

ZEITSCHRIFT FÜR DAS GESAMTE
BANK- UND BÖRSENWESEN

FEBRUAR 2021

69. Jahrgang

Aus dem Inhalt

SARON

FINANZMÄRKTE
IM LETZTEN QUARTAL 2020 –
AUSSICHTEN 2021

CRYPTO ASSETS

HERAUSGEGEBEN VON DER
ÖSTERREICHISCHEN BANKWISSENSCHAFTLICHEN GESELLSCHAFT

Linde

Bank
Verlag

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von
RA Dr. Markus Kellner
unter Mitarbeit von
Dr. Fabian Liebel LL.M. (WU Wien)

OGH-Entscheidungen

2724.

<https://doi.org/10.47782/oeba202102010701>

§ 879 ABGB; §§ 34, 76 GmbHG; §§ 20, 21, 25a, 25b, 26 IO. Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte sind nicht unter § 26 Abs 3 IO zu subsumieren. Auch die §§ 25a, 25b IO sind nicht anwendbar. Daher sind gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte grundsätzlich auch für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters wirksam.

Unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes müssen freiwilliges Ausscheiden und Ableben eines Gesellschafters einerseits sowie Exekution und Insolvenz andererseits als Fälle des Aufgriffsrechts gleich behandelt werden. Eine Abfindungsbeschränkung unter den Verkehrswert (Schätzwert) des Geschäftsanteils bei 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 (insb der Anteilsübertragung) und des unfreiwilligen Ausscheidens des Gesellschafters vereinbart wird.

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

Aus der Begründung:

Nach der Neufassung des Gesellschaftsvertrags soll die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters ein Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter zur Folge haben. Dabei soll der Kaufpreis unter Vornahme eines Abschlags von 20% vom begutachteten Wert ermittelt werden.

Das *ErstG* lehnte die Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrags im FB ab. Dies begründete es mit einem Verweis auf § 26 Abs 3 IO und die RekursE 6 R 95/19m des OLG Linz. Der

vorgesehene Abschlag vom Aufgriffspreis sei sittenwidrig.

Das *RekG* bestätigte diese E.

Der Revisionsrekurs ist *zulässig*; er ist aber *nicht berechtigt*.

1.1. Vorweg ist die von den Vorinstanzen nicht geprüfte Frage zu klären, ob bereits §§ 25a, 25b IO der Eintragung der Satzungsbestimmung entgegenstehen.

1.2. In der Lit ist umstritten, ob diese Bestimmungen auf mehrseitige Verträge, va auf Gesellschaftsverträge zur Anwendung kommen (bejahend *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 821; *Konecny*, ZIK 2010, 86; *Spitzer*, FS Nowotny 417 f; *Richter*, ZIK 2018, 46; verneinend *Fellner*, RdW 2010, 261; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, ZIK-Spezial IRÄG 2010 26 f; *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 63 ff; *Taufner*, GesRZ 2011, 158; *Trenker*, JBl 2012, 287). Auch nach *Schopper* (in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rn 33) sind die §§ 25a, 25b IO nicht auf Gesellschaftsverträge (wohl aber auf syndikatsvertragliche Vereinbarungen) anwendbar und stehen derartigen Klauseln insoweit nicht entgegen, als sie gesellschaftsvertraglich verankert und damit mit absoluter Wirkung ausgestattet sind.

1.3. Der OGH hat § 25b Abs 2 IO bei einem Vertrag über die Organisation einer Fußballmeisterschaft für unanwendbar gehalten, der den Zwangsabstieg eines insolventen Fußballvereins in eine untere Spielklasse und den Ausschluss aus UEFA-Bewerben vorsah (1 Ob 153/17g = EvBl 2018/65 [abl *Anzenberger*]). Demnach ist diese Bestimmung nur auf zweiseitige Rechtsgeschäfte anwendbar. In der Lit wird betont, dass diese E sich inhaltlich auch auf § 25a IO übertragen lässt (*Perner* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 25a Rn 9 FN 18).

1.4. Wortlaut und systematische Einordnung der genannten Bestimmungen liefern keine sicheren Ergebnisse (*Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 63; *Fellner*, RdW 2010, 261; *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 821; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 26 f; *Perner* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 25a Rn 10). Die Mat (612 Blg-NR 24. GP 13) weisen darauf hin, dass Spezialbestimmungen, die die Auflösung im Insolvenzfall betreffen, nicht berührt werden. Dabei wird als Bsp auf § 1210 ABGB (idF vor der GesbR-Reform) verwiesen. Weitere Bsp sind § 1208 Z 3 ABGB (Auflösung der GesbR durch Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters) und § 131 Z 5 UGB (Eröffnung des Konkursverfahrens über OG-Gesellschafter).

1.5. Aus diesem Hinweis der Mat ziehen manche Autoren (*Konecny*, ZIK 2010, 82 ff; *Leupold*, ZIK 2010, 171; *Umlauf*,

NZ 2012, 289 ff) den Schluss, dass § 25a IO, aber offenbar auch § 25b IO, grds auch Gesellschaftsverträge erfasst. Die zit Formulierung lässt jedoch – wie aufgezeigt wurde (*Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 64; *Perner* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO, § 25a Rn 10) – verschiedene Deutungen offen.

1.6. § 25b IO geht auf die seinerzeitige Regelung des § 20e Abs 2 AO zurück. Diese Norm wurde durch das IRÄG 1997 eingeführt. Als Zweck führen die Mat (RV 734 BlgNR 20. GP 55) an, ein Ausgleich ziele auf die Sanierung von Unternehmen, die aber konterkariert werde, wenn „sämtliche Geschäftsbeziehungen von den Vertragspartnern abgebrochen“ würden. Diese Bestimmung wurde mit dem IRÄG 2010 inhaltlich unverändert als § 25b Abs 2 IO übernommen.

