

Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Volker Römermann, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, für Insolvenzrecht sowie für Arbeitsrecht, Bearbeitet von Dr. Heino Büsching, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater, Dr. Boris Dostal, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Barbara Grunewald, Alexander Hamminger, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Björn Hürten, Rechtsanwalt, Ina Jähne, Rechtsanwältin, Oliver Jung, Rechtsanwalt, Friedrich Kanitz, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Dr. Christof Kautzsch, Rechtsanwalt, Dr. Michael W. Leistikow, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Tobias Lenz, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Dieter Leuring, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Dr. Norbert Meister, Rechtsanwalt, Steuerberater und Notar a.D., Prof. Dr. Lutz Michalski, Dr. Felix Mühlhäuser, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater, Dr. Malte Passarge, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Prof. h.c. Dr. Gerhard Picot, Rechtsanwalt, Silke Rohde, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Darius Oliver Schindler, Rechtsanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht, Dr. Alexandra Schluck-Amend, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Insolvenzrecht und Betriebswirtin, Dr. Sebastian Schneider, Rechtsanwalt, Henning Schröder, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie für Steuerrecht, Prof. Dr. Christoph H. Seibt, LL.M., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Attorney-at-Law (N.Y.), Dr. Harald Selzner, Rechtsanwalt, Dr. Emanuel P. Strehle, Rechtsanwalt, Dr. Matthias Terlau, Rechtsanwalt, Dr. Ingo Theusinger, Rechtsanwalt, Bich Vu Tuyet, LL.M., Rechtsanwältin und Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht, Dr. Thomas Wachter, Notar, und Prof. Dr. Götz Tobias Wiese, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater

4. Auflage 2018. Buch. XLII, 1607 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 72227 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'o' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

potenzials für die Gesellschaft einem Wettbewerbsverbot unterworfen werden, so ist dieses in der Satzung unter klarer Abgrenzung der Geschäftsbereiche von Gesellschaft und Gesellschafter zu regeln. Das Gleiche gilt, wenn ein Gesellschafter ausdrücklich mit keinem Wettbewerbsverbot belegt werden soll, obwohl er maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben vermag. Wird ein Wettbewerbsverbot für Gesellschafter verankert, sollte ggf. eine Öffnungsklausel vorgesehen werden, um im Einzelfall flexibel von dem umfassenden Wettbewerbsverbot befreien zu können. Zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern kann der Befreiungsbeschluss besonderen Kautelen (insbes. einem qualifizierten Mehrheitsanfordernis) unterworfen werden.

In der Satzungsregelung über das Wettbewerbsverbot für Gesellschafter sollte nach Möglichkeit eine **Vertragsstrafe** für den Fall der Verletzung vorgesehen werden, da ein Schaden der Gesellschaft häufig nicht ohne weiteres nachweisbar bzw. bezifferbar sein wird. Bei der Vertragsstraferegelung ist auch ein Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs bei dauernden Verstößen vorzusehen, um die Vertragsstrafe für jeden definierten Zeitabschnitt anfallen zu lassen. Schließlich sollten die Gesellschafter dazu verpflichtet werden, der Gesellschaft Einsicht in die Unterlagen zu gewähren, über die Art und Weise und Umfang des Wettbewerbsverstößes Auskunft zu geben, umso ggf. einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen zu können. 265

Formulierungsvorschlag:

1. Die Gesellschafter [Alternative: Jeder Gesellschafter mit einem Anteil am Grundkapital von mindestens 25%] unterliegen im Kerngeschäftsfeld der Gesellschaft ([Definition des sachlichen und/oder örtlichen Kerngeschäftsfeldes]) einem Wettbewerbsverbot [(entsprechend § 112 HGB)], von dem die Gesellschafterversammlung durch Beschluss [mit einer einfachen Mehrheit] der abgegebenen Stimmen befreien kann. Der Beschluss hat Art und Umfang der Befreiung sowie ggf. die an die Gesellschaft zu gewährende Gegenleistung zu bestimmen. Bei einem solchen Beschluss ist der zu befreiende Gesellschafter vom Stimmrecht ausgeschlossen.
2. Im Falle eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot ist der betreffende Gesellschafter unter Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs zur Zahlung einer Vertragsstrafe von EUR an die Gesellschaft verpflichtet. [Je [vier (4) Wochen] einer fortgesetzten Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot gelten als unabhängige und selbstständige Zuwiderhandlung.] Das Recht, Schadenersatz oder Unterlassung von dem Verletzer zu verlangen, wird durch die Zahlung der Vertragsstrafe nicht berührt. Die Vertragsstrafe wird auf etwaige Schadenersatzansprüche der Gesellschaft [nicht] angerechnet. [Statt Schadenersatz kann die Gesellschaft von dem betreffenden Gesellschafter verlangen, dass er die unter Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lässt und die aus diesen Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung an die Gesellschaft herausgibt oder seinen Anspruch auf die Vergütung an die Gesellschaft abtritt.]
3. Die Geltendmachung eines Anspruches der Gesellschaft im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen das in diesem § geregelten Wettbewerbsverbot bedarf eines vorherigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung, der mit der [einfachen] Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fassen ist.
4. Der Verletzer ist verpflichtet, der Gesellschaft Einsicht in alle Schriften und Unterlagen zu gewähren, die die Gesellschaft zur Verfolgung von Schadenersatzansprüchen für erforderlich hält.

