

# Die Option in der Insolvenz

---

*Bettina Nunner-Krautgasser*

## Literatur

*Anzenberger*, Kein Erlöschen entgeltlicher Optionen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ZIK 2023, 84; *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht – Kommentar I<sup>4</sup> (2000), IV<sup>4</sup> (2006); *Bollenberger*, Ausgewählte Rechtsfragen der Vertragsauflösungssperre nach § 25a IO, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2010 (2011) 17; *Brugger*, Anm zu OGH 6 Ob 35/16i, GesRZ 2016, 292; *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986); *P. Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB<sup>7</sup> (2023); *Deixler-Hübner* (Hrsg), Exekutionsordnung – Kommentar (Loseblatt, ab 1999); *Duursma-Kepplinger/Duursma*, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffs- und Andienungsrechte im Konkursfall, in *Buchegger* (Hrsg), Beiträge zum Zivilprozessrecht VI (2002) 177; *Engelhart*, Das Wiederkaufsrecht im Exekutions- und Insolvenzverfahren, NZ 1987, 273; *Fantur*, Abfindungsbeschränkung bei Aufgriffsrechten: Kritisches zu den jüngsten OGH-Entscheidungen, GeS 2021, 213; *Fenyves/Kerschner/Vonkülb* (Hrsg), 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ab 2006); *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818; *Frauenberger*, Pfändung und Anordnung des Freihandverkaufs des Geschäftsanteils des Alleingeschafters einer GmbH bei Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter, GesRZ 2009, 179; *Gärtner/Jaufer*, Rechtliches und Tatsächliches zu bürgerlichen Lasten, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2011 (2012) 59; *Gonaus/Schmidberger*, Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters zulässig! RdW 2020, 896; *Hager-Rosenkranz*, Beschränkungen der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Exekution und Insolvenz, wbl 2006, 253; *Hartlieb/Simonishvili/Zollner*, Aufgriffsrechte und Gesellschafterinsolvenz, ecolex 2021, 129; *Höller*, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Gesellschafters, ZIK 2004, 151; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2007 (2008) 65; *Klang/Gschmitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/2<sup>2</sup> (1978); *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2008 (2009) 17; *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009, 82; *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (ab 2010); *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung<sup>2</sup> (2023); *Konecny*, Liegenschaftsverkauf im Insolvenzverfahren und Veräußerungsbeschränkungen, ÖJZ 2022, 1045; *Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Loseblatt, ab 2010); *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Loseblatt, 1997–2009); *Koziol*, Die Übertragung der Rechte aus Kreditverträgen, in FS Ostheim (1990) 137; *Krejci*, Optionsausübung und *laesio enormis* insbesondere bei gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten, in FS Koziol (2010) 215; *Leupold*,

Das IRÄ-BG – Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010, 167; *Mohr/Pimmer/Schneider* (Hrsg), Exekutionsordnung<sup>17</sup> (2021); *Nitsche*, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in FS Jelinek (2002) 187; *Nunner-Krautgasser*, Sportverbandsrecht versus Insolvenzrecht, ZIK 2008, 74; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973); *Rastegar*, Langersehnte Klärung zu insolvenzbezogenen Aufgriffsklauseln, ÖJZ 2021, 205; *Reckenzaun*, Vorkaufsrecht und Liegenschaftsverwertung im Insolvenzverfahren, in FS Eccher (2017) 911; *Riss*, Die Abschwächung der Vertragstreue in der Insolvenz – Ein Beitrag zur Auslegung der §§ 21, 23 und 26 Abs 3 IO, in FS Fenyves (2013) 957; *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum ABGB<sup>4</sup> (ab 2014); *Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Geschafters, wbl 2008, 353; *Schauer*, Das Optionsrecht als Mittel der Kreditbesicherung, ÖZW 1984, 75; *Schopper/Skearics*, Kapitel 1: Das Leasinggeschäft, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VII<sup>2</sup> (2015) 1; *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar V<sup>5</sup> (2021), VI<sup>5</sup> (2021); *Tichy*, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschluss, RdW 1998, 55; *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281; *Trettnak*, Option auf Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen: Formfreiheit von (Neben-)Abreden, RdW 2010, 555; *Trettnak/Höfer*, Vertragsauflösung reloaded – Gedanken zur Vertragsgestaltung im Lichte der neuen Insolvenzordnung, ZIK 2010, 204; *Umlauft*, Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, GesRZ 2009, 4; *Umfahrer*, Übertragung und Abfindung von GmbH-Anteilen, GesRZ 2010, 320; *Walcher*, Die zwangsweise Räumung freihändig veräußerter Liegenschaften, ZIK 2021, 170; *Walcher*, Freihändige Liegenschaftsveräußerung und bürgerliches Vorkaufsrecht, ZIK 2022, 170; *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte für die GmbH-Geschaftersinsolvenz (2016); *Wilfinger*, Aufgriffsrechte für die Geschaftersinsolvenz – Anmerkungen zu OGH 6 Ob 64/20k, ZIK 2020, 215.

