

II. Statutarische Aufgriffsrechte als Vorsorgeinstrument

A. Vorbemerkungen

Wie im voran gegangenen Kapitel I. dargelegt, ermöglicht die Gesellschafterinsolvenz – unabhängig von der jeweiligen konkreten Verfahrensart (ordentliches Konkurs- bzw Schuldenregulierungsverfahren oder Sanierungsverfahren mit bzw ohne Eigenverwaltung) das von den übrigen Gesellschaftern unerwünschte und für sie nach den Bestimmungen der IO nicht beeinflussbare Eindringen fremder Gesellschafter in die GmbH.

Der Zusammenschluss der Gesellschafter zu einer GmbH wird regelmäßig von persönlichen Motiven geleitet. Dementsprechend weist eine Vielzahl der in Österreich errichteten GmbHs eine personalistische Ausgestaltung auf.²⁹¹⁾ Die Insolvenz bewirkt somit regelmäßig einen erheblichen Eingriff in das Vertrauensgefüge einer GmbH. Die Gesellschafter streben daher danach, gerade das Eindringen fremder Gesellschafter zu verhindern, um unter sich bleiben zu können. Es liegt somit naturgemäß in ihrem Interesse, den Gesellschafterkreis geschlossen zu halten.

Dazu müsste der insolvente (bzw insolvenzbedrohte) Gesellschafter jedoch möglichst rasch aus der Gesellschaft ausscheiden und ein von den Gesellschaftern gewünschter Dritter an seine Stelle treten. Dies kann rechtstechnisch nur durch die Übertragung des Geschäftsanteils vom insolventen (bzw insolvenzbedrohten) Gesellschafter auf den/die gewünschten Dritten erfolgen. Es bedarf somit eines Schutzmechanismus, der es ermöglicht, dass es in der Insolvenz eines Gesellschafters zu einer Übertragung seines Geschäftsanteils auf eine den übrigen Gesellschaftern erwählte Person kommt.

Die Rechtsgrundlage für einen derartigen Mechanismus bietet § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG. Leg cit normiert Beschränkungsmöglichkeiten der (an sich freien) Übertragbarkeit von GmbH-Geschäftsanteilen. Demnach kann die Übertragung von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag neben der „Zustimmung der Gesellschaft“ (Vinkulierung) auch von „weiteren Voraussetzungen“ abhängig gemacht werden.

Diese Gesetzesbestimmung ermöglicht somit Vereinbarungen, die die Übertragung von Geschäftsanteilen umfassend beschränken bzw reglementie-

²⁹¹⁾ Vgl etwa *Umlauf*, NZ 2012, 189; *Eckert* in *Insolvenzforum* 2010, 60 f; *Umlauf*, GesRZ 2009, 4 ff; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* 976 Rz 4/9; *Kolarik*, Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen; *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 254; *Höller*, ZIK 2004, 151.

ren. Dies kann etwa auch dadurch geschehen, indem der Gesellschafter einer (bzw mehreren) bestimmten Person(en) das Recht einräumt, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Übertragung des Geschäftsanteils zu verlangen (bzw „aufzugreifen“). Die Übertragbarkeit des Geschäftsanteils wird somit – bei Vorliegen der Voraussetzungen – von der Nichtausübung dieses Rechts durch den/die Berechtigten abhängig gemacht. IZm derartigen Regelungskomplexen hat sich in der Vertragspraxis der Begriff des „Aufgriffsrechts“ entwickelt.²⁹²⁾

B. Grundsätzliches zum Aufgriffsrecht

1. Der Begriff des Aufgriffsrechts

1.1 Aktueller Meinungsstand

In der Lit werden Aufgriffsrechte – je nach konkreter Ausgestaltung im Einzelfall – mitunter als „Vorkaufsrechte bzw dem Vorkaufsrecht ähnelnden Bestimmungen“,²⁹³⁾ als „Optionen“²⁹⁴⁾ bzw als „durch einseitige Willenserklärung ausübbare Gestaltungsrechte“²⁹⁵⁾ sowie der „Vorhand ähnelnd“²⁹⁶⁾ oder allgemein als „Übernahmerechte“²⁹⁷⁾ qualifiziert oder aber auch als Unterfall von „Vorerwerbsrechten“²⁹⁸⁾ behandelt. In Deutschland finden sich vorwiegend die Begriffe „Erwerbsvorrechte“²⁹⁹⁾ bzw „Vor- oder sonstige Erwerbsrechte“.³⁰⁰⁾ Ihre Rechtsgrundlage in Deutschland bildet die Bestimmung des § 15 Abs 5 dGmbHG, die es ermöglicht, „die Abtretung der Geschäftsanteile an weitere Voraussetzungen“ zu knüpfen. Vice versa werden Aufgriffsrechte in der Lit auch

²⁹²⁾ Siehe Rauter in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 76 Rz 129; Tichy, RdW 1998, 56; Grabenwarter, NZ 1988, 317.