266

Schließlich ist zu entscheiden, ob Gesellschafter oder Geschäftsführer einem **nachvertraglichen Wettbewerbsverbot** durch Satzungsbestimmung (Gesellschafter) oder Regelung im Anstellungsvertrag (Geschäftsführer) unterworfen werden soll. Gesetzlich gilt dies nicht,³⁹² und die Grenzen solcher nachvertraglichen Wettbewerbsverbote ergeben sich vor allem aus

³⁹² BGH DB 1986, 214; Scholz/U. H. Schneider GmbHG § 43 Rn. 173 mwN; zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot bei Geschäftsführern Heller GmbHR 2000, 371 ff.

§ 1 GWB³⁹³ und aus Art. 2, 12 GG, §§ 138, 242 BGB.³⁹⁴ Hiernach ist ein fortwirkendes Wettbewerbsverbot nur zulässig, soweit es keine spürbare Auswirkung auf die Marktverhältnisse entfaltet (§ 1 GWB), einem berechtigten Interesse der Gesellschaft entspricht und den Verpflichteten nach Dauer, räumlichem Geltungsbereich und Gegenstand nicht unbillig in seinem Fortkommen beschwert (Art. 2, 12 GG, §§ 138, 242 BGB). Wengleich es für die Ausgestaltung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, wird ein für mehr als zwei Jahre nach Beendigung der Gesellschafterstellung fortwirkendes Wettbewerbsverbot regelmäßig unzulässig sein.³⁹⁵ Umgekehrt ist im Regelfall ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für zwei Jahre nach Ablauf des Dienstverhältnisses zwischen einem GmbH-Geschäftsführer und der Gesellschaft – jedenfalls soweit es sich um eine sog. „Kunden- und Mandantenschutzklausel“ handelt – rechtlich nicht zu beanstanden.³⁹⁶ Ein über die Gesellschafterstellung hinausreichendes Wettbewerbsverbot wird nur in der Satzung zu regeln sein, wenn ein nicht unerhebliches Risiko besteht, dass der Gesellschafter Kenntnisse, die er während seiner Zeit als Gesellschafter erworben hat, nutzt, um mit der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten und jener Schaden zufügen kann.

Formulierungsvorschlag:

- 268 Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus oder werden seine sämtlichen Geschäftsanteile eingezogen, so ist diesem für die Dauer von zwei Jahren untersagt, mit der Gesellschaft in deren Kerngeschäftsfeld ([Definition des sachlichen und/oder örtlichen Kerngeschäftsfeldes]) unmittelbar oder mittelbar in Wettbewerb zu treten. [Vertragsstraferegelung].

- 269 **b) Verschwiegenheitspflicht der Gesellschafter.** Die Gesellschafter einer GmbH unterliegen einer **gesellschaftlichen Treuepflicht**, die gegenüber der Bindung in und an einer Personengesellschaft zwar gemindert ist, aus der sich gleichwohl die Pflicht zur vertraulichen Behandlung gesellschaftsinterner Informationen ergibt.³⁹⁷ Diese Verpflichtung ist Gegenstück zum Informationsrecht nach § 51a GmbHG. Aus der Verschwiegenheits-Treuepflicht folgt zB, dass ein Gesellschafter seine Kenntnisse über die Gesellschaft nicht ohne weiteres an einen potentiellen Kaufinteressenten für seinen Geschäftsanteil³⁹⁸ oder an eine kreditgebende Bank weitergeben darf. Kann der Bruch der Verschwiegenheitsverpflichtung der Gesellschafter zu einem erheblichen Schaden bei der Gesellschaft führen und besteht aufgrund der Realstruktur der Gesellschaft ein erhebliches Risikopotential, so kann sich die ausdrückliche Aufnahme der Verschwiegenheitsverpflichtung in der Satzung anbieten. Als Sanktion bei Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung (und damit der Satzungsbestimmung) kann die Verwirkung einer Vertragsstrafe oder die Einziehung der Geschäftsanteile bzw. der Ausschluss des Gesellschafters vorgesehen werden.

Formulierungsvorschlag:

- 270 Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, die ihm in seiner Eigenschaft als Gesellschafter [oder im Rahmen einer Tätigkeit für die Gesellschaft] zur Kenntnis gelangen, insbes. über Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die Bilanzen und

³⁹³ BGHZ 68, 6 (10 ff.) = NJW 1977, 804 (804 f.) mAnm *Ulmer*; BGHZ 70, 331 (334) = NJW 1978, 1001 (1001 f.); OLG Karlsruhe BB 1986, 2365 (2366).

