abs 2 GmbHG

6.2.1. Das Zustimmungsrecht gem § 76 Abs 2 GmbHG

Wie bereits erwähnt wurde, ist es möglich den Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Geschäftsanteile durch gesellschaftsvertragliche Bestimmungen einzuschränken. Möglich wird dies durch Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag gem § 76 Abs 2 GmbHG, die die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen beschränken. Die Bestimmung führt demonstrativ ein Zustimmungsrecht der Gesellschaft an, eine sog Vinkulierung der Geschäftsanteile.²¹⁰ Neben der Vinkulierung ist die Vereinbarung von Aufgriffs- und Vorkaufsrechten besonders häufig, die in den nachfolgenden Punkten 6.3. und 6.4. erörtert werden. Anzumerken ist, dass in Literatur und Rsp das Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft zur Anteilsübertragung als Vinkulierung bezeichnet wird, doch teilweise wird die Bezeichnung „Vinkulierung“ auch in einem weiteren Sinn synonym für „Übertragungsbeschränkungen“ verwendet. Das GmbHG verwendet das Wort „Vinkulierung“ nicht, sondern spricht lediglich von einer Bindung der Übertragung an die

²⁰⁸ Hager-Rosenkranz, Beschränkungen der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Exekution und Insolvenz, wbl 2006/6 253-257 (253).

²⁰⁹ Brenn/Hoch/Ratz/Rohrer, Ein EvBl 2012/79, 555-557 (556).

²¹⁰ Schopper in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 18.

Zustimmung der Gesellschaft.²¹¹ Im Folgenden wird der Begriff im erstgenannten, engeren Sinn verwendet.

Die Abgabe der Zustimmungserklärung fällt nach überwiegender Ansicht in den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführung. Davon zu unterscheiden ist die Kompetenz zur Entscheidung über die Zustimmung, die idR den Gesellschaftern zukommt.²¹² Ob die Gesellschaft zustimmt, ist bei Fehlen gesellschaftsvertraglicher Präzisierungen von den Gesellschaftern zu entscheiden. Das ist aus dem vorrangigen Interesse der Gesellschafter abzuleiten, die Zusammensetzung ihres Kreises kontrollieren zu können. Grds ist ein Gesellschafterbeschluss erforderlich, doch kann der Gesellschaftsvertrag diese Regeln abändern, sodass die Zustimmung aller oder einer Mehrheit verlangt werden kann. Eine nicht näher spezifizierte Zustimmung durch die „übrigen Gesellschafter“ wird im Zweifel so zu verstehen sein, dass jeder einzelne Gesellschafter zustimmen muss, während die Zuständigkeit der „Gesellschaft“ im Zweifel einen Generalversammlungsbeschluss anordnet. Sofern die Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss zu erteilen ist, richtet sich dieser nach allgemeinen Regeln. Die einfache Mehrheit genügt, wenn nichts anderes bestimmt ist. Der Beschluss allein löst die vom veräußerungswilligen Gesellschafter intendierte Wirkung noch nicht aus, weil es sich bei der Zustimmung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. Die Erklärung kann gegenüber den Beteiligten des Übertragungsgeschäfts, dem Veräußerer oder dem Erwerber abgegeben werden.²¹³

Sieht der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vor, bedarf die Zustimmung zur Übertragung keiner bestimmten Form. Die Zustimmung als eine empfangsbedürftige Willenserklärung entfaltet nach hM ihre Wirksamkeit mit Zugang beim Veräußerer, Erwerber oder anderen an der Übertragung Beteiligten.²¹⁴

Die Lehre und Rsp gehen einheitlich davon aus, dass statutarische, also im Gesellschaftsvertrag vereinbarte, Übertragungsbeschränkungen absolute Wirkung entfalten, dh dass diese vertraglichen Abmachungen (zunächst) wie dingliche Veräußerungsverbote wirken. Im Gegensatz dazu kommt Übertragungsbeschränkungen, die außerhalb des Gesellschaftsvertrages vereinbart werden, lediglich schuldrechtliche Wirkung zu. Der Grund für diese einschränkende Wirkung liegt im Schutz des Rechtsverkehrs, dem nur durch die ausreichende Publizität der

²¹¹ Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 54.

²¹² Schopper in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 24.

²¹³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ §76 Rz 5f.

²¹⁴ Schopper in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 24.

Übertragungsbeschränkungen im Gesellschaftsvertrag, der im Firmenbuch einzusehen ist, Rechnung getragen werden kann.²¹⁵

Gesetzlich vorgesehen ist, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen, mit denen ein Entsendungsrecht zum Aufsichtsrat verbunden ist, an die Zustimmung der Gesellschafter zu binden (§ 30c Abs 2 GmbH) ist²¹⁶, gleiches gilt für den Fall das Nebenleistungen (§ 8 GmbHG) vereinbart wurden.²¹⁷

Vinkulierungsklauseln im Gesellschaftsvertrag dienen der Kontrolle der Beteiligungsstruktur, indem sie den Gesellschaftern ermöglichen sollen, unliebsamen Personen den Eintritt in die Gesellschaft zu verwehren. Die Beweggründe dafür sind unterschiedlichster Natur, einerseits geht es darum Konkurrenten und schlecht beleumundeten Personen den Eintritt in die Gesellschaft unmöglich zu machen, andere Motive sind die Erhaltung der Familienstruktur sowie die Wahrung der personalistischen Struktur. Ganz generell kann man die Abwehr von, von der Gesellschaft, nicht gebilligten Fremdeinflusses als Hauptanliegen nennen. Aber auch der Zweck, die Bildung unterschiedlich großer Geschäftsanteile, dh die Übermacht eines Gesellschafter, zu verhindern, kann mit einer Vinkulierungsklausel verfolgt werden. Ggf wird auch der Erwerb von Geschäftsanteilen nur einem bestimmten Personenkreis ermöglicht.²¹⁸

Aus diesen Gründen ist die Vinkulierung in der Vertragspraxis ganz überwiegend gebräuchlich, bei der GmbH nämlich in 83% aller Gesellschaftsverträge.²¹⁹ Ganz unabhängig davon welche Absichten hinter der Vereinbarung dieser Art von Übertragungsbeschränkung stehen, führt eine vereinbarte Vinkulierung zu Besonderheiten bei der Verwertung im Exekutionsverfahren.

6.2.2. Verwertung eines vinkulierten Geschäftsanteils

Die uneingeschränkte Wirkung von Vinkulierungsklauseln in Exekution würde die Befriedigungsmöglichkeit des betreibenden Gläubigers 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.²²⁰ Diese Bestimmung lässt ungeachtet einer

²¹⁵ Hager-Rosenkranz, wbl 2006/6 253 (255).

²¹⁶ Kostner/Umfahrer, GmbH⁴ Rz 709.

²¹⁷ Gellis/Feil, Kommentar zum GmbH Gesetzbuch⁷ § 76 5.4.

²¹⁸ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 57.

²¹⁹ Reich-Rohrwig, Übertragung vinkulierter Anteile, ecolx 1994, 757-762 (757).

²²⁰ Trenker, JBl 2012,281 (286).

statutarischen Vinkulierungsklausel eine exekutive Verwertung des Geschäftsanteils zu. Damit ist die im vorigen Punkt angesprochene absolute Wirkung gesellschaftsvertraglicher Vinkulierungen auf rechtsgeschäftliche Verfügungen beschränkt.²²¹

Sind die Geschäftsanteile einer GmbH nach deren Satzung nicht frei, sondern vinkuliert, so ist vor der Versteigerung das Verfahren gem § 76 Abs 4 GmbHG durchzuführen, da diese Bestimmung jenen der EO als Sonderbestimmung vorgeht. Das satzungsmäßige Zustimmungsrecht der Gesellschaft steht einer Verwertung also nicht entgegen.²²²

Bei dem vorgesehenen Verfahren hat das Exekutionsgericht zunächst den Schätzwert feststellen zu lassen und die Gesellschaft sowie sämtliche Gläubiger, welche bereits die gerichtliche Pfändung des Anteils erwirkt haben, unter Angabe des Schätzwertes über die Bewilligung des Verkaufs zu verständigen. Die Schätzung wird durch einen Sachverständigen vorgenommen, welcher für diesen Zweck Einsicht in die Geschäftsbücher der GmbH erhält.²²³ Der Schätzwert wird nicht durch Beschluss festgestellt und ist somit auch nicht anfechtbar, dies steht seit der Entscheidung des OGH zweifelslos fest.²²⁴ Die Schätzung soll den Übernahmepreis für den Fall festsetzen, dass die Gesellschaft einen Käufer benennt bzw sich mit einem solchen einverstanden erklärt.²²⁵ Die Schätzung kann unterbleiben, wenn sich der betreibende Gläubiger, die GmbH und der Verpflichtete auf einen Übernahmepreis einigen.

Die Übernahme des Geschäftsanteils durch einen von der Gesellschaft zugelassenen Käufer hat nach § 76 Abs 2 S 3 GmbHG innerhalb einer Frist von 14 Tagen zu erfolgen, andernfalls kann der Geschäftsanteil ohne Zustimmung der Gesellschaft nach den Bestimmungen der EO veräußert werden. Die Frist beginnt mit der Verständigung der Gesellschaft.²²⁶ Daher kann die Gesellschaft, auch wenn die Übertragung des Geschäftsanteils an ihre Zustimmung gebunden ist, den Verkauf im Wege des Exekutionsverfahrens nicht verhindern, sondern hat sie lediglich ein Vorrecht zur Namhaftmachung eines ihr genehmen Käufers innerhalb der 14-tägigen Frist.²²⁷ Im Ergebnis wandelt § 76 Abs 4 GmbHG das Zustimmungsrecht somit in ein Benennungsrecht.²²⁸

²²¹ Hager-Rosenkranz, wbl 2006/6 253 (255).

²²² Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 298.

²²³ Schopper in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 64.

²²⁴ OGH 3 Ob 215/05x ÖJZ-LSK 2006/35 = EvBl 2006/42 = RZ-EÜ 2006/108 = RZ 2006/13 = GesRZ 2006,81 = GBU 2006/04/05 = ecolex 2006/169 = AnwBl 2007/500 = ZAK 2006,59 = ZIK 2006,72 = RdW 2006,221 = HS 39.078

²²⁵ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 299.

²²⁶ Schopper in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 65.

²²⁷ Kostner/Umfahrer, GmbH Handbuch⁴ Rz 729.

²²⁸ Trenker, JB1 2012,281 (286).

Eine analoge Anwendung des Abs 4 dieser Bestimmung ist nach zutreffender Meinung in der Lehre auch dann geboten, wenn das Zustimmungsrecht nicht „der Gesellschaft“ sondern einzelnen Gesellschaftern zukommt, wobei laut *Rauter* die Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters zur Benennung notwendig ist.²²⁹ *Hager-Rosenkranz* spricht sich ebenfalls für den Fall, dass ein statutarisches Zustimmungsrecht der (aller) Gesellschafter oder einzelner Gesellschafter vorgesehen ist, für die entsprechende Anwendbarkeit des § 76 Abs 4 GmbHG aus. Das Benennungsrecht steht dann nicht der Gesellschaft sondern den Zustimmungsberechtigten zu.²³⁰ Der OGH hat in einer Entscheidung zu dieser Frage Stellung genommen, wobei er zu der Ansicht gelangt ist, dass einer Analogie jedenfalls dann keine Bedenken entgegenstehen, „wenn das Zustimmungsrecht allen Gesellschaftern eingeräumt wurde, weil dann von einem Gleichklang – wenn nicht sogar von der Identität – der Interessen der Gesellschaft und der Gesellschafter ausgegangen werden kann, der in dem Umstand zu erblicken ist, dass den Gesellschaftern nicht ein unerwünschter neuer Gesellschafter aufgedrängt werden soll“.²³¹

Der Gesetzgeber hat das oben aufgezeigte Spannungsverhältnis so aufgelöst, dass sowohl den Interessen der Mitgesellschafter, denen 14 Tage Zeit gegeben wird, einen ihnen genehmen Käufer zu präsentieren, als auch jenen der Gläubiger, denen der Schätzwert des Anteils zukommt, Rechnung getragen wird. Dadurch kommt allerdings auch zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber die gesellschaftsvertraglichen Regelungen nicht uneingeschränkt respektiert, sondern zugunsten der Gläubigerinteressen einen Eingriff in diese vornimmt.²³²

6.3. Geschäftsanteil mit Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen

6.3.1. Die Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen

Mit der in Punkt 6.2.1. erörterten Anteilsvinkulierung werden regelmäßig sog Aufgriffsrechte gekoppelt. Dabei handelt es sich um einen Begriff der Vertragspraxis, mit dem unterschiedliche Erwerbsvorrechte eines Mitgesellschaftern zusammengefasst werden. Gemein ist solchen „Erwerbsvorrechten“ von Gesellschaftern, dass unter bestimmten vertraglich vorgegebenen Voraussetzungen, den Aufgriffsfällen, entweder eine Verpflichtung des Gesellschafters zum Abschluss (idR) eines Kaufvertrages mit dem Aufgriffsberechtigten entsteht oder unmittelbar durch einseitige Erklärung des Aufgriffsberechtigten eine Verpflichtung zur Übertragung des

²²⁹ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 302.

²³⁰ *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006/6 253 (256).

²³¹ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 302.

²³² *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009/2, 82-88 (85).

Geschäftsanteils durch den betroffenen Gesellschafter begründet wird. Die denkbaren Gestaltungsvarianten reichen von dem Vorkaufsrecht ähnelnden Bestimmungen bis zur Option.²³³ Gelegentlich werden „Aufgriffsrechte“ und „Anbotspflichten“ bzw. „Übertragungsbeschränkungen“ terminologisch unterschieden. Welche Variante des „Aufgriffsrechts“ im Einzelfall vorliegt, ist jedoch durch Auslegung des jeweiligen Gesellschaftsvertrages zu ermitteln, die Bezeichnung des Rechts zB als „Vorkaufsrecht“ allein ist nicht ausschlaggebend.²³⁴ Bei der Behandlung der Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen wird im Folgenden auch der Begriff Aufgriffsrecht verwendet werden, da die Anbotspflicht eine der möglichen Varianten des Aufgriffsrechts darstellt.

Anbotspflicht bedeutet, dass jeder Gesellschafter bei Vorliegen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen verpflichtet ist, den anderen Gesellschaftern oder einer bestimmten Gruppe von Gesellschaftern den Geschäftsanteil zum Erwerb anzubieten. Gegenstück der Anbotspflicht ist auf der Seite der Berechtigten das Aufgriffsrecht. Die Anbotspflicht und das Aufgriffsrecht ergänzen und erweitern das Zustimmungsrecht zur Übertragung, da sie die Übertragung im Gesellschafterkreis regeln.²³⁵ Das Aufgriffsrecht steht jedenfalls den Gesellschaftern zu. Das Aufgriffsrecht ist das Recht eines oder mehrerer Berechtigter, ab dem Eintritt des auslösenden Moments des Aufgriffsfalls, der mit dem Anbotstatbestand korreliert, den Anteil des Verpflichteten übernehmen zu können.²³⁶

Im GmbH-Recht haben Aufgriffsrechte besondere Bedeutung, doch sind sie gesetzlich nicht vorgesehen, sondern beruhen auf der Vertragspraxis. Ihr Zweck ist personalistischer Natur und jenem der Vinkulierung gleichgelagert: Externe Dritte sollen aus dem Gesellschafterkreis ausgeschlossen bleiben.²³⁷ Die Zulässigkeit von gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten ergibt sich aus § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG, da sie unter die „weiteren Voraussetzungen“ subsumiert werden können. Häufig sind Aufgriffsrechte zugunsten anderer Gesellschafter vorgesehen, doch können auch Dritte zum Aufgriff berechtigt sein.²³⁸ So soll die Anbotspflicht selbst nicht nur im Gesellschafterkreis bekannt, sondern auch für Dritte (Kaufinteressenten)

²³³ *Tichy*, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschlusses? RdW 1998/2, 55-60 (56).

²³⁴ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 129.

²³⁵ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Handbuch, Rz 5/54.

²³⁶ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 5/68.

²³⁷ *Taufner*, GesRZ 2011/3, 157 (157).

²³⁸ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 132.

ersichtlich sein. Die erforderliche Publizität ist durch die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag leicht umzusetzen.²³⁹

Die vom Gesellschaftsvertrag vorgegebene Voraussetzung für eine Übertragung des Geschäftsanteils stellt den Aufgriffsfall dar. Hauptsächlich wird als Aufgriffsfall die Veräußerungsabsicht eines Gesellschafters vereinbart, sehr häufig aber auch die Eröffnung eines Exekutions- oder Insolvenzverfahrens.²⁴⁰ Häufig finden sich iZm Aufgriffsrechten auch Beschränkungen des Aufgriffspreises in den Gesellschaftsverträgen. Die Wirksamkeit solcher Anbotspflichten zu vorfixierten Bedingungen im Exekutionsverfahren ist überaus umstritten, wobei zwei Fragen zu unterscheiden sind: Einerseits die Wirksamkeit des Aufgriffsrechts selbst und andererseits die Zulässigkeit der Beschränkung des Aufgriffspreises. Diese Fragen sollen im Nachfolgenden geklärt werden. Der Beantwortung soll eine Abgrenzung zu den anderen Übertragungsbeschränkungen vorangestellt werden.

6.3.2. Abgrenzung zu anderen Übertragungsbeschränkungen

Zustimmungsrecht und Aufgriffsrecht

Neben den Zustimmungsrechten finden sich in Gesellschaftsverträgen auch Regelungen, die einen Gesellschafter, der seinen Geschäftsanteil veräußern möchte, verpflichten, seinen Anteil auf Verlangen an die verbliebenen Mitgesellschafter zu bestimmten Bedingungen zu übertragen. Nach *Hager-Rosenkranz* handelt es sich bei einer solchen Anbotspflicht um eine etwas schwächere Form der Übertragungsbeschränkung im Vergleich zum Zustimmungsrecht. Denn wollen oder können die Gesellschafter, denen die Anbotspflicht zu Gute kommt, die Geschäftsanteile nicht zu den vorfixierten Bedingungen aufgreifen, so ist der austrittswillige Gesellschafter nicht mehr weiter gebunden und kann den Geschäftsanteil außerhalb des Gesellschafterkreises veräußern. Die vorfixierten Bedingungen spiegeln sich in Abfindungsklauseln wieder, die häufig Bewertungsbeschränkungen festlegen.²⁴¹

Sowohl mit satzungsmäßigen Zustimmungsrechten als auch mit satzungsmäßigen Aufgriffsrechten soll – in unterschiedlicher Intensität – die Möglichkeit einer Kontrolle über den künftigen Gesellschafterbestand gesichert werden. Von einem Zustimmungsrecht im Sinne eines „Vetos“ ist eine Aufgriffsberechtigung mit vorbestimmten Bedingungen jedoch weiter entfernt

²³⁹ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 5/56.

