

ÖSTERREICHISCHES

# Anwalts blatt

## 15 ABHANDLUNGEN

Das Nonische Pflichtenhexagon als Koordinationsnorm für Verschwiegenheitspflicht und Entschlagungsrecht des Rechtsanwalts

Neuerungen bei der Verteidigung durch das Strafrechtliche EU-Anpassungsgesetz 2020

Bemerkenswertes aus der Judikatur des OGH in Strafsachen seit 2019

## 42 IM GESPRÄCH

Dr. Margarete Gräfin von Galen  
– Die Arbeit des CCBE



## 45 CHRONIK

CEPEJ Evaluation Report



**ELENA CIRESA**  
Juristische Mitarbeiterin  
bei Brandl & Talos  
Rechtsanwälte

2021/25

# OGH erklärt Abfindungsbeschränkungen bei Aufgriffsrechten im Insolvenzfall für zulässig

## GESELLSCHAFTSRECHT

§§ 25a, 25b, 26 Abs 3 IO; § 76 Abs 4 GmbHG

**Aus Gläubigerschutzgesichtspunkten muss für Aufgriffsrechte in vergleichbaren Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft Gleiches vorgesehen werden.**

**Soll in der Insolvenz eines Gesellschafters eine Abfindungsbeschränkung unter den Verkehrswert iZm einem Aufgriffsrecht greifen, ist diese nur wirksam, sofern sie darüber hinaus auch für alle anderen Fälle des Ausscheidens des Gesellschafters bestimmt wird.**

OGH 16. 9. 2020, 6 Ob 64/20k

### Sachverhalt:

Die Neufassung eines Gesellschaftsvertrags sieht im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen von einem der Gesellschafter ein Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter vor. Der Aufgriffspreis soll im Insolvenzfall um einen Abschlag von 20% reduziert werden. Im Falle des Ablebens des Gesellschafters sowie bei der Veräußerung durch den Gesellschafter selbst ist kein Abschlag vorgesehen.

Das ErstG lehnt die Eintragung der Änderung im FB mit dem Argument der Sittenwidrigkeit des Abschlags ab. Darüber hinaus verweist es auf § 26 Abs 3 IO, wonach der Insolvenzverwalter an vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht angenommene Anträge nicht gebunden ist.

Das RekG bestätigt die Entscheidung, teilt die Ansicht der sittenwidrigen Gläubigerbenachteiligung durch den Abschlag und stellt fest, dass es in der Insolvenz keine Immunität von Vermögen des Gemeinschuldners gebe.

Der OGH erklärt die Satzungsänderung aufgrund der Tatsache für gesetzwidrig, dass für den Fall des Ablebens sowie der Veräußerung durch den Gesellschafter kein Abschlag vorgesehen sei und somit eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung in der Insolvenz vorliege. Die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung eines Aufgriffsrechts für den Insolvenzfall sei aber – sogar zu einem Abfindungspreis unter dem Verkehrswert – grundsätzlich möglich.

### Aus der rechtlichen Beurteilung:

Zunächst thematisiert der OGH die mögliche Anwendbarkeit der §§ 25a, 25b IO iZm für den Insolvenzfall vereinbarten Aufgriffsrechten. Diese seien geeignet – so der OGH – von vornherein die Vereinbarung von Aufgriffsrechten in der Insolvenz unwirksam zu machen. Der OGH schließt sich der Ansicht von *Eckert* (in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 65f) und *Taufner* (GesRZ 2011, 159) an, dass die §§ 25a, 25b IO für mehrseitige Verträge nicht maßgeblich sind, da sowohl teleologische Erwägungen als auch ein sonstiger Wertungswiderspruch zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften gegen eine Anwendung sprechen. Die eine Anwendung befürwortenden Meinungen überzeugen nicht (vgl auch OGH 15. 11. 2017, 1 Ob 153/17g).