³⁹⁴ BGH DB 1965, 468; BGH WM 1974, 74 (76); BGHZ 91, 1 (7) = NJW 1984, 2366 (2367); BGH WM 1986, 1282; BGH GmbHR 1990, 77 (79); OLG Hamm ZIP 1988, 1254; OLG Karlsruhe BB 1986, 2365 (2366); OLG Düsseldorf GmbHR 1993, 581; *Bauer/Diller GmbHR* 1999, 885 (890 ff.).

³⁹⁵ BGH NJW 2004, 66 zu einer Freiberufersozietät; BGHZ 91, 1 (7) = NJW 1984, 2366 (2367).

³⁹⁶ BGH ZIP 2008, 1379.

³⁹⁷ *Scholz/Seibt GmbHG* § 14 Rn. 73, 115; *Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG* § 13 Rn. 28; *MHD* GesR III/*Schiessl/Böhm* § 32 Rn. 16.

³⁹⁸ *Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG* § 51a Rn. 31; *Bremer GmbHR* 2000, 176 (178); *Oppenländer GmbHR* 2000, 535 (537 f.).

Wirtschaftspläne sowie die Verhandlungen und Beschlüsse der Gesellschafter Dritten gegenüber Stillschweigen zu wahren. Diese Verpflichtung besteht auch nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft fort. [Die Verschwiegenheitsverpflichtung gilt nicht (i) für die Vorlage von Bilanzen der Gesellschaft bei Banken oder (ii) von Gesellschaftsdaten an staatliche Stellen, deren Mitteilung aufgrund von Rechtsvorschriften erforderlich ist. Außerdem darf jeder Gesellschafter vertrauliche Angelegenheiten einer zur gesetzlichen Berufsverschwiegenheit verpflichteten Person anvertrauen, wenn und soweit dies zur Wahrung seiner eigenen berechtigten Interessen erforderlich ist. Weitere Ausnahmen von der Verschwiegenheitsverpflichtung können im Einzelfall durch Gesellschafterbeschluss zugelassen werden.]

[Verletzt ein Gesellschafter die im vorstehenden § geregelte Verschwiegenheitsverpflichtung, so verwirkt er für jeden Fall der Verletzung EUR als Vertragsstrafe an die Gesellschaft. Das Recht der Gesellschaft Unterlassung und Schadenersatz zu verlangen, wird hierdurch nicht berührt.] [Ggf. Regelung der Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung als Grund für die Einziehung von Geschäftsanteilen]

12. Verfügungen über Geschäftsanteile

Von der gesetzgeberischen Grundkonzeption sind GmbH-Geschäftsanteile – anders als Gesellschaftsanteile an Personengesellschaften – frei übertragbar (§ 15 Abs. 1 GmbHG; Grundsatz der freien Übertragbarkeit). Das GmbHG sieht aber bereits in § 15 Abs. 5 GmbHG ausdrücklich die Möglichkeit vor, durch entsprechende Satzungsregelungen die Übertragung von Geschäftsanteilen von der Zustimmung der Gesellschaft oder von beliebigen anderen Wirksamkeitsvoraussetzungen abhängig zu machen. Derartige Beschränkungen der Übertragbarkeit (sog. **Vinkulierungsklauseln**) sind in der heutigen Vertragspraxis üblich, und das nicht nur bei Familiengesellschaften oder anderen stark personalistisch strukturierten GmbH.

Bei der Gestaltung der Satzungsbestimmungen, die Verfügungen über Geschäftsanteile regeln, steht das Interesse der Gesellschafter an einer möglichst unbeschränkten Übertragbarkeit und Belastung ihrer Beteiligung dem Interesse der jeweils anderen Mitgesellschafter auf Kontrolle des Gesellschafterbestandes entgegen. Dabei wird in einigen Fällen bereits bei der Gesellschaftsgründung offensichtlich sein, dass ein Teil der Gesellschafter (zB Finanzinvestoren) eine Beteiligung nur eingehen wird, wenn ihnen jedenfalls nach Ablauf einer bestimmten Periode die unbeschränkte Möglichkeit der Beteiligungsveräußerung zusteht (sog. Exit-Route). Auf der anderen Seite wird in einigen anderen Fällen von den Gesellschaftern erstrebt sein, den Gesellschafterkreis möglichst lange unverändert zu lassen bzw. nur bei Zustimmung aller einen Gesellschafterwechsel zuzulassen (zB Familiengesellschaft). In vielen Fällen wird die Interessenlage der jeweiligen Gesellschafter aber nicht von vornherein klar sein. Darüber hinaus wird regelmäßig entsprechend der Gesellschafterzusammensetzung zu ermitteln sein, welche Verfügungen über Geschäftsanteile der Art nach oder dem Kreis der Begünstigten nach von der Übertragungsbeschränkung ausgeschlossen sein sollen. Weiterhin wird zu entscheiden sein, ob hinsichtlich der Übertragungsbeschränkung jedem Gesellschafter ein Zustimmungsvorbehalt zukommen soll (strenges Gleichbehandlungsgebot) oder ob die Satzungsregelungen Mehrheitsentscheidungen vorsehen sollen; im letzteren Fall werden häufig Minderheiten schützende Begleitregelungen notwendig sein. Ferner ist festzustellen, ob nicht nur passive Veräußerungsbeschränkungen verankert werden sollen, sondern auch aktive Veräußerungspflichten bei Vorliegen bestimmter Umstände (insbes. zur Ermöglichung von 100%-Verkäufen an Dritte). Schließlich ist die nunmehr bestehende Möglichkeit eines gutgläubigen Anteilerwerbs vom Nichtberechtigten nach § 16 GmbHG zu beachten.³⁹⁹