²⁴⁰ *Trenker*, JbI 2012,281 (286).

²⁴¹ *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006/6 253 (254).

als von einem Vorkaufsrecht, worauf in der Literatur zutreffend hingewiesen wurde.²⁴² Zur Abgrenzung zwischen Aufgriffs- und Vorkaufsrecht siehe Punkt 6.4.2.

6.3.3. Verwertung eines Geschäftsanteils mit Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen

Gegen die Zulässigkeit von gesellschaftsvertraglichen Beschränkungen der exekutiven Verwertung durch ein Übernahmerecht der einzelnen Mitgesellschafter bestehen keine Bedenken. Derartige gesellschaftsvertragliche Veräußerungsbeschränkungen sind laut *Trenker* materielle Satzungsbestandteile und wirken daher absolut. Der zu veräußernde Geschäftsanteil entsteht erst durch die Satzung und notwendigerweise in der Ausgestaltung wie es die Satzung vorgibt. *Trenker* spricht sich damit gegen die Auffassung aus, dass es sich um eine lediglich persönliche Verbindlichkeit des Gesellschafters handle, die im Exekutionsverfahren nicht zu beachten sei. Die Verpflichtung haftet am Geschäftsanteil als Inbegriff der Rechte und Pflichten der Beteiligung.

Der Eintritt der Exekution vermag die absolute Wirkung dieser Beschränkung nicht zu durchbrechen, denn aus § 76 Abs 4 GmbHG ergibt sich zweifelslos, dass vertragliche Schranken bei der Verwertung eines Anteils in der Exekution nicht per se unwirksam sind. *Trenker* kommt daher zum Schluss, dass Aufgriffsrechte auch keine wesentlich andere „Belastung“ als die Vinkulierungsklauseln des § 76 Abs 4 GmbHG darstellen. Gerade im Exekutionsfall läuft die Vinkulierung, wie oben gezeigt wurde, 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 – kein schwerer wiegender Eingriff als die Vinkulierung. Für eine unterschiedliche Beurteilung beider Sachverhalte besteht demnach keine Rechtfertigung, denn 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“, sprechen für diese inhaltliche Gleichbehandlung.²⁴³

Anderer Meinung ist demgegenüber *Reich-Rohrwig*, der eine Übertragungs- oder Anbotspflicht zugunsten der übrigen Gesellschafter für den Fall der Pfändung ggü dem betreibenden Gläubiger als unwirksam erachtet. Eine solche Pflicht erzeugt lediglich eine

²⁴² *Frauenberger*, Pfändung und Anordnung des Freihandverkaufs des Geschäftsanteils des Alleingesellschafters einer GmbH mit Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter, *GesRZ* 2009/3, 179 (180).

²⁴³ *Trenker*, *JBl* 2012,281 (286f).

persönliche Verbindlichkeit den Geschäftsanteil zu verkaufen, die nach dem Vollstreckungszugriff durch den betreibenden Gläubiger nicht mehr erfüllt werden kann.²⁴⁴

Nach Ansicht *Schoppers* ist § 76 Abs 4 GmbHG nicht anwendbar, wenn lediglich ein Aufgriffsrecht im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde. Daher muss der Aufgriffsberechtigte beim Zwangsverkauf aus freier Hand vom Exekutionsgericht auch nicht verständigt werden.

Mit der Frage der analogen Anwendung des § 76 Abs 4 GmbHG auf statutarisch vereinbarte Aufgriffsrechte hatte sich der OGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2008 zu beschäftigen: Dabei handelte es sich um eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Verpflichtete war. Die Satzung sah ein Aufgriffsrecht zugunsten der übrigen Gesellschafter vor. Der OGH sprach aus, dass eine analoge Anwendung von § 76 Abs 4 GmbHG bei einer Einmanngesellschaft, deren Satzung ein solches Aufgriffsrecht anordnet, nicht in Betracht kommt. In der Begründung hielt er fest, dass es keinen ersichtlichen Grund gibt, weshalb im Exekutionsverfahren auf einen Geschäftsanteil der Gesellschaft ein Recht gem § 76 Abs 4 GmbHG, das Recht über die Zulassung von Interessenten zum Anteilserwerb zu entscheiden, entstehen sollte, obwohl ihr der Gesellschaftsvertrag ein solches Recht gar nicht gewährt. Es käme bei sinngemäßer Anwendung der Norm allenfalls in Betracht, weiteren Gesellschaftern der GmbH den Erwerb im Rahmen der Zwangsvollstreckung vorweg, zu dem nach der Satzung ermittelten Preis binnen der im Gesetz genannten Frist, zu ermöglichen. Die Frage, ob diese analoge Anwendung der Norm tatsächlich gerechtfertigt wäre, bedurfte in der konkret zu entscheidenden Angelegenheit keiner Klärung, da es sich um eine Einmanngesellschaft handelte, bei der es an berechtigten „übrigen“ Gesellschaftern fehlte, denen der Geschäftsanteil angeboten hätte werden können.²⁴⁵

Die analoge Anwendung von § 76 Abs 4 GmbHG auf statutarisch vereinbarte Aufgriffsrechte wurde auch in der Lehre von *Hager-Rosenkranz* und von *Koppensteiner/Rüffler* befürwortet. Nach *Koppensteiner/Rüffler* ist der Berechtigte beim Zwangsverkauf aus freier Hand vom Kaufangebot zu verständigen, um das Aufgriffsrecht ausüben zu können, zur Zwangsversteigerung ist er zu laden.²⁴⁶

Hager-Rosenkranz verweist darauf, dass der betreibende Gläubiger grundsätzlich an die statutarische Vereinbarung gebunden ist, sofern diese nicht sittenwidrig ist. Dem

²⁴⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 619.

²⁴⁵ *Frauenberger*, GesRZ 2009/3, 179 (180).

²⁴⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 32.

Anbotsberechtigten ist nach der Pfändung des Geschäftsanteils und vor einem weiteren Verwertungsschritt der Geschäftsanteil um jenen Preis anzubieten, wie er nach der entsprechenden „Abfindungsklausel“ zu berechnen ist. Erst wenn dieses Angebot nicht fristgerecht angenommen (und erfüllt) wird, ist die Übertragungsbeschränkung hinfällig. Mangels statutarisch festgesetzter Frist kann laut *Hager-Rosenkranz* die 14-tägige Frist nach § 76 Abs 4 GmbHG analog herangezogen werden. Den Ausführungen *Hager-Rosenkranz* ist aber nicht zu entnehmen, dass es Sache des Exekutionsgerichts wäre das satzungsmäßige Aufgriffsverfahren durchzuführen.²⁴⁷

Mit der Entscheidung aus dem Jahr 2012 hat der OGH dann eindeutig klargestellt, dass gesellschaftsvertraglich vereinbarte Aufgriffsrechte keinen Anwendungsfall des § 76 Abs 4 GmbHG darstellen. Ein Aufgriffsrecht zu vorbestimmten Bedingungen ist einem Zustimmungrecht nicht gleich zu halten, weshalb eine analoge Anwendung der Bestimmung ausscheidet. Daher kommt auch eine auf § 76 Abs 4 GmbHG gegründete Benachrichtigungspflicht, die erst die 14-Tage-Frist für die Übernahme des Geschäftsanteils auslöst, ebenso wenig in Betracht wie eine Übernahme zum Schätzpreis.

Kommt es allerdings zu einem Exekutionsverfahren, in dem der Geschäftsanteil verwertet werden soll, so muss der aufgriffsberechtigte Gesellschafter jedenfalls aus Eigenem reagieren, denn eine Pflicht zur Verständigung des Gesellschafters durch das Exekutionsgericht besteht laut OGH nicht.

Der Ansicht, dass der Aufgriffsberechtigte grundsätzlich selbst dafür Sorge tragen muss, dass er sein Recht den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags entsprechend insb rechtzeitig geltend macht, folgt auch *Frauenberger* in seinem Aufsatz zu der Entscheidung des OGH. Dennoch sieht er eine Verständigung der typisch Aufgriffsberechtigten, nämlich der Gesellschafter, von der Pfändung als durchaus sinnvoll an. Es wäre zweckmäßig, dem Aufgriffsberechtigten über Antrag des betreibenden Gläubigers, eine Ausfertigung des Drittverbots oder spätestens die Bekanntgabe des Schätzwerts zur Kenntnisnahme zu übermitteln. Durch solch eine Vorgehensweise sollte es in aller Regel keine Diskussion über den Beginn des Laufes der Frist für die Geltendmachung des Aufgriffsrechts geben.

Ist der Beginn des Fristenlaufes geklärt, so stellt sich dennoch die Frage wie lang die Frist zur Ausübung des Aufgriffsrechts sein darf, um keine Interessen zu schädigen. Würde man diese Regelung auch dem Gesellschaftsvertrag überlassen, so ist laut *Frauenberger* der Exekutionsvereitelung Tür und Tor geöffnet. Daher plädiert er in seinem Aufsatz für eine

²⁴⁷ *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006/6 253 (256).

Orientierung an der 14-tägigen Frist des § 76 Abs 4 GmbHG, die eine rasche Verwertung des Geschäftsanteils vorantreiben soll. Dem Problem, dass diese Frist zu kurz sein könnte, wenn der Fristbeginn nicht eindeutig feststeht, wäre durch die Zusendung des Drittverbots oder des Beschlusses, mit dem der Schätzwert festgestellt wurde, Abhilfe geschaffen.²⁴⁸

Es entspricht auch der Ansicht der restlichen Lehrmeinungen, dass das Exekutionsgericht den Aufgriffsberechtigten vom geplanten Verkauf zu verständigen hat, damit er sein Aufgriffsrecht ausüben kann.²⁴⁹, dennoch ist es nach hRsp Sache des Aufgriffsberechtigten, sein Recht selbstständig, nach jeweiliger Ausgestaltung im Gesellschaftsvertrag auszuüben.

Besteht die Übertragungsbeschränkung in einer Anbotspflicht mit vorfixierten Bedingungen stellt sich die Frage, ob § 76 Abs 4 GmbHG (analog) anzuwenden ist, also im Fall einer exekutiven Verwertung vom Aufgriffsberechtigten der Schätzwert zu bezahlen ist oder ob dem betreibenden Gläubiger nur der vereinbarte Aufgriffspreis bzw der nach der Abfindungsklausel berechnete Aufgriffspreis zu zahlen ist.

Da wie bereits geschildert nach Ansicht des OGH eine Übernahme zum Schätzwert nicht in Betracht kommt, dem ausscheidenden Gesellschafter aber ein Entgelt für die Übertragung seines Geschäftsanteils auf seine das Aufgriffsrecht in Anspruch nehmenden Mitgesellschafter gebührt, gilt es zu klären, inwiefern eine gesellschaftsvertragliche Gestaltung des Aufgriffspreises als zulässig angesehen werden kann, ohne den betreibenden Gläubiger zu benachteiligen. Die Beantwortung dieser Frage erfolgt unter Punkt 8.3.2.2. im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit von Aufgriffspreisbeschränkungen in der Insolvenz, da die gleichen Grundsätze auch für die Beschränkungen des Aufgriffspreises in der Exekution gelten.

6.4. Geschäftsanteil mit Vorkaufsrecht

Unter dem Begriff „Übertragungsbeschränkung“ werden unterschiedliche Varianten verstanden, die zum Teil auch kumuliert vereinbart werden können. Dazu zählt neben dem bereits erwähnten Zustimmungrecht und der Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen auch das noch zu behandelte Vorkaufsrecht.

Der Begriff des „Aufgriffsrechts“ stellt eine Sammelbezeichnung für unterschiedliche Erwerbsvorrechte dar. Im Besonderen fallen auch Vorkaufsrechte bzw vorkaufrechtsähnliche

²⁴⁸ Frauenberger, Stellung des aufgriffsberechtigten Mitgesellschafters bei exekutiver Verwertung eines gepfändeten GmbH-Geschäftsanteils, GesRZ 2012/5, 304-308 (307).

²⁴⁹ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 304.

Konstruktionen unter den Begriff Aufgriffsrechte.²⁵⁰ Die Nähe des Aufgriffsrechts zum Vorkaufsrecht ist nicht von der Hand zu weisen, denn auch beim Vorkaufsrecht handelt es sich um eine solche Vereinbarung, die vorsieht, dass ein oder mehrere Berechtigte bei Eintritt eines auslösenden Moments (des Vorkaufsfalls) den Geschäftsanteil des Verpflichteten übernehmen können. So kann unter einem Aufgriffsrecht im weiteren Sinn auch ein Vorkaufsrecht verstanden werden. Zu einem Aufgriffsrecht im engeren Sinn kann es jedenfalls nicht gezählt werden, vielmehr handelt es sich bei einem Aufgriffsrecht im engeren Sinn um ein Vorkaufsrecht ohne Vorkaufsfall.²⁵¹

Die Vorgehensweise für den Fall, dass als Übertragungsbeschränkung ein Vorkaufsrecht iSd § 1072 ABGB vorgesehen ist, ist aufgrund der selten vorkommenden Vereinbarung eines Vorkaufsrecht in der Literatur nur wenig diskutiert.

6.4.1. Das Vorkaufsrecht

Das Vorkaufsrecht im technischen Sinn ist gesetzlich in den §§ 1072 ff ABGB geregelt und damit hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolge im Wesentlichen festgelegt. Definiert werden kann es als schuldrechtliche Vereinbarung, die jemanden für den Fall, dass er die vom Vorkaufsrecht betroffene Sache verkaufen will, dazu verpflichtet, diese dem Vorkaufsberechtigten zur Einlösung anzubieten, worauf der Berechtigte durch einen Rechtsgestaltungsakt einseitig einen Kaufvertrag zwischen sich und dem Verpflichteten zustanden bringen kann. Bei wirksamer Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht zwischen dem Verpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten ein Kaufvertrag, der inhaltlich jenem entspricht den der Verpflichtete dem Dritten angeboten hat.²⁵²

Da die Rechtsfolgenanordnungen der §§ 1073 ff ABGB auch dann anzuwenden sind, wenn das Vorkaufsrecht außerhalb eines Kaufvertrags vereinbart wurde, kann iZm den hier interessierenden gesellschaftsvertraglich vereinbarten Vorkaufsrechten auf Erwerb eines Geschäftsanteils eines übertragungswilligen Gesellschafters weitgehend auf die allgemein vorkaufsrechtliche Judikatur verwiesen werden. Notwendig erscheint allerdings die Beachtung gesellschaftsrechtlicher Besonderheiten in Bezug auf die Bestimmung des Vorkaufsberechtigten. Nach hA in der bürgerlich-rechtlichen Kommentarliteratur muss der Vorkaufsberechtigte individuell bestimmt sein. Die bloß gattungsmäßige Umschreibung der Vorkaufsberechtigten

²⁵⁰ Keller, Zur Beschränkung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 2012, 789-793 (792).

²⁵¹ Fagner, Das Aufgriffsrecht in der GmbH (2008) 75.

²⁵² Weismann, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2008) 134.

soll nicht ausreichen. Gerade gesellschaftsvertraglich vereinbarte Vorkaufsklauseln sehen als Vorkaufsberechtigte aber häufig „die (übrigen) Mitgesellschafter“ vor. Eine konsequente Anwendung der gezeigten bürgerlich-rechtlichen hA würde nun bedeuten, dass eine Klausel, die das Vorkaufsrecht den Mitgesellschaftern nur gattungsmäßig einräumt, zu unbestimmt und daher unwirksam ist. Hier sollte berücksichtigt werden, dass der Gesellschafterkreis einer GmbH ohnehin einen leicht überschaubaren, abgrenzbaren Berechtigtenkreis darstellt, sodass faktisch eine erhebliche Einschränkung und damit Individualisierung der Berechtigten erreicht wird, auch wenn es sich formell nur um eine gattungsmäßige Umschreibung der Berechtigten handelt. Dies dürfte jedoch ohnehin der Auffassung des OGH entsprechen, der derartige Klauseln noch nicht beanstandet hat.²⁵³

Die Ausübung des Vorkaufsrechts des Berechtigten setzt einen Vorkaufsfall voraus. Mit dem Vorkaufsfall entsteht die Pflicht des Vorkaufsverpflichteten, dem Berechtigten die Sache zur Einlösung anzubieten, damit dieser von seinem Einlösungsrecht Gebrauch machen kann. Der Vorkaufsfall wird im Gesetz nur durch die Formel, dass der Verpflichtete die Sache „verkaufen will“ umschrieben. Nach *Bydlinski* setzt der Vorkaufsfall voraus, dass der Vorkaufsverpflichtete die Sache, verkaufen will, wobei dieser Wille für ihn bereits rechtlich bindend hervortreten muss.²⁵⁴ Das „Verkaufen Wollen“ ist daher nicht als ein rechtlich unmaßgebliches, jederzeit widerrufbares, sondern vielmehr als ein rechtlich verbindliches Wollen zu verstehen. Im Rahmen eines bereits abgeschlossenen Kaufvertrages kommt dieser Veräußerungswille jedenfalls schon zum Vorschein; im Fall eines bindenden Offerts des Dritten muss der Vorkaufsberechtigte seinen Veräußerungswillen zudem noch zum Ausdruck bringen. Den Ausführungen *Bydlinskis* hat sich die hL sowie die Rsp angeschlossen und versteht unter einem Vorkaufsfall einen verbindlichen Abschluss eines Kaufvertrages mit einem Dritten oder ein bindliches Offert eines Dritten.²⁵⁵

Haben die Gesellschafter in ihrem Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht vereinbart, welches das Übernahmerecht des Berechtigten an einen Kaufvertragsabschluss oder ein bindendes Offert eines Dritten bindet, spricht – soweit sonst nichts abweichendes vereinbart wurde – nichts gegen eine Qualifikation als Vorkaufsrecht. Dagegen könnte eingewendet werden, dass die Gesellschafter ausdrücklich ein Aufgriffsrecht vereinbart haben und deshalb nicht die

²⁵³ *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen 134.

²⁵⁴ *Bydlinski* in *Klang*, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² (1978), Vierter Band zweiter Halbband, § 1072 766.