Sofern Aufgriffsrechte als Vereinbarungen iSd § 26 Abs 3 IO zu qualifizieren sind, wäre der Insolvenzverwalter nicht an

diese gebunden. Der OGH folgt nach langer Abhandlung der verschiedenen Lehrmeinungen der überwiegenden Meinung und lehnt eine Anwendung des § 26 Abs 3 IO ab, denn „das grundsätzliche Interesse der Gesellschafter, im Falle der Insolvenz eines anderen Gesellschafters das Eindringen eines Gesellschafters fremden zu verhindern zu wollen, ist durchaus legitim; danach besteht – gerade bei personalistisch geprägten Gesellschaften mit beschränkter Haftung – auch evident ein massiv praktisches Bedürfnis“. Weiters wird, uA *Rüffler* (wbl 2008, 353), *Schopper/Walch* (NZ 2019/155) und *Schmidsberger/Chalupsky/Duursma* (GeS 2020, 3) folgend, ausgeführt, dass es sich bei dem Geschäftsanteil eines GmbH-Gesellschafters um ein Bündel von Rechten und Pflichten handelt, und somit ein im Gesellschaftsvertrag vereinbartes Aufgriffsrecht ein untrennbarer Teil dieser Summe ist, der auch vom Insolvenzverwalter nicht isoliert behandelt und nicht bei Bedarf von den übrigen Pflichten abgetrennt werden kann. Dem Insolvenzverwalter soll kein „Rosinenpicken“ möglich sein.

Izm einem Abschlag vom Aufgriffspreis wird in der vom OGH zit Lit die Anwendung des § 76 Abs 4 GmbHG diskutiert, wonach der Aufgriffspreis jedenfalls dem Verkehrswert zu entsprechen hätte. Kritisiert wird von *Told* (ecolex 2016/339) und *Artmann* (in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht [2014] 77), dass Vinkulierungsklauseln, der eigentliche Regelungsgegenstand des § 76 Abs 4 GmbHG, keinen Übernahmepreis regeln und ein solcher erst bei exekutiver Verwertung notwendig ist, während bei Aufgriffsrechten von vornherein ein Preis (bzw ein Ermittlungsverfahren) geregelt wird. Somit ist keine Notwendigkeit einer Anwendung des § 76 Abs 4 GmbHG auf Aufgriffsklauseln ersichtlich. Der OGH verweist auf die E 3 Ob 223/11g, in der ausgeführt wird, „§ 76 Abs 3 GmbHG sei auf das in der Satzung normierte Aufgriffsrecht zu vorbestimmten Bedingungen nicht analog anzuwenden, weil dieses einem Zustimmungrecht der Gesellschaft nicht gleichzuhalten sei“.

Der OGH stellt letztlich klar, dass „unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes **freiwilliges Ausscheiden** und das **Ableben** eines Gesellschafters einerseits sowie **Exekution** bzw **Insolvenz** andererseits als Fälle des Aufgriffsrechts gleichbehandelt werden müssen“. Weiters führt der OGH aus, „eine Abfindungsbeschränkung unter den Verkehrswert

(Schätzwert) des Geschäftsanteils in den Fällen der Exekution und Insolvenz des Gesellschafters ist darüber hinaus nur zulässig, wenn sie nicht nur in diesen Fällen greift, sondern eine entsprechende Reduktion des Abfindungsanspruchs für jede Konstellation des freiwilligen (insbesondere der Anteilsübertragung) und des unfreiwilligen Ausscheidens des Gesellschafters vereinbart wird“. Zuletzt wird noch darauf hingewiesen, dass ein Gläubiger eine Beschränkung dann nicht hinnehmen müsse, wenn im Einzelfall besondere Hinweise auf eine ausnahmsweise von vornherein verfolgte sittenwidrige Schädigungsabsicht hindeuten. Die im vorliegenden Fall gewünschte Satzungsänderung sieht einen Abschlag unter den Verkehrswert nur im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters vor, während beim Ableben bzw bei der Veräußerung des Geschäftsanteils unter Zustimmung aller übrigen Gläubiger der volle Preis zusteht. Schon aufgrund dieser Gläubigerbenachteiligung in der Insolvenz ist die Satzungsänderung sittenwidrig und die Eintragung zu verweigern. Ob der vorgesehene Abschlag iHv 20% für sich genommen rechtmäßig war, ist daher nicht mehr zu beurteilen.