Den Gesellschaftern stehen zur Umsetzung ihrer Interessen eine Vielzahl möglicher Satzungsregelungen zur Verfügung:

³⁹⁹ Die Vorschrift wurde durch das MoMiG eingeführt; hierzu ausf. Schockenhoff/Höder ZIP 2006, 1841; Bohrer DStR 2007, 995; Götz/Bressel NZG 2007, 894; Harbarth ZIP 2008, 57.

- Zustimmungsvorbehalte als Wirksamkeitsvoraussetzung bei Verfügungen über Geschäftsanteile;
- Vorkaufsrechte iSd §§ 463 ff. BGB bei Übertragungen von Geschäftsanteilen zugunsten der nicht veräußernden Mitgesellschafter;
- Andienungsverpflichtung des eine Übertragung von Geschäftsanteilen beabsichtigenden Gesellschafters bzw. Vorerwerbsrechte der übrigen Mitgesellschafter;
- Andienungs- bzw. Verkaufsrechte (Put-Optionen) zugunsten von Minderheitsgesellschaftern oder von Gesellschaftern, deren Anteilsübertragungswunsch von den übrigen Mitgesellschaftern nachhaltig vereitelt wurde;
- Mitverkaufsrechte (Tag along-Rechte) und Mitverkaufspflichten (Drag along-Rechte) zugunsten bestimmter Gesellschafter gegenüber den Mitgesellschaftern;
- Texan-Shoot-out-Verfahren bzw. Auktionsverfahren.

274 a) **Zustimmungsvorbehalt bei Verfügungen über Geschäftsanteile.** Eine Kontrolle über den Gesellschafterkreis und eine Beschränkung der Gesellschaftermacht bewirkt die Regelung eines Zustimmungsvorbehalts bei Verfügungen über Geschäftsanteile. Bei der Gestaltung einer derartigen Satzungsbestimmung ist regelmäßig über fünf Regelungskomplexe Einigkeit zwischen den Gesellschaftern zu erzielen:

- Umfang des sachlichen Anwendungsbereichs des Zustimmungsvorbehalts;
- Ausnahmen vom Zustimmungsvorbehalt bei bestimmten Arten von Geschäften oder bei Verfügungen zugunsten bestimmter Personen;
- qualitative Vorgaben für die Zustimmungserteilung;
- Zuordnung der Entscheidungsprärogative, Mehrheitserfordernis und Verfahrensregelungen;
- Konsequenzen der Zustimmungsversagung.

275 Zunächst ist also die Frage zu beantworten, wie weit der Kreis der Verfügungen über Geschäftsanteile oder vergleichbarer Maßnahmen gezogen werden soll, die dann der Zustimmung von einer oder mehreren Personen oder einem Organ unterliegen (**Umfang des sachlichen Anwendungsbereichs**). Begnügt sich die Satzungsbestimmung damit, „Verfügungen über Geschäftsanteile“ dem Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen, so bestehen erhebliche Rechtszweifel, ob die folgenden, wirtschaftlich z. T. vergleichbaren Gestaltungen von dieser Klausel erfasst werden:

- Begründung und Auflösung eines **Treuhandverhältnisses** mit Übertragung eines Geschäftsanteils auf den Treuhänder bzw. Rückübertragung auf den Treugeber sowie Treuhänderwechsel mit Übertragung des Geschäftsanteils von einem Treuhänder auf einen anderen Treuhänder;⁴⁰⁰
- Einräumung einer **Unterbeteiligung** an einem Geschäftsanteil und Auflösung der Unterbeteiligung an einem Geschäftsanteil sowie Übertragung der Unterbeteiligung im Wege der Änderung des Unterbeteiligungs-Gesellschaftsvertrages;⁴⁰¹
- **Verschmelzung** des einen Geschäftsanteil haltenden Rechtsträgers auf einen Dritten;⁴⁰²
- **Ausgliederung bzw. Abspaltung** eines Geschäftsanteils auf einen Dritten oder Aufspaltung eines Rechtsträgers, wodurch ein GmbH-Geschäftsanteil auf einen Dritten übergeht;⁴⁰³

