

Gesellschaften als Gesellschafter

Vinkulierungen und Vererblichkeitsbeschränkungen unter dem Einfluss eines
Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades

der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Regensburg

vorgelegt von

Ass. Jur. Martin Häckl

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Reimann
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald

Tag der mündlichen Prüfung: 21.12.2011

In Erinnerung an meine Mutter

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Problemstellung	3
II. Ziel und Gang der Untersuchung	4
B. Gründe für das Auftreten von Gesellschaften als Gesellschafter	6
I. Entwicklung von Konzernstrukturen und Unternehmenskontinuität	6
II. Erleichterung eines Investments	7
III. Veränderungen in der Unternehmerphilosophie	8
IV. Risikobegrenzung	8
V. Steuerrechtliche Gründe	9
VI. Umgehung von Vinkulierungen	10
C. Beteiligungsfähige Gesellschaften	12
I. Personengesellschaften	12
1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	13
2. Offene Handelsgesellschaft	13
3. Kommanditgesellschaft	14
4. Stille Gesellschaft	14
5. Partnerschaftsgesellschaft	15
6. EWIV	15
II. Kapitalgesellschaften	15
1. Gemeinschaft mit beschränkter Haftung	16
2. Aktiengesellschaft	17
a. Publikums-AG	17
b. Kleine AG	18
c. Familien-AG	18

III. Zusammenfassung	19
D. Möglichkeiten der Beteiligung einer Gesellschaft	20
I. Gründungsmitgliedschaft	21
II. Erwerb von Anteilen	21
1. Abtretung von Geschäftsanteilen und Aktien	23
2. Notarielle Form	23
3. Eintragung ins Handelsregister	24
III. Gesellschafterzuwachs durch Kapitalerhöhung	24
IV. Kaduzierung	25
1. Erwerb des Rechtsvorgängers	26
2. Öffentliche Versteigerung	26
3. Freihändiger Verkauf	26
V. Pfandrechtsverwertung	27
VI. Zwangsvollstreckung und Insolvenz	28
VII. Umwandlungsfälle	29
E. Vinkulierungen und Vererblichkeitsbeschränkungen	31
I. Zustimmungserfordernis	33
1. Interessenlage	34
a. Verhinderung des Eindringens von Dritten	35
b. Abweisung eines unqualifizierten Gesellschafters	36
c. Kontinuität der Geschäftspolitik	36
d. Erhaltung der Solvenz	37
e. Abwehr von unerwünschtem Zustrom ausländischen Kapitals	37
f. Sicherung der innergesellschaftlichen Quotengleichheit	37

g. Bindung des austrittswilligen Gesellschafters	38
2. Statutarische Regelung	39
3. Entscheidungs- und Erteilungszuständigkeit	40
a. Zustimmung der Gesellschaft	41
b. Individualvinkulierung	42
c. Zustimmung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung	44
d. Zustimmung der Geschäftsführung/des Vorstands	47
e. Zustimmung des Aufsichtsrates	48
f. Zustimmung eines Ausschusses	48
g. Zustimmung eines einzelnen Gesellschafters	48
h. Zustimmung eines Dritten	49
4. Mitwirkung des veräußerungswilligen Gesellschafters und des Erwerbers	50
5. Anspruch auf Zustimmung	52
a. Kein Recht auf Zustimmung	52
b. Ausnahmen	52
(1). Willkür, Treuepflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz	53
(2). Verweigerungsgründe im Statut	53
c. Kein Zustimmungsanspruch des Erwerbers	54
d. Gerichtliche Ersetzung der Zustimmung	54
6. Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung	54
II. Vererblichkeitsbeschränkungen	55
1. Grundsatz der freien Vererblichkeit	56
2. Erbauseinandersetzung und Vinkulierung	57
3. Lebzeitige Übertragung auf den Todesfall	59
4. Fortsetzungsklauseln	59
5. Nachfolgeklauseln	60