#### Anmerkung:

Für die Praxis erfreulich stellt der OGH mit dieser E eindeutig klar, dass im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters rechts-wirksam sind. Sofern dabei vergleichbare Aufgriffsfälle gleich behandelt werden, ist keine – der Insolvenzordnung oder dem Gesellschaftsrecht widersprechende – Gläubigerbenachteiligung zu erkennen. Der OGH bestätigt auch, dass ein Abschlag unter den Verkehrswert nicht sittenwidrig ist, wenn dieser für *alle* Ausscheidungsgründe gleich geregelt wird. Damit geht er über die in der E zit Literaturmeinungen hinaus, dass es wohl reiche, wenn zumindest ein weiterer vergleichbarer Fall gleich geregelt wird. Schuldig bleibt der OGH allerdings (ausdrücklich) die Antwort, in welcher Höhe ein Abschlag unter den Verkehrswert zulässig ist. Hier wird sich zeigen, auf welchen Prozentsatz sich die Praxis festlegt und ob ein solcher Abschlag überhaupt in allen Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters gewünscht ist und somit für den Insolvenzfall vereinbart wird.

ELENA CIRESA

## Adressierung und Zustellung von Feststellungsbescheiden bei Personengesellschaften nach der Zustellfiktion

### GEBÜHREN- UND STEUERRECHT

§ 101 Abs 3, § 191 BAO

**Nach § 191 Abs 3 Satz 2 BAO wirken Feststellungsbescheide iSd § 188 BAO gegen alle, denen im Spruch des Bescheides Einkünfte zugerechnet bzw nicht zugerechnet werden.**

**Gem § 101 Abs 3 BAO sind schriftliche Ausfertigungen, die in einem Feststellungsverfahren an eine Personenvereinigung ohne eigene Rechtspersönlichkeit oder an eine Personengemeinschaft gerichtet sind (§ 191 Abs 1 lit a und c BAO), einer nach § 81 BAO namhaft gemachten vertretungsbefugten Person zuzustellen. Im Hinblick auf die klare Regelung des § 101 Abs 3 BAO kann einem Vertreter nach § 81 BAO dabei *immer* im Wege des § 101 Abs 3 BAO zugestellt werden.**

**Mit der Zustellung einer einzigen Ausfertigung an diese Person gilt die Zustellung an alle Mitglieder der Personenvereinigung oder Personengemeinschaft als vollzogen, wenn auf diese Rechtsfolge in der Ausfertigung hingewiesen wird („Zustellfiktion“).**

**Da die Angabe einer „nach § 81 vertretungsbefugten Person“ für die Anwendung der Zustellfiktion des § 101 Abs 3 BAO konstitutive Voraussetzung ist, darf eine an eine Personengesellschaft gerichtete Erledigung allerdings nicht nur an die Gesellschaft gerichtet sein, sondern muss auch eine für die Gesellschaft vertretungsbefugte Person als Zustellempfängerin (etwa mit dem Zusatz „zHd“) anführen, um ihre Wirkung iSd § 191 Abs 3 BAO zu erreichen. Die Heilung einer fehlenden Empfängerangabe kommt nicht in Betracht.**

VwGH 24. 10. 2019, Ra 2018/15/0061

#### Sachverhalt:

OS beteiligte sich – nach den Feststellungen des Bundesfinanzgerichts (BFG) – mit Gesellschaftsvertrag v 3. 11. 2008 bei dem

künstlerisch tätigen WM als atypisch stiller Gesellschafter. Zu Beginn der gesellschaftlichen Beziehungen wurde OS als Vertreter und Zustellbevollmächtigter der Gesellschaft gegenüber



FRANZ PHILIPP  
SUTTER

Der Autor ist Richter des  
Verwaltungsgerichtshofes.

2021/26