⁴⁰⁰ Bejahend für die Abtretung von Rechten des Treugebers RGZ 159, 272 (281); verneinend für die Rückabtretung eines Geschäftsanteils nach vorausgegangener Sicherungsabtretung unter Zustimmung der Mitgesellschafter BGH NJW 1965, 1376; Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG § 15 Rn. 55 ff. mwN; Scholz/*Seibt* GmbHG § 15 Rn. 227 ff.; diff. nach zustimmungspflichtiger Erwerbs- und zustimmungsfreier Vereinbarungstreuhand *Schaub* DStR 1995, 1634 (1637).

⁴⁰¹ Zustimmungspflicht verneinend OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1987, 57; DB 1992, 2489; Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG § 15 Rn. 59 mwN; Scholz/*Seibt* GmbHG § 15 Rn. 224 ff.; *Schaub* DStR 1995, 1634 mwN.

⁴⁰² Scholz/*Seibt* GmbHG § 15 Rn. 114; BeckHdB GmbH/*Schacht* § 12 Rn. 43; Zustimmungspflicht mit Blick auf § 13 Abs. 2 UmwG bejahend *Reichert* GmbHR 1995, 176 (179); Lutter/*Drygala* UmwG § 13 Rn. 28 ff.

⁴⁰³ Vgl. die Nachweise in Fn. 402.

- Übergang eines Geschäftsanteils im Wege der **Anwachsung** des Gesellschaftsvermögens nach Austritt (bzw. Anteilsübertragung) des vorletzten Gesellschafters auf den dann alleinigen Gesellschafter gem. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB;⁴⁰⁴
- Übertragung von Geschäftsanteilen im Wege der **Erbaueinandersetzung**;⁴⁰⁵
- Übertragung von Anteilen am Gesellschafter, der die durch die Vinkulierungsklausel belasteten Geschäftsanteile hält (sog. **Change-of-Control-Fall**).⁴⁰⁶

Vor dem Hintergrund der in diesem Bereich noch weitgehend offenen Rechtslage ist im Gesellschafterkreis zu klären, ob tatsächlich jeder rechtliche und wirtschaftliche Übergang von Geschäftsanteilen dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen soll, oder ob nur auf die unveränderte rechtliche Zuordnung der Geschäftsanteile (dh kein Zustimmungserfordernis bei der Einräumung, Aufhebung und Übertragung von Unterbeteiligungen oder in Change-of-Control-Fällen) oder auf die unveränderte wirtschaftliche Zuordnung (dh kein Zustimmungserfordernis bei der Einräumung und Aufhebung von Treuhandverhältnissen sowie bei Treuhänderwechseln) abgestellt werden sollte, oder ob zB Übergänge von Geschäftsanteilen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge vom Zustimmungsvorbehalt ausgenommen werden sollten (um den Übergang größerer Vermögensbestände nicht zu behindern).

Formulierungsvorschlag (Zustimmungsvorbehalt nur für rechtsgeschäftliche Verfügungen mit Rechtsinhaberwechsel):

Jede rechtsgeschäftliche Verfügung über einen Geschäftsanteil oder einen Teil eines Geschäftsanteils an der Gesellschaft wie zB und einschließlich einer Veräußerung, Abtretung, Verpfändung oder sonstige Belastung, die Eingehung oder Aufhebung eines Treuhandverhältnisses oder den Wechsel eines Treuhänders über einen Geschäftsanteil (nicht hingegen die Einräumung, Aufhebung oder Übertragung einer Unterbeteiligung) bedarf der Zustimmung [sämtlicher Gesellschafter/durch Gesellschafterbeschluss] [mit einer einfachen Mehrheit/mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen]. Entsprechendes gilt für eine Verfügung über Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, wie insbes. über Gewinn- und Abfindungsansprüche.

277

Formulierungsvorschlag (Zustimmungsvorbehalt bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen und gesetzlichen Anteilsübergängen):

Jede Verfügung über einen Geschäftsanteil oder einen Teil eines Geschäftsanteils an der Gesellschaft wie zB und einschließlich einer Veräußerung, Abtretung, Verpfändung oder sonstige Belastung, die Eingehung oder Aufhebung eines Treuhandverhältnisses oder der Treuhänderwechsel über einen Geschäftsanteil, die Einräumung, Aufhebung oder Übertragung einer Unterbeteiligung, eine Übertragung als Einlage gegen Gesellschafterrechte oder im Rahmen von Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz oder im Wege der Anwachsung bedarf der Zustimmung [sämtlicher Gesellschafter/durch Gesellschafterbeschluss] [mit einer einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen/mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen]. Entsprechendes gilt [für Verfügungen im Rahmen von Erbaueinandersetzungen sowie] für Verfügungen über Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, wie insbes. über Gewinn- und Abfindungsansprüche.