## I. Einleitung

Bei der Option handelt es sich um ein **praktisch sehr bedeutsames Institut des Wirtschaftsrechts**, man denke nur an **Kaufoptionen** in Miet- oder Leasingverträgen. Auch das **Vorkaufsrecht** (§ 1072 ABGB),<sup>1</sup> das **Wiederkaufsrecht** (§§ 1068–1070 ABGB)<sup>2</sup> und das **Rückverkaufsrecht** (§ 1071 ABGB)<sup>3</sup> werden nach mittlerweile hA als Option qualifiziert.<sup>4</sup> Entsprechendes gilt etwa auch für das aus einem **Krediteröffnungsvertrag** resultierende Recht, den Kredit abzurufen: Auch dieses Recht wird nach hA als einseitig ausübbares Gestaltungsrecht qualifiziert und daher mit einem Optionsvertrag verglichen.<sup>5</sup>

---

1 *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1072 ABGB Rz 2; *Spitzer/Told* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VI<sup>5</sup> § 1072 ABGB Rz 2 mwN.

2 *Apathy/Perner* in KBB<sup>7</sup> § 1068 ABGB Rz 1.

3 Vgl *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1068 ABGB Rz 2 und § 1071 ABGB Rz 1; *Spitzer/Told/Felzmann* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VI<sup>5</sup> § 1068 ABGB Rz 2 und § 1071 ABGB Rz 1, jeweils mwN.

4 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 92.

5 *Koziol* in FS Ostheim 137 (147); *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 37f; *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 818

Eine besondere Rolle spielen Optionen im Gesellschaftsrecht, namentlich in der Form von **Wandlungsoptionen** und gesellschaftsvertraglichen **Aufgriffsrechten**, denn auch Letztere sind meistens als Optionen ausgestaltet.<sup>6</sup>

Gerade die Tragweite der Insolvenz auf die Option war und ist daher Gegenstand zahlreicher Stellungnahmen in der Lehre und etlicher interessanter – gerade auch höchstgerichtlicher – Entscheidungen. In diesem Beitrag werden insb zentrale Themen und Punkte beleuchtet, zu denen es neuere Judikatur bzw Stellungnahmen und dementsprechenden Diskussionsbedarf gibt.

Im Folgenden wird daher das Institut der Option zunächst in der gebotenen Kürze in **zivilrechtlicher und in exekutionsrechtlicher Hinsicht** dargelegt. Danach sollen die einschlägigen **insolvenzrechtlichen Fragestellungen und Implikationen** vor dem Hintergrund der aktuellen Judikatur und Literatur analysiert werden. Dabei wird zunächst die Insolvenz des Optionsnehmers bzw Optionsberechtigten und danach die Insolvenz des Optionsgebers bzw Optionsverpflichteten besprochen.

## II. Grundlagen

### A. Begriff und Rechtsnatur der Option

In einem Optionsvertrag räumt der Optionsgeber (Optionsverpflichtete) dem Optionsnehmer (Optionsberechtigten) das Recht ein, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis durch **einseitige Erklärung** in Geltung zu setzen.<sup>7</sup> Möglich ist auch die Variante, dem Optionsberechtigten im Optionsvertrag das Recht auf Namhaftmachung eines **Ausübungsberechtigten** einzuräumen; Optionsberechtigter und Ausübungsberechtigter müssen also nicht zwingend ident sein.<sup>8</sup> Insbesondere bei den folgenden exekutions- und insolvenzrechtlichen Überlegungen wird aber zum besseren Verständnis davon ausgegangen, dass der Optionsberechtigte auch das Ausübungsrecht hat.