²⁵⁵ *Fragner*, Das Aufgriffsrecht in der GmbH (2008) 54.

vorkaufsrechtlichen Bestimmungen zu Anwendung kommen lassen wollen. Dabei handelt es sich jedoch um eine Auslegungsfrage. Allein die Tatsache, dass eine Regelung als Aufgriffsrecht (und nicht als Vorkaufsrecht) titulierte wird, spricht nicht gegen die Anwendung der §§ 1072 ff ABGB. Ist ein Übernahmerecht an einen Vorkaufsfall iSd § 1072 ABGB geknüpft und finden sich auch sonst keine widersprechenden Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, werden daher die vorkaufsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen. Eine bloße Andersbezeichnung reicht nicht aus, um von den Regeln des §§ 1072 ff ABGB abzuweichen.²⁵⁶

Nach stRsp und hL löst grds nur der Kauf des belasteten Objekts den Vorkaufsfall aus. Bei einem Tausch, einer Schenkung, der Einbringung in eine Gesellschaft oder der Aufspaltung einer Gesellschaft, liegt hingegen kein Vorkaufsfall vor. Es kann jedoch eine ausdrückliche Ausdehnung des Vorkaufsrechts auf andere Veräußerungsarten vorgesehen werden indem entweder jene Veräußerungsarten explizit erwähnt werden oder das Vorkaufsrecht auf alle Veräußerungsarten erstreckt wird.²⁵⁷ Nach Rsp des OGH kommen jedoch nur solche Veräußerungsarten in Betracht, die das endgültige Ausscheiden einer Sache aus dem Vermögen und ihre Übertragung auf einen Anderen bezwecken und bewirken.²⁵⁸

6.4.2. Abgrenzung zu anderen Übertragungsbeschränkungen

Anbotspflicht und Vorkaufsrecht

Das Vorkaufsrecht ist der in Punkt 6.3.1. erwähnten Anbotspflicht mit vorfixierten Bedingungen zwar ähnlich, unterscheidet sich aber insofern, als dort kein Aufgriffspreis vorbestimmt oder vorbestimmbar ist. Somit ist das Vorkaufsrecht, verglichen mit den beiden bereits erörterten Übertragungsbeschränkungen, die mildeste Variante einer Beschränkung der Übertragbarkeit. Denn der verkaufswillige Gesellschafter muss seine Geschäftsanteile lediglich allen oder einzelnen Gesellschaftern, den Vorkaufsberechtigten, zu jenem Preis und zu jenen Bedingungen anbieten, zu denen der gesellschaftsfremde Dritte bereit ist zu kontrahieren. Können oder wollen die Gesellschafter sodann nicht zu diesem Preis und diesen Bedingungen kaufen, so ist der Gesellschafter nicht weiter durch die Übertragungsbeschränkung behindert.²⁵⁹

²⁵⁶ *Fragner*, Das Aufgriffsrecht in der GmbH 54f.

²⁵⁷ *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen 138.

²⁵⁸ OGH 1 Ob 66/01i eolex 2001/172, 527 (Thaler) = RdW 2001/497, 463 = MietSlg 53.125 = MietSlg 53.812

²⁵⁹ *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006/6 253 (255).

6.4.3. Verwertung eines mit einem Vorkaufsrecht belasteten GmbH-Anteils

Zulässig sind Bestimmungen, wonach sämtlichen oder einzelnen Gesellschaftern bei Übertragung des Geschäftsanteils ein Vorkaufsrecht zukommt. Ist ein solches Vorkaufsrecht im Gesellschaftsvertrag begründet worden, stellt sich bei der exekutiven Verwertung die Frage nach der analogen Anwendung des § 76 Abs 4 GmbHG gleichermaßen, wie bei der Begründung einer Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen.

Eine analoge Anwendung auf ein Vorkaufsrecht wird von der Rsp abgelehnt.²⁶⁰ Der Vorkaufsberechtigte hat das Recht, den vom veräußerungswilligen Gesellschafter angebotenen Geschäftsanteil zu dem Preis zu erwerben, den ein gesellschaftsfremder Dritter zahlen würde. Selbst für den Fall eines bürgerlichen Vorkaufrechts sieht das Gesetz im Fall der gerichtlichen Feilbietung nur die Vorladung zur Feilbietung vor. Aus einem solchen Vorkaufsrecht kann jedenfalls kein Recht des Vorkaufsberechtigten abgeleitet werden, dass er das Exekutionsobjekt zum Schätzwert erwerben könnte. Eine Analogie zu § 76 Abs 4 GmbHG verbietet sich laut OGH zwangsläufig.²⁶¹

Die Rechtsstellung des an einem Exekutionsobjekt Vorkaufsberechtigten ist in der EO mit Ausnahme des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht speziell geregelt. Nur in jenem besteht gem §§ 171 f EO für das Exekutionsgericht die Verpflichtung demjenigen, für den auf der zu versteigernden Liegenschaft ein Vorkaufsrecht einverleibt ist bzw der ein Einverleibungsgesuch gestellt hat, das Versteigerungsedikt zuzustellen. Insofern entspricht die EO dem § 1076 ABGB.²⁶² Die Bestimmung des § 1076 ABGB bewirkt, dass ein verbüchertes Vorkaufsrecht bei einer gerichtlichen Versteigerung seines eigentlichen Inhalts verlustig geht und der Berechtigte lediglich zur Versteigerungstagsatzung zu laden ist. Dort kommt der Berechtigte nur dann zum Zug, wenn er das Meistbot stellt. Der Berechtigte hat also keine weiteren Rechte als sich an der Versteigerung zu beteiligen.²⁶³

Der OGH verneint eine Verpflichtung des Exekutionsgerichts, eine Verständigung des Vorkaufsberechtigten vorzunehmen, indem er ausführt, dass ein Vorkaufsberechtigter, dessen Recht „aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist“, innerhalb und außerhalb des

²⁶⁰ Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 302/1.

²⁶¹ OGH 3 Ob 223/11g ÖJZ EvBl 2012/79, 555 (EvBl-Redaktion) = GesRZ 2012, 304 (Frauenberger) = wbl 2012/152, 404 = AnwBl 2012, 574 = ecolex 2012/287, 703 = RdW 2012/490, 468 = ZIK 2012/288, 200 = SZ 2012/18

²⁶² OGH 3 Ob 196/09h GesRZ 2010, 160 (Rauter) = ZIK 2010/173, 120

²⁶³ *Kletečka*, GesRZ 2009/2, 82 (83).

Zwangsversteigerungsverfahren nicht beizuziehen ist. Mit der Entscheidung des OGH wird eine allgemeine Anwendung des § 1076 ABGB und somit auch eine vergleichbare „Verdinglichung“ des Rechts iSd § 1073 ABGB wohl abgelehnt.

Auch die Literatur hat sich bereits mit dem Thema befasst, kommt hier aber zu einer anderen Ansicht. *Rauter* verweist auf die hM, nach der dem gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsrecht absolute Wirkung zugesprochen werden muss und kommt zum Ergebnis, dass der Berechtigte vom Kaufangebot zu verständigen ist, um ihm Gelegenheit zur Ausübung seines Vorkaufsrechts zu geben.²⁶⁴

Dazu hat *Hager-Rosenkranz* vorgebracht, dass sich das statutarische Vorkaufsrecht bei Geschäftsanteilen nicht vom bürgerlich-rechtlichen verdinglichten Vorkaufsrecht unterscheidet. Bei diesem gilt, dass der Vorkaufsberechtigte grds im Falle der Zwangsversteigerung lediglich zu Feilbietung zu laden ist, um dort mitbieten zu können. Der Vorkaufsberechtigte muss sein Vorkaufsrecht jedenfalls spätestens zum Versteigerungstermin anmelden, da sonst der Ersteher ohne Belastung durch das Vorkaufsrecht erwirbt (§ 170a Z 1 EO). Entsprechend soll bei der Zwangsversteigerung von GmbH-Anteilen vorzugehen sein, wobei diese freilich nur subsidiär anzuwenden ist. Im Fall des primär vorgehenden Zwangsverkaufs aus freier Hand ist der vorkaufsberechtigte Gesellschafter vom Kaufangebot zu verständigen, um ihm Gelegenheit zu geben sein Vorkaufsrecht auszuüben.²⁶⁵

²⁶⁴ *Rauter*, Exekution in den Geschäftsanteil einer GmbH: Rechtsstellung eines nach dem Gesellschaftsvertrag Vorkaufsberechtigten, GesRZ 2010/3, 160 -161(161).

²⁶⁵ *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006/6 253 (256).

7. Der GmbH-Geschäftsanteil als Gegenstand des Insolvenzverfahrens

7.1. Einführung

Nicht nur in der Exekution werfen die divergierenden Interessen von betreibenden Gläubigern und übrigen Gesellschaftern Fragen auf, sondern auch in der Insolvenz eines Gesellschafters ist die Vorgehensweise für den Insolvenzverwalter bei der Verwertung eines GmbH-Anteils nicht ganz klar.

Wie das Exekutionsrecht dient das Insolvenzrecht der Verwirklichung von Gläubigerrechten. Man kann eine Parallele zum Exekutionsrecht erkennen, da die Gläubigerrechte auch in der Insolvenz durch staatlich organisierte (Zwangs-)Maßnahmen verwirklicht werden. Daher erhält das Insolvenzrecht – insb das Konkursrecht – gerne die Bezeichnung „Gesamtvollstreckungsrecht“, das Exekutionsrecht im Gegensatz dazu die Bezeichnung „Einzelvollstreckungsrecht“.²⁶⁶

Eine bedeutende Änderung bei den Grundstrukturen des Insolvenzrechts brachte das IRÄG 2010, welches das duale System von Konkurs und Ausgleich durch ein Einheitsverfahren ersetzte.²⁶⁷ Der Begriff „Insolvenzverfahren“ selbst beschreibt keine eigene Verfahrensvariante, sondern dient als Überbegriff für Konkursverfahren und Sanierungsverfahren, die lediglich die unterschiedlichen Abläufe des nun einheitlichen Insolvenzverfahrens darstellen, wobei das Konkursverfahren die Grundlage des Insolvenzverfahrens bildet.²⁶⁸

Ist der Gesellschafter insolvent, sohin auf Dauer nicht in der Lage all seine fälligen Forderungen zur gleichen Zeit voll zu befriedigen, so tritt an die Stelle der individuellen eine kollektive Rechtsverfolgung. Durch die Verfahrenseröffnung wird das gesamte der Exekution unterworfenen Vermögen, das dem Schuldner zu diesem Zeitpunkt gehört oder das er während des Insolvenzverfahrens/Konkursverfahren erlangt, dessen freier Verfügung entzogen.²⁶⁹ Der Geschäftsanteil des Gesellschafters fällt in die Insolvenzmasse. Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet den Geschäftsanteil bestmöglich zu verwerten.²⁷⁰ Der Insolvenzverwalter ist die

²⁶⁶ Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht³ (2014) Rz 6.

²⁶⁷ Konecny (Hrsg), ZIK Spezial – IRÄG 2010 Lexis Nexis (2010), 1.

²⁶⁸ Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht³ Rz 22.

²⁶⁹ Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 189.

²⁷⁰ Höller, ZIK 2004/5 151 (151).

zentrale Figur im Konkursverfahren. Ihm obliegt dessen praktische Durchführung im gemeinschaftlichen Interesse aller Beteiligten.²⁷¹ Er hat die Masse zu verwalten und zu verwerten, wobei er wichtige Geschäfte nicht ohne Weiteres besorgen kann. Es bedarf teils einer internen Deckung durch die Äußerung des Gläubigerausschusses, teils überhaupt der Genehmigung durch den Gläubigerausschuss und/oder durch das Insolvenzgericht selbst.²⁷²

Dem Insolvenzverwalter obliegt die Wahl und Verwirklichung der besten Verwertungsart für die bereits in der Masse befindliche Aktiven. Hinsichtlich der Verfügung über die Masseaktiven bietet die IO drei mögliche Wege an:

- die kridamäßige Versteigerung
- die anderweitige Verwertung und
- die Ausscheidung aus der Masse.²⁷³

7.2. Die Verwertung

Die Verwertung der Insolvenzmasse stellt die zentrale Aufgabe des Insolvenzverwalters dar. Die vom Insolvenzbeschluss erfassten Schuldneraktiven sollen in Geld umgesetzt werden und dieses – nach Befriedigung der Massegläubiger und Abzug der Kosten – für die Verteilung unter den Insolvenzgläubigern verwendet werden.²⁷⁴ Im Folgenden werden die kridamäßige Versteigerung, die anderweitige Verwertung sowie der freihändige Verkauf behandelt.

7.2.1. Die kridamäßige Versteigerung

Die subsidiäre kridamäßige Versteigerung nach § 119 IO ist die gerichtliche Veräußerung einer zur Masse gehörigen Sache auf Antrag des Insolvenzverwalters, die keines Exekutionstitels bedarf.²⁷⁵ Nach der Rechtslage bis zur InsNov 2002 waren zur Insolvenzmasse gehörende Sachen, sofern nicht eine andere Verwertungsart beschlossen wurde, auf Antrag des Insolvenzverwalters „gerichtlich zu veräußern“. Die Freihandverwertung, die idR einen höheren Erlös verspricht, war der Regelfall. Die InsNov 2002 hat daher auch das rechtliche Verhältnis von gerichtlicher und freihändiger Verwertung umgekehrt. Gem §119 Abs 2 IO sind die zur

²⁷¹ Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 237.

²⁷² Roth, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ 276f.

²⁷³ Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht³ Rz 165f.

²⁷⁴ Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht³ Rz 364.

²⁷⁵ Feil, Insolvenzordnung Praxiskommentar⁸ (2014) §119 Rz 1.

Insolvenzmasse gehörenden Sachen nur noch dann gerichtlich zu veräußern, wenn dies (ausnahmsweise) vom Insolvenzgericht auf Antrag des Insolvenzverwalters beschlossen wird. Dabei werden die Masseaktiven gem §119 Abs 2 IO nach den Vorschriften der EO – also insb nach den Bestimmungen über die Zwangsversteigerung von Liegenschaften und den Verkauf von beweglichen Sachen in der Fahrnisexekution – verwertet. Bei dieser Verwertungsart handelt es sich jedoch um kein Exekutionsverfahren im eigentlichen Sinne, sondern um einen Abschnitt des Insolvenzverfahrens, auf welchen die einschlägigen Bestimmungen der EO sinngemäß Anwendung finden.²⁷⁶ Es bedarf keines Exekutionstitels, keiner Pfändungsbewilligung und keiner Pfändung, lediglich der Vollzug des vom Insolvenzgericht angeordneten Verkaufs ist dem Exekutionsgericht übertragen und damit dessen funktionelle Zuständigkeit für das weitere Verfahren begründet. Der gerichtliche Verkauf im Konkursverfahren ist daher keine Exekution (im engeren Sinn).²⁷⁷

Bei der kridamäßigen Versteigerung ist der Schuldner Verpflichteter und wird daher nicht durch den Insolvenzverwalter vertreten. Der Insolvenzverwalter ist betreibende Partei.²⁷⁸

7.2.2. Die anderweitige Verwertung

Die kridamäßige Verwertung findet seit der InsNov 2002 nur noch statt, wenn dies vom Insolvenzgericht auf Antrag des Insolvenzverwalters beschlossen wird. Ist dies nicht der Fall, so werden die Masseaktiven auf andere Weise verwertet. Als eine solche andere Verwertungsart kommt insb der freihändige Verkauf von Masseaktiven, der in Punkt 7.2.3. behandelt wird, aber auch der Beitritt in ein bereits laufendes Exekutionsverfahren in Betracht.²⁷⁹

Der Insolvenzverwalter kann gem § 119 Abs 4 IO in jedes anhängige Exekutionsverfahren eintreten, muss dies aber, wenn er es will, ausdrücklich erklären. Der Antrag des Insolvenzverwalters auf Eintritt in ein bereits anhängiges Exekutionsverfahren ist nicht beim Exekutionsgericht, sondern beim Insolvenzgericht zu stellen. Tritt der Insolvenzverwalter einem Zwangsversteigerungsverfahren bei, so bleibt die Sache eine reine Exekutionssache. Das Versteigerungsverfahren ist nach den Vorschriften der EO weiterzuführen. Durch den Eintritt in

²⁷⁶ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht³ Rz 165f.

²⁷⁷ *Mohr*, Die Insolvenzordnung samt Nebengesetzen, verweisenden und erläuternden Anmerkungen und ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung¹¹ (2012) §119 857.

²⁷⁸ *Feil*, IO⁸ §119 Rz 3.

²⁷⁹ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht³ Rz 367.

ein anhängiges Versteigerungsverfahren erlangt der Insolvenzverwalter nicht die Stellung eines betreibenden Gläubigers.²⁸⁰

In einem reinen Exekutionsverfahren – also nicht im Fall einer kridamäßigen Versteigerung – tritt der Insolvenzverwalter in Ansehung des dem Konkurs unterworfenen Vermögens als gesetzlicher Vertreter des Verpflichteten auf. Wenn im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits eine Zwangsversteigerung betrieben wird, so liegt kein Fall einer kridamäßigen Verwertung vor, die zu den Amtsobliegenheiten des Insolvenzverwalters gehört. In einem „reinen“ Exekutionsverfahren, das die Insolvenzmasse betrifft, ist der verpflichtete Schuldner nicht prozessfähig.²⁸¹

7.2.3. Die freihändige Veräußerung

Der freihändige Verkauf von sich in der Verfügungsmacht des Insolvenzverwalters befindlichen Sachen ist ggü der kridamäßigen Verwertung zwar der Regelfall, ist aber in der IO nur wenig geregelt. Der Insolvenzverwalter unterliegt keiner Beschränkung auf bestimmte Verwertungsarten. Vertragspartner beim Kauf aus der Insolvenzmasse ist nicht der Insolvenzverwalter, sondern der von ihm vertretene Schuldner.²⁸² Zum Freihandverkauf bedarf der Insolvenzverwalter nicht der gerichtlichen Zustimmung. Da der Freihandverkauf Vorrang genießt, kann ihn der Insolvenzverwalter auch noch bis zum exekutiven Versteigerungstermin, bei unbeweglichen Sachen jedenfalls bis zur Rechtskraft des Versteigerungsedikts vornehmen.²⁸³

Wie bereits dargestellt wurde, erfolgt das Verwertungsverfahren nach den Vorschriften der EO mit den in § 119 IO normierten Abweichungen. Die Verwertung eines Geschäftsanteils, der keiner Übertragungsbeschränkung unterliegt, erfolgt demnach wie in Punkt 5.3. beschrieben wurde. Für die Verwertung von Geschäftsanteilen, die mit einer Vinkulierung oder einem Aufgriffsrechts verbunden sind, ist zu klären wie mit diesen Übertragungsbeschränkungen im Insolvenzverfahren umzugehen ist. Die Beantwortung der Frage, inwieweit Übertragungsbeschränkungen den Insolvenzverwalter bei seinen Handlungen beeinträchtigen bzw inwieweit Übertragungsbeschränkungen aus konkursrechtlicher Sicht zulässig sind, erfolgt im folgenden Kapitel.