²⁹³⁾ Fellner, GeS 2008, 145; Hager-Rosenkranz, wbl 2006, 255; Rauter, JAP 2005/2006, 38; Umfahrer, GesRZ-Spezial 2006, 29 („Aufgriffsrechte sind nicht mit dem Vorkaufsrecht des § 1072 ABGB gleichzusetzen“); Tichy, RdW 1998, 56; Weilingner, GmbH 29; OGH 6 Ob 81/11x RdW 2012, 25 = GesRZ 2012, 180 (zust Fragner); OGH 1 Ob 8/00h SZ 73/33 = ecosex 2000/234 (Zehetner); OGH 9. 4. 1992, 8 Ob 631/90 SZ 65/60 = ecosex 1992, 481 (zust Thiery; „in Wahrheit ein Vorkaufsrecht im Sinne des § 1072 ABGB“).

²⁹⁴⁾ Vgl Fragner, Aufgriffsrecht, 92 f; Tichy, RdW 1998, 56; OGH 6 Ob 542/90 ecosex 1990, 551.

²⁹⁵⁾ Umfahrer, GesRZ 2010, 321; Umfahrer, GesRZ-Spezial 2006, 28; Duursma-Kepplinger/Duursma in Buchegger VI 180.

²⁹⁶⁾ Tichy, RdW 1998, 58 f; Geist, ÖJZ 1996, 415; Hueck in FS Larenz 752.

²⁹⁷⁾ OGH 6 Ob 63/10y GES 2011, 65 (Fantur).

²⁹⁸⁾ Weismann, Übertragungsbeschränkungen 123 (Vorerwerbsrechte als Überbegriff für Vorkaufs- und Aufgriffsrechte).

²⁹⁹⁾ Hueck in FS Larenz 750; so auch Tichy, RdW 1998, 56.

³⁰⁰⁾ Strohn in MünchKomm GmbHG I² § 34 Rz 99 mwN.

als „Übertragungsgebot“,³⁰¹⁾ „Anbietungs- und Übertragungspflicht“³⁰²⁾ sowie als „Abtretungs-“³⁰³⁾ bzw. „Andienungsverpflichtung“³⁰⁴⁾ des Verpflichteten verstanden.

1.2 Stellungnahme

Das Aufgriffsrecht stellt per se kein gesetzlich normiertes Rechtsinstitut dar. Seine Existenz bedarf – wie die eines jedes anderen Rechts – einer rechtlichen Grundlage. Aufgriffsrechte sind daher mittels entsprechender Vereinbarungen („Aufgriffsregelung“) einzuräumen.

Für die Gestaltung der jeweiligen Aufgriffsregelungen können grundsätzlich zivilrechtliche Rechtsinstitute – wie etwa das Vorkaufsrecht (§ 1072 ff ABGB), der Vorvertrag (§ 936 ABGB) oder die Option herangezogen werden; daneben kommen aber auch noch andere Formen, wie etwa eine einseitige Anbotsverpflichtung oder ein bedingtes Übertragungsangebot in Betracht.³⁰⁵⁾ Die konkrete inhaltliche Ausgestaltung von Aufgriffsregelungen ist dabei vielfältig und richtet sich grundsätzlich stets nach den jeweiligen Bedürfnissen der Vertragsgestalter im Einzelfall. Die jeweilige Aufgriffsregelung legt inhaltlich die für die Übertragung von GmbH-Anteilen erforderlichen „weiteren Voraussetzungen“ iSd § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG näher fest.

Das Aufgriffsrecht lässt sich generell wie folgt umschreiben: Das Aufgriffsrecht ist das von einem Gesellschafter („Aufgriffsunterworfener“) einer Person bzw einem Personenkreis („Aufgriffsberechtigte/r“) per entsprechender Aufgriffsregelung eingeräumte Recht, unter bestimmten Voraussetzungen („Aufgriffsfall“) die Übertragung des vom Aufgriffsunterworfenen gehaltenen Geschäftsanteils („aufgriffsunterworfener Geschäftsanteil“) gegen Erlag eines im Vorhinein bestimmten Entgelts („Abfindung“)³⁰⁶⁾ zu verlangen.