1.7. Mit der in den Mat angesprochenen Situation ist jedoch der Aufgriff eines Geschäftsanteils nicht zu vergleichen, weil er nur dazu dient, dass die Gesellschafter „unter sich“ bleiben können. Ob ein Mitgesellschafter oder ein Dritter den Geschäftsanteil des Insolventen erhält, hat mit der Frage, ob ein Unternehmen, das der Gesellschafter allenfalls (abseits der GmbH) betreibt, fortgeführt werden kann, nichts zu tun. Eher könnte für diese Frage – wenn überhaupt – die Höhe der Abfindung eine Rolle spielen, nicht aber, wer den Geschäftsanteil bekommt.

1.8. Ausschlaggebend ist letztlich die Überlegung, dass teleologische Argumente gegen die Anwendung der §§ 25a, 25b IO auf mehrseitige Verträge sprechen (*Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 65 f; *Trenker*, JBl 2012, 287; aA *Konecny*, ZIK 2010, 86). Die vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung ist eindeutig auf zweiseitige Verträge zugeschnitten (*Perner* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO). Außerdem ist unklar, wie die Anwendung der §§ 25a, 25b IO zur Unternehmensfortführung beitragen sollte (*Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 65). Schließlich ist auch der Hinweis in der Lit nachvollziehbar, die Anwendung der Auflösungsbeschränkungen führte zu einem Wertungswiderspruch zwischen Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht (*Taufner*, GesRZ 2011, 159). Während nämlich ein insolventer Gesellschafter aus der GesbR ausgeschlossen werden könnte (*Spitzer*, FS Nowotny 420 f), wäre man an ihn in der GmbH gebunden (*Taufner*, GesRZ 2011, 159). Aus diesem Grund hat *Leupold* (ZIK 2010, 171) vorgeschlagen, die personengesellschaftsrechtlichen Bestimmungen analog im GmbH-Recht anzuwenden.

1.9. Zusammenfassend schließt sich der OGH somit den dargelegten Auffassungen im Schrifttum an, dass die §§ 25a, 25b IO nicht auf gesellschafts-

rechtliche Verträge zugeschnitten sind. Aus diesen Gründen ist an der in 1 Ob 153/17g ausgesprochenen Rechtsansicht festzuhalten, wonach die §§ 25a, 25b IO nicht auf mehrseitige Verträge anwendbar sind.

2.1. Nach § 26 Abs 3 IO ist der IV an „Anträge des Schuldners, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht angenommen worden sind“, nicht gebunden. Ob auch ein Aufgriffsrecht der anderen Gesellschafter einen solchen „Antrag des Schuldners“ darstellt, ist umstritten. Nach der Jud ist Ziel des § 26 Abs 3 IO, dem MV eine möglichst umfassende Befugnis zur Verwaltung und Verwertung der Masse zu schaffen (4 Ob 163/06h¹).

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

2.3. 6 Ob 21/79 betraf einen Gesellschaftsvertrag, nach dem der Gesellschafter im Fall seines Konkurses verpflichtet war, seinen Geschäftsanteil den übrigen Gesellschaftern zur Übernahme anzubieten. Das OLG Wien beanstandete diese Verpflichtung als unzulässig, weil eine Erschwerung der Übertragung des Geschäftsanteils, die im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sei, nicht für die Verwertung durch den MV gelte, gebe es doch keine Immunisierung des Geschäftsanteils gegen den Zugriff der Gläubiger im Konkurs des Gesellschafters. Der OGH wies den dagegen erhobenen Revisionsrekurs gem § 16 AußStrG aF zurück, weil keine „offenbare Gesetzwidrigkeit“ vorlag.

2.4. Auch das OLG Graz vertritt offenbar die Auffassung, im Fall der Eröffnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters könne weder ein Aufgriffsrecht zugunsten der Mitgesellschafter noch eine Abtretungsverpflichtung zu Lasten des MV gültig vereinbart werden (vgl das Referat der RekursE 4 R 64/05x in 6 Ob 142/05h).

2.5. Ggt entschied das OLG Innsbruck zu 5 R 288/86 NZ 1987, 321: Demnach sei es unbedenklich, wenn im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werde, dass aus wichtigem Grund, auch bei Konkursöffnung, anderen Gesellschaftern ein Aufgriffsrecht zustehe. Daran hielt das OLG Innsbruck in der zu 6 Ob 271/03a referierten E 3 R 136/03d fest.

2.6. In 8 Ob 4/92, 6 Ob 241/98d und 6 Ob 142/05h war die Frage nach § 26 Abs 3 KO bzw IO nicht ausschlaggebend.

8 Ob 4/92 subsumierte eine „gewöhnliche“ Kaufoption unter § 26 Abs 3 KO, woraus für ein gesellschaftsrechtliches Aufgriffsrecht wenig gewonnen werden kann. Zu 6 Ob 180/17i wurde die Frage ebenfalls offengelassen, weil das Aufgriffsrecht schon aus anderen Gründen nicht ausgeübt werden konnte. Nebenher wurde jedoch zu ErwGr 3.4 ausgeführt, in Hinblick auf die im Anlassfall vorgesehene Bewertung des Geschäftsanteils nach einem Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhandler bestünde jedoch wohl keine Gefahr der Benachteiligung der Gläubiger des insolventen Gesellschafters durch das Aufgriffsrecht.

2.7. Nach 6 Ob 150/08i (dazu *Temmel*, GeS 2009, 58) kann ein Aufgriffsrecht vorgesehen werden. Eine derartige Regelung im Gesellschaftsvertrag könne wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig sein, was insb dann naheliege, wenn der für den Fall des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung vorgesehene Preis sich von demjenigen in vergleichbaren Fällen unterscheide.