²⁸⁰ *Mohr*, IO¹¹ §119 863.

²⁸¹ *Mohr*, IO¹¹ §119 675.

²⁸² *Feil*, IO⁸ §119 Rz 4.

²⁸³ *Buchegger*, Insolvenzrecht² (2013) 143.

8. Die Wirkung von Übertragungsbeschränkungen im Insolvenzverfahren

8.1. Einführung

Im Fall der konkursrechtlichen Verwertung des Geschäftsanteils besteht für die Mitgesellschafter die Gefahr, durch den Insolvenzverwalter mit einem ihnen nicht genehmen neuen Mitgesellschafter konfrontiert zu werden.²⁸⁴ An die Stelle des insolventen Mitgesellschafters tritt der Insolvenzverwalter, der verpflichtet ist den Geschäftsanteil bestmöglich zu verwerten. Diese Pflicht steht im Spannungsverhältnis zu den Interessen der Mitgesellschafter, die Gesellschafterstruktur durch Übertragungsbeschränkungen zu beeinflussen.²⁸⁵ Im Folgenden soll die Verwertung eines beschränkt übertragbaren Geschäftsanteils und die Reichweite der einzelnen Übertragungsbeschränkungen auch für das Insolvenzverfahren erörtert werden.

8.2. Geschäftsanteil mit Zustimmungsrecht gem § 76 Abs 2 GmbHG

Der Konkurs über das Vermögen eines Mitgesellschafters ist ein erheblicher Eingriff in das Vertrauensgefüge einer GmbH, der es verständlich werden lässt, dass die Gesellschafter Regelungen in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen, die ihnen den Einfluss auf die Person ihrer Mitgesellschafter sichern sollen.²⁸⁶ Beinahe zum Standard in GmbH-Verträgen gehört das in § 76 Abs 2 GmbHG genannte Zustimmungsrecht. Der übertragbare Geschäftsanteil gehört als Gesamtheit der mit der Mitgliedschaft verbundenen Rechte und Pflichten des Schuldners zur Insolvenzmasse.²⁸⁷ Ist der Geschäftsanteil grds übertragbar, jedoch an ein Zustimmungsrecht gem § 76 Abs 2 GmbHG gebunden, stellt sich die Frage inwieweit der Insolvenzverwalter bei der Verwertung an diese Vinkulierung gebunden ist. Hat sich der Insolvenzverwalter an das Verfahren, welches das GmbHG vorschreibt, zu halten, ohne dass eine Gefährdung der Masse zu befürchten ist oder kann er ohne Bindung an das Zustimmungserfordernis die Verwertung des Anteils vornehmen?

Ursprünglich sprach sich die Lehre für den Entfall des Zustimmungserfordernisses aus, wenn der Anteil durch den Insolvenzverwalter verwertet wird. Dagegen wurde jedoch vorgebracht, dass

²⁸⁴ Höller, ZIK 2004/5 151 (151).

²⁸⁵ Höller, ZIK 2004/5 151 (151).

²⁸⁶ Höller, ZIK 2004/5 151 (151).

²⁸⁷ Gellis/Feil, Kommentar zum GmbH Gesetzbuch⁷, § 76 9.1.

gem § 119 Abs 2 IO auf die gerichtliche Veräußerung im Konkursverfahren die Bestimmungen der EO sinngemäß anzuwenden sind, was auch die ihrem Inhalt nach exekutionsrechtliche Vorschrift des § 76 Abs 4 erfasst.²⁸⁸

Ausdrücklich gegen die hL stellt sich *Höller*, der der Ansicht ist, dass Zustimmungsklauseln in Gesellschaftsverträgen auch im Konkurs wirksam sind und vom Insolvenzverwalter analog zu § 76 Abs 4 GmbHG im Rahmen der konkurstmäßigen Verwertung zu berücksichtigen sind. Bei den Vinkulierungsklauseln handelt es sich um eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Übertragung, die mittelbare Mitgliedschaftsrechte und Pflichten iES begründet. Ihre absolute Wirksamkeit außerhalb des Konkursverfahrens ist unstrittig und sieht das Gesetz selbst ausdrücklich die Möglichkeit vor, eine solche Vinkulierungsklausel in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen zu können. Ohne weitere Begründung wird die Unwirksamkeit dieser Klausel von der österreichischen Lehre angenommen, anscheinend wird unterstellt, dass Vinkulierungsklauseln generell die Verwertungsmöglichkeiten eines Insolvenzverwalters verschlechtern. Dabei wird übersehen, dass das GmbHG jedoch in § 76 Abs 4 GmbHG eine Sonderbestimmung für die zwangsweise Verwertung von vinkulierten Geschäftsanteilen vorsieht. Schon in dieser von Gesetzgeber vorgenommenen Wertung zeigt sich laut *Höller*, dass Vinkulierungsklauseln vom Gesetzgeber per se kein gläubigerschädigender Inhalt unterstellt wird. Durch die ausdrückliche Regelung der zwangsweisen Verwertung wird die Wirkung von Vinkulierungsklauseln zwar eingeschränkt, aber nicht zur Gänze beseitigt, was eine ausgewogene Lösung des Interessenskonflikts zwischen Gläubigern und Gesellschafter darstellt. Der in § 332 EO iVm § 76 Abs 4 GmbHG vom Gesetzgeber gewählte Weg ist daher auch im Konkursverfahren anzuwenden, was sich für die gerichtliche Veräußerung aus § 119 Abs 2 IO ergibt. Danach sind, wie bereits erwähnt wurde, für die gerichtliche Veräußerung im Konkursverfahren die Bestimmungen der EO sinngemäß anzuwenden.²⁸⁹ Ob die Bestimmung des § 119 Abs 2 IO vorsieht, dass die exekutionsrechtlichen Bestimmungen für die gerichtliche als auch für die freihändige Veräußerung sinngemäß anzuwenden sind, wird in der Lehre unterschiedlich argumentiert.

Trenker bejaht die analoge Anwendung des § 76 Abs 4 GmbHG. Eine unmittelbare Anwendung sei ausgeschlossen, da sich der Verweis des § 119 Abs 2 IO nur auf die gerichtliche nicht aber auf die freihändige Veräußerung bezieht. Die analoge Anwendung ist seiner Ansicht nach geboten, da für den Konkurs als Generalexekution 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

²⁸⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 8.

²⁸⁹ *Höller*, ZIK 2004/5 151 (154).

behandeln, während die Gläubiger im Exekutionsverfahren nach Maßgabe von § 76 Abs 4 GmbHG daran gebunden sind, gibt es laut *Trenker* nicht.²⁹⁰

Höller spricht sich für die Anwendbarkeit der exekutionsrechtlichen Sonderbestimmungen im gerichtlichen als auch im freihändigen Veräußerungsverfahren durch den Insolvenzverwalter aus. Sollte ein Vorgehen nach § 119 Abs 2 IO iVm § 76 Abs 4 GmbHG für vinkulierte Geschäftsanteile nicht ohnedies zwingend sein, so ist das Verfahren seiner Ansicht nach gem § 76 Abs 4 GmbHG zumindest analog auf die freihändige Veräußerung anzuwenden, denn auch die freihändige Veräußerung durch den Insolvenzverwalter stellt immer noch einen freihändigen Zwangsverkauf dar. Da sich durch die Verwertung eines vinkulierten Geschäftsanteils gem § 76 Abs 4 GmbHG keine Schädigung der Insolvenzmasse befürchten lässt, ist die hM, wonach Vinkulierungsklauseln im Konkurs schlichtweg unwirksam sind, laut *Höller* abzulehnen.²⁹¹

Dieser Meinung schließt sich *Umlauf* an, der festhält, dass das im GmbHG vorgesehene Verfahren nicht nur für das Exekutionsverfahren gilt, sondern dass dieses Verfahren gleichermaßen im Konkurs des Gesellschafters Anwendung finden soll, unabhängig davon ob es sich dabei um eine freihändige Veräußerung oder um einen gerichtlichen Verkauf handelt.²⁹² Nachdem keine Schädigung der Masse zu befürchten ist, ist die Anwendbarkeit von § 76 Abs 4 GmbHG auch seiner Ansicht nach als durchaus zulässig anzusehen, wenn sich keine sachlichen Argumente finden, warum die Interessen der Gesellschaft und der verbleibenden Gesellschafter nicht gewahrt werden sollen, wenn diese für den Insolvenzverwalter und somit für die Konkursgläubiger keinerlei nachteilige Wirkung haben.²⁹³

Für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters der GmbH steht der Gesellschaft somit nur für kurze Zeit ein Vetorecht zu. Die Vinkulierung wird vor allem dahingehend eingeschränkt, dass die Gesellschaft nur einen Käufer präsentieren kann, der bereit ist, einen Preis in der Höhe des Schätzwertes zu bezahlen. Jedoch hat der Gesetzgeber auch hinsichtlich des Übernahmepreises einen Kompromiss zwischen den Gesellschafts- und den Gläubigerinteressen gefunden, denn auch wenn der Insolvenzverwalter einen Interessenten an der Hand hat, der mehr als den Schätzpreis bieten würde, muss der von der Gesellschaft präsentierte Erwerber nur den

²⁹⁰ *Trenker*, JBl 2012,281 (286).

²⁹¹ *Höller*, ZIK 2004/5 151 (154).

²⁹² *Umlauf*, Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, GesRZ 2009/1, 4-11 (7).

²⁹³ *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006/6 253 (257).

Schätzwert leisten.²⁹⁴ Die Wertung des § 76 Abs 4 GmbHG beansprucht somit nicht nur für die Einzel- sondern auch für die Generalexekution Geltung.²⁹⁵

8.3. Geschäftsanteil mit Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen

Gesellschaftsvertragliche Regelungen, die ein Aufgriffsrecht zugunsten der übrigen Gesellschafter vorsehen, sind für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters in der Vertragspraxis durchaus üblich. Ihre jeweilige Ausgestaltung ist vielfältig.²⁹⁶ Anders als bei den Zustimmungrechten, bei denen mittlerweile geklärt sein dürfte, dass Vinkulierungsklauseln im Konkurs nicht unwirksam sind, sondern § 76 Abs 4 GmbHG anzuwenden ist, ist die Wirksamkeit von Aufgriffsrechten in der Insolvenz durchaus umstritten. Ein Teil der Literatur spricht sich für die Wirksamkeit solcher Aufgriffsklauseln aus, indem § 76 Abs 4 GmbHG als verallgemeinerungsfähige Grundwertung des Gesetzgebers herangezogen wird. Von einem anderen Teil der Literatur wird die Wirksamkeit solcher Klauseln unter Berufung auf § 26 Abs 3 IO bestritten.²⁹⁷ Mit der Wirksamkeit von Anbieters- und Übernahmepflichten im Konkurs eines Gesellschafters hat sich der OGH bisher inhaltlich nicht auseinander gesetzt. Dafür liegen vereinzelt zweitinstanzliche Entscheidungen vor, die sich mit dieser Problematik beschäftigen.²⁹⁸

In der Literatur finden sich durchaus unterschiedliche Meinungen, die im Folgenden einander ggü gestellt werden sollen. Strukturell sind bei den Anbotspflichten zu vorfixierten Bedingungen zwei Aspekte voneinander zu unterscheiden, einerseits ist das die Frage nach der Konkursfestigkeit des Aufgriffsrechts selbst, andererseits handelt es sich um die Frage nach der Zulässigkeit von Aufgriffspreisbeschränkungen für den Fall der Insolvenz.²⁹⁹

²⁹⁴ *Kletečka*, GesRZ 2009/2, 82 (85).

²⁹⁵ *Kletečka*, GesRZ 2009/2, 82 (85).

²⁹⁶ *Höller*, ZIK 2004/5 151 (151).

²⁹⁷ *Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, wbl 2008/8, 353-363 (354).

²⁹⁸ *Höller*, ZIK 2004/5 151 (152).

²⁹⁹ *Höller*, ZIK 2004/5 151 (151).

8.3.1. Konkursfestigkeit der Anbotspflicht

Ob Aufgriffsrechte und Übertragungsgebote im Fall der Insolvenz überhaupt Wirkung entfalten ist strittig,³⁰⁰ aber besonders im Interesse der Rechtsicherheit für Gläubiger und Mitgesellschafter von großer Bedeutung.

Ein Lösungsvorschlag aus der Lehre orientiert sich stark an der Regelung, die für Anteilsvinkulierung vorgesehen ist. *Kletečka* schlägt vor die Wertung des § 76 Abs 4 GmbHG auf Aufgriffsrechte zu erstrecken. Dagegen eingewendet wurde, dass Aufgriffsrechte eine andere Wirkung als Vinkulierungsrechte haben.

Diesem Einwand begegnet *Kletečka*, indem er die Parallelen zwischen Aufgriffsrecht und Vinkulierungsrecht hervorhebt. Gleichzeitig betont er jedoch, dass damit keinesfalls gesagt werden soll, dass keine Unterschiede zwischen der Vinkulierung und dem Aufgriffsrecht bestehen. Auf die Unterschiede komme es letztlich jedoch gar nicht an. Denn welche Rechte der Gesellschaft bzw den Gesellschaftern aufgrund des einen oder anderen Klauseltyps zukommen, betrifft primär das Innenverhältnis. Für die Konkursfestigkeit ist aber entscheidend, welches Gewicht das Gesetz dem Gläubigerschutz einerseits und den Interessen der Gesellschafter bzw der Gesellschaft andererseits zumisst. Die Norm, die darüber Auskunft gibt, ist die Bestimmung des § 76 Abs 4 GmbHG.³⁰¹ Demnach ist es völlig richtig, wenn die darin enthaltene Regelung als verallgemeinerungsfähige „Grundwertung des Gesetzgebers“ bezeichnet wird, die auf das Aufgriffsrecht zu erstrecken ist.³⁰² Der ausgleichende Mittelweg des Gesetzes wird darin gesehen, dass die Vinkulierung zwar aufrechterbleibt, die Masse aber den Schätzwert erhält. Die dem veräußernden Gesellschafter außerhalb von Exekution und Konkurs zustehende Möglichkeit, einen Käufer zu suchen, der mehr als den Schätzwert bietet, den dann der von der Gesellschaft namhaft gemacht Erwerber zu akzeptieren hätte (§ 77 GmbHG), steht dem Insolvenzverwalter nicht offen. Auch damit trägt das Gesetz den Interessen der Gesellschaft Rechnung.³⁰³ Durch diese Lösung ist gewährleistet, dass die Übernahme des Geschäftsanteils durch einen der Gesellschaft genehmen Käufer rasch und zu kalkulierbaren Konditionen erfolgen kann. Dadurch wird der Bestand der Gesellschaft und des von ihr betriebenen Unternehmens mit all den daran geknüpften Konsequenzen geschützt und gestärkt. Dieses Ziel zu verfolgen ist ebenso wichtig wie der Schutz der Gläubiger. Laut *Umlauft* ist die Grundwertung des Gesetzgebers sachgerecht und überzeugt, indem sie einen vermittelten Ausgleich zwischen

³⁰⁰ Schopper in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 33.

³⁰¹ *Kletečka*, GesRZ 2009/2, 82 (87).

³⁰² *Umlauft*, GesRZ 2009/1, 4 (8).

³⁰³ *Kletečka*, GesRZ 2009/2, 82 (87).

legitimen aber oft gegensätzlichen Interessen der Gläubiger und der Gesellschaft sucht. Dies ist verallgemeinerungsfähig und muss dann auch für Regelungen des Gesellschaftsvertrags einer GmbH gelten, die für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters ein Aufgriffsrecht zugunsten der anderen Gesellschafter vorsehen und zwar unabhängig davon, ob der Geschäftsanteil vinkuliert ist bzw einer Übertragungsbeschränkung unterliegt oder nicht. Solche gesellschaftsvertraglichen Regelungen sind daher auch dem Insolvenzverwalter ggü als wirksam anzusehen, da sie den gesetzlichen Wertungen entsprechen.³⁰⁴

Die Zulässigkeit von in Gesellschaftsverträgen begründeten Aufgriffsrechten für den Fall des Gesellschafterkonkurses ist auch aufgrund der Beziehung zu § 26 IO überaus strittig. In Abs 3 leg cit wird bestimmt, dass der Insolvenzverwalter an Anträge des Schuldners, die vor der Konkurseröffnung noch nicht angenommen worden sind, nicht gebunden ist. Einige Kommentatoren in Österreich sehen in einem Aufgriffsrecht, welches im Falle der Insolvenz eines Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern zusteht, ein Anbot des Schuldners, also einen „Antrag“ iSd § 26 Abs 3 IO, an welchen der Insolvenzverwalter im Konkurs des Gesellschafters demnach nicht gebunden ist.³⁰⁵

Dazu wird von *Nitsche* vorgebracht, dass es dabei auf die zivilrechtliche Qualifikation des Übertragungsgebots ankommt. Eine Anbotspflicht ist bis zur Annahme durch die Mitgesellschafter als „Versprechen“ iSd § 862 ABGB zu qualifizieren. Der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Pflicht des Insolvenzverwalters, den Geschäftsanteil zum Erwerb anzubieten, entspricht das korrespondierende Recht der Mitgesellschafter den Geschäftsanteil aufzugreifen. Bis zum Zugang der Annahmeerklärung (in notarieller Form) liegt bloß die einseitige Willenserklärung vor, die noch keine Verpflichtung zu einer Leistung, sondern lediglich eine Bindung des Offerenten an sein „Versprechen“ erzeugt. Für derartige Anträge bestimmt § 26 IO, dass der Insolvenzverwalter an sie nicht gebunden ist, wenn sie vor Konkurseröffnung noch nicht angenommen wurden. Der Antrag erlischt mit Eintritt der Wirkungen der Konkurseröffnung gem § 2 Abs 1 IO ipso iure, ohne dass es einer Widerrufserklärung bedarf. § 26 IO ist zwingend und Vereinbarungen, die zum Nachteil der Insolvenzmasse von § 26 IO abweichen und eine Bindung des Insolvenzverwalters an Anträge des Schuldners bewirken sollen, sind rechtsunwirksam. Sihin ist eine Belastung des

³⁰⁴ *Umlauft*, GesRZ 2009/1, 4(8).

³⁰⁵ *Umlauft*, GesRZ 2009/1, 4(5).