(828 ff); *Widbalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 21 IO Rz 106; RIS-Justiz RS0038049 und RS0019429.

6 Statt vieler *Krejci* in FS Koziol 215; ausführlich *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 73 ff mwN.

7 StRsp: RIS-Justiz RS0115633, RS0019191, RS0017078 und RS0019140; hL: *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 862 ABGB Rz 7; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 ABGB Rz 18; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>7</sup> § 861 ABGB Rz 10; *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 73; vgl auch *P. Bydlinski*, Übertragung 234.

8 Vgl *Trettnak*, RdW 2010, 555; *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 73; zur (davon abzugrenzenden) Frage der Zulässigkeit der Einräumung eines Wiederkaufsrechts an eine vom Verkäufer verschiedene Person vgl OGH 5 Ob 271/03v SZ 2004/24 = ecollex 2004/239 = NZ 2004/600 (*Hoyer*) = RdW 2004/462 = RZ 2004, 198, RIS-Justiz RS0020230, RS0093334 und RS0118861.

Die vertraglich eingeräumte Berechtigung muss rechtstechnisch dem Angebot entsprechen; daher muss sie das Bestimmtheits- bzw Bestimmbarkeits-erfordernis des beabsichtigten Vertrags gem § 869 ABGB erfüllen. Daraus folgt, dass der Optionsvertrag zumindest die **essentialia negotii** des künftigen Schuldverhältnisses regeln muss.<sup>9</sup> Nicht vereinbarte Nebenpunkte können hingegen ggf durch dispositives Recht ergänzt werden.<sup>10</sup> Das Schuldverhältnis selbst kommt erst mit der **Ausübung der Option** (und nicht bereits mit ihrer Vereinbarung) zustande.<sup>11</sup>

Dem Optionsberechtigten steht insoweit ein rechtsbegründendes **Gestaltungsrecht** zu.<sup>12</sup> Nach der Judikatur<sup>13</sup> ist die Rechtsposition des Optionsberechtigten hinsichtlich des Hauptvertrags mit der Rechtsposition des Empfängers einer Offerte vergleichbar: Denn auch der Empfänger einer Offerte hat ein rechtsbegründendes Gestaltungsrecht, weil es von seinem einseitigen Willensentschluss abhängt, ob der Vertrag zustande kommt oder nicht. Die Option wird daher oft auch als **Offerte mit verlängerter Bindungswirkung** bezeichnet.<sup>14</sup>

Dies unterscheidet die Option vom **Vorvertrag** (§ 936 ABGB):<sup>15</sup> Denn anders als der Vorvertrag gewährt eine Option nicht bloß das Recht auf den Abschluss eines Hauptvertrags; vielmehr erwirbt der Optionsberechtigte einen (durch die Ausübung des Optionsrechts bedingten) **Erfüllungsanspruch**. Da mithin bereits die Ausübung der Option selbst unmittelbar die jeweiligen vertraglichen Pflichten begründet, kann der Optionsberechtigte nach der Ausübung der Option, anders als beim Vorvertrag, sofort auf **Erfüllung** (und nicht etwa erst auf Vertragsabschluss) klagen.<sup>16</sup> Allerdings schadet es nach der Judikatur

---

9 Statt vieler OGH 5 Ob 122/03g MietSlg 55.106; OGH 2 Ob 94/12f Zak 2013/215; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 861 ABGB Rz 3; *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 73f.

10 RIS-Justiz RS0019207; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 861 ABGB Rz 3.

11 OGH 5 Ob 155/10w RdW 2011/139 = Zak 2011/98.

12 Statt vieler OGH 1 Ob 61/97w SZ 70/242 = RdW 1998, 137; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 861 ABGB Rz 3; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 92.