a. Personengesellschaften	60
b. Kapitalgesellschaften	61
(1). Abtretungsverpflichtung	61
(2). Kaduzierungsermächtigung	62
(3). Einziehung	63
(4). Kombinationen	64
(5). Regelungsinhalt	65
F. Umgehungsversuche von Vinkulierungen und Nachfolgeklauseln	67
I. Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung	67
1. Stimmbindungsvertrag	68
2. Stimmrechtsvollmacht	70
3. Treuhandverträge	70
4. Zusammenfassung	71
II. Vorsätzliches Herbeiführen von Change of Control-Konstellationen	72
G. Change of Control-Klauseln bei Gesellschaften als Gesellschafter	76
I. Problemaufriss	77
1. Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen	77
2. Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen	78
a. Zulässigkeit von Change of Control-Klauseln	79
(1). Vertrag zu Lasten Dritter	79
(2). Verstoß gegen § 138 BGB	84
b. Verhältnis zur Vinkulierung	87
II. Reichweite der Vinkulierung bei Beteiligungsgesellschaften	88
1. Abtretung der Anteile an ursprünglicher Beteiligungsgesellschaft	88

a. Rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot	89
b. Umgehungsgeschäft	90
(1). Verbotsnorm	91
(2). Finale Ausrichtung der Verbotsnorm	92
(3). Vinkulierung bei Gesellschaften als Gründungsmitglied	93
c. Sonderfall Holding	95
d. Rechtsfolgen	98
e. Zwischenergebnis	100
2. Übertragung der Anteile an neue Beteiligungsgesellschaft und Abtretung	101
a. Umgehungsgeschäft	103
(1). Umgehungsvorsatz	105
(2). Objektive Theorie	106
(3). Rechtsfolgen	107
b. Zurechnungsdurchgriff	111
c. Treuepflichtverletzung	114
(1). Wortlaut der Vinkulierung	117
(2). Objektiver Zweck der Klausel	117
(3). Gesamtabwägung der Gesellschafterinteressen	118
(4). Rechtsfolgen	119
d. Verstoß gegen § 138 BGB	120
e. Gesamtbetrachtungstheorie	122
f. Zwischenergebnis	122
3. Reichweite bei Kapitalerhöhungen und Kaduzierung	123
4. Reichweite bei Zwangsvollstreckung und Insolvenz	125
5. Gutgläubiger vinkulierungsfreier Erwerb	126
6. Vererbung der Anteile an der ursprünglichen Beteiligungsgesellschaft	128

H. Möglichkeiten zur Vermeidung von Change of Control-Fällen	132
I. Vinkulierungen	132
1. Regelungsinstrumente bei GmbH und Personengesellschaften	134
a. Vollständiger Ausschluss der Abtretbarkeit	134
b. Partielle Erwerbsverbote	136
c. Verschränkte Beteiligung	138
d. Auflösend bedingte Zustimmung	140
e. Vorkaufsrechte, Ankaufsrechte und Andienungspflichten	142
f. Abtretungsverpflichtung und Zwangsabtretung	148
g. Amortisation und Kaduzierung	152
(1). Einverständliche Einziehung	153
(2). Zwangseinziehung	154
(3). Ausschluss	160
h. Kombination von Abtretungspflicht und Amortisation	162
2. Regelungsinhalt bei GmbH und Personengesellschaften	165
a. Bezeichnung des Übertragungstatbestandes	165
b. Verweigerungsfiktion	169
c. Einfache Konzernklausel	170
d. Verlust der herrschenden Stellung als wichtigen Grund	173
e. Anzeigepflichten	176
f. Ausübungsfristen	180
g. Zusammenspiel der Regelungsinstrumente und ihrer Rechtsfolgen	182
h. Entschädigung	184
3. Regelungsvarianten bei der Aktiengesellschaft	185
a. Schuldrechtliche Vereinbarungen	187
b. Übereignungspflicht und Zwangseinziehung nach § 237 AktG	189

c. Definition des Kontrollwechsels	190
II. Vererblichkeitsbeschränkungen	192
1. Regelungsinstrumente	194
2. Regelungsinhalt	195
a. Tatbestand der Change of Control-Klausel	195
b. Ausnahmeregelung für bestimmte Erben	196
I. Kommentierte Formulierungsbeispiele der kautelarjuristischen Literatur	198
I. Münchener Vertragshandbuch	198
II. GmbH-Vertragspraxis	200
III. Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht	202
J. Eigene Formulierungsbeispiele	205
I. Vinkulierungsklausel	205
1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	205
2. Aktiengesellschaft	207
3. Personengesellschaften	208
II. Vererblichkeitsbeschränkung	210
1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	211
2. Aktiengesellschaft	212
3. Personengesellschaften	213
K. Ergebnisse der Untersuchung	215
Abkürzungsverzeichnis	219
Literaturverzeichnis	223