Geschäftsanteils mit einer Anbotspflicht, die auch den Insolvenzverwalter bindet, folglich nicht möglich.³⁰⁶

Dieser Lehrmeinung schließt sich *Höller* an, der mangels Sonderbestimmung in IO und GmbHG, die Rechtsnatur der jeweiligen Übertragungsbeschränkung einer Prüfung unterzieht, um die Konkursfestigkeit beurteilen zu können. Seiner Ansicht nach kommt es dabei auch darauf an, ob die Übertragungsbeschränkung zu den Mitgliedschaftsrechten und -pflichten gehören oder ob sie diese nur ergänzen und Teil eines konkreten Austauschverhältnisses sind. Gegen die Konkursfestigkeit von Verkaufs- und Anbotspflichten bestehen demnach erhebliche konkursrechtliche Bedenken. Ob sie zu den Mitgliedschaftsrechten und -pflichten iSd gehören ist nach Ansicht *Höllers* nämlich zweifelhaft. Den Verkaufs- und Anbotspflichten liegt ein konkretes Austauschverhältnis zugrunde (Geschäftsanteil gegen Kaufpreis), das auch durch die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag nicht beseitigt wird. Anders als für Vinkulierungsklauseln gibt es für Verkaufs- und Anbotspflichten keine gesellschafts- oder exekutionsrechtlichen Sonderbestimmungen. Zudem sind Verkaufs- und Anbotspflichten idR so gestaltet, dass eine Subsumtion unter die Endigungsbestimmungen der IO gerade unausweichlich ist. Durch die Anwendung dieser Endigungsbestimmungen ergibt sich, dass Verkaufs- und Anbotspflichten als Anträge iSd § 26 Abs 3 IO zu qualifizieren sind. Es handelt sich bei ihnen um einseitige Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines Vertrags mit dem Empfänger des Antrages gerichtet sind. Wird demnach über das Vermögen des Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der Insolvenzverwalter an die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Verkaufs- und Anbotspflichten nicht gebunden. Nach einer Ansicht in der Lehre führt dies ipso iure zum Erlöschen des Antrags, ohne dass es einer Widerrufserklärung des Insolvenzverwalters bedürfte. Doch weist *Höller* darauf hin, dass von der Bestimmung des § 26 Abs 3 IO kein automatisches Erlöschen angeordnet wird, sondern, wie es sich aus dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes ergibt, lediglich bestimmt, dass der Insolvenzverwalter an die vom Schuldner abgegebene Willenserklärung nicht gebunden ist. Dem Insolvenzverwalter steht es demnach frei, ob er die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Verkaufs- oder Anbotspflicht erfüllen will oder nicht. Entscheidet er sich dagegen, so kann ihn der Anbotsempfänger auch nicht durch die Erklärung der Annahme des Anbots binden.³⁰⁷

Neben *Nitsche* und *Höller*, die für die Begründung der Unwirksamkeit von Aufgriffsrechten in der Insolvenz auf den zivilrechtlichen Gehalt der Verkaufs- und Anbotspflichten abstellen, wird

³⁰⁶ *Nitsche*, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in FS Jelinek (2002) 194f.

³⁰⁷ *Höller*, ZIK 2004/5 151 (155).

zugleich auch die Meinung vertreten, dass Übertragungs- oder Anbiertungspflichten zugunsten der übrigen Gesellschafter lediglich eine rein persönliche Verbindlichkeit erzeugen, welche nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mehr erfüllt werden kann.³⁰⁸

Eine Durchbrechung der absoluten Wirkung von Aufgriffsrechten durch die Anordnung des § 26 Abs 3 IO wird von einer anderen Stimme in der Lehre abgelehnt. *Trenker* ist der Meinung, dass Optionsrechte in vielschichtigen Verträgen keine Anträge im Sinne dieser Bestimmung sind. Ansonsten könnte der Insolvenzverwalter einzelne, für ihn ungünstige Klauseln missachten, die Bestandteil der subjektiven Austauschgerechtigkeit der Parteien beim Vertragsabschluss waren. Ein derartiges „Rosinenpicken“ würde jedoch zu Frustration des berechtigten Vertrauens des Vertragspartners des Schuldners führen. Ein solches Ergebnis ist dem von Vertrauensschutz und Vertragstreue geprägten österreichischen Privatrechtssystem jedoch fremd. Dies spreche für eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Antrag“. Zusätzlich spreche auch ein Gleichlauf mit dem Fall der Exekution für die insolvenzrechtliche Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen. Es ist nämlich auch bei Aufgriffsrechten keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich, warum die Exekutionsgläubiger derartige Klauseln gegen sich gelten lassen müssen, dies für Insolvenzgläubiger jedoch nicht gelten soll.³⁰⁹

Der OGH hat die Streitfrage, ob § 26 Abs 3 IO der Wirksamkeit von Aufgriffsrechten im Konkursfall entgegensteht, lediglich referiert, aber nicht entschieden.³¹⁰ Von diesem Fall abgesehen hat das Höchstgericht 1980 eine Entscheidung des OLG Wien, wonach vertragliche Übertragungsgebote in der Satzung einer GmbH nicht für den Insolvenzverwalter im Gesellschafterkonkurs gelten, nicht für „offenbar gesetzwidrig“ iSd § 16 AußStrG aF gehalten, woraus aber nicht geschlossen werden kann, dass diese Entscheidung rechtmäßig ergangen sei. Begründet hat das OLG Wien seine Ansicht damit, dass der Geschäftsanteil mit der Konkurseröffnung in die Insolvenzmasse falle und die mit ihm verbundene Rechtsausübung dem Insolvenzverwalter zukomme. Eine Immunität des Geschäftsanteils ggü dem Zugriff der Gläubiger im Konkurs des Gesellschafters gäbe es nicht.³¹¹ Für das OLG Linz sind Aufgriffsrechte im Gesellschafter Konkurs unwirksam, weil sie von der Bestimmung des § 26

³⁰⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 619.

³⁰⁹ *Trenker*, JBl 2012,281 (287).

³¹⁰ OGH 6 Ob 142/05h RWZ 2007,135 (Wenger) = GesRZ 2007,148 = GeS 2007,186 (Fantur) = wbl 2007,155 = eolex 2007/527 = GesRZ 2007,258 (Höller) = ZIK 2007,130 = RdW 2007,473 = NZ 2007,379 = Umlauf, GesRZ 2009,4 = SZ 2007/33 = HS 38.024 = HS 38.112 = HS 38.144 = HS 38.151 = HS 38.185 = HS 38.315

³¹¹ OLG Wien 5 R 119/79 in *Rüffler*, wbl 2008/8, 353 (354).

Abs 3 IO erfasst werden.³¹² Es könnte fast davon ausgegangen werden, die OLG gehen einheitlich von der Unwirksamkeit der Aufgriffsrechte aus, doch hat das OLG Innsbruck in Satzungen vorgesehene Aufgriffsklauseln in einigen seiner Entscheidungen nicht beanstandet. Das OLG Innsbruck stützt sich, unter Berufung auf die deutsche Judikatur und Lehre, darauf, dass die Begründung des Aufgriffsrecht in der Satzung den Geschäftsanteil von vornherein nur mit dieser Belastung entstehen lasse.³¹³

Eine andere Ansicht in der Lehre befürwortet die Konkursfestigkeit von Aufgriffsrechten, indem die Aufgriffsrechte als verbundene Satzungsbestandteile qualifiziert werden. Da das gesellschaftsvertraglich vereinbarte Aufgriffsrecht nach überwiegender Auffassung materieller Satzungsbestandteil ist, entsteht der Geschäftsanteil bereits von vornherein mit dieser Beschränkung und ist mit dieser verbunden. Begründet wird dies damit, dass der Geschäftsanteil in seiner Gesamtheit als ein Paket von Rechten und Pflichten durch den Gesellschaftsvertrag individuell ausgestaltet wird und diesem ua die in Form von materiellen Satzungsbestimmungen vereinbarten Aufgriffsrechte anhaften. Aufgrund dieser Qualifikation ist das Aufgriffsrecht grundsätzlich als konkursfest anzusehen, sofern weitere Voraussetzungen iZm Abfindungsbeschränkungen vorliegen.³¹⁴

Laut Rüffler stellt der Geschäftsanteil ein Bündel von Rechten und Pflichten dar, welche nicht isoliert voneinander betrachten werden können. Der Geschäftsanteil wird erst durch die Satzung geschaffen und ist in dieser Ausgestaltung Verwertungsobjekt. Demnach konstituieren satzungsmäßige Aufgriffsrechte von vornherein das Befriedigungsobjekt „Geschäftsanteil“. Ebenso wie etwa satzungsmäßige Gewinnvorzüge oder Stimmrechtsregeln den Geschäftsanteil konstituieren und seinen Wert (positiv wie negativ) bestimmen, ist es auch mit einem satzungsmäßigen Aufgriffsrecht, dass den Geschäftsanteil zugunsten der Mitgesellschafter belastet. Voraussetzung dafür ist laut einem der Autoren aber, dass es sich um eine materielle (korporative/echte) nicht bloß formelle (nicht korporative/unechte), lediglich schuldrechtlich wirkende Satzungsklausel handelt. Denn im zweitgenannten Fall wird nicht der Geschäftsanteil als solcher konstituiert, sondern handelt es sich dann tatsächlich um ein „normales“ schuldrechtliches Angebot zwischen einzelnen Gesellschaftern. Ist das Aufgriffsrecht aber materieller Satzungsbestandteil, dann liegt in der Ausübung des Aufgriffsrecht keine gem § 3 IO unwirksame Verfügung über den Geschäftsanteil, der in die Insolvenzmasse fällt, sondern fällt dieser Geschäftsanteil von vornherein nur belastet in die Insolvenzmasse und tritt an seine Stelle,

³¹² OLG Linz 2 R 80/89t in *Rüffler*, wbl 2008/8, 353 (355).

³¹³ OLG Innsbruck 5 R 264/84 in *Rüffler*, wbl 2008/8, 353 (355).

³¹⁴ *Umfahrer*, Übertragung und Abfindung von GmbH-Anteilen, GesRZ 2010/6, 320-327 (321).

falls das Aufgriffsrecht ausgeübt wird, der Erwerbspreis. Diese Erwägungen sprechen gegen eine Behandlung der Aufgriffsrechte als Anträge iSd § 26 Abs 3 IO. Hinzu kommt, dass man einzelne Rechte und Pflichten eines Geschäftsanteils nicht isolieren kann. Wie von der Rsp ebenfalls festgestellt wird, handelt es sich dabei vielmehr um ein Bündel an Rechten und Pflichten. Daraus einzelne Pflichten herauszulösen und sie als Anträge iSd § 26 Abs 3 IO zu qualifizieren, würde dem besonderen Charakter wechselseitiger gesellschaftlicher Rechte und Pflichten nicht gerecht werden. Da auch die Rsp in der Satzung enthaltene Übertragungsbeschränkungen als dingliche oder absolute Verfügungsverbote qualifiziert, kann ihnen somit keine relative, nur den versprechenden Gesellschafter bindende Wirkung zukommen. Wie gesagt haften Übertragungsbeschränkungen dem Geschäftsanteil an, weshalb sie nicht als „normales“ schuldrechtliches Angebot gewertet werden können. Schließlich sind die §§ 21-26a IO nur auf zweiseitige Rechtsgeschäfte anwendbar und § 21 IO ist auf Gesellschaftsverträge als mehrseitige Verträge nicht anwendbar. Gleiches muss daher für die Bestimmung des § 26 Abs 3 IO gelten, da sie im selben Abschnitt der IO unter der Überschrift „zweiseitige“ Rechtsgeschäfte enthalten ist.³¹⁵

Es zeigt sich, dass eine Aufgriffsregelung für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters vor dem IRÄG 2010 für grds zulässig angesehen wurde.³¹⁶ Das IRÄG 2010 wirft schließlich erneut Fragen über die Behandlung von Aufgriffsrechten in der Gesellschafterinsolvenz auf. Demnach könnte sich die Unzulässigkeit von Aufgriffsklauseln in bestimmten Fällen, aus den durch das IRÄG 2010 neu eingeführten §§ 25a, 25b IO ergeben. Die Bestimmungen enthalten Neuregelungen für die Kündigung von Verträgen durch Vertragspartner des Schuldners. § 25a IO ordnet an, dass Vertragspartner des Schuldners Rechte auf Vertragsbeendigung nur aus wichtigem Grund ausüben können, wobei die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners und der vor Insolvenzeröffnung eingetretene Verzug des Schuldners explizit nicht als wichtige Gründe gelten. Gem § 25b Abs 2 IO ist die Vereinbarung eines Rücktrittrechts oder eines Rechts auf Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unzulässig.³¹⁷ Die Frage, ob die Bestimmungen der §§ 25a, 25b IO auch auf mehrseitige Rechtsgeschäfte, insb also auch auf Gesellschaftsverträge anzuwenden sind, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet.³¹⁸

³¹⁵ Rießler, wbl 2008/8, 353 (355).

³¹⁶ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 138.

³¹⁷ Eckert, Insolvenzen von Gesellschaftern, Kodek/Konecny, Insolvenzenforum 2010 (2011) 59-74, 63.

³¹⁸ Umlauft, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters, NZ 2012/110, 289-301 (209).

Widhalm-Budak und *Taufner* vertreten die Meinung, dass die §§ 25a, 25b IO nur auf zweiseitige Verträge und somit nicht auf Gesellschaftsverträge anzuwenden sind. *Widhalm-Budak* begründet dies mit dem Fokus auf die Überschrift zu den §§ 21 bis 26a IO, die von der Erfüllung zweiseitiger Rechtsgeschäfte spricht. In systematischer Interpretation dürften mehrseitige Verträge, und damit auch Gesellschaftsverträge, daher nicht in den Anwendungsbereich der §§ 25a, 25b IO mit einbezogen werden.³¹⁹ *Taufner* ist grds der Meinung, dass es sich bei Gesellschaftsverträgen um mehrseitige Verträge handelt, doch stellt er idZ fest, dass sich durch das Abstellen auf die Zweiseitigkeit in weiterer Konsequenz ein abweichendes Ergebnis bei den Zweimanngesellschaften ergeben würde. Da der Gesellschaftsvertrag bei Zweimanngesellschaften lediglich zwischen zwei Personen zustande kommt, wird dieser Gesellschaftsvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft angesehen werden müssen. *Taufner* ist demnach der Ansicht, dass eine Differenzierung nach der Anzahl der Vertragspartner des Schuldners teleologisch nicht nachvollziehbar zu sein scheint. Die ausschlaggebende Anleitung zur Auslegung der Überschrift zu §§ 21 bis 26a IO liefert seines Erachtens eine Entscheidung des OGH zum alten § 21 KO, der ebenfalls von der Erfüllung „zweiseitiger Rechtsgeschäfte“ sprach. Darin folgte das Höchstgericht nämlich der hM der Lehre, wonach § 21 KO nur auf synallagmatische Sachleistungsverträge anwendbar sei. Gerade dieses Synallagma sei Gesellschaftsverträgen fremd³²⁰, da sie nicht auf einen Austausch von Leistung und Gegenleistung, sondern auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet sind. Ungeachtet der Anzahl der Vertragspartner sind Gesellschaftsverträge daher schon mangels synallagmatischen Charakters nicht von diesen Auflösungsbeschränkungen erfasst.³²¹

Das stärkste Argument für die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 25a, 25b IO auf Gesellschaftsverträge findet sich nach *Umlauf* in den Gesetzesmaterialien selbst. Dort wird ausgeführt, dass von den neuen insolvenzrechtlichen Bestimmungen §§ 25a, 25b IO jene Verträge nicht erfasst sind, für die spezielle Auflösungsbestimmungen gerade für den Insolvenzfall vorgesehen sind. Erwähnung findet dort § 1210 ABGB, der die Mitgesellschafter einer GesbR im Falle der Konkursöffnung über das Vermögen eines Vertragspartners berechtigt, diesen aus der Gesellschaft auszuschließen. Daraus ergibt sich schlüssig, dass die Gesetzesverfasser der Ansicht sind, dass diese Bestimmungen auch auf mehrseitige Rechtsgeschäfte (Gesellschaftsverträge) anwendbar sind, da es bei gegenteiliger Ansicht keinen

³¹⁹ *Widhalm-Budak* in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial – IRÄG 2010 Lexis Nexis, 26.

³²⁰ *Taufner*, Gesellschaftsvertragliche Ausschluss- und Aufgriffsrechte nach dem IRÄG 2010, GesRZ 2011/3, 157-160 (158).

³²¹ *Aicher/Feltl* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 3 Rz 17.

Sinn mache zu erwähnen, dass spezielle gesetzliche Auflösungsbestimmungen die erwähnten insolvenzrechtlichen Normen zurückdrängen. Aus dieser Erkenntnis ist jedoch für die Beseitigung der Unsicherheit iZm gesellschaftsvertraglichen Übertragungsbeschränkungen in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch nichts gewonnen, da das GmbHG gerade keine gesetzlichen Bestimmungen für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters enthält.

Es erhebt sich nun weiterhin die Frage, ob solche Regelungen, die ein Aufgriffsrecht für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters vorsehen, an der Anwendung der Bestimmung des § 25b IO scheitern? Es ist ganz unbestritten und hA, dass eine GmbH durchaus auch personalistischer ausgestaltet werden kann und insoweit eine Parallelität zu den Personengesellschaften gegeben ist. In vielen Fällen besteht der Zweck einer GmbH-Gründung nicht nur darin Kapital für einen gemeinsamen Zweck zu sammeln, sondern es besteht daneben oder allenfalls nur das Interesse, dass bestimmte Personen zu einem Zweck zusammenwirken. Für den Fall, dass über das Vermögen eines Gesellschafters einer Personengesellschaft ein Konkursverfahren eröffnet wird, enthält unsere Rechtsordnung einschlägige Bestimmungen. Diese wurden vom Gesetzgeber durch das IRÄG 2010 unverändert beibehalten. Demnach scheidet der betroffene Gesellschafter bei Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen gegen Abfindung aus der Gesellschaft aus, wenn dies die übrigen Gesellschafter begehren. Schon bei oberflächlicher Betrachtung wäre es laut *Umlauf* ein kaum erklärbarer Widerspruch, bei den Personengesellschaften diese Rechtsfolge anzuordnen und bei der GmbH, die unbestritten ebenfalls personalistisch ausgestaltet sein kann und in den meisten Fällen tatsächlich auch ist, es nicht zuzulassen dieselben Rechtsfolgen durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung herbeizuführen. Ein sachlicher Grund hierfür könnte nur schwer gefunden werden. Hinzu kommt, dass die gesellschaftsvertraglichen Regelungen bei der GmbH mit absoluter Wirkung ausgestattet sind, also auch ggü Dritten wirksam sind. Weiters ist zu berücksichtigen, dass die erkennbaren Motive warum der Gesetzgeber die entsprechenden Bestimmungen bei den Personengesellschaften unverändert aufrecht gelassen hat, auch auf die personalistisch ausgestaltete GmbH zutreffen. Wenn also das GmbH-Recht schon keine gleichlautende Regelung enthält, so ist es im Sinne dieser Wertungsparallelität geboten im Bereich der GmbH gesellschaftsrechtliche Regelungen zuzulassen, die im Ergebnis der bei der Personengesellschaft durch das Gesetz (§ 1210 ABGB; § 131 Z 5 UGB) geschaffenen Situation entsprechen. Somit ist *Umlauf* der Meinung, dass eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag nicht dem § 25b IO widerspricht.³²²

³²² *Umlauf*, NZ 2012/110, 289 (294).