278

⁴⁰⁴ Nach hier vertretener Ansicht liegt keine Zustimmungspflicht vor, *Seibt* FS Röhrich, 2005, 603 (612 f.); nicht eindeutig Sudhoff Gesellschaftsvertrag S. 316; *Petzoldt* GmbH 1976, 82.

⁴⁰⁵ Das Eingreifen einer allgemeinen Vinkulierungsklausel verneinend OLG Düsseldorf GmbH 1990, 504 (507 f.); bejahend Scholz/*Seibt* GmbHG § 18 Rn. 13; für die Übertragung eines Miterbenanteils, zu dem ein Geschäftsanteil an einer GmbH gehört, Henze/Born/Drescher/*Henze*, Aktienrecht – Höchstgerichtliche Rechtsprechung, 6. Aufl. 2015, 236.

⁴⁰⁶ OLG Naumburg NZG 2004, 775; das Eingreifen einer allgemeinen Vinkulierungsklausel wegen § 137 S. 1 BGB verneinend *Lutter/Grünwald* AG 1989, 409 (410); diff. und das Eingreifen der Vinkulierungsklausel im Fall einer reinen Holdinggesellschaft bejahend *Kowalski* GmbH 1992, 347 (353 f.); Scholz/*Seibt* GmbHG § 15 Rn. 111a.

Formulierungsvorschlag (Zustimmungsvorbehalt auch bei Change of Control bei einem Gesellschafter):

- 279 Der Zustimmung [sämtlicher Gesellschafter/durch Gesellschafterbeschluss] [mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen/mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen] bedarf es auch, wenn mindestens 50% der Anteile am Stamm-, Grundkapital oder festen Kapital eines Gesellschafters oder der Stimmrechte auf einen Dritten übertragen werden [, es sei denn, dieser Dritte ist Angehöriger iSv § 15 AO oder verbundenes Unternehmen iSv § 15 AktG dieses Gesellschafters].

Formulierungsvorschlag (kein Zustimmungsvorbehalt für Verfügungen im Rahmen von Erbauseinandersetzungen):

- 280 Verfügungen im Rahmen von Erbauseinandersetzungen unterliegen nicht dem Zustimmungsvorbehalt nach vorstehendem Satz

- 281 Bei der Bestimmung von Zustimmungserfordernissen für Maßnahmen, die zum gesetzlichen Anteilsübergang führen (Erbfall, Verschmelzung, Spaltung, Anwachsungsmodelle), oder die auf Change-of-Control-Sachverhalte abstellen, ist zu berücksichtigen, dass die Verletzung dieser statutarischen Pflicht nicht zur Folge hat, dass die sachgegenständlichen Geschäftsanteile nicht übergehen. Es ist daher gesondert eine Rechtsfolgenregelung zu statuieren, zB die Einziehung der sachgegenständlichen Geschäftsanteile oder (sogar) den Ausschluss des satzungsverletzenden Gesellschafters.

- 282 Hiernach ist im Gesellschafterkreis zu klären, ob bestimmte Arten von Geschäften bzw. bestimmte Umstände (zB Erbauseinandersetzungen; → Rn. 275) oder Verfügungen zugunsten bestimmter Personen vom Zustimmungsvorbehalt ausgenommen werden sollten. Auf der anderen Seite kann die Vinkulierung auch nur zu Lasten bestimmter Personen(-Kreise) verankert werden (zB zu Lasten von Schlüsselmitarbeiter-Gesellschaftern. In der Praxis findet man häufig **Ausnahmen vom Zustimmungsvorbehalt** zugunsten von **Angehörigen** iSv § 15 AO bzw. Personen, die einem in bestimmter Weise definierten Familienstamm angehören, oder – bei in Konzernstrukturen eingebundene Gesellschaftern – zugunsten von **verbundenen Unternehmen** iSv § 15 AktG.

- 283 Dabei können in diesem Fall Verfügungen an einen bestimmten Personenkreis von vornherein aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Vinkulierungsklausel herausgenommen werden oder es kann bestimmt werden, dass die Gesellschafter zur Zustimmung verpflichtet sind, wenn eine Verfügung zugunsten des insoweit bestimmten Personenkreises vorgenommen wird. Für den letzteren Regelungsmechanismus spricht, dass in diesem Fall die übrigen Gesellschafter in jedem Fall über den Verfügungsvorgang informiert werden müssen.

Formulierungsvorschlag:

- 284 Bei Verfügungen zugunsten von Angehörigen iSv § 15 AO oder zugunsten von verbundenen Unternehmen iSv § 15 AktG sind die Gesellschafter verpflichtet, ihre Zustimmung durch positive Stimmabgabe („Ja“) im Rahmen des entsprechenden Gesellschafterbeschlusses zu erteilen.