A. Einleitung

„Nichts ist besser geeignet, die Verschmelzung der widerstrebenden Elemente zu fördern, als gemeinsame Arbeit an gemeinsamen Aufgaben.“

*Otto Fürst von Bismarck
(1.4.1815-30.7.1898)*

Planen mehrere Personen eine gemeinsame Zusammenarbeit und wollen sie von nun an miteinander einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck fördern, so gründen sie in der Regel eine Gesellschaft. Obwohl bereits Otto von Bismarck festgestellt hat, dass diese gemeinsamen Ziele und Aufgaben die Gesellschafter einer Gesellschaft zusammenschweißen, bedeutet dies jedoch nicht, dass sie die eigenen, individuellen Interessen ganz außer Acht lassen. So bestehen neben dem allgemeinen Gesellschaftsinteresse auch stets viele verschiedene Einzelinteressen im Gesellschafterkreis, deren Verwirklichung jeder Gesellschafter für sich durchzusetzen versucht. Solange diese Einflussnahmeversuche den üblichen Rahmen nicht durchbrechen und die Zusammenarbeit der einzelnen Gesellschafter untereinander nicht gefährdet, stellen sie keine große Gefahr für die Gesellschaft an sich dar. Erst wenn expansionswillige Mitgesellschafter allein ihre Individualinteressen vertreten oder gar Unruhe stiftende Dritte den Weg in den Gesellschafterkreis finden und dort versuchen, gesellschaftsfremde Motive zu forcieren, rückt die Erreichung des Gesellschaftszwecks in weite Ferne. Handelt es sich dann bei den Gesellschaftern einer Gesellschaft nicht um natürliche Personen, sondern wiederum um Gesellschaften, die in erster Linie der Erreichung ihres wirtschaftlichen Gesellschaftszweckes nacheifern, so bedarf es schon einer weitergehenden gesellschaftsvertraglichen Regelung, um allen Interessen und Schutzbedürfnissen im Gesellschafterkreis gerecht zu werden.

Gegenstand dieser Arbeit sind Gesellschaften als Gesellschafter und die damit einhergehenden Auswirkungen auf die gesellschaftsvertraglich geregelten Vinkulierungen und Vererblichkeitsbeschränkungen von Mitgliedschaften. Die Frage, ob diese Verfügungsbeschränkungen auch dann wirksamen Schutz bieten können, wenn nicht nur natürliche Personen zum Gesellschafterkreis zählen, sondern auch andere Gesellschaften als

Gesellschafter auftreten, bzw. ob und wie diese Schutzmechanismen ergänzt werden müssen, wird im Mittelpunkt dieser Untersuchung stehen. Angesichts der auf den ersten Blick doch irritierenden Bezeichnung „Gesellschaften als Gesellschafter“ könnte der Eindruck entstehen, dass es sich hierbei um eine neuartige Gesellschafterkonstellation handle, die eher als ein seltener Sonderfall einzuordnen sei, als dass sie die tägliche Praxis der kautelarjuristischen Rechtsanwender bestimmen könne. Gesellschaften als Gesellschafter stellen jedoch keinesfalls einen Ausnahmefall unter den relevanten Gesellschafterkonstellationen dar, sondern haben sich vielmehr bereits über Jahrzehnte in der Rechtspraxis bewährt.