2.8. In 6 Ob 35/16i²) wurde die Frage nach der Geltung von § 26 Abs 3 IO offengelassen. Das Aufgriffsrecht wurde schon deshalb für sittenwidrig angesehen, weil der Gesellschaftsvertrag für den Fall der Insolvenz des Gesellschafters einen Abschlag von 50 % auf den Verkehrswert des Anteils vorsah; dass dieser Abschlag auch für den Fall der Kündigung durch den Gesellschafter oder seinen Ausschluss aus der Gesellschaft vorgesehen war, änderte daran nichts. Überzeugend erschien dem Senat ausdrücklich (ErwGr 4.5) der Hinweis auf die aus § 76 Abs 4 GmbHG, der die exekutive Verwertung eines vinkulierten Geschäftsanteils regelt, zu entnehmende Wertung. Daraus ergebe sich zweifelsfrei die Wertung des Gesetzes, dass die Gläubigerbefriedigung den Interessen der Gesellschaft vorgehe und die Gläubiger jedenfalls den Schätzwert des Anteils erhalten sollten.

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

3.1. In der Lit werden verschiedene Auffassungen vertreten. [...]

6.1. Der Vollständigkeit halber ist schließlich noch auf die exekutionsrechtliche Jud einzugehen: In 3 Ob 83/08i wurde ausgeführt, dass der Anteil gem § 76 Abs 4 GmbHG geschätzt werden müsse, habe den Sinn, den Übernahmepreis für

den Fall zu fixieren, dass die Gesellschaft einen Käufer benenne oder sich mit einem solchen einverstanden erkläre. Das satzungsmäßige Zustimmungsrecht der Gesellschaft sei hingegen kein absolutes Recht, das einer Verwertung entgegenstehe; wenn keine Einigung über den Übernahmepreis zustande komme, habe die nach der Satzung in Ansehung der Übertragung des Geschäftsanteils zustimmungsberechtigte GmbH nur das Recht auf Bekanntgabe des Schätzwerts und das Recht, einen Käufer zu präsentieren, der den Geschäftsanteil um den Schätzwert innerhalb von 14 Tagen ab Benachrichtigung erwerbe.

6.2. 3 Ob 223/11g legte zunächst den Zweck einer Vinkulierung dar, nämlich, dass die restlichen Gesellschafter für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters weiter „unter sich“ bleiben können; es könne also verhindert werden, dass die Gesellschaft mit einem neuen Gesellschafter, der den Geschäftsanteil erwerbe, fortzusetzen wäre. Dieses Anliegen kollidiere im Fall der exekutiven Veräußerung des Geschäftsanteils mit dem Interesse der Gläubiger an einem hohen Verkaufserlös. Dem trage der Gesetzgeber mit der „Exekutionsbeschränkung“ des § 76 Abs 4 GmbHG zur Erreichung des Normzwecks eines Interessenausgleichs dahin Rechnung, dass der exekutive Verkauf dann unterbleiben könne, wenn ein von der zustimmungsberechtigten Gesellschaft zugelassener (nominierter) Käufer den Geschäftsanteil gegen Bezahlung eines den Schätzwert erreichenden Kaufpreises übernehme. Sei dies der Fall, werde der Gesellschaft (den Gesellschaftern) kein unerwünschter neuer Gesellschafter aufgedrängt, der betreibende Gläubiger erhalte aber immerhin zumindest den Schätzwert. Der 3. Sen führte in der E anschließend aus, § 76 Abs 4 GmbHG sei auf das in der Satzung der GmbH normierte Aufgriffsrecht zu vorbestimmten Bedingungen nicht analog anzuwenden, weil dieses einem Zustimmungsrecht der Gesellschaft nicht gleichzuhalten sei.

7.1. Der erkSen schließt sich der überwiegenden Auffassung an, wonach gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte nicht unter § 26 Abs 3 IO zu subsumieren sind. Das grds Interesse der Gesellschaft, im Fall der Insolvenz eines anderen Gesellschafters das Eindringen eines Gesellschaftsfremden verhindern zu wollen, ist auch durchaus legitim; danach besteht – gerade bei personalistisch geprägten Gesellschaften mit beschränkter Haftung – auch evident ein massives praktisches Bedürfnis.

1) ÖBA 2007, 566.

2) ÖBA 2016, 840.

7.2. Zutreffend ist insb das Argument, dass das Aufgriffsrecht nicht is eines „Rosinenpickens“ isoliert betrachtet werden sollte, sondern wirtschaftlich im Gesamtzusammenhang zu sehen ist und einen (untrennbaren) Teil des Geschäftsanteils als solchen bildet. Dem entspricht der Rechtssatz, wonach der Geschäftsanteil des Gesellschafters einer GmbH der „Inbegriff der Rechte und Pflichten“ oder die „Gesamtheit der Rechte“ ist, die dem GmbH-Gesellschafter zukommen (RS0004168). Bei einem Geschäftsanteil an einer GmbH handelt es sich um eine Summe von Rechten und Pflichten des Gesellschafters (RS0004168 [T3]). Diesem Argument wurde bisher noch nichts Überzeugendes entgegengesetzt.

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

8.1. Dies führt zur Frage des Abfindungspreises. Satzungsmäßige Abfindungsregelungen verfolgen iA zwei Ziele (BGH II ZR 58/91 = NJW 1992, 892 [894]; *Strohn* in MüKo GmbHG³ § 34 Rn 221): Zum einen dienen sie dem Bestandschutz der Gesellschaft. Die Gesellschaft soll davor geschützt werden, dass in den häufig nicht voraussehbaren Fällen einer Einziehung oder eines sonstigen Ausscheidens eines Gesellschafters erhebliche Teile des Gesellschaftsvermögens für die Abfindung verwendet werden müssen und dadurch die Fortführung des Gesellschaftsunternehmens gefährdet werde.

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

8.3. Schließlich sind auch die Interessen der Gesellschaftergläubiger berührt. Werde der Geschäftsanteil aus Anlass einer Pfändung oder Gesellschaftersinsolvenz eingezogen, hänge der Erfolg der Zwangsvollstreckung von der Höhe und Fälligkeit des Abfindungsanspruchs ab. Dieser Interessenwiderstreit ist bei der Beurteilung der einzelnen Abfindungsklauseln zu berücksichtigen (*Ulmer* in

FS Quack [1991] 477 [478 f]; *Strohn* aaO § 34 Rn 221).