Von *Hoenig/Viehböck* wurde darauf hingewiesen, dass die Auflösungssperre auch auf Aufgriffsrechte anwendbar sein könnte, die in Gesellschaftsverträgen für den Insolvenzfall vorgesehen sind. Für die Anwendbarkeit des § 25a IO idF des IRÄG 2010 wurde vorgebracht, dass diese Vorschrift keinesfalls zwischen zwei- und mehrseitigen Verträgen differenziere, weshalb die Regelung auch auf Gesellschafts- und Syndikatsverträge voll anwendbar ist.³²³

Wie sich zeigt stehen die Bestimmungen §§ 25a, 25b IO nach verbreiteter Ansicht in der Literatur, obwohl sie nach einem kleineren Teil der Lehre auch auf Gesellschaftsverträge zur Anwendung gelangen könnten, einem gesellschaftsvertraglich vereinbarten, dh absolut wirkenden Aufgriffsrecht nicht entgegen.³²⁴ Judikatur zur der Frage der Anwendbarkeit der §§ 25a, 25b IO auf gesellschaftsvertraglich vereinbarte Aufgriffsrechte findet sich derzeit noch nicht.

Wie bereits erwähnt wurde, unterliegt der Insolvenzverwalter bei der Auswahl der Verwertungsart keinerlei Beschränkungen. Ihm ist es daher grds möglich den Geschäftsanteil freihändig zu veräußern. Ist der Geschäftsanteil an eine Anbotspflicht geknüpft, die den übrigen Gesellschaftern einen Aufgriff zu einem geringen Aufgriffspreis oder sogar ohne einen Aufgriffspreis bezahlen zu müssen, ermöglicht, ist damit zwingend eine Schmälerung der Insolvenzmasse verbunden. Der Insolvenzverwalter ist jedoch zur bestmöglichen Verwertung der Insolvenzmasse verpflichtet. Findet er nun einen Dritten, der bereit ist den Geschäftsanteil zu einem entsprechenden Preis zu erwerben und sich in die Gesellschaft einzubringen, obwohl nach den Intentionen des Gesellschaftervertrages Gesellschafter unter sich bleiben wollen, stellt sich die Frage ob dieser Gesellschafterwechsel durch Verkauf des Geschäftsanteil aus der Masse heraus tatsächlich durchführbar ist. Die Unwirksamkeit der vereinbarten Aufgriffsklausel könnte mit der Anwendbarkeit der durch das IRÄG 2010 neu eingeführten §§ 25a, 25b IO begründet werden, wenn einen Gesellschafter die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr berechtigt sein Aufgriffsrecht geltend zu machen, so sollte ihm dieses Aufgriffsrecht auch dann nicht zu stehen, wenn im Rahmen eines Insolvenzverfahrens der Geschäftsanteil des insolventen Gesellschafter verwertet wird. Im Rahmen der Verwertung kommt der Abtretungsvertrag zwischen dem Schuldner und dem Erwerber des Geschäftsanteils zustande, da Vertragspartner beim Kauf aus der Insolvenzmasse nicht der Insolvenzverwalter sondern der von ihm vertretene

³²³ *Hoenig/Viehböck*, Insolvenzreform gefährdet Standort, Die Presse, http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/554665/Schutzschirm_Insolvenzreform-gefaehrdet-Standort (Stand 28.03.2010)

³²⁴ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 138/1.

Schuldner ist.³²⁵ Schon im Abtretungsvertrag wäre auf die Unwirksamkeit der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Übertragungsbeschränkungen entsprechend der §§ 25a, 25b IO hinzuweisen.

Der zwischen dem Insolvenzverwalter für den Schuldner und den Erwerber der Geschäftsanteile abgeschlossene Abtretungsvertrag entfaltet erst mit Eintragung in das Firmenbuch ggü den übrigen Gesellschaftern seine Wirkung. Ist der Vertrag unterzeichnet fehlt die Eintragung im Firmenbuch, um dem Erwerber wirklich die Stellung eines Gesellschafters zukommen zu lassen, denn nur wer im Firmenbuch als Gesellschafter eingetragen ist gilt ggü der Gesellschaft als Gesellschafter.³²⁶

Die Eintragungspflicht für den Übergang eines Geschäftsanteils trifft gem § 26 Abs 1 GmbHG den Geschäftsführer.³²⁷ Der Geschäftsführer ist nach dem Gesetzeswortlaut Adressat der Anmeldepflicht, doch ist Pflichtsubjekt in erster Linie die Gesellschaft, sodass die Anmeldung zum Firmenbuch durch den Geschäftsführer in Vertretung der Gesellschaft erfolgt.³²⁸ Die Übertragung eines Geschäftsanteils kann in Form der vereinfachten Anmeldung nach § 11 FBG erfolgen.³²⁹

Es kann nun zu zwei unterschiedlichen Situationen kommen:

Der Geschäftsführer ist bereit an der Eintragung des neuen Gesellschafters mitzuwirken und beantragt im Firmenbuch dessen Eintragung. Das Gericht wird dem Antrag folgen, womit der Gesellschafterwechsel auch ggü der Gesellschaft wirksam ist.

Der Geschäftsführer ist nicht bereit die Anmeldung des neuen Gesellschafters im Firmenbuch zu beantragen. Der Insolvenzverwalter als Vertreter des ausscheidenden Gesellschafters und auch der neue Gesellschafter können die Gesellschaft auf Eintragung des Gesellschafterwechsels klagen. Beklagte ist die Gesellschaft und nicht der Geschäftsführer.³³⁰ In diesem Verfahren wäre der Anspruch auf die Einhaltung der Anmeldepflicht des Geschäftsführers zu gründen und wäre vom Gericht darüber zu entscheiden, ob entgegen den Bestimmungen der §§ 25a, 25b IO die Gesellschafter berechtigt sind, die ihnen im Gesellschaftsvertrag verbrieften Aufgriffsrechte auszuüben und derart die Übertragung der Geschäftsanteile zu verhindern.

³²⁵ Feil, IO⁸ §119 Rz 4.

³²⁶ Mader, Kapitalgesellschaften⁹ 36.

³²⁷ Temmel in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 26 Rz 1.

³²⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 26 Rz 7.

³²⁹ Feil, Firmenbuchgesetz (FBG) Praxiskommentar (2005) § 11 Rz 2.

³³⁰ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 26 Rz 11.

8.3.2. Beschränkung des Aufgriffpreises

8.3.2.1. Zulässigkeit von Beschränkungen des Aufgriffpreises

Aufgriffsrechte werden häufig mit Regelungen über den zu zahlenden Kaufpreis kombiniert.³³¹ Mangels anderer gesellschaftsvertraglicher Regelungen hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf den vollen Gegenwert seines Geschäftsanteils. Unter dem „vollen Gegenwert“ ist der Verkehrswert des Anteils zu verstehen. Grundsätzlich schließt der Verkehrswert den sog Firmenwert mit ein, löst die stillen Reserven unter Beachtung der hierfür anfallenden künftigen Steuerbelastungen auf und berücksichtigt insbesondere den Ertragswert. Der Zweck gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln mit konkreten Bewertungsmethoden kann die Festlegung eines praktikablen, Streitvermeidenden Modus zur Bewertung der Geschäftsanteile und der Bewertung der Abfindung sein, weiters aber auch die Kapitalsicherung, da sich die von Gesellschaftern zu zahlenden Abfindungen uU auf die Liquidität der GmbH auswirken. Bei Abfindungsklauseln, bei denen der vereinbarte Abfindungsanspruch weit hinter dem Wert des Geschäftsanteils zurückbleibt, wird vor allem dem Anlass der Übernahme des Geschäftsanteils Bedeutung beigemessen. Denn die Abfindung zu Buchwerten auf Grund sog Buchwertklauseln oder zu geringeren Werten (zB bloße Vergütung des Nennbetrags der Stammeinlage und einbehaltener Gewinne) kann uU unwirksam sein.³³²

Mangels anderer Satzungsbestimmung ist wie erwähnt der objektive Verkehrswert anzusetzen. In Gesellschaftsverträgen finden sich deshalb bei der Formulierung von Aufgriffsregelungen regelmäßig Abfindungsbeschränkungen, die das Ziel haben, den Abtretungspreis auf einer möglichst objektiven Grundlage zu ermitteln. Abfindungsklauseln müssen so gestaltet werden, dass der Abfindungspreis bestimmbar ist. Die geforderte Bestimmbarkeit setzt voraus, dass entweder der Wert des Geschäftsanteils vordefiniert oder das Verfahren einschließlich der Bewertungsmethode zur Bewertung des Geschäftsanteils vertraglich vorgegeben ist. In der Praxis finden sich überwiegend vorgegebene Bewertungsmethoden, da es sich beim Verkehrswert eines Geschäftsanteils um eine variable Größe handelt, die mit dem Unternehmenswert des gesellschaftlichen Unternehmens korreliert.

Grds geht die hM von einer Abfindung zum objektiven Verkehrswert aus, doch stellt sich die Frage, inwieweit Abschläge vom festgestellten Verkehrswert durch die Formulierung von Abfindungsregelungen in Gesellschaftsverträgen vereinbart werden können. Eine solche

³³¹ Rüffler, wbl 2008/8, 353 (358).

³³² Reich-Rohrwig, GmbH-Recht, 620f.

Abfindungsbeschränkung liegt jedenfalls immer dann vor, wenn der vereinbarte Wert des Geschäftsanteils oder die Anwendung der vereinbarten Bewertungsmethode zu einem niedrigeren Wert als dem objektiven Verkehrswert führt.³³³

8.3.2.2. Wirksamkeit von Beschränkungen des Aufgriffspreises

Liegt der Aufgriffspreis, wie in der Praxis häufig, unter dem Verkehrswert des Geschäftsanteils, so beeinträchtigt diese Klausel die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger unmittelbar und kann sie zu einer Benachteiligung der Gläubiger führen, wenn die Gläubiger den Geschäftsanteil nicht zum erzielbaren Preis verwerten können, sondern sich mit der gesellschaftsvertraglichen Abfindungshöhe zufrieden geben müssten. Aufgrund dieser Auswirkungen zu Lasten Dritter stehen derartige Aufgriffspreisbeschränkungen auf Messers Schneide, wenn es darum geht die Sittenwidrigkeit aufgrund von Gläubigerbenachteiligung zu prüfen.³³⁴

Wo die Zulässigkeitsgrenzen solcher Abfindungsbeschränkungen liegen, bereitet der Praxis erhebliche Probleme. Österreichische Rsp zu den hier interessierenden Fragen existiert nicht oder enthält nur Andeutungen. Demgegenüber ist die Thematik literarisch gut behandelt. In Deutschland gibt es zudem bei gleicher gesetzlicher Ausgangslage – sieht man vom Fehlen einer § 242 BGB entsprechenden Regel (Treu und Glauben) ab – neben breiter Literatur auch eine umfangreiche Rsp, auf die zur Lösung der Rechtsfragen wegen gleicher gesetzlicher Ausgangslage zurückgegriffen werden kann. Dass es sich in diesem Zusammenhang häufig um Literatur und Judikatur zum Personengesellschaftsrecht handelt, schadet nicht. Denn die zu lösenden Abwägungen zwischen Privatautonomie einerseits und Schutz der Interessen des ausscheidenden Gesellschafters und seiner Gläubiger andererseits, sind unabhängig von der Gesellschaftsform.³³⁵

(1) Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung

Der OGH hält eine Abfindungsbeschränkung wegen Gläubigerbenachteiligung für sittenwidrig, wenn sie den Entgeltanspruch des ausscheidenden Gesellschafters „im Wesentlichen nur für den Fall seines durch Konkursöffnung bedingten Ausscheidens, nicht aber in einem vergleichbaren Fall auf weniger als den Verkehrswert beschränkt“. Daraus folgt, dass eine Abfindungsbeschränkung zulässig ist, wenn sie auch für einen oder mehrere Aufgriffsfälle angeordnet ist. Der OGH lässt jedoch offen, was solche vergleichbaren Fälle sind. Vielmehr hält

³³³ *Umfahrer*, GesRZ 2010/6, 320 (323).

³³⁴ *Trenker*, JBl 2012,281 (289).

³³⁵ *Rüffler*, wbl 2008/8, 353 (358).

er fest, dass eine Abfindungsbeschränkung im Fall der Selbstkündigung durch den Gesellschafter nicht als vergleichbar anzusehen ist.³³⁶ In der Literatur herrscht des weiteren Uneinigkeit in Bezug auf die Frage, ob es ausreicht die Abfindung in einem vergleichbaren Fall zu beschränken, oder ob die Wirksamkeit davon abhängig ist, dass die Abfindungsbeschränkung für jeden Fall des Ausscheidens vorgesehen ist.

Die Kündigung ist mit dem Konkursfall nicht vergleichbar, weil der Gesellschafter nicht kündigen muss, um aus der Gesellschaft auszuschneiden, sondern seinen Geschäftsanteil an einen Mitgesellschafter oder an Dritte – mit (gerichtlich ersetzbarer) Zustimmung der übrigen Gesellschafter – veräußern und so den vollen Wert seines Geschäftsanteils realisieren könnte. Auch (Privat-)Gläubiger sind im Exekutionsverfahren – anders als bei einer OG (§ 135 UGB) – nicht auf eine Kündigung der Gesellschaft angewiesen. Sie können den Geschäftsanteil – trotz Vinkulierung – pfänden und zum Schätzwert verkaufen lassen. Im Konkurs hingegen erhielten die Gläubiger nur einen Betrag in der Höhe des „Buchwerts“, der in der Regel niedriger als der wirkliche Wert des Geschäftsanteils ist.³³⁷

Mit der Verneinung der Sittenwidrigkeit bei Gleichbehandlung vergleichbarer Ausscheidensfälle folgt der OGH grds einer zuvor schon in der österreichischen Literatur vertretenen Meinung. Allerdings wurde dort die Selbstkündigung als vergleichbarer Fall angesehen, der die Sittenwidrigkeit ausschließt. *Rüffler* kritisiert an der Meinung des OGH, der Gesellschafter könne den Geschäftsanteil veräußern und sodann den vollen Wert lukrieren, dass dabei übersehen wird, dass es insb bei Minderheitsbeteiligungen oft, wenn nicht regelmäßig, schwierig ist, einen Anteils Käufer zu finden. Dann bleibt dem Gesellschafter, wenn nicht auch die Mehrheit auflösen oder ein Mitgesellschafter erwerben will, als einzig realistischer Weg der Desinvestition die vertraglich vereinbarte Kündigung. Aus ihr folgt als Normalrechtsfolge die Auflösung. Die Mitgesellschafter können diese nur durch den Aufgriff verhindern. Wie bei einem Ausschluss aus wichtigen Grund wird auch hier der Aufgriff durch einen dem Gesellschafter zurechenbaren Grund ausgelöst und die Mitgesellschafter sind unvermutet mit einem Kapitalbedarf zur Ausübung des Aufgriffsrechts konfrontiert. Er kommt daher in Anlehnung an die Rsp des BGH, der auch den Vermögensverfall des Gesellschafters als einen wichtigen Grund in der Person des Gesellschafters ansieht, zum Ergebnis, dass eine Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung im Fall des Konkurses schon dann ausscheidet, wenn Fälle des

³³⁶ *Rüffler*, wbl 2008/8, 353 (358).

³³⁷ *Fantur*, Nichtigkeits Abfindungsbeschränkungen für den Fall des Konkurses des Gesellschafters, GeS 2007/5, 186-188 (188).

Ausschlusses des Gesellschafters aus wichtigem Grund gleich behandelt werden. Der Vermögensverfall in Konkurs und Pfändung ist vom Gesellschafter zu vertreten und bringt Ansehen und Kreditwürdigkeit der Gesellschaft in eine missliche Lage. Somit entspricht die Interessenslage derjenigen, wie sie bei sonstigen wichtigen Gründen gegeben ist.³³⁸

Die Aussage des OGH wurde nicht nur von *Rüffler* sondern auch von anderen Stimmen in der Lehre kritisiert, da die Verwertungsmöglichkeit allenfalls auch über ein Aufgriffsrecht nicht in jedem Fall als tatsächlich durchführbar angenommen werden kann. Durch die Kritik verliert diese Aussage allerdings insofern an Gewicht, als sie nicht für eine allgemeine Beurteilung herangezogen werden kann. Gleichzeitig sorgt sie aber auch für Verunsicherung, weil damit die Frage nach der Zulässigkeit von Abfindungsbeschränkungen nicht beantwortet werden kann.³³⁹

Feststeht, dass eine Abfindungsbeschränkung jedenfalls dann wegen sittenwidriger Gläubigerbenachteiligung gem § 879 ABGB nichtig ist, wenn sie ausschließlich in der Exekution bzw der Insolvenz zur Anwendung gelangt. Dennoch bleibt die Frage im Raum stehen, welcher Fall bzw welche Fälle in Bezug auf die Reduktion des Übernahmepreises mit dem konkursbedingten Ausscheiden vergleichbar ist bzw sind.

Wie bereits ausgeführt wurde, gibt es bei der Beurteilung der Frage der Zulässigkeit von Aufgriffsregelungen keinen Unterschied zwischen Personengesellschaften und der GmbH, sodass die hier gezogenen Schlussfolgerungen für beide Gesellschaftsformen gleichermaßen gelten. Doch treten die erörterten Rechtsfolgen nur dann ein, wenn die entsprechenden Regelungen echte Satzungsbestandteile und nicht nur zwischen den Gesellschaftern getroffene schuldrechtliche Vereinbarungen (Syndikatsverträge) darstellen.

Bei der Beantwortung der Frage nach vergleichbaren Fällen wird auf Erkenntnisse aus dem Personengesellschaftsrecht zurückgegriffen. Will ein Gesellschafter einer Personengesellschaft, deren Gesellschaftsvertrag die Übertragung von Kommanditanteilen an Mitgesellschafter genehmigungsfrei zulässt und bezüglich der Auflösungsgründe auf das Gesetz verweist, aus der Gesellschaft ausscheiden, so kann dieser versuchen, den Geschäftsanteil genehmigungsfrei an einen Mitgesellschafter um einen den Schätzwert übersteigenden Kaufpreis zu verkaufen, bevor er das Gesellschaftsverhältnis kündigt und damit auf die Abfindungsregelung des § 137 UGB verwiesen ist. Dazu ist anzumerken, dass die Abfindungsregel des § 137 UGB ganz unbestritten als disponibel angesehen wird. Verfällt hingegen derselbe Gesellschafter in Konkurs, so ist dies

³³⁸ *Rüffler*, wbl 2008/8, 353 (360).

³³⁹ *Umfahrer*, GesRZ 2010/6, 320 (323).

dem Insolvenzverwalter verwehrt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheidet der Schuldner aus der Gesellschaft aus, ohne dass der Insolvenzverwalter die Möglichkeit hätte, zu versuchen den Geschäftsanteil an einen Mitgesellschafter über dem Schätzwert zu verkaufen. Der Gesetzgeber hat diese gesetzliche Regelung, in dem Wissen, dass die meisten Gesellschaftsverträge eine genehmigungsfreie Abtretung an bestimmte Personen vorsehen, auch nach dem HaRÄG 2005 inhaltlich unverändert aufrecht gelassen. Somit wurde in Kauf genommen, dass der Insolvenzverwalter in den Möglichkeiten der Verwertung des Geschäftsanteiles des Schuldners im Vergleich zu den Möglichkeiten eines Gesellschafters, der die Wahl zwischen genehmigungsfreiem Verkauf oder Selbstkündigung hat, beschnitten ist. Das Gesetz nimmt also den Unterschied in der Verwertungsmöglichkeiten in Kauf, woraus der Schluss zu ziehen ist, dass die Kündigungsmöglichkeit durch einen Gesellschafter idZ vergleichbar ist mit dem konkursbedingten Ausscheiden. Dies muss laut *Umlauft* um so mehr für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters gelten, da dieser ebenso wie der in Konkurs verfallene Gesellschafter von vornherein keine Möglichkeit hat, genehmigungsfrei an einen Mitgesellschafter zu verkaufen. Da in diesem Bereich zwischen Personengesellschaft und GmbH ein Gleichklang besteht, ist insb die Aufgriffsregelung im Fall der Selbstkündigung durch einen Gesellschafter aber auch das Aufgriffsrecht bei Tod oder Ausschluss eines Gesellschafters mit dem Aufgriffsrecht bei Konkurs eines Gesellschafters als vergleichbar anzusehen.³⁴⁰

Die Sittenwidrigkeit einer Aufgriffspreisbeschränkung für den Fall des Gesellschafterkonkurses aus dem Grund der Gläubigerbenachteiligung scheidet laut *Rüffler* schon dann aus, wenn Fälle des Ausschlusses des Gesellschafters aus wichtigem Grund gleich behandelt werden. Damit schließt er sich in seiner Argumentation der in Deutschland herrschenden Meinung sowie der höchstgerichtlichen Judikatur an, die den Ausschluss aus wichtigem Grund als vergleichbar ansehen. Es kommt danach für die Gültigkeit der Abfindungsbeschränkung nur darauf an, dass der Konkurs und der Ausschluss aus wichtigem Grund gleich behandelt werden. Keinesfalls muss die Abfindungsbeschränkung aber für alle Ausscheidensgründe gelten, wie etwa auch für das Ausscheiden infolge Selbstkündigung durch den Gesellschafter.³⁴¹

Auch *Umlauft* schließt sich dieser Ansicht an, doch begründet er dies mit der Wortwahl des OGH, der in seiner Entscheidung anführt, dass eine Satzungsbestimmung wegen Gläubigerbenachteiligung nur dann gem § 879 Abs 1 GmbHG als nichtig anzusehen ist, wenn sie „den Entgeltanspruch eines Gesellschafters im Wesentlichen nur für den Fall seines durch Konkurseröffnung bedingten Ausscheidens, nicht aber in einem vergleichbaren Fall auf weniger

³⁴⁰ *Umlauft*, GesRZ 2009/1, 4 (10).

³⁴¹ *Rüffler*, wbl 2008/8, 353 (360).

als den Verkehrswert beschränkt“. Daraus folgt, dass schon ein weiterer vergleichbarer Fall des Ausscheidens genügt, um die Sittenwidrigkeit der konkursbedingten Aufgriffsregelung auszuschließen, wenn der Übernahmepreis in beiden Fällen in gleicher Weise reduziert ist.³⁴²

Ein neuer Ansatz kommt von *Kletečka*, der sich dafür ausspricht, die Grundwertung des § 76 Abs 4 GmbHG auf Aufgriffsrechte zu erstrecken. Genau aus diesem Grund ist die Bestimmung des GmbHG auch bei der Frage, welcher Aufgriffspreis zulässigerweise für den Fall des Konkurses vereinbart werden kann, zu beachten. Es sei nicht zu billigen, dass diese Wertung für die Begründung der Konkursfestigkeit von Aufgriffsrechten nutzbar gemacht wird, die der Vereinbarung vom Gesetz gezogenen Grenzen jedoch völlig losgelöst vom gesetzlichen Interessenausgleich behandelt wird. Denn der gesetzliche Interessenausgleich besteht ja gerade darin, einerseits die gesellschaftsvertragliche Klausel auch im Konkurs bestehen zu lassen (Gesellschafterinteresse) und andererseits der Masse den Schätzwert (Gläubigerinteresse) zu sichern. Würde man aus dieser Formel den Schätzwert streichen, um ihn durch einen niedrigeren Preis zu ersetzen, würde man den gesetzgeberischen Kompromiss kippen. Der Gesetzgeber berücksichtigt mit dem Schätzwert die Gläubigerinteressen. Hält man es für zulässig, dass ein unter dem Schätzwert liegender Übernahmepreis vereinbart wird, setzt man sich laut *Kletečka* mit der Grundwertung des Gesetzes in Widerspruch, weil man die Gewichte zulasten der Gläubiger verschiebt.

Die Analogie zu § 76 Abs 4 GmbHG hat zur Konsequenz, dass der Anteil zu schätzen ist und der Aufgriffsberechtigte 14 Tage Zeit hat, den Anteil gegen Bezahlung eines dem Schätzwert entsprechenden Preises zu erwerben. Nach Ablauf dieser Frist könnte dann der Anteil vom Insolvenzverwalter an Dritte verkauft werden. Die Vereinbarung eines unter dem Ertragswert liegenden Aufgriffspreis im Gesellschaftsvertrag ist hingegen gesetzwidrig.³⁴³

Die Sittenwidrigkeit einer Vertragsbestimmung beurteilt sich nicht danach, ob eine Satzungsbestimmung speziell auf die Benachteiligung der Gläubiger angelegt ist, sondern ob eine Klausel in ihrer Wirkung dazu führt, dass ein Gläubiger bei der exekutiven Verwertung schlechter gestellt wird als sein Schuldner. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Abfindung in der Exekution und in der Insolvenz nicht nur im Vergleich zu einem, sondern im Vergleich zu allen Fällen des Ausscheidens des Gesellschafters (mindestens) gleich hoch sein muss. Ganz in diesem Sinn stimmt *Trenker* der Entscheidung des OGH zu, wenn dieser feststellt, dass es nicht ausreicht, wenn die Abfindung nicht nur in der Insolvenz des Gesellschafters, sondern auch bei

³⁴² *Umlauft*, GesRZ 2009/1, 4 (10).

³⁴³ *Kletečka*, GesRZ 2009/2, 82 (87).

seinem freiwilligen Austritt beschränkt wird. Der Grund für die Unzulässigkeit ergibt sich, so *Trenker*, jedoch nicht daraus, dass der Fall des freiwilligen Ausscheiden nicht vergleichbar mit dem Ausscheiden wegen Konkurseröffnung ist, sondern besteht er vielmehr darin, dass sich Gläubiger Klauseln zu ihren Lasten nur entgegen halten lassen müssen, wenn auch der Gesellschafter selbst in seinen Verwertungsmöglichkeiten effektiv gleich stark eingeschränkt wird. Das setzt aber voraus, dass alle Verwertungsmöglichkeiten des Gesellschafters gleichermaßen betroffen sind, weshalb es entgegen der hM nicht ausreichend ist, dass nur der Ausschluss aus sonstigen wichtigen Grund eine mindestens gleich starke Abfindungsbeschränkung enthält, solange die sonstigen Verwertungsmöglichkeiten des Gesellschafters unberührt bleiben. Daher ist die Wirksamkeit davon abhängig, ob der Gesellschafter bei jeder Form des Ausscheidens, sei es durch freiwillige Kündigung oder Ausschluss aus wichtigem Grund, auf die volle Abfindung verzichten muss. Dem Gesellschafter darf im Ergebnis keine Möglichkeit verbleiben, aus der Gesellschaft auszutreten, ohne gleich starke Einbußen in Kauf nehmen zu müssen wie seine Gläubiger.³⁴⁴

(2) Sittenwidrigkeit wegen Diskrepanz zwischen Aufgriffspreis und Ertragswert

Sind Abfindungsbeschränkungen vereinbart, kann im Lauf der Zeit je nach Entwicklung und Inhalt der Abfindungsbeschränkung mehr oder weniger stark eine Schere zwischen dem Wert, der mit der Abfindungsklausel ermittelt wird, und dem tatsächlichen Verkehrswert des Geschäftsanteils aufgehen. Besonders stark wird das erfahrungsgemäß bei der Vereinbarung von Buchwertklauseln der Fall sein. Denkbar ist eine solche Diskrepanz aber auch bei anderen Klauseln, die zu einer faktischen Abfindungsbeschränkung führen.

Im Fall einer Buchwertklausel ist zum Abschlusszeitpunkt jedoch im Regelfall keine Sittenwidrigkeit zu erkennen, da derartige Bestimmungen häufig bei Gesellschaftsgründung vereinbart werden und zu diesem Zeitpunkt Buchwert und Verkehrswert gleich hoch sind. Auch der deutsche BGH sieht derartige Buchwertklauseln trotz eines nachträglichen groben Missverhältnisses zwischen Buchwert und Verkehrswert als gültig an. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung des Gesellschaftsvertrages nach Treu und Glauben gewährt er allerdings dem ausscheidenden Gesellschafter unter Abwägung der beiderseitigen Interessen von Gesellschaft und Gesellschaftern einen Anspruch auf Abfindung in angemessener Höhe. Unter angemessener Höhe wird ein Betrag verstanden, den die Parteien unter Berücksichtigung der konkreten Umstände vereinbart hätten, hätten sie die Entwicklungen vorausgesehen. Auch hier stellt der

³⁴⁴ *Trenker*, JBl 2012,281 (290).

BGH auf keine starren Wertgrenzen ab, sondern verweist auf den Einzelfall. Bspw hat er in einem Fall eine Vertragsanpassung vorgenommen, indem die Buchwertabfindung 35% des Verkehrswertes betrug, der Gesellschafter mehr als 53 Jahre Mitgesellschafter gewesen ist, zum Zeitpunkt seines Ausscheidens 80 Jahre alt und zur Bestreitung seines Unterhalts auf die Verwertung seines Kommanditanteils angewiesen war. Ein Teil der Österreichischen Lehre hat die vom BGH diesbezüglich aufgestellten Kriterien übernommen und befürwortete die ergänzende Vertragsauslegung im Fall eines nachträglichen groben Missverhältnisses. Begründet wird dies mit dem Rechtsmissbrauchsverbot gem § 1295 Abs 2 ABGB. Der OGH hingegen hat sich mit diesem Themengebiet bislang noch nicht auseinander gesetzt.³⁴⁵

Rechtsmissbrauch ist indes nur anzunehmen, wenn das unlautere Motiv der Rechtsausübung das lautere Motiv eindeutig überwiegt. Als inhaltliche Kriterien verlangt der OGH ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen. Andere Entscheidungen sprechen von einem „krassen“ oder „ganz krassen Missverhältnis“. Das kann aber in den zu entscheidenden Fällen nur in seltenen Ausnahmefällen vorliegen. Denn die der Abfindungsbeschränkung zugrundeliegenden Interessen – Schutz des Vermögens und der Liquidität der Mitgesellschafter, Rechtssicherheit – können von anderen Interessen oder Motiven nur selten „krass“ überwogen werden. Die Ausübung des Aufgriffsrechts ist somit nur in seltenen Ausnahmefällen und keineswegs schon dann rechtsmissbräuchlich, wenn ein erhebliches Missverhältnis zwischen Aufgriffspreis und Verkehrswert besteht.³⁴⁶

³⁴⁵ *Umfahrer*, GesRZ 2010/6, 320 (324).

³⁴⁶ *Rüffler*, wbl 2008/8, 353 (363).

8.4. Geschäftsanteil mit Vorkaufsrecht

Die Wirkung von Übertragungsbeschränkungen in der Insolvenz ist, wie bereits erwähnt wurde, umstritten. Sieht der Gesellschaftsvertrag ein Vorkaufsrecht vor, so stellt sich die Frage ob diese Klausel in den Anwendungsbereich des § 26 Abs 3 IO fällt.

Höller vertritt die Meinung, dass Vorkaufsrechte, auch wenn ihre Rechtsnatur umstritten ist, von der Bestimmung des § 26 Abs 3 IO erfasst werden. Wobei er darauf hinweist, dass es entgegen der hL nicht zu einem automatischen Erlöschen kommt, vielmehr ist der Insolvenzverwalter in seiner Entscheidung frei, die Anbotspflicht zu erfüllen. Will er dies nicht, so kann er wie bei anderen Aufgriffsrechten durch die Erklärung des Berechtigten nicht gebunden werden.³⁴⁷

Trenker ist hingegen der Ansicht, dass die Frage der Verwertbarkeit eines Geschäftsanteils mit Vorkaufsrecht gleich zu beurteilen ist, wie die eines Geschäftsanteils mit Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen, denn Vorkaufs- und Aufgriffsrecht unterscheiden sich nicht gravierend. Demnach müssen sich betreibende Gläubiger gesellschaftsvertragliche Modifikationen der Verwertung entgegenhalten lassen, da sowohl Aufgriffsrechte als auch Vorkaufsrechte ihre Wirkung in der Insolvenz beibehalten.³⁴⁸

Liest man in den einschlägigen Werken nach, was unter „Anträgen“ iSd § 26 Abs 2 und 3 IO zu verstehen ist, findet man neben dem bereits erwähnten Anbot auch noch den Satz, dass darunter auch jede Art von Optionen zu verstehen sei. Neben der Option werden in der Kommentarliteratur auch Wiederkaufsrechte, Rückkaufsrechte, Krediteröffnungsverträge und die hier interessierenden Vorkaufsrechte erwähnt. Durch die Rsp ist diese Ansicht allerdings weitestgehend nicht gedeckt. Beim Vorkaufsrecht wendet der OGH die Bestimmung des § 26 Abs 3 IO nicht an. Vielmehr folgt er jenen Stimmen, welche den Freihandverkauf im Konkurs nicht als Vorkaufsfall ansehen und deshalb ein Erlöschen des Vorkaufsrechts jedenfalls mit der Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses annehmen.

Für *Kletečka* lassen sich die Ausführungen des OGH mit einem Erlöschen des Vorkaufsrechts schon zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht in Einklang bringen. Unter Berücksichtigung der Ansicht, dass ein Erlöschen der Anträge des Schuldners durch Konkurseröffnung nicht den *verba legalia* entspricht, untersucht *Kletečka* die Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 IO auch auf

³⁴⁷ Höller, ZIK 2004/5 151 (155).

³⁴⁸ Trenker, JBl 2012/134 281 (286).

Vorkaufsrechte und zeigt Merkwürdigkeiten auf, die seiner Ansicht nach dazu führen, die Anwendbarkeit in Zweifel zu ziehen. Die Bestimmung des § 1076 ABGB, die es offenbar auch für den Konkurs für nötig hält, das verbücherte Vorkaufsrecht in ein Ladungsrecht zu verwandeln, lässt sich nur schwer mit der Ansicht vereinbaren, dass § 26 Abs 3 IO noch nicht ausgeübte Vorkaufsrechte zum Erlöschen bringe. Wäre letzteres richtig, bestünde ja gar kein Vorkaufsrecht mehr, auf das bei der kridamäßigen Versteigerung oder beim Freihandverkauf nach § 1076 ABGB Rücksicht genommen werden müsste.³⁴⁹

Kletečka kommt zu dem Schluss, dass die Ansicht wonach § 26 Abs 3 IO nicht nur auf Angebote des Schuldners, sondern auch auf Options- und Vorkaufsrechte anzuwenden ist, abzulehnen ist. Diese Bestimmung kann auf Verträge keine Anwendung finden.³⁵⁰

Hinsichtlich eines verbücherten Vorkaufsrecht steht fest, dass es in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs schon am „Veräußernwollen“ des Verpflichteten scheitert und ein Vorkaufsfall jedenfalls fehlt. Die Zwangsversteigerung bildet nämlich keinen Vorkaufsfall, es handelt sich hierbei vielmehr um eine „andere Veräußerungsart“ iSd § 1078 ABGB. Das Gesetz schreibt im Hinblick auf diese Besonderheiten für den Fall der gerichtlichen Feilbietung der mit dem Vorkaufsrecht belasteten Sache vor, dass dieses Recht nur die Wirkung habe, dass der bürgerliche Vorkaufsberechtigte „zur Feilbietung insbesondere vorgeladen“ werden muss. Bei der Zwangsversteigerung selbst hat der Vorkaufsberechtigte kein Vorrecht. Er muss also das Meistbot machen oder unter den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen ein Überbot machen. Das Erlöschen des Vorkaufsrechts erfolgt dann erst durch den rechtskräftigen Zuschlag, da die Zwangsversteigerung wie dargelegt keinen Vorkaufsfall begründet. Die dargestellte Rechtsfolge ist auf das verbücherte Vorkaufsrecht beschränkt. Das Gericht kann von Vorkaufsrechten an beweglichen Sachen oder von persönlichen, weil nicht verbücherten, Vorkaufsrechten normalerweise nichts wissen, sodass es sinnlos wäre ihm eine Verständigungspflicht aufzuerlegen.³⁵¹

Bei der gerichtlichen Feilbietung ist der in den öffentlichen Büchern einverleibte Berechtigte gem § 1076 ABGB zur Feilbietung vorzuladen. Nur für den Fall, dass er nicht von der Versteigerung verständigt wurde, kann er Widerspruch gegen den Zuschlag erheben (§ 184 Abs 1 Z 3 EO) und infolge der Zuschlag versagt werden (§ 186 EO). Nach der hL und Rsp gilt § 1076 ABGB nicht nur für die Zwangsversteigerung sondern auch für die freiwillige Feilbietung, da eine solche Einschränkung dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht zu entnehmen ist.

³⁴⁹ *Kletečka*, GesRZ 2009/2, 82 (83).

³⁵⁰ *Kletečka*, GesRZ 2009/2, 82 (83).

³⁵¹ *Bydlinski* in *Klang*, ABGB § 1072 855.

Allerdings ist gem § 1076 ABGB das besondere Verfahren nur bei in den öffentlichen Büchern einverleibten Berechtigten anzuwenden. Bei nicht verbücherten Vorkaufsrechten kommt § 1076 ABGB demnach nicht zur Anwendung. Somit könnte man bei Geschäftsanteilen, die als bewegliche Sachen nicht im Grundbuch eingetragen werden können, die Anwendung des § 1076 ABGB verneinen und die Berechtigten hätten nicht einmal das Recht zur Versteigerung geladen zu werden. In diesem Zusammenhang müssten bei Geschäftsanteilen die Regeln über die verbücherte Vorkaufsrechte Anwendung finden. Der Grund für die Beschränkung in § 1076 ABGB liegt darin, dass das Gericht seiner Verständigungspflicht bei beweglichen Sachen oder nicht verbücherten Sachen nicht nachkommen könnte. Woher soll das Gericht wissen, ob überhaupt jemand bzw wer vorkaufsberechtigt ist, wenn dies dem Grundbuch nicht zu entnehmen ist? Soweit dieses Argument bei beweglichen Sachen sinnvoll erscheint, so muss die Verständigungspflicht bei Geschäftsanteilen konsequenterweise bejaht werden, da das gesellschaftsvertraglich vereinbarte Vorkaufsrecht in der Satzung aufgenommen wird, welche wiederum in die Urkundensammlung aufgenommen wird. Somit hat das Gericht die Möglichkeit die Person des Berechtigten durch Einsicht zu ermitteln.³⁵²

Es findet sich ein Teil in der Lehre der die Anwendbarkeit des § 26 Abs 3 IO auf Vorkaufsrechte bejaht, andererseits argumentieren einige Autoren für die Anwendbarkeit des § 1076 ABGB, wonach der Vorkaufsberechtigte zur gerichtlichen Feilbietung zu laden ist. Diese Variante stellt für den Fall, dass es sich tatsächlich um ein Vorkaufsrecht iSd ABGB handelt, die wohl sinnvollste Variante dar. Wie bereits erwähnt wurde, ist danach zu differenzieren, ob es sich um ein Vorkaufsrecht iSd ABGB handelt oder ob unter dem Titel des Vorkaufsrechts der Ausgestaltung nach ein Aufgriffsrecht vereinbart wurde, dessen Zulässigkeit für den Fall der Insolvenz im vorherigen Punkt untersucht wurde.

³⁵² *Fragner*, Das Aufgriffsrecht in der GmbH 73f.

9. Resümee

Unstrittig ist, dass ein GmbH-Geschäftsanteil, der unter die anderen Vermögensrechte iSd §§ 330 ff EO fällt, im Exekutionsverfahren gewöhnlich durch dessen Verkauf zu verwerten ist, obwohl der Verkauf im Rahmen der Verwertung von anderen Vermögensrechten nur subsidiär zu Anwendung gelangen soll. Gerade diese im Gesetz festgeschriebene Regel wird bei der Verwertung eines GmbH-Anteils nicht berücksichtigt. Daher wäre mE für die Verwertung von GmbH-Anteilen durchaus zu überlegen, ob nicht andere Verwertungsarten vor dem Verkauf in Frage kommen, um ein rascheres, effizientes Verfahren zu gewährleisten.

Es hat sich gezeigt, dass sofern eine Kündigung gesellschaftsvertraglich vorgesehen ist, die Ermächtigung des betreibenden Gläubigers den Gesellschaftsvertrag zu kündigen, zur Verwertung eines Geschäftsanteiles an einer GmbH durchaus geeignet ist. Aufgrund der Abhängigkeit der Kündigungsmöglichkeit von der jeweiligen Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages ist diese Verwertungsart nicht immer möglich.

Die Zwangsverwaltung hingegen stellt eine durchaus sinnvolle Alternative zum sofortigen Verkauf dar. Der Verpflichtete verliert bei einer Zwangsverwaltung nicht zwingend seinen Anteil an der GmbH. Die Rechte der übrigen Gläubiger können durch die Einführung eines Benennungsrechts sowie durch die Kontrolle des Zwangsverwalters durch das Gericht gebührend gewahrt werden.

Im Rahmen der Verwertung eines vinkulierten Geschäftsanteils ist vor der Versteigerung das Verfahren gem § 76 Abs 4 GmbHG durchzuführen. In diesem Verfahren ist es den Zustimmungsberechtigten möglich innerhalb der vom Gesetz geregelten Frist einen Käufer zu benennen, machen sie von diesem Benennungsrecht keinen Gebrauch ist der Geschäftsanteil ohne Rücksicht auf das Zustimmungsrecht zu verwerten.

Dieses Verfahren für den Fall der Insolvenz zu übernehmen ist mE richtig und die logische Konsequenz aus § 119 Abs 2 IO, der für die gerichtliche Verwertung in der Insolvenz die sinngemäße Anwendung der exekutionsrechtlichen Bestimmungen anordnet. Das in § 76 Abs 4 GmbHG geregelte Verfahren stellt seinem Inhalt nach eine exekutionsrechtliche Bestimmung dar, die ohne Rücksicht auf ihren Regelungsort und aufgrund des Verweises in § 119 Abs 2 IO auch in der Insolvenz Anwendung finden sollte. Das Verfahren sollte für die gerichtliche sowie

für die freihändige Veräußerung des Anteils gelten, da die freihändige Veräußerung durch den Insolvenzverwalter ebenfalls einem Zwangsverkauf gleich kommt.

Der OGH hat entschieden, dass das Verfahren gem § 76 Abs 4 GmbHG bei der exekutiven Verwertung eines Geschäftsanteils mit Anbotspflicht nicht zur Anwendung kommen soll, da eine Anbotspflicht zu vorfixierten Bedingungen einem Zustimmungsrecht nicht gleichzusetzen ist. Das im GmbHG geregelte Verfahren wandelt das Zustimmungsrecht in ein Benennungsrecht um, damit den übrigen Gesellschaftern die Gelegenheit gegeben wird auf die Person des Erwerbers Einfluss nehmen zu können. Bei einem Aufgriffsrecht hingegen steht bereits fest, wer den Geschäftsanteil im Fall der Exekution erwerben soll. Demnach ist der Entscheidung des OGH zuzustimmen, das Zustimmungs- und Aufgriffsrechte im Hinblick auf das Verfahren gem § 76 Abs 4 GmbHG nicht gleich zu setzen sind. Kommt es zu einem Exekutionsverfahren hat der Aufgriffsberechtigte aus Eigenem zu reagieren und sein Recht geltend zu machen.

Hinsichtlich der freihändigen Veräußerung eines Geschäftsanteils mit Anbotspflicht im Insolvenzverfahren findet sich in der Literatur fast für jede Meinung eine Belegstelle. Für die Rechtslage vor dem IRÄG 2010 kann grds gesagt werden, dass der überwiegende Teil der Lehre die Konkursfestigkeit der Aufgriffsrechte vertritt. ME liefert Höller gute Argumente für die Qualifikation der Anbotspflicht als Antrag iSd § 26 Abs 3 IO, der bei Insolvenzeröffnung nicht automatisch erlöschen soll, sondern an den der Insolvenzverwalter nicht gebunden ist. In der Literatur hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass § 26 Abs 3 IO nicht anwendbar ist. An dieser Unanwendbarkeit hat sich durch das IRÄG 2010 nichts geändert. Doch könnte sich die Unzulässigkeit von Aufgriffsrechten im Insolvenzfall nach neuer Rechtslage mit der Anwendbarkeit des § 25b Abs 2 IO begründen lassen. Die abschließende Beantwortung der Frage, ob diese Bestimmung auf Gesellschaftsverträge zur Anwendung kommt und ob Aufgriffsrechte im Insolvenzverfahren wirksam bleiben, ist wohl nicht möglich bis sich der OGH mit dieser Frage befasst hat. Für den Fall, dass der OGH § 25b Abs 2 IO nicht für anwendbar hält, sollte mE bei Geschäftsanteilen mit Anbotspflicht im Insolvenzverfahren gleich vorgegangen werden wie im Exekutionsverfahren.

Für den Fall, dass im Gesellschaftsvertrag ein Vorkaufsrecht vereinbart ist, ist danach zu differenzieren, ob die Gesellschafter tatsächlich ein Vorkaufsrecht vereinbart haben, oder unter dem Titel des Vorkaufsrechts die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts beabsichtigt haben. Ist Im Vertrag ein Übernahmepreis bereits vorbestimmt, scheidet mE die Qualifikation als

Vorkaufsrecht iSd ABGB aus und muss daher wie bei anderen Aufgriffsrechten vorgegangen werden. Handelt es sich hingegen tatsächlich um ein Vorkaufsrecht, ist der Vorkaufsberechtigte lediglich zur Feilbietung zu laden, da das Gericht hier durch Einsicht im Firmenbuch die Person des Berechtigten ohne weiteres ermitteln kann und der Erlös für die Masse nicht geschmälert werden würde.

Im Gesellschafterkonkurs wird von einigen Autoren die Anwendbarkeit des § 26 Abs 3 IO auf Vorkaufsrechte bejaht. Andere sind der Meinung, dass der Vorkaufsberechtigte, wie es § 1076 ABGB vorsieht, zu laden ist. Meiner Meinung nach ist zu unterscheiden, ob es sich tatsächlich um ein Vorkaufsrecht handelt oder ob ein Aufgriffsrecht unter dem Titel des Vorkaufsrechts vereinbart wurde. Je nachdem was die Auslegung des Gesellschaftsvertrages ergibt, wäre dann wie bei einem Vorkaufsrecht iSd ABGB oder wie bei einem Aufgriffsrecht vorzugehen.

Literaturverzeichnis

- *Angst* (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008)
- *Angst/Jakusch/Pimmer*, EO Taschenkommentar¹⁵ (2009)
- *Buchegger*, Insolvenzrecht² (2013)
- *Buchegger/Markowetz*, Exekutionsrecht (2014)
- *Burgstaller* in *Burgstaller/Deixler-Hübner/Dolinar*, Praktisches Zivilprozessrecht II, Außerstreitverfahren und Exekutionsverfahren⁵ (1997)
- *Brenn/Hoch/Ratz/Rohrer*, Ein bloßes Aufgriffsrecht ist einem Zustimmungsrecht nicht gleichzusetzen, EvBl 2012/79
- *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht³ (2014)
- *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007)
- *Dworak/Schaumberger/Wachter*, Der fehlerfreie Exekutionsantrag³ (2011)
- *Eckert*, Insolvenz von Gesellschaftern, Kodek/Konecny, Insolvenzforum 2010 (2011)
- *Fantur*, Nichtigte Abfindungsbeschränkungen für den Fall des Konkurses des Gesellschafters, GeS 2007/5
- *Feil*, Firmenbuchgesetz (FBG) Praxiskommentar (2005)
- *Feil*, Insolvenzordnung Praxiskommentar⁸(2014)
- *Feil/Marent*, EO Exekutionsordnung Kommentar Band 1 Mit einschlägigen Gesetzen und Vorschriften sowie Eingabemuster, Vertragsmuster und sonstige Muster (2008)
- *Frauenberger*, Rekurslegitimation gegen den vom Exekutionsgericht festgestellten Schätzwert gepfändeter vinkulierter Geschäftsanteile einer GmbH, GesRZ 2008
- *Frauenberger*, Pfändung und Anordnung des Freihandverkaufs des Geschäftsanteils des Alleingesellschafters einer GmbH bei Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter, GesRZ 2009/3
- *Frauenberger*, Stellung des aufgriffsberechtigten Mitgesellschafters bei exekutiver Verwertung eines gepfändeten GmbH-Geschäftsanteils, GesRZ 2012/5, 304-308 (307).
- *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁷ (2008)
- *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG Kommentar (2014)
- *Hager-Rosenkranz*, Beschränkungen der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Exekution und Insolvenz, wbl 2006/6
- *Hoenig/Viehböck*, Insolvenzreform gefährdet Standort, Die Presse, http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/554665/Schutzschirm_Insolvenzreform-gefaehrdet-Standort (Stand 28.03.2010)

- *Höller*, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Gesellschafters, ZIK 2004/5 Kalss/Nowotny
- *Holzhammer/Roth* Gesellschaftsrecht² (1997)
- Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)
- *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013)
- *Keller*, Zur Beschränkung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ecolex 2012
- *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Vierter Band zweiter Halbband² (1978)
- *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009/2
- *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial – IRÄG 2010 Lexis Nexis (2010)
- *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007)
- *Kostner/Umfahrer*, GmbH Handbuch für die Praxis mit Beispielteil⁴ (1992)
- *Laschober*, Ausgesuchte Themen zur Rechteexekution (§§ 331 ff EO) mit einem Exkurs zur Anspruchsexekution (§§ 325 ff EO), ÖRPfl 2011 H2
- *Laschober/Lackenberger*, Rechteexekution⁴ (2010)
- *Mader*, Kapitalgesellschaften⁹ (2014)
- *Mini*, Exekutionsverfahren³ (2015)
- *Mohr*, Die Insolvenzordnung samt Nebengesetzen, verweisenden und erläuternden Anmerkungen und ausführlichen Hinweisen auf die Rechtsprechung¹¹ (2012)
- *Nitsche*, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in FS Jelinek (2002)
- *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht³ (2011)
- *P.Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH- Geschäftsanteilen Zugleich ein Beitrag zur Notariatsaktspflicht (1991)
- *C.T.Rassi*, Exekution auf andere Vermögensrechte ÖRPfl 2010 H2 59
- *Rauter*, Exekution in den Geschäftsanteil einer GmbH: Rechtsstellung eines nach dem Gesellschaftsvertrag Vorkaufsberechtigten, GesRZ 2010/3
- *Reich/Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung (1983)
- *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht³ (2013)
- *Roth*, Exekution- und Insolvenzrecht⁹ (2012)
- *Schumacher*, Veräußerung gepfändeter GmbH-Geschäftsanteile, Das exekutive Pfandrecht wirkt auch gegen den gutgläubigen Erwerber, RdW 1996/8
- *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbH- Gesetz Kommentar (2014)

- *Taufner*, Gesellschaftsvertragliche Ausschluss- und Aufgriffsrechte nach dem IRÄG 2010, GesRZ 2011/3
- *Tichy*, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschlusses? RdW 1998/2
- *Torggler*, Zu Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ÖBA 6/98
- *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012/134
- *Umfahrer*, Übertragung und Abfindung von GmbH-Anteilen, GesRZ 2010/6
- *Umlauft*, Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, GesRZ 2009/1
- *Umlauft*, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters, NZ 2012/110
- *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2008)

Judikaturverzeichnis

- OGH 3 Ob 22/06s wobl 2006/126, 305 (Call) = immolex-LS 2006/56, 197 = immolex 2006/135, 344 = EF-Z 2006/57, 99 = FamZ 2006/61, 173 = EFSlg 114.631 = EFSlg 114.632 = MietSlg LVIII/11 = MietSlg 58.775 = MietSlg 58.404
- OGH 7 Ob 287/03m RdW 2004/375, 414 = JBl 2004, 583 = ecolex 2004/374, 796
- OGH 3 Ob 22/08v RWZ 2008/51, 165 (Wenger) = GesRZ 2008, 239 (Birnbauer) = ÖBA 2009/1586, 912 (Torggler) = GeS 2008, 192 = Zak 2008/363, 215 = RdW 2008/413, 456 = ÖJZ EvBl 2008/141, 727 = NZ 2008/82, 308 = ecolex 2008/269, 745 = wbl 2008/239, 500 = RZ 2008/EÜ 413, 282 = ZIK 2009/175, 106 = SZ 2008/49 = JUS Z/4492 = HS 39.281 = HS 39.280 = HS 39.077
- OGH 3 Ob 223/11g ÖJZ EvBl 2012/79, 555 (EvBl-Redaktion) = GesRZ 2012, 304 (Frauenberger) = wbl 2012/152, 404 = AnwBl 2012, 574 = ecolex 2012/287, 703 = RdW 2012/490, 468 = ZIK 2012/288, 200 = SZ 2012/18
- OGH 3 Ob 186/94 WBl 1996,166 = ÖJZ-LSK 1996/54/55 = ÖJZ-LSK 1996/156/157 = ÖJZ EvBl 1996/94 = RdW 1996,360 = JUS Z/1992 = RdW 1996,351 = HS 26.226 = HS 26.369 = HS 26.904
- OGH 3 Ob 46/05d ÖJZ-LSK 2005/190/191 = RdW 2005/684, 611 = ZIK 2005/169, 147 = JBl 2005, 785 = JUS Z/4030 = ÖJZ EvBl 2005/167, 803 = EW r III/1118 A/142 = immolex 2006/7, 20 = wobl 2006/104, 231 = SZ 2005/67 = MietSlg 57.815 = MietSlg 57.218
- OGH 1 Ob 66/01i ecolex 2001/172, 527 (Thaler) = RdW 2001/497, 463 = MietSlg 53.125 = MietSlg 53.812
- OGH 6 Ob 142/05h RWZ 2007,135 (Wenger) = GesRZ 2007,148 = GeS 2007,186 (Fantur) = wbl 2007,155 = ecolex 2007/527 = GesRZ 2007,258 (Höllner) = ZIK 2007,130 = RdW 2007,473 = NZ 2007,379 = Umlauft, GesRZ 2009,4 = SZ 2007/33 = HS 38.024 = HS 38.112 = HS 38.144 = HS 38.151 = HS 38.185 = HS 38.315
- OGH 3 Ob 196/09h GesRZ 2010, 160 (Rauter) = ZIK 2010/173, 120
- OGH 3 Ob 215/05x ÖJZ-LSK 2006/35 = EvBl 2006/42 = RZ-EÜ 2006/108 = RZ 2006/13 = GesRZ 2006,81 = GBU 2006/04/05 = ecolex 2006/169 = AnwBl 2007/500 = ZAK 2006,59 = ZIK 2006,72 = RdW 2006,221 = HS 39.078
- OGH 3 Ob 249/00i ecolex2002/170, 437 = RdW 2002/454 = JUS Z/3352