Der wohl bekannteste Fall einer Konstellation, bei der nicht eine natürliche Person, sondern eine Gesellschaft den Platz des Gesellschafters einnimmt, ist die GmbH & Co KG. Die GmbH & Co KG ist ihrem Wesen nach eine Kommanditgesellschaft mit der Besonderheit, dass an die Stelle des geschäftsführenden Komplementärs die GmbH als juristische Person tritt.¹ In der GmbH & Co KG haftet dann für die Schulden der KG neben den Kommanditisten die GmbH als persönlich haftender Gesellschafter. Diese muss als alleinige Komplementärin als einzige unbeschränkt für die Zahlungsverpflichtungen der KG geradestehen.² Als weitere Beispiele für Gesellschaften als Gesellschafter in diesem Zusammenhang dienen auch ähnliche Kombinationsmöglichkeiten, die sich über die Jahre in der Praxis gebildet haben: darunter die AG & Co KG, die Stiftung & Co KG oder aber auch die GmbH & Co KGaA.³ Der erste Eindruck, die Konstellation einer Gesellschaft als Gesellschafterin würde einen eher seltenen Sonderfall darstellen, stellt sich somit ebenso als falsch dar, wie die Vermutung, Gesellschaften als Gesellschafter würden erst in neuerer Zeit auftreten.⁴ Vielmehr nehmen die Unternehmen die in der Rechtsform einer GmbH & Co verfasst sind, sowohl in ihrer Größe als auch in ihrer Anzahl stetig zu.⁵

Im Gegensatz zur GmbH & Co KG, für deren Gründung und Fortführung eine natürliche Person ausreicht,⁶ beschäftigt sich diese Arbeit jedoch ausschließlich mit Gesellschafterkonstellationen, in denen zwar eine oder mehrere Gesellschaften als Gesellschafter auftreten, neben diesen jedoch auch noch eine oder mehrere natürliche

¹ Haberkorn, Bürgerliches Recht, S. 123

² Grunewald, Gesellschaftsrecht, S. 157

³ Näher zu den verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten vgl. Meyer, Wirtschaftsprivatrecht, S. 185.

⁴ Kübler/Assmann bezeichnen beispielsweise die GmbH & Co KG als die folgenreichste Reaktion der Gesellschaftsrechtspraxis auf die vor allem im Verlauf des ersten Weltkrieges spürbar geworden Körperschaftsbesteuerung (Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 349)

⁵ Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 349

⁶ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, Anh § 177a Rn. 6

Personen zum Gesellschafterkreis der zu schützenden Gesellschaft zählen. Die zunehmende Konzernierung⁷ von Unternehmen und die am 01.01.2001 in Kraft getretene Unternehmenssteuerreform⁸ haben neben anderen Beweggründen dafür gesorgt, dass die „Zwischenschaltung“ einer Gesellschaft als Gesellschafter in das Verhältnis vinkulierte Gesellschaft und natürliche Person als Gesellschafter immer mehr an Attraktivität hinzugewonnen hat. Auf diese Veränderungen hat sich die Gesellschaftsrechtspraxis nun einzustellen.

I. Problemstellung

Die Zunahme von Gesellschaften als Gesellschafter kann für die Mitgesellschafter neben den erstrebten Vorteilen nämlich auch mit neuen Problemen verbunden sein. Insbesondere Gesellschaften, die einen besonderen Wert auf die persönliche Beziehung der Gesellschafter untereinander legen, müssen sich dann auf eine neue Art von Gesellschaftern einstellen. Problematisch kann dies folglich sowohl bei den Personengesellschaften aber auch bei personalistisch geprägten Kapitalgesellschaften werden. Da der Kern dieser Gesellschafterkreise oftmals durch familiäre Verflechtungen, langjährige Freundschaften oder berufsbedingte Verbundenheit eng zusammengeschweißt ist, besteht ein großes Interesse daran, diesen Kern vor Außeneinflüssen zu schützen. Durch die Vinkulierung der Mitgliedschaft und die Beschränkung von deren freier Vererblichkeit können die Gefahren einer Fremdbeeinflussung oder Untergrabung des Gesellschafterkreises weitestgehend durch gesellschaftsvertragliche Regelungen gebannt werden. Solange es sich bei den Gesellschaftern dabei um natürliche Personen handelt, haben sich in den vergangenen Jahrzehnten kautelarjuristische Mechanismen und Regelungsmöglichkeiten in den Gesellschaftsverträgen deutscher Gesellschaften etabliert, die den Schutz des Gesellschafterkreises einer personalistisch geprägten Gesellschaft nahezu vollständig garantieren können.

Tritt jedoch anstelle einer natürlichen Person eine Gesellschaft als Gesellschafterin in den Gesellschafterkreis ein, zeigen diese über die Jahre entwickelten Regelungsmechanismen doch erhebliche Schwächen. Da nun nicht mehr der Gesellschafter als natürliche Person als Gesellschafter auftritt, sondern eine Gesellschaft in das Verhältnis Gesellschafter/Gesellschaft zwischengeschaltet wurde, laufen viele der im Statut installierten Schutzmechanismen leer.