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

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

8.6. Auch außerhalb des Gesellschaftsrechts widerspricht es nach hA den guten Sitten, wenn sich ein Gläubiger des beim Schuldner vorhandenen Befriedigungssubstrats in eigennütziger Weise bemächtigt und dadurch die anderen Gläubiger leerlaufen lässt (8 Ob 558/91; *Krejci* in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rn 143). Ähnliche Bedenken stellen sich, wenn der Gesellschafter zwar bei freiwilligem Ausscheiden aus der Gesellschaft in der Lage ist, den gesamten Verkehrswert für seinen Anteil zu lukrieren, den Gläubigern des Gesellschafters dies aber im Wege der Exekution oder Insolvenz nicht möglich ist.

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

8.8. Die in der Lit mehrfach hervorgehobene (Sonder-)Konstellation, dass unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes der Gesellschafter in allen Fällen des Ausscheidens nicht den Verkehrswert erhalte, war dort nicht zu beurteilen, sodass auf diese Frage auch nicht einzugehen war.

Dies gilt auch für 6 Ob 180/17i, wonach bei einer Bewertung zum Verkehrswert „keine Gefahr der Benachteiligung der Gläubiger des insolventen Gesellschafters durch das Aufgriffsrecht“ (ErwGr 3.4) bestünde.

8.9. Die Insolvenzanfechtung (darauf abstellend etwa *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht 77) ist kein geeignetes Korrektiv. Zunächst kommt eine Anfechtung von vornherein nicht in Betracht, wenn die Abfindungsbeschränkung durch mehrheitlich gefassten satzungsändernden Beschluss gegen die Stimme des später von der Insolvenz oder Exekution betroffenen Gesellschafters eingeführt wurde (*Strohn* aaO § 34 Rn 234). IÜ wird die zehnjährige Anfechtungsfrist des § 28 IO häufig bereits verstrichen sein (s zur vergleichbaren dt Rechtslage *Strohn* aaO § 34 Rn 234).

8.10. Der erkSen erachtet daher die Auffassung von Schopper (in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rn 33 und NZ 2019/155, 441), *Walch* (NZ 2018/155, 441) insoweit **als überzeugend, als unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes freiwilliges Ausscheiden und das Ableben eines Gesellschafters einerseits sowie Exekution bzw Insolvenz andererseits als Fälle des Aufgriffsrechts gleich behandelt werden müssen** (*Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 94 ff; *Umlauf*, GesRZ 2009, 4, und NZ 2012/110). 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 (insb der Anteilsübertragung) und des unfreiwilligen Ausscheidens des Gesellschafters vereinbart wird (*Kalss/Eckert* aaO; *Trenker*, JBl 2016, 446; 6 Ob 142/05d). Unter dieser Voraussetzung trifft es zu, dass im Vermögen des Gesellschafters nur sein durch den Gesellschaftsvertrag geformter Geschäftsanteil vorhanden ist und nur insoweit Verwertungsobjekt sein kann (*Trenker*, JBl 2016, 446). Eine Beschränkung muss ein Gläubiger allerdings nicht hinnehmen, wenn im Einzelfall besondere Hinweise auf eine ausnahmsweise damit von vornherein verfolgte sittenwidrige Schädigungsabsicht vorliegen.

8.11. Im vorliegenden Fall ist in der vorgelegten Neufassung des Gesellschaftsvertrags im Fall des Ablebens des Gesellschafters sowie dann, wenn alle Gesellschafter der Veräußerung des Anteils zustimmen, kein Abschlag vom Verkehrswert vorgesehen. Damit ermöglichte der Gesellschaftsvertrag es einem

Gesellschafter, im Fall einer Veräußerung zwar für sich den vollen Verkehrswert zu lukrieren (Gleiches gilt für die Erben des Gesellschafters im Erbfall), während im Fall seiner Insolvenz die Gläubiger Kürzungen hinnehmen müssten. Darin liegt aber nach dem Gesagten eine sittenwidrige Benachteiligung der Gläubiger für den Insolvenzfall, sodass die Vorinstanzen die Eintragung der Satzungsänderung iE zutreffend verweigert haben. Deshalb muss zur Frage, in welcher Höhe ein Abschlag vom Verkehrswert in nicht sittenwidriger Weise vereinbart werden kann, nicht Stellung genommen werden.

Anmerkung

1. Ausgangslage und bisherige Rsp

Die E des OGH bringt Klarheit zur Zulässigkeit neuer Vereinbarungen von Aufgriffsrechten für den Fall der Insolvenz oder der Exekution eines Gesellschafters. Die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen wurde von den Firmenbuchgerichten insb seit der E des OLG Linz 6 R 95/19m auch außerhalb des Gerichtsprengels Linz unterschiedlich beurteilt. Die Gerichte akzeptierten tw die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts für den Insolvenzfall, lehnten jedoch die Eintragung eines Gesellschaftsvertrages ab, wenn dieser einen Abschlag auf den Übernahmepreis vorsah. Tw wurden Abschlüsse auf den Übernahmepreis auch für den Fall der Insolvenz und der Exekution akzeptiert. Andere Gerichte beurteilten die Vereinbarung eines Aufgriffsrechts für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters per se als unzulässig. Diese uneinheitliche Betrachtungsweise führte sowohl bei der Neugründung von Gesellschaften als auch iZm mit nachträglichen Änderungen von Gesellschaftsverträgen zu Rechtsunsicherheiten.³⁾