Durch die Ausübung des Aufgriffsrechts soll letztlich stets (mittelbar oder unmittelbar) der Abschluss eines Vertrags zur entgeltlichen Anteilsübertragung (Kauf- und Abtretungsvertrag) zwischen zwei von vornherein bestimmten Personen erfolgen. Aufgriffsrechte stellen somit einen Sammelbegriff für Vehikel zur reglementierten Geschäftsanteilsübertragung dar.

³⁰¹⁾ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 10; *Ratka* in *Straube*, Fachwörterbuch 22.

³⁰²⁾ *Gellis*⁷ § 76 Rz 2; *Umfahrer*⁶ Rz 731; *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler* 105; *Höller*, ZIK 2004, 151.

³⁰³⁾ *Reichert/Weller* in *MünchKomm GmbH I*² § 15 Rz 560 mwN.

³⁰⁴⁾ Vgl *Altmeyen* in *Altmeyen/Roth*, GmbHG⁷ § 15 Rz 109.

³⁰⁵⁾ Zu den einzelnen Gestaltungsvarianten siehe sogleich unten, II.B.2.

³⁰⁶⁾ Siehe unten, Kapitel III.

2. Gestaltungsformen für die Insolvenz

2.1 Vorbemerkungen

Die zentrale Bestimmung für die Umsetzbarkeit des jeweiligen Aufgriffsrechts stellt die Bestimmung des § 76 GmbHG dar, die die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen normiert. Demnach erfolgt die Anteilsübertragung stets durch den Abschluss eines Verpflichtungs- und eines Verfügungsgeschäfts (Kauf- und Abtretungsvertrag) in Notariatsaktsform.³⁰⁷⁾ Aufgriffsregelungen sind daher anhand dieser Gesetzesbestimmung zu konzipieren.

Grundsätzlich sind mehrere Varianten denkbar, wie die Übertragung des Geschäftsanteils letztlich konkret zustande kommt, sodass auch für die Errichtung von Aufgriffsvereinbarungen mehrere Gestaltungsformen möglich sind. Zur Insolvenzvorsorge ist die jeweilige Aufgriffsregelung zudem entsprechend auf den Insolvenzfall auszurichten.

2.2 Vorkaufsrecht (§§ 1072 ff ABGB)

Zur Gestaltung der Aufgriffsregelung als Grundlage für das jeweilige Übertragungsvehikel können zivilrechtliche Rechtinstitute herangezogen werden. So kommt dafür grundsätzlich etwa das Vorkaufsrecht iSd §§ 1072 ff ABGB in Betracht.³⁰⁸⁾

Das Vorkaufsrecht ist ein Gestaltungsrecht zum bevorzugten Erwerb einer Sache für den Fall, dass der Verpflichtete diese verkaufen will.³⁰⁹⁾ Gegenstand des Vorkaufsrechts kann jede Sache iSd § 285 ABGB sein.³¹⁰⁾ Das Vorkaufsrecht kann entweder als Nebenvertrag zu einem Vertrag oder aber im Rahmen einer selbstständigen Vorkaufsabrede eingeräumt werden.³¹¹⁾ Dem Vorkaufsberechtigten steht ein Vorkaufsrecht zu, wenn der Verpflichtete verkaufen will und entweder mit einem Dritten einen wirksamen Vertrag, einen Vorvertrag oder eine Punktation geschlossen oder ein bindendes Angebot des Dritten erhalten hat (Vorkaufsfall).³¹²⁾ Bei Eintritt des Vorkaufsfalles hat der Verpflichtete dem Berechtigten die „Einlösung“ anzubieten; das Einlösungsangebot muss dabei nicht dem rechtsgeschäftlichen Gehalt einer Vertragsofferte entsprechen, es genügt bereits die bloße, den Eintritt des Vorkaufsfalles zum Ausdruck bringende Mitteilung.³¹³⁾

³⁰⁷⁾ Siehe oben, Kapitel I.B.1.4.

³⁰⁸⁾ Siehe dazu auch *Fragner*, Aufgriffsrechte 53 ff; siehe auch *Spitzer* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1072 Rz 13.