⁷ Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Konzernrecht, S. 397; dazu unten B. I

⁸ Siehe dazu auch unter Gliederungspunkt B. V.

Im Gesellschaftsvertrag aufgenommene Verfügungs- und Vererblichkeitsbeschränkungen, die allein auf die Inhaberschaft des Geschäftsanteils abstellen, gehen dann fehl. Ändern sich nämlich allein die Beteiligungsverhältnisse in der als Gesellschafterin auftretenden Gesellschaft, kommt es zwar wirtschaftlich zu einer Veränderung der Einflussmöglichkeiten und der Mitgliedschaftsrechte, die Stellung der Gesellschaft als Gesellschafterin, auf der die Verfügungsbeschränkungen abstellen, ändert sich hingegen nicht. Der mittelbaren Einflussnahme eines Konkurrenten oder unerwünschten Dritten auf die zu schützende Gesellschaft wäre dann Tür und Tor geöffnet, die Kontrollmöglichkeit der übrigen Mitgesellschafter über die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises könnte weitgehend ausgehebelt werden.

II. Ziel und Gang der Untersuchung

Diese Arbeit setzt sich zum Ziel, die Probleme in der präventiven, gesellschaftsvertraglichen Regelbarkeit derartiger Gesellschafterkonstellationen zu untersuchen und durch die Erweiterung und Modifizierung der bestehenden Regelungsmechanismen Lösungsansätze für die Schließung der eventuell bestehenden Lücken im System der Vinkulierungen und Vererblichkeitsbeschränkungen aufzuzeigen. Als Ergebnis dieser Bemühungen werden dann Formulierungsbeispiele für die Praxis dargestellt, mit deren Hilfe es den Anwendern möglich sein wird, die Gefahren für die Mitgesellschafter einer mit einer Gesellschaft als Gesellschafterin besetzten Gesellschaft auszuschließen.

Um diesen Problemkreis vollständig erfassen zu können, wird deshalb zunächst zu klären sein, aus welchen Motiven heraus überhaupt Gesellschaften als Gesellschafter in den Gesellschafterkreis aufgenommen werden und bei welchen Organisationsformen von Gesellschaften diese Konstellation rechtlich möglich ist. Im Anschluss daran werden die verschiedenen Zutrittswege von Gesellschaften in den Gesellschafterkreis erörtert, da man sich aller möglichen Beitrittswege bewusst sein muss, um diese einer lückenlosen Regelung zu unterwerfen. Schließlich gilt es dann als Ausgangspunkt für die Erweiterung des Schutzbereiches die bereits bestehenden Vinkulierungen und Vererblichkeitsbeschränkungen darzustellen und auf deren bestehenden Stärken und Schwächen zu untersuchen.

Da sich die mittelbare Einflussnahmemöglichkeit auf die geschützte Gesellschaft über die beteiligte Gesellschaft vor allem dadurch erreichen lässt, indem ein Kontrollwechsel in

Letzterer durchgeführt wird, gilt es dann die Zulässigkeit und die Funktionsweise so genannter Change of Control-Klauseln näher zu untersuchen. Um herauszufinden, wann diese Kontrollwechselklauseln zum Schutz der vinkulierten Gesellschaft eingreifen müssen, bedarf es anschließend einer genauen Prüfung der Reichweite der bestehenden Regelungsinstrumente sowie der hierbei bestehenden Regelungslücken.

Letztendlich sollen die Ergebnisse aus den Prüfungen zur Reichweite der Vinkulierungen und Vererblichkeitsbeschränkungen in derartigen Gesellschafterkonstellationen mit den Ergebnissen der Untersuchung der Change of Control-Klauseln zusammengeführt werden, um anhand dieser Ausgangssituation die optimale Schutzklausel aus verschiedenen Regelungsinstrumenten und Regelungsinhalten zu entwickeln.