- 285 Sind an einer Gesellschaft **Private Equity- oder Venture Capital-Unternehmen** beteiligt, so ist in deren Interesse bei Verfügungen zugunsten der von ihnen verwalteten Fondsgesellschaften eine Ausnahme vom Zustimmungsvorbehalt vorzusehen.

Formulierungsvorschlag:

Der im vorstehenden § geregelte Zustimmungsvorbehalt gilt nicht für Verfügungen durch [Private Equity- oder Venture Capital-Gesellschaft] an Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand überwiegend in dem Erwerb, der Verwaltung und/oder der Veräußerung von Beteiligungen an anderen Unternehmen besteht, wenn (i) diese von [Private Equity- oder Venture Capital-Unternehmen] verwaltet bzw. beraten werden oder (ii) [Private Equity- oder Venture Capital-Unternehmen] persönlich haftende Gesellschafterin der Gesellschaft ist.

286

Die Regelung von Ausnahmetatbeständen bei Verfügungen zugunsten bestimmter Personengruppen birgt indes die Gefahr in sich, dass eine wirksame Kontrolle des Gesellschafterkreises ausgehöhlt wird. Insbesondere bei Verwendung der Konzernklausel ist zu entscheiden, ob der Austritt des Anteilsempfängers aus dem Konzernverbund eine Rückübertragungsverpflichtung auf die ursprünglich verfügende Gesellschaft oder die Einziehung der Geschäftsanteile zur Folge haben sollte. Entscheidet man sich für die Regelung einer Rückübertragungsverpflichtung, sollte in der Satzung zugleich bestimmt werden, dass sich der verfügende Gesellschafter zur Annahme der Rückübertragung verpflichtet hat. Regelt man weiterhin, dass die Rückabtretung durch den Verlust der Mehrheitsbeteiligung durch den die Beteiligung haltenden Gesellschafter bedingt ist, ist sogar jeglicher Einfluss eines Dritten auf die Geschäfte der Gesellschaft auch für die Zeit bis zur Rückabtretung ausgeschlossen, da die Geschäftsanteile dann bei Bedingungseintritt automatisch an den verfügenden Gesellschafter zurückfallen (sog. **verlängerte Konzernklausel**).⁴⁰⁷

287

Formulierungsvorschlag:

Für den Fall, dass der Empfänger eines übertragenen Geschäftsanteils seine Eigenschaft als verbundenen Unternehmen des verfügenden Gesellschafter iSv § 15 AktG verliert, überträgt der Empfänger den empfangenen Geschäftsanteil bereits hiermit aufschiebend bedingt zurück auf den verfügenden Gesellschafter. Der verfügende Gesellschafter nimmt die Abtretung hiermit an.

288

Alternativformulierung:

Geht ein Geschäftsanteil durch Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz oder durch Einbringung oder Anwachsung auf einen Dritten über, ist den anderen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer jeweiligen Beteiligung an der Gesellschaft das Vorkaufsrecht an dem/den Geschäftsanteil(en) des übertragenden Gesellschafter oder mit ihm iSv § 15 AktG verbundenen Unternehmens an dem neuen Rechtsinhaber des Geschäftsanteils einzuräumen, das ihnen an dem übergegangenen Geschäftsanteil zustand. Die Nichteinräumung binnen einer Frist von [drei (3) Monaten] ab dem rechtlichen Übergang des Geschäftsanteils rechtfertigt einen Beschluss nach § [Zwangseinziehung].

289

Alternativformulierung (Aufspaltung des den Geschäftsanteil haltenden Rechtsträgers):

Geht ein Gesellschafter durch eine Aufspaltung nach dem Umwandlungsgesetz unter, haben die übrigen Gesellschafter das Recht, durch Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen zu bestimmen, auf welchen der übernehmenden Rechtsträger der Anteil übergeht.

Ferner ist zu klären, ob die Entscheidung des für die Zustimmung kompetenten Organs durch **bestimmte inhaltliche Vorgaben** begrenzt werden sollte. So kann durch die Satzung

290

⁴⁰⁷ Kowalski GmbH 1992, 347 (350).

angeordnet werden, dass bei bestimmten Verfügungsarten oder bestimmten Verfügungsempfängern eine Zustimmung erteilt werden muss oder dass der Verfügungsempfänger bestimmte Qualifikationen (zB Alter, Berufsqualifikation) besitzen oder bestimmte Pflichten übernehmen muss (zB Übernahme von Nebenpflichten, wie Finanzierung der Gesellschaft durch Gesellschafterdarlehen oder Beitritt zu einer Gesellschaftervereinbarung). Die Satzung kann aber auch allgemein bestimmen, dass die Zustimmung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verweigert werden darf. Regelt die Satzung hierzu nichts, liegt die Erteilung der Zustimmung im pflichtgemäßen Ermessen der dazu Berechtigten,⁴⁰⁸ dh die Ablehnung der Zustimmung muss nicht durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt werden (Grenze: Verstoß gegen die gesellschaftliche Treuepflicht oder Rechtsmissbrauch).⁴⁰⁹