³⁰⁹⁾ OGH 5 Ob 28/94 SZ 67/89.

³¹⁰⁾ *Apathy* in *KBB*⁴ § 1072 Rz 2; *Verschreagen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1072 Rz 2.

³¹¹⁾ *Aicher* in *Rummel/Lukas*⁴ § 1072 Rz 4; *Verschreagen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1072 Rz 11.

³¹²⁾ *Apathy* in *KBB*⁴ § 1072 Rz 3.

³¹³⁾ *Aicher* in *Rummel/Lukas*⁴ § 1072 Rz 23a.

Um das Vorkaufsrecht auszuüben, muss der Berechtigte „wirklich einlösen“ (§ 1075 Satz 1 ABGB), d h im eigenen Namen erklären, zu denselben Bedingungen wie der Dritte kaufen zu wollen und die vom Dritten angebotene Leistung vollständig entrichten oder wirklich anbieten (die reine Ausübungserklärung genügt nicht).³¹⁴⁾ Durch die Einlösung entsteht somit zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unmittelbar ein Kaufvertrag zu den Bedingungen, unter denen der Kaufvertrag mit dem Dritten geschlossen wurde oder aufgrund des Anbots geschlossen werden hätte sollen.³¹⁵⁾

Um Missbrauch vorzubeugen, empfiehlt es sich, sich darauf zu verständigen, dass die Vereinbarung mit dem Dritten eine Klausel zu enthalten hat, nach welcher dem einzelnen Vorkaufsberechtigten im Fall der gänzlichen Nichtausübung des Vorkaufsrechts das Recht zusteht, die Vereinbarung zwischen dem Gesellschafter und dem Dritten verbindlich und wirksam werden zu lassen. Ansonsten könnte bereits ein Scheinangebot, mit dem der Kaufpreis in die Höhe getrieben werden soll, das Vorkaufsrecht auslösen. Die Formpflicht des Kaufvertrags gilt auch für die Vorkaufsabrede.³¹⁶⁾

Zur Insolvenzvorsorge wäre die Aufgriffsregelung daher derart zu konzipieren, dass der Gesellschafter (Vorkaufsverpflichtete) den übrigen Gesellschaftern oder Dritten jeweils ein notariatsaktspflichtiges Vorkaufsrecht nach den §§ 1072 ff ABGB einräumt. Allerdings stellt die freihändige Veräußerung eines Geschäftsanteils durch den Insolvenzverwalter im Rahmen der insolvenzrechtlichen Verwertung keinen Vorkaufsfall iSd §§ 1072 ff dar, weil der Verpflichtete nicht verkaufen will.³¹⁷⁾ Dies muss mE auch dann gelten, wenn dem Schuldner die Eigenverwaltung zusteht und er den Anteil somit selbst zu veräußern hat. Schließlich wird die Verwertung des Anteils nur deswegen erfolgen, weil ihn der Schuldner letztlich im Interesse der Gläubiger veräußern muss, und nicht deswegen, weil er dies aus freien Stücken heraus will. Es kann somit festgehalten werden, dass das klassische Vorkaufsrecht zur Insolvenzvorsorge nicht in Betracht kommt.

Dem ist noch hinzuzufügen, dass der gesetzlich normierte Rahmen der §§ 1072 ABGB für die Bedürfnisse der Vertragsgestalter idR ohnehin zu eng gefasst sein wird. Schließlich stellt etwa die bloße Absicht, zu veräußern, auch keinen gesetzlichen Vorkaufsfall dar.³¹⁸⁾ Zudem hat der Vorkaufsberechtigte stets den Preis zu zahlen, den auch der Dritte zu zahlen bereit ist. Der Kaufpreis (Abfindung) ist daher nicht von vornherein absehbar. Daher sind – aus Sicht der Vertragsgestalter – Regelungen, die sich an die Bestimmungen der §§ 1072

³¹⁴⁾ *Apathy* in KBB⁴ § 1075 Rz 1.

³¹⁵⁾ *Apathy* in KBB⁴ § 1075 Rz 1; OGH 8 Ob 161/08x SZ 2009/45; OGH 4 Ob 14/08z ecolcx 2008/179; OGH 1 Ob 49/00p ecolcx 2011/43; OGH 1 Ob 516/91 SZ 64/24.