13 RIS-Justiz RS0115633.

14 Statt vieler *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 38.

15 Zur Abgrenzung vgl RIS-Justiz RS0019140.

16 RIS-Justiz RS0019140; OGH 4 Ob 159/01p SZ 74/152; OGH 2 Ob 41/11k SZ 2012/49; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 862 ABGB Rz 7; *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*<sup>7</sup> § 861 ABGB Rz 10; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 861 ABGB Rz 3.

auch nicht, wenn der Optionsberechtigte ein Klagebegehren auf Abschluss des Vertrags gewählt hat.<sup>17</sup>

Ungeachtet der strukturellen Unterschiede zum Vorvertrag werden allerdings – weil die Option im ABGB nicht geregelt ist – diverse Vorschriften über den **Vorvertrag** auf die Option analog angewendet. Das gilt insb für die **Formpflicht**, die derjenigen des Hauptvertrags entspricht,<sup>18</sup> ebenso für die Maßgeblichkeit der **clausula rebus sic stantibus** des § 936 ABGB.<sup>19</sup>

Hingegen ist die für den Vorvertrag in § 936 ABGB geregelte **Befristung der Ausübbarkeit** nach der Judikatur auf die Option nicht analog anzuwenden.<sup>20</sup> Das Optionsrecht verjährt per se gem §§ 1478 f ABGB erst nach 30 Jahren.<sup>21</sup> Die explizite **Befristung** einer Option ist aber durchaus zulässig und in vielen Konstellationen auch üblich. Gerade bei Aufgriffsrechten ist typischerweise eine **Ausübungsfrist** vorgesehen, weil im Aufgriffsfall tunlichst rasch Klarheit über die Gesellschafterstellung hergestellt werden soll.<sup>22</sup> Eine vereinbarte Optionsfrist wird allerdings nach der Judikatur durch den Tod des Optionsgebers nicht solange unterbrochen bzw gehemmt, bis für eine Vertretung der Verlassenschaft gesorgt ist.<sup>23</sup> Soweit keine explizite Befristung vorgesehen ist, bleibt es grundsätzlich dem **Ermessen des Optionsberechtigten** anheimgestellt, ob und wann er von der Option Gebrauch machen will; in der Judikatur wurde das etwa für die gesamte Dauer eines Gesellschaftsverhältnisses bejaht.<sup>24</sup> Allerdings kann sich eine Befristung auch aus der **Auslegung der jeweiligen Vereinbarung** ergeben: Kaufoptionen in Mietverträgen hat der OGH etwa dahin ausgelegt, dass das Optionsrecht mit dem – auch vorzeitigen – Ende des Mietverhältnisses erlischt, auch wenn es dem Mieter ohne zeitliche Beschränkung eingeräumt worden ist<sup>25</sup> oder nach dem Wortlaut an sich bis zum Endtermin des befristeten Mietverhältnisses laufen sollte.<sup>26</sup>

17 RIS-Justiz RS0019191.

18 *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 74.

19 Etwa OGH 2 Ob 94/12f; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>7</sup> § 861 ABGB Rz 10.

20 RIS-Justiz RS0104149.

21 *R. Madl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.07</sup> § 1478 ABGB Rz 6.

22 *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 83 f.

23 OGH 1 Ob 529/90 JBl 1991, 113 (*Dullinger*); vgl OGH 8 Ob 17/19m NZ 2019/102 = Zak 2019/269.

24 OGH 1 Ob 585/94 SZ 67/137 = ecolex 1994, 818 = GesRZ 1995, 263 = NZ 1995, 213 = wbl 1995, 164.

25 OGH 6 Ob 82/10t ecolex 2011/42 = Zak 2010/647.

26 OGH 5 Ob 130/15a MietSlg 67.094 = MietSlg 67.787 = ecolex 2016/137 = NZ 2015/155.

## B. Gestaltungsvarianten der Option

Eine Option kann als **selbstständiges Gestaltungsrecht** gewährt werden; sie kann aber – was *in praxi* oft der Fall ist – auch **Teil eines** (komplexen) **Vertragsgebäudes** und insoweit in einen Vertrag eingebettet sein.<sup>27</sup>