291 Weiterhin ist in der Satzung zu regeln, wer über die Zustimmung zur Verfügung über Geschäftsanteile entscheidet. Die Satzung kann vorsehen, dass die **Entscheidungsprärogative** (i) den einzelnen Gesellschaftern, (ii) der Gesellschafterversammlung, (iii) der Geschäftsführung oder (iv) einem anderen Gremium (zB Aufsichtsrat oder Beirat) zukommt. Bei der Bezeichnung des Entscheidungsträgers ist besondere Sorgfalt erforderlich. Verweist man nur auf eine erforderliche „Zustimmung der Gesellschafter“ bleibt offen, ob jeder Gesellschafter zustimmen muss, oder ob ein mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasster Gesellschafterbeschluss ausreicht.⁴¹⁰ Ebenso zu Auslegungsschwierigkeiten führt die Formulierung „Zustimmung der übrigen Gesellschafter“, da hierdurch nur zweifelsfrei geregelt wird, dass dem verfügenden Gesellschafter kein Mitwirkungsrecht zukommt.⁴¹¹ Wird lediglich auf die „Zustimmung der Gesellschaft“ verwiesen, so ist unklar, ob die Zustimmung wirksam durch die Geschäftsführer erteilt wird (ggf. auf der Grundlage eines im Innenverhältnis erforderlichen Gesellschafterbeschlusses) oder ob ausschließlich der Gesellschafterversammlung die Entscheidungsprärogative zukommt;⁴¹² im Zweifel wird aber die Zuständigkeit der juristischen Person selbst begründet, so dass den Geschäftsführern der vertretungsberechtigten Zahl die Erklärung der Zustimmung obliegt.⁴¹³ Achtzugeben ist auch auf die Unterscheidung, ob sämtliche Gesellschafter der Verfügung zustimmen müssen oder ob das Zustimmungserfordernis in einem einstimmigen Gesellschafterbeschluss besteht. Der zweite Regelungsansatz bietet in doppelter Hinsicht einen schwächeren Minderheitenschutz: Zum einen kann die Satzungsbestimmung – vorbehaltlich einer ausdrücklichen Regelung – mit der satzungsändernden Mehrheit herabgesetzt werden;⁴¹⁴ zum anderen kommt es beim einstimmigen Gesellschafterbeschluss lediglich auf die Stimmen der an der Gesellschafterversammlung anwesenden und wirksam an der Abstimmung beteiligten Gesellschafter an, so dass das Fehlen von Gesellschaftern oder die Ungültigkeit einzelner Stimmen die Einstimmigkeit nicht beeinträchtigt.⁴¹⁵ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine Satzungsregelung, die ein Zustimmungserfordernis zugunsten einzelner oder aller Gesellschafter vorsieht, dazu führt, dass auch bei einem etwaigen Umwandlungsbeschluss abweichend von § 50 Abs. 1 S. 1, §§ 125, 133 Abs. 2, § 233 Abs. 2, § 240 Abs. 1 S. 1 UmwG, sämtliche Gesellschafter diesem zustimmen müssen.⁴¹⁶

⁴⁰⁸ RGZ 88, 319 (325); OLG Düsseldorf GmbHR 1964, 250; Scholz/Seibt GmbHG § 15 Rn. 127; UHL/Löbbe GmbHG § 15 Rn. 253 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 15 Rn. 46.

⁴⁰⁹ Scholz/Seibt GmbHG § 15 Rn. 127.

⁴¹⁰ Zum Meinungsstreit LG Köln GmbHR 1993, 109; Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 15 Rn. 44 mwN; für im Zweifel Mehrheitsentscheidung UHL/Löbbe GmbHG § 15 Rn. 249; Scholz/Seibt GmbHG § 15 Rn. 126; Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 15 Rn. 79; K. Schmidt FS Beusch, 1993, 759 (766); für im Zweifel Einstimmigkeit Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner GmbHG § 15 Rn. 185.

⁴¹¹ Scholz/Seibt GmbHG § 15 Rn. 126.

⁴¹² Zum Meinungsstreit Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 15 Rn. 42; nach BGH GmbHR 1988, 260 (261) = NJW 1988, 2241 (2242) ist die Geschäftsführung in diesem Fall nur berechtigt, die Zustimmung zu erteilen, wenn ein Zustimmungsbeschluss unter Zustimmung aller Gesellschafter gefasst wurde; OLG Hamburg ZIP 1992, 1085.

⁴¹³ Scholz/Seibt GmbHG § 15 Rn. 123 mwN.

⁴¹⁴ OLG Hamm ZIP 2001, 1915 ff. = GmbH-StB 2001, 309 mit abl. Anm. Schwetlik; → Rn. 146.

⁴¹⁵ OLG Hamm ZIP 2001, 1915 (1917).

⁴¹⁶ Reichert GmbHR 1995, 176 (179 ff.).