B. Gründe für das Auftreten von Gesellschaften als Gesellschafter

Die Gründe dafür, dass eine Gesellschaft (sog. Beteiligungsgesellschaft) als Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft (Ausgangsgesellschaft) auftritt, sind vielfältig und hängen sowohl von der Rechtsform als auch von der Strukturierung der beteiligten Gesellschaften ab. Während bei großen Unternehmen vor allem die Entwicklung von Konzernstrukturen und die höhere Attraktivität für kurzfristige, auch ausländische Investments im Vordergrund stehen, sind es bei kleineren Gesellschaften mit einem überschaubaren Gesellschafterkreis insbesondere steuerrechtliche und bei Personengesellschaften auch haftungsrechtliche Motive. Das Auftreten einer Gesellschaft als Gesellschafter hilft den Beteiligten dabei, unerwünschte steuerrechtliche, haftungsrechtliche oder formelle Belastungen zu umgehen.

Die Erweiterung des Gesellschafterkreises durch eine Beteiligungsgesellschaft birgt jedoch auch Gefahren für die Ausgangsgesellschaft. Diese Arbeit hat es sich zur Aufgabe gemacht, Probleme und Risiken, die mit der Aufnahme von Beteiligungsgesellschaften in den Gesellschafterkreis einer Ausgangsgesellschaft einhergehen, zu untersuchen und zu bewerten, um im Anschluss daran Regelungsinstrumente für die Gesellschaftsverträge zu entwickeln, die helfen sollen, diese Gefahren von der Ausgangsgesellschaft präventiv abzuwehren.

I. Entwicklung von Konzernstrukturen und Unternehmenskontinuität

Gesellschaften als Gesellschafter treten besonders dann vermehrt auf, wenn sich ein großes Unternehmen in einen Konzern umwandelt und durch unternehmensinternes Outsourcing und die Gründung von Tochtergesellschaften in mehrere Gesellschaften teilt oder neue Gesellschaften gründet. Gründe für die Entwicklung von Konzernstrukturen liegen dabei vor allem im wirtschaftlichen und steuerrechtlichen Bereich, insbesondere zur Steigerung der Kosteneffektivität und zur Konzentration auf die Kernkompetenzen des auslagernden Unternehmens. Unter dem Begriff des Konzerns versteht man einen Zusammenschluss von verschiedenen Unternehmen, bei dem ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter einheitlicher Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind.⁹ Wie wichtig und üblich die Entwicklung von Konzernstrukturen in der Praxis geworden ist, zeigen folgende Zahlen: Knapp $\frac{3}{4}$ aller Aktiengesellschaften sind konzernverbunden, das entspricht 97% des Grundkapitals aller Aktiengesellschaften. Bei den großen und

⁹ Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Konzernrecht, S. 396

mittelgroßen GmbHs liegt die Konzentrationsrate immerhin noch bei 50% aller Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Derzeit nimmt die Aktivität der Unternehmen, sich mit anderen zusammenzuschließen, immer noch zu, sodass damit die wirtschaftliche Bedeutung des Konzernrechts ebenfalls wächst.¹⁰

Bei kleineren Unternehmen hat die Installation einer Gesellschaft als Gesellschafterin den Vorteil, dass nach außen hin die Kontinuität des Unternehmens gewahrt wird.¹¹ Kunden und Geschäftspartner der Ausgangsgesellschaft bekommen dann etwaige Veränderungen der gewohnten Gesellschafterzusammensetzung nicht mit, da sie nicht auf der Ebene der Ausgangs-, sondern der Beteiligungsgesellschaft vollzogen werden. Ob die in der Praxis immer häufiger werdenden Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen¹² mit außenstehenden Lieferanten und Kreditgebern dann noch greifen, ist durchaus fraglich und an späterer Stelle dieser Arbeit zu klären.

II. Erleichterung eines Investments

Nicht nur in der Gründungsphase einer Gesellschaft sind die Gesellschafter oftmals auf die Beteiligung von außenstehenden Investoren angewiesen. Sei es, um eine neue Geschäftsidee zu finanzieren oder frisches Kapital für die Gesellschaft zu akquirieren. Inländischen und ausländischen Investoren ist es dabei wichtig, eine einfache und problemlose Übertragung der Geschäftsanteile zu erreichen. Da ausländische Investoren bereits die nach §§ 15 III, IV GmbHG erforderliche notarielle Beurkundung als Hindernis empfinden, wird häufig das Kapital für die Zeichnung neuer oder den Kauf bestehender Geschäftsanteile in eine Gesellschaft eingebracht, die dann ihrerseits die Geschäftsanteile zeichnet bzw. erwirbt.¹³ Diese Beteiligungsgesellschaft kann dann, auch abhängig von steuerlichen Aspekten, ihren Sitz im In- oder Ausland haben. Auf diese Weise werden umständliche gesellschaftsvertragliche Verfügungsbeschränkungen der Ausgangsgesellschaft umgangen und die Möglichkeit eines Investments für die Interessenten erleichtert.