Eine Option kann **unentgeltlich** oder **entgeltlich** gewährt werden.<sup>28</sup> Jedenfalls kann für die Option ein **eigenständiges Entgelt** – eine Optionsprämie<sup>29</sup> – bedungen werden.<sup>30</sup> Im Einzelfall kann dabei die Abgrenzung zum **Angeld** iSd § 908 ABGB schwierig sein.<sup>31</sup> Praktisch wichtig ist die Abgrenzung etwa für die Frage, ob das Mäßigungsrecht (das nach hA in analoger Anwendung des § 1336 Abs 2 ABGB auch auf das Angeld anzuwenden ist)<sup>32</sup> auch auf die Optionsprämie analog angewendet werden soll. Dies ist in der Judikatur bislang nicht geklärt, wird aber in der Literatur zumindest für Risikogeschäfte abgelehnt.<sup>33</sup> Der wesentliche Unterschied zum Angeld liegt darin, dass der Optionsberechtigte entscheiden kann, ob der Vertrag zustande kommt oder nicht.<sup>34</sup> Insofern ist die Option eher dem **Reugeld** iSd § 909 ABGB als dem Angeld verwandt.<sup>35</sup> Denn wenn eine vereinbarte Optionsprämie bei Nichtausübung des Optionsrechts verfällt, so liegt eine reugeldähnliche Vereinbarung vor.<sup>36</sup> Auch hier ist die Abgrenzung zT nicht einfach; entscheidend ist, ob die Parteien das Schuldverhältnis grundsätzlich entstehen haben lassen und einer Partei ein Rücktrittsrecht zukommen soll (dann Reugeld), oder, ob eine Partei die Möglichkeit haben soll, ein Schuldverhältnis erst in Geltung zu setzen (dann Option).<sup>37</sup>

Eine Option kann – was praktisch oft geschieht – auch nur **bedingt** eingeräumt werden. Das hat gerade mit Rücksicht auf ein allfälliges Insolvenzverfahren besondere Relevanz: Denn möglich ist zum einen die Variante, dass eine

---

27 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 92.

28 *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 92.

29 *Winner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 909 ABGB Rz 23 ff.

30 OGH 6 Ob 2317/96w RdW 1997/11; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 ABGB Rz 18; *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*<sup>7</sup> § 861 ABGB Rz 10; vgl auch *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 909 ABGB Rz 30; *Winner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 909 ABGB Rz 23 ff.

31 *Winner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 908 ABGB Rz 31.

32 OGH 6 Ob 2317/96w RdW 1997, 655, RIS-Justiz RS0017694; *Winner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 908 ABGB Rz 24 mwN.

33 *Winner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 909 ABGB Rz 25 mwN.

34 *Winner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 908 ABGB Rz 31; vgl OGH 6 Ob 2317/96w RdW 1997, 655.

35 *Winner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 908 ABGB Rz 31.

36 *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 909 ABGB Rz 30.

37 *Winner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 909 ABGB Rz 24.

Option mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Optionsberechtigten erlöschen soll; in diesem Fall handelt es sich um eine **auflösend bedingte Option**.<sup>38</sup>

Möglich und praktisch relevant ist aber auch die umgekehrte Variante, dass nämlich die Option **aufschiebend bedingt** eingeräumt wird und der Bedingungseintritt an die Insolvenz des Optionsverpflichteten geknüpft wird.<sup>39</sup> Dies spielt typischerweise bei gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten eine große Rolle, denn bei diesen wird durchwegs insb ein **insolvenzbezogener Tatbestand als Aufgriffsfall** vorgesehen. Dabei kann entweder unmittelbar an die formelle (rechtskräftige) Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder auch an die Nichteröffnung mangels Kostendeckung angeknüpft werden (sog insolvenzspezifische Aufgriffsrechte); möglich ist aber auch eine Ausgestaltung als insolvenznahes Aufgriffsrecht, das an Umstände anknüpft, die eine (unmittelbar) bevorstehende formelle Insolvenz nahelegen (etwa das Vorliegen von materieller Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung, das Einlangen eines Insolvenzantrags oder die Beschlussfassung über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens).<sup>40</sup>

Zur Insolvenzvorsorge ist daher etwa eine in Form einer Option ausgestaltete **Aufgriffsregelung** derart zu fassen, dass der jeweilige Gesellschafter als Optionsgeber mit dem bzw den Optionsberechtigten im Rahmen des (diesfalls notariatsaktpflichtigen; § 76 Abs 2 GmbHG) Optionsvertrags vereinbart, dass unter der aufschiebenden Bedingung der (formellen bzw materiellen) Insolvenz des jeweiligen Gesellschafters auf Verlangen des Options-Ausübungsberechtigten binnen einer bestimmten Ausübungsfrist ein notariatsaktpflichtiger Vertrag zur entgeltlichen Übertragung seines Anteils mit dem jeweiligen Optionsberechtigten Geltung erlangt und der Anteil damit unmittelbar auf diesen übergeht (sog „insolvenzbedingte Option“).<sup>41</sup>

38 *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 26 KO Rz 20 ff; *Weber-Wilfert/Widbalm-Budak in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 74; *Widbalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 98; *Perner in KLS<sup>2</sup> § 26 IO Rz 14*.