Diese Rechtsunsicherheit ist vermutlich auch der bisherigen Rsp des OGH geschuldet, die sowohl betreffend die Beurteilung der Zulässigkeit von Aufgriffsrechten im Insolvenzfall als auch betreffend die zulässige Höhe der Übernahmepreise nicht eindeutig war. Der OGH hat die Frage der generellen Zulässigkeit von Aufgriffsrechten im Insolvenzfall bisher immer offengelassen und nur zur Zulässigkeit von Abschlägen auf den Übernahmepreis Stellung genommen. In der E 6 Ob 142/05h⁴⁾ sprach der OGH aus, dass nach in Österr

und Deutschland in der L herrschender Meinung eine Regelung in der Satzung einer Personengesellschaft oder einer GmbH wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig (§ 879 Abs 1 ABGB; § 138 Abs 1 BGB) sei, wenn sie den Entgeltanspruch eines Gesellschafters iW nur für den Fall seines durch Konkurseröffnung bedingten Ausscheidens, nicht aber in einem vergleichbaren Fall auf weniger als den Verkehrswert beschränkt. Die Gesellschafter hatten im zu entscheidenden Fall im Gesellschaftsvertrag für den Fall der Konkurseröffnung als auch im Fall der Kündigung durch einen Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern die Möglichkeit des Aufgriffs des Geschäftsanteiles *zum Buchwert* eingeräumt. Die Kündigung durch einen Gesellschafter ist nach Ansicht des OGH nicht mit dem Fall der Konkurseröffnung vergleichbar, sodass der OGH die vereinbarte Buchwertabfindung im Falle des Konkurses als sittenwidrig beurteilte. Die Frage der Anwendbarkeit von § 26 Abs 3 KO auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte ließ der OGH offen.

Der Gesellschaftsvertrag, der Gegenstand der E 6 Ob 150/08i⁵⁾ war, enthielt eine Bestimmung, wonach ein Gesellschafter im Falle der exekutiven Pfändung oder bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters sofort ausscheidet und sein Geschäftsanteil den übrigen Gesellschaftern zuwächst. Der Übernahmepreis sollte *dem Buchwert* entsprechen. Der OGH entschied, dass die Bestimmung über die Anwachsung des Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag unzulässig ist, da der ipso-iure Übergang eines GmbH-Geschäftsanteiles nicht vereinbart werden kann. Auf die Frage, ob § 76 Abs 4 GmbHG der Vereinbarung eines Aufgriffsrechtes für den Fall der Zwangsvollstreckung entgegensteht, ging der OGH nicht ein. Er führte jedoch aus, dass ein derartiges Aufgriffsrecht im Gesellschaftsvertrag wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig sein könne, was insb dann naheliege, wenn der für den Fall des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung vorgesehene Preis sich von demjenigen in vergleichbaren Fällen unterscheide.

Der OGH hat in der E 6 Ob 35/16i⁶⁾ zunächst ausgesprochen, dass er von seiner Auffassung, die er in der E 6 Ob 142/05h vertreten habe, nicht abgehen wolle.

Er verweist jedoch idF auf die Wertung iZm der exekutiven Verwertung eines vinkulierten Geschäftsanteils, die § 76 Abs 4 GmbHG zu entnehmen sei. Gem § 76 Abs 4 GmbHG haben die Gesellschafter eines vinkulierten Geschäftsanteils die Möglichkeit, einen Käufer zu benennen, der den Anteil zum Schätzwert oder zu einem Übernahmepreis, auf den sich der Verpflichtete, der betreibende Gläubiger und die Gesellschaft einigen, erwerben kann. Es ergebe sich nach der Ansicht des OGH aus dem Gesetz daher die Wertung, dass die Gläubigerbefriedigung den Interessen der Gesellschaft vorgehe und die Gläubiger jedenfalls den Schätzwert des Geschäftsanteils erhalten sollten.⁷⁾ Der OGH wich in dieser E von der Ansicht des BGH,⁸⁾ wonach die Gesellschaft und die Gesellschafter ein legitimes Interesse daran hätten, das Eindringen eines Fremden in die Gesellschaft zu verhindern, ab; die Gesellschafter müssten nach Ansicht des OGH das Eindringen eines Fremden auch außerhalb der Insolvenz hinnehmen. Das Eindringen von Fremden würde durch die Vinkulierung verhindert werden. Die Vinkulierung würde jedoch gem § 76 Abs 4 GmbHG nicht verhindern, dass die Gläubiger den Schätzwert erzielen könnten. Die Anwendbarkeit der §§ 25a, 25b und 26 Abs 3 IO griff der OGH in dieser E nicht auf.

2. Anwendbarkeit der §§ 25a, 25b und 26 Abs 3 IO

In der hier publizierten E 6 Ob 64/20k stellt der OGH nunmehr zunächst klar, dass die §§ 25a, 25b IO auf Gesellschaftsverträge nicht anwendbar seien. Die Vertragspartner eines Schuldners sind gem § 25a IO in ihrer Kündigungsmöglichkeit beschränkt und können Verträge mit dem Schuldner bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Insolvenzeröffnung nur aus wichtigem Grund kündigen. Die Vereinbarung eines weitergehenden vertraglichen Rücktrittsrechtes im Falle der Insolvenz einer Vertragspartei ist gem § 25b Abs 2 IO unzulässig. Die Anwendung der §§ 25a, 25b IO auf mehrseitige Verträge, wie zB Gesellschaftsverträge, ist nach Ansicht des OGH dem Gesetz und den Materialien nicht eindeutig zu entnehmen. Der OGH hält diese Regelungen jedoch auf mehrseitige Verträge für nicht anwendbar, da teleologische Argumente dagegensprechen. Diese Ansicht hat der OGH bereits in seiner E 1 Ob 153/17g⁹⁾

3) Schopper/Walch, NZ 2019, 448; Huemer/Haglmüller, RdW 2019, 750.

4) 6 Ob 142/05h = RWZ 2007/40, 135 (Wenger) = GeS 2007, 186 (Fantur) = GesRZ 2007, 258 (Höller).

5) 6 Ob 150/08i = RWZ 2008, 330 (Wen-

ger) = GesRZ 2009, 37 (Schopper) = GeS 2009, 58 (Temmel) = JAP 2008/2009, 241 (Rauter).

6) 6 Ob 35/16i = JBl 2016, 446 (Trenker) = GesRZ 2016, 289 (Brugger) = ecotex 2016, 784 (Told) = ÖBA 2016, 2282.

7) 6 Ob 35/16i, ErwGr 4.5.

8) BGH II ZR 12/73 Rn 15.

9) 6 Ob 140/17g = GesRZ 2018, 44 (Artmann).

vertreten. In dieser E hatte der OGH die Zulässigkeit einer Regelung über den Zwangsabstieg in den Richtlinien des ÖFB zu beurteilen. Der OGH entschied, dass § 25b Abs 2 IO dieser Regelung in den Richtlinien nicht entgegenstehe, da § 25b Abs 2 IO auf mehrseitige Verträge nicht anwendbar ist.

Anders als die Vorinstanzen ist der OGH in 6 Ob 64/20k der überwiegenden Auffassung in der Lit gefolgt, dass gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte nicht unter § 26 Abs 3 IO zu subsumieren seien.¹⁰⁾

3. Zulässigkeit von Abschlägen auf den Übernahmepreis

Der OGH hat in der gegenständlichen E offenbar anders als noch zu 6 Ob 35/16i das Interesse der Gesellschafter, im Fall der Insolvenz eines Gesellschafters den Geschäftsanteil aufzubrechen und das Eindringen eines Fremden verhindern zu wollen, zu Recht als legitim anerkannt.¹¹⁾ Der OGH spricht den Gesellschaftern auch die Möglichkeit zu, für den Übernahmepreis Abschläge auf den Verkehrswert zu vereinbaren, sofern derartige Abschläge nicht nur für die Fälle der Insolvenz und der Exekution eines Gesellschafters, sondern auch für jede Konstellation des freiwilligen und unfreiwilligen Ausscheidens eines Gesellschafters vorgesehen werden.¹²⁾

Es bleibt jedoch weiterhin die Frage offen, ob und ggf bis zu welcher Höhe nach Maßgabe der Sittenwidrigkeitsgrenze des § 879 ABGB ein Abschlag auf den Verkehrswert im Aufgriffsfall der Insolvenz und der Exekution rechtswirksam vereinbart werden kann. Die Zulässigkeitsgrenzen werden in der Lit unterschiedlich beziffert. Es werden einerseits geringfügige Abschläge von bis zu 25%¹³⁾ oder Abschläge von bis zu 50%¹⁴⁾ genannt, andererseits wird überwiegend auch die Übernahme zum Buchwert als zulässig erachtet¹⁵⁾ und tw als Untergrenze gesehen.¹⁶⁾

Der Geschäftsanteil als Verwertungsobjekt entsteht in jener Form, wie sie sich aus den Bestimmungen des

Gesellschaftsvertrages ergibt.¹⁷⁾ Dieser Ansicht folgt auch der OGH in der gegenständlichen E. Konsequenterweise würde das Verwertungsobjekt demnach mit dem Wert entstehen, den ihm die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag allenfalls zuweisen. Wenn die Gesellschafter nunmehr nach Maßgabe der Rsp des OGH für alle Fälle des freiwilligen und unfreiwilligen Ausscheidens eines Gesellschafters einen Abschlag auf den Verkehrswert vereinbart haben, bestünde der Geschäftsanteil unabhängig davon, wie hoch der Abschlag ist, in jener Höhe.

Wenn die Gesellschafter bei freiwilligem oder bei unfreiwilligem Ausscheiden Abschläge vereinbaren, bedenken sie idR, dass sie für ihren Geschäftsanteil einen geringeren Wert als den Verkehrswert erhalten werden und sie nehmen dies bewusst in Kauf.¹⁸⁾ Vereinbaren die Gesellschafter zB die Übernahme zum Buchwert, werden sie ebenfalls daran denken, dass der Buchwert uU erheblich vom tatsächlichen Verkehrswert abweichen kann.¹⁹⁾ Das Entstehen eines Firmenwertes und von stillen Reserven, die den tatsächlichen Wert gegenüber dem Buchwert erhöhen, sind auch nach der Ansicht des OGH idR vorhersehbar.²⁰⁾ Die Gesellschafter könnten auch dynamische Wertfindungsmechanismen im Gesellschaftsvertrag vorsehen, wenn sie eine Wertdifferenz nicht hinnehmen wollten.²¹⁾

Es ist auch denkbar, dass die Gesellschafter einen Übernahmepreis gänzlich ausschließen wollen. Der OGH hat in der E 6 Ob 140/17g²²⁾ betreffend eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgesprochen, dass der gänzliche Ausschluss eines Abfindungsanspruches des ausscheidenden Gesellschafters gerechtfertigt sein kann, wenn die Gesellschaft einen gemeinnützigen Zweck verfolgt und nicht der Vermehrung des Vermögens der Gesellschafter diene. Der OGH folgt in dieser E der Auffassung des BGH, wonach für Gesellschaften mit ideellem Zweck eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unwirksamkeit des Ausschlusses von Abfindungsansprüchen

bestehen soll.²³⁾ Der BGH lässt darüber hinaus einen Abfindungsausschluss zu, wenn es sich bei dem Geschäftsanteil um die Beteiligung eines Mitarbeiters oder Managers handelt, die auf Zeit und ohne Kapitaleinsatz gehalten wurde.²⁴⁾

Wenn die Rsp eine erhebliche Reduktion vom Verkehrswert und sogar den Ausschluss eines Anspruchs auf den Übernahmepreis des Gesellschafters in bestimmten Fällen als gerechtfertigt ansieht, würde der Gläubiger eines Gesellschafters bessergestellt, als der Gesellschafter selbst, wenn dem Gläubiger im Falle der Verwertung immer ein Mindestwert zukommen müsste. Dies könnte zu einer unverhältnismäßigen Bevorzugung der Gläubiger führen.²⁵⁾

Die Gesellschafter werden bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht berücksichtigen wollen, dass der Geschäftsanteil als Verwertungsobjekt ihrer potentiellen Gläubiger mehr wert sein sollte, als er es im Falle der Verwertung durch die Gesellschafter selbst ist. Die entsprechende Vereinbarung über den Wert des Geschäftsanteiles wird darüber hinaus häufig zu einem Zeitpunkt getroffen, zu dem weder die Insolvenz noch die Exekution zu erwarten sind. Es ist auch zu bedenken, dass der Gesellschafter über den Geschäftsanteil als Vermögenswert grds frei verfügen kann, sofern der Geschäftsanteil nicht durch Rechte Dritter beschränkt ist. Es ist ihm auch möglich, den Geschäftsanteil zu verschenken. Sofern dadurch kein Anfechtungstatbestand gem §§ 27 ff IO oder gem der AnFO verwirklicht wird, haben die Gläubiger auf derartige Rechtsgeschäfte grds keinen Einfluss und keinen Anspruch auf einen Mindestwert aus dem Geschäftsanteil.²⁶⁾

Es erscheint daher vertretbar, die Bewertung des Geschäftsanteiles den Gesellschaftern zu überlassen, sofern sie die vom OGH in der E 6 Ob 64/20k angeführten Voraussetzungen einhalten und neben der Insolvenz und der Exekution für jede Konstellation des freiwilligen und unfreiwilligen Ausscheidens dieselbe Reduktion des Übernahmepreises vorsehen.

10) 6 Ob 64/20k ErwGr 7.1.

11) 6 Ob 64/20k ErwGr 7.1.

12) 6 Ob 64/20k ErwGr 8.10.

13) *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte für die GmbH-Gesellschafterinsolvenz 143.

14) *Umfahrer*, Handbuch GmbH⁶ 738; *ders.*, GesRZ-Spezial 2006, 30.

15) *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht 101 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rn 18; *Umfahrer*, GesRZ 2010, 320; *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte für die GmbH-Gesellschafterinsolvenz 143.

16) *Umfahrer*, GesRZ 2010, 320.

17) *Rüffler*, wbl 2008, 359; *Trenker*, JBl 2012, 288; *ders.*, JBl 2016, 450; *Umlauf*, NZ 2012, 299.

18) *Rüffler*, wbl 2008, 362; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht 84; *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

19) *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung 84; *Rüffler*, wbl 2008, 362.

20) 6 Ob 35/16i; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 71 Rn 18.

21) *Strohn*, MüKo GmbHG³ § 34 Rz 242;

Kleindiek in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²⁰ § 34 Rn 177.

22) 6 Ob 140/17g = GesRZ 2018, 44 (Artmann).

23) BGH 2.6.1997, II ZR 81/96.

24) BGH 19.9.2005, II RZ 342/03; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung 86; *Rüffler*, wbl 2008, 361; *Strohn*, MüKo GmbHG³ § 34 Rz 245; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²⁰ § 34 Rn 183.

25) *Schopper/Walch*, NZ 2019, 441; *Trenker*, JBl 2016, 450.

26) *Schopper/Walch*, NZ 2019, 444.

4. Auswirkung auf im Firmenbuch eingetragene Gesellschaftsverträge

Eine weitere Frage, die noch nicht geklärt ist, ist die Frage, welchen Preis die übernehmenden Gesellschafter leisten müssen, wenn in einem bereits im Firmenbuch eingetragenen Gesellschaftsvertrag ein *unzulässiger* Abschlag im Falle der Insolvenz und der Exekution vereinbart wurde. Die Nichtigkeit wird sich in diesem Fall lediglich auf die Abfindungsbeschränkung beziehen, nicht jedoch auf den gesamten Vertrag oder die Aufgriffsmöglichkeit selbst.²⁷⁾ Ein Teil der Lit geht davon aus, dass in diesem Fall der Abfindungsanspruch durch ergänzende Vertragsauslegung gem § 914 ABGB zu ermitteln ist.²⁸⁾ Wenn die Gesellschafter nur für den Fall der Insolvenz oder der Exekution eine Reduktion vereinbart haben und ansonsten der Verkehrswert den Übernahmepreis bildet, müsste der Abfindungsanspruch bei Insolvenz und Exekution durch ergänzende Vertragsauslegung entweder auch dem Verkehrswert entsprechen oder der Preis auch für die übrigen Aufgriffsfälle entsprechend gemindert werden. Die Beurteilung, welche Variante von den Gesellschaftern tatsächlich gewählt worden wäre, erscheint schwierig. Es wird jedoch iSd Gläubigerschutzes jener Auslegung der Vorzug zu geben sein, bei der die Gläubiger im Falle der Insolvenz oder der Exekution den vollen Verkehrswert erhalten. Ein anderer Teil der Lit geht davon aus, dass im Falle der Unzulässigkeit der Abfindungsbestimmung im Gesellschaftsvertrag der Anspruch dem objektiven Anteilswert gem § 306 ABGB zu entsprechen hat, der geschuldet ist, wenn keine Regelungen zum Aufgriffspreis im Gesellschaftsvertrag getroffen worden sind.²⁹⁾ Diese Ansicht dürfte in der Praxis einfacher umsetzbar sein, würde jedoch in den meisten Fällen keinesfalls der Absicht der Gesellschafter entsprechen.

Es bleibt abzuwarten, wie der OGH die offenen Fragen beantworten wird. Bis dahin besteht nunmehr zumindest Rechtssicherheit darüber, dass Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz und der Exekution vereinbart werden können und auch Abschlüsse auf den Übernahmepreis in diesen Fällen nicht per se unzulässig sind.

Mag. Roswitha Seekirchner, Wien

2725.

<https://doi.org/10.47782/oeba202102011201>

Z 3, 49, 50, 54, 55, 56, 57, 61, 75 ABB; §§ 458, 460a, 466a, 466c, 466e, 864a, 879 ABGB; §§ 5, 7, 8 FernFinG; §§ 6, 12 KSchG; § 24 VKrG; §§ 50, 55, 63 ZaDiG 2018. Klauselentscheidung zu ABB und Kreditkartenbedingungen.