¹⁰ Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Konzernrecht, S. 397

¹¹ Hauschke, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 32

¹² Rittwage, Change-of-Control - Klauseln, S. 69

¹³ Loritz, NZG 2007, S. 361

III. Veränderungen in der Unternehmerphilosophie

Ein weiterer Grund dafür, nicht persönlich als Gesellschafter aufzutreten, sondern eine Beteiligungsgesellschaft zu gründen, liegt in der Veränderung des tatsächlichen Verständnisses und gewissermaßen in der neuen Philosophie eines Investments, die selbst bei einer persönlichen unternehmerischen Mitarbeit in der Ausgangsgesellschaft zu finden ist. Während vor allem die Nachkriegsgeneration darauf bedacht war, ein neu gegründetes Unternehmen möglichst lange als Existenzgrundlage in der Familie zu halten und wenn möglich, auf die nächste Generation zu übertragen, sieht die heutige Generation dies oftmals anders. Gesellschaften werden gegründet, um sie in einer Boomphase zu einem möglichst hohen Preis zu verkaufen oder sie an die Börse zu bringen. Diese Unternehmerphilosophie deckt sich auch mit den Zielen sonstiger Finanzinvestoren: Ihr Engagement in der Gesellschaft ist von vornherein zeitlich begrenzt in der Hoffnung, ihren Geschäftsanteil später mit möglichst hoher Eigenkapitalrendite, auch in Form des Veräußerungsgewinns, zu verkaufen.¹⁴ Da mit einer Beteiligungsgesellschaft gewisse formelle Übertragungshindernisse und bürokratische Formerfordernisse umgangen werden können, führt letztendlich auch diese veränderte Beteiligungsphilosophie dazu, dass die Beteiligung mittels einer Gesellschaft immer beliebter wird, um schnell und unproblematisch seine Stellung als Mitgesellschafter übertragen zu können.

IV. Risikobegrenzung

Bei Personengesellschaften, insbesondere bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB, ist es sinnvoll, die volle persönliche Haftung der Gesellschafter durch eine gesellschaftsrechtliche Konstruktion zu begrenzen. Neben der Aufteilung in eine Betriebs- und eine Besitzgesellschaft lässt sich das Haftungsrisiko der hinter der Betriebsgesellschaft stehenden natürlichen Personen dadurch ausschließen, dass diese als Kapitalgesellschaft ausgestaltet wird. Im Besitzunternehmen ist dabei das wertvolle Anlagevermögen eingebracht, das dann grundsätzlich nicht für die Verbindlichkeiten aus dem laufenden Geschäftsbetrieb der Betriebsgesellschaft haftet. Soweit nicht ausnahmsweise spezielle Normen die Haftung über das Gesellschaftsvermögen hinaus anordnen (z.B. § 74 I AO) oder

¹⁴ Loritz, NZG 2007, S. 362

im Einzelfall eine Durchgriffshaftung in Betracht kommt, kann so die Haftung der natürlichen Personen ausgeschlossen werden.¹⁵

V. Steuerrechtliche Gründe

Häufigster und wichtigster Beweggrund dafür, Gesellschaften als Gesellschafter zu installieren, sind steuerrechtliche Vorteile, die durch eine derartige Gestaltung der Gesellschaftsstruktur erreicht werden können. Infolge der zum 01.01.2001 in Kraft getretenen Steuerreform stieg die Bedeutung der Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften deutlich an, denn seit 2002 sind Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Kapitalgesellschaften im Grundsatz steuerfrei.¹⁶ Im Gegensatz zum Einheitsprinzip bei den Personengesellschaften, wobei die Versteuerung allein beim Gesellschafter stattfindet, gilt bei den Kapitalgesellschaften das Trennungsprinzip, bei dem die Gesellschaft und die Gesellschafter jeweils getrennt besteuert