39 *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 74.

40 *Nitsche in FS Jelinek 187 (195)*; *Kalss/Eckert in Kodek/Konecny 65 (96)*; *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 818 (818 f); *Trettnak/Höfer*, ZIK 2010, 204 (205 f); *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 80 ff (siehe dort auch zum Anfechtungsrisiko).

41 *Tichy*, RdW 1998, 55 (56); *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte 74. Zur Frage der Insolvenzfestigkeit solcher Konstruktionen – insb iZm §§ 25a und 25 IO sowie mit § 26 IO – siehe unten V.B.2.

### III. Übertragbarkeit der Option

Grundsätzlich sind die aus Optionsverträgen abzuleitenden Gestaltungsrechte **übertragbar**.<sup>42</sup> Unterschiedliche Ansichten existieren allerdings bezüglich der Frage, was rechtens ist, wenn der Optionsverpflichtete **nicht in eine Übertragung einwilligt**: Nach überwiegender Ansicht muss sich der Optionsverpflichtete gegen seinen Willen keinen anderen Schuldner aufdrängen lassen (§ 1405 ABGB).<sup>43</sup> Übt daher etwa der Übernehmer einer Kaufoption diese aus, so wird nicht er Vertragspartner des Optionsverpflichteten und Kaufpreisschuldner, sondern der Überträger (Zedent). Demgegenüber meint *Schauer*,<sup>44</sup> Geldschulden könne ohnedies jedermann erfüllen und der Optionsverpflichtete sei durch § 1052 ABGB ausreichend geschützt. Dagegen wurde vorgebracht, dass diese Ansicht der Regelung des § 1405 ABGB und den Prinzipien der (nur einvernehmlich möglichen) Vertragsübernahme widerspreche.<sup>45</sup> Nach hA ist daher ohne die Einwilligung des Optionsverpflichteten entweder allein das Gestaltungsrecht zu übertragen, wenn der Erwerber ein legitimes Interesse an dessen Erwerb hat.<sup>46</sup> Oder es wird das Gestaltungsrecht gemeinsam mit der durch seine Ausübung bedingten Forderung übertragen, etwa im Fall einer Kaufoption also mit dem Recht des Käufers nach § 1061 ABGB, während der Zedent Kaufpreisschuldner bleibt.<sup>47</sup>

Gewisse Optionsrechte sind als **unübertragbar** normiert, so insb das **Vorkaufsrecht** gem §§ 1073 f ABGB<sup>48</sup> und das **Wiederkaufsrecht** gem § 1070 ABGB;<sup>49</sup> Entsprechendes gilt auch für das **Rückverkaufsrecht** gem § 1071 ABGB.<sup>50</sup> Die Judikatur hält daher die Übertragung solcher Rechte selbst

---

42 OGH 3 Ob 135/87 JBl 1988, 530 = RdW 1988, 291, RIS-Justiz RS0004179; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 ABGB Rz 18 mwN; ausführlich *P. Bydlinski*, Übertragung 233 ff.

43 *P. Bydlinski*, Übertragung 238 f; *Koziol* in FS Ostheim 137 (147); *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 ABGB Rz 18.

44 *Schauer*, ÖZW 1984, 75 (78 f).

45 *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 ABGB Rz 18 mwN.

46 *P. Bydlinski*, Übertragung 237 f; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 ABGB Rz 18.

47 *P. Bydlinski*, Übertragung 243 f; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB V<sup>5</sup> § 861 ABGB Rz 18.

48 Statt vieler *Spitzer/Told* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VI<sup>5</sup> § 1074 ABGB Rz 1 f mwN; *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 89.

49 RIS-Justiz RS0004325; *Engelhart*, NZ 1987, 273; *Spitzer/Told/Felzmann* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VI<sup>5</sup> § 1070 ABGB Rz 6 mwN; *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 78.

50 *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26 KO Rz 85.