OGH 29. 9. 2020, 9 Ob 19/20i

Aus den Entscheidungsgründen:

[Klauseln 6 und 7]

Klausel 6 (Z 49 Abs 1 AGB): „Der Kunde räumt dem KI ein Pfandrecht an Sachen und Rechten jeder Art ein, die in die Innehabung des KI gelangen.“

Klausel 7 (Z 50 Abs 2 AGB): „Das Pfandrecht entsteht mit der Erlangung der Innehabung der Pfandsache durch das KI, sofern Ansprüche des KI gem Abs 1 bestehen, andernfalls mit dem Zeitpunkt des späteren Entstehens solcher Ansprüche.“

Der OGH hat in 6 Ob 228/16x zwei identische Klauseln (dort Nr 13 und 14) als unzulässig beurteilt. Der 6. Sen hob hervor, dass die Klauseln alle Ansprüche sichern sollen. Er verwies auf die aus § 458 ABGB abzuleitende Pflicht des Pfandgebers zur Unterlassung einer Verschlechterung der Pfandsache durch eigenes willkürliches Verhalten. Aus Z 51 Abs 2 AGB („Das KI wird unbeschadet des bestehenden Pfandrechtes Dispositionen des Kunden zugunsten Dritter über Guthaben auf Girokonten durchführen, solange dem Kunden keine Mitteilung des KI über die Geltendmachung des Pfandrechtes zugegangen ist. Eine Pfändung des Guthabens gilt nicht als Disposition des Kunden.“) ergebe sich, dass das KI aufgrund der Pfandrechtsbegründung nach Verständigung des Kunden keine Dispositionen über das Guthaben auf Girokonten mehr zulassen müsse. Wenn nun Kunden Girokonten als Gehaltskonto nutzen, so sei damit auch die Verfügungsgewalt über das Arbeitseinkommen von der Zustimmung des KI abhängig. Damit müsse die umfassende und zudem unabhängig von einem tatsächlichen Sicherungsinteresse der Bank erfolgende Pfandrechtsbegründung als gröblich benachteiligend qualifiziert werden.

Es ist zwar richtig, dass Z 52 AGB vorsieht, dass das KI auf Verlangen des Kunden Sicherheiten freigibt, soweit es an diesen kein berechtigtes Interesse hat. Dies ändert aber nichts daran, dass bis auf Weiteres – nämlich solange nicht der Kunde ein derartiges Verlangen auf Freigabe geäußert und zudem die beklagte Bank diesem Verlangen entsprochen hat („Freigabe“) – Guthaben des Kunden auf

Spar-, Giro- oder sonstigen Konten bei der Bekl verpfändet wären und daher ein Kunde nach § 458 ABGB auf diese nicht zugreifen dürfte.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die unpfändbaren Ansprüche des Kunden nicht vom Pfandrecht nach Klausel 6 erfasst sind, stellt dies einen massiven Eingriff in die Disposition des Kunden dar. Dass das Pfandrecht nach Klausel 6 wegen der Formulierung von Z 49 Abs 2 S 1 AGB („Das Pfandrecht besteht insb auch an allen pfändbaren Ansprüchen des Kunden gegenüber dem KI, zB aus Guthaben.“) auf pfändbare Ansprüche des Kunden beschränkt ist, wie die Revision meint, ist iÜ fraglich, ist an dieser Stelle doch nur die Rede davon, dass das Pfandrecht „insb auch“ an allen pfändbaren Ansprüchen besteht, sodass ein Umkehrschluss nicht von vornherein zwingend ist.

Entgegen der Ansicht der Revision steht 6 Ob 228/16x nicht in Widerspruch zur Vorjudikatur. In 4 Ob 179/02f¹⁾ wurde die dort beurteilte, Gemeinschaftskonten betreffende Klausel Z 50 Abs 1 S 2 schon deshalb als unwirksam angesehen, da die Nachteiligkeit für den Kontomitinhaber bei „Und“-Konten unzweifelhaft gegeben war. Die Wirksamkeit in Bezug auf „Oder“-Konten ließ die E ausdrücklich offen. Entgegen den Ausführungen der Revision lässt sich aus ihr damit nicht auf die Zulässigkeit der streitgegenständlichen Klauseln schließen.

Selbiges gilt für 6 Ob 167/13x.²⁾ Der OGH erblickte damals zwar in einer der Klausel 6 entsprechenden Bestimmung sowohl den Pfandbestellungsvertrag als auch das Verfügungsgeschäft. Ob die Bestimmung § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB entspricht, war aber nicht Gegenstand der E; es handelte sich auch nicht um eine Verbrauchersache.

Die inkriminierten und in einem so engen Zshg stehenden Klauseln, dass die Unzulässigkeit der ersten unweigerlich die Unzulässigkeit der zweiten nach sich ziehen muss, sind damit aus den bereits in 6 Ob 228/16x genannten Gründen zu untersagen.

[Klauseln 8 und 9]

Klausel 8 (Z 54 AGB): „Sicherheiten, die keinen Markt- oder Börsenpreis haben, wird das KI von einem SV schätzen lassen. Das Ergebnis der Schätzung wird das KI dem Kunden zusammen mit der Aufforderung mitteilen, binnen angemessener Frist einen Kaufinteressenten namhaft zu machen, der auch innerhalb dieser Frist zumindest den ermittelten

- 1) ÖBA 2003, 141 mit Besprechungsaufsatz von Apathy.
- 2) ÖBA 2015, 63.

27) 6 Ob 142/05h; *Trenker*, JBl 2012, 291; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung 85.

28) *Artmann* in *Jarbonegg/Artmann*, UGB³ § 137 Rn 30; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung 85 mwN.

29) *Trenker*, JBl 2012, 291; *Schopper* in *Gruber/Harrer* § 76 GmbHG² Rn 33.