³¹⁶⁾ *Aicher* in *Rummel/Lukas*⁴ § 1072 Rz 5; *Verschreagen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1072 Rz 14.

³¹⁷⁾ OGH 5 Ob 71/06m SZ 2006/84.

³¹⁸⁾ *Umfahrer*, GesRZ 2010, 321; *Fragner*, Aufgriffsrechte 56; *Umfahrer*, GesRZ-Spezial 2006, 29; *Duursma-Kepplinger/Duursma* in *Buchegger* VI 180 f.

ABGB bloß anlehnen bzw diesen (teilweise) nachempfunden sind (und somit etwa auch ausdrücklich den beabsichtigten Verkauf bzw die Verwertung im Insolvenzverfahren miteinschließen), oft wesentlich praktikabler. Derartige Regelungen erlauben einen weiteren Gestaltungsspielraum, der über die starren Grenzen der §§ 1072 ff ABGB hinausgeht.

Daraus folgt, dass begrifflich zwischen „Vorkaufsrechten“ (iSd §§ 1072 ff ABGB) und den vergleichsweise weiter reichenden „Aufgriffsrechten“ zu unterscheiden ist. Klassische Vorkaufsrechte können idZ auch als „Aufgriffsrechte im weiteren Sinn“ und die davon abgeleiteten bzw ähnlich ausgestalteten Regelungen als „Aufgriffsrechte im engeren Sinn“ bezeichnet werden. Diese beiden Begrifflichkeiten können systematisch wiederum unter den Überbegriff der „Vorerwerbsrechte“ gestellt werden.³¹⁹⁾

2.3 Insolvenzbedingter Vorvertrag

Für die Gestaltung von Aufgriffsregelungen kommt des Weiteren der Vorvertrag in Betracht.³²⁰⁾ Der Vorvertrag (§ 936 ABGB) ist eine schuldrechtliche Vereinbarung, die einen oder beide Vertragsteile dazu verpflichtet, in Zukunft einen Hauptvertrag abzuschließen.³²¹⁾ Dabei kann der Vorvertrag nur für eine Partei oder aber beidseitig verbindlich sein. Dem jeweiligen Vorvertrags-Berechtigten steht gegenüber dem Vorvertrags-Verpflichteten ein – nötigenfalls einzuklagender – Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags zu.³²²⁾ Der Hauptvertrag muss allerdings nicht unbedingt zwischen denselben Personen geschlossen werden wie der Vorvertrag (Vorvertrag zugunsten Dritter).³²³⁾ Vereinbaren die Parteien des Vorvertrags, dass der Hauptvertrag mit einem Dritten abzuschließen ist, so steht auch dem jeweiligen Vorvertrags-Begünstigten ein – nötigenfalls einzuklagender – Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags zu.³²⁴⁾

Der Vorvertrag muss (i) die *essentialia negotii*³²⁵⁾ des Hauptvertrags und (ii) den Zeitpunkt des Abschlusses³²⁶⁾ des Hauptvertrags enthalten. Soll Gegenstand des Hauptvertrags etwa die GmbH-Anteilsübertragung sein (Kauf-

³¹⁹⁾ Vgl Weismann, Übertragungsbeschränkungen 123.

³²⁰⁾ Siehe auch Fragner, Aufgriffsrechte 77 ff.

³²¹⁾ P. Bydlinski in KBB⁴ § 936 Rz 1; OGH 6 Ob 570/93 RdW 1994, 205.

³²²⁾ Perner in Schwimann/Kodek⁴ § 936 Rz 23; Reischauer in Rummel/Lukas⁴ § 936 Rz 1 mwN; Hödl in Schwimann, Taschenkommentar^{3,01} § 936 Rz 1.

³²³⁾ Reischauer in Rummel/Lukas⁴ § 936 Rz 1; Perner in Schwimann/Kodek⁴ § 936 Rz 4; Parapatits, Vertrag zugunsten Dritter 164.

³²⁴⁾ Vgl Riedler in Schwimann/Kodek⁴ §§ 881–882 Rz 6 mwN.

³²⁵⁾ Reischauer in Rummel/Lukas⁴ § 936 Rz 2; Hödl in Schwimann, Taschenkommentar^{3,01} § 936 Rz 3 mwN.

³²⁶⁾ Reischauer in Rummel/Lukas⁴ § 936 Rz 4; Hödl in Schwimann, Taschenkommentar^{3,01} § 936 Rz 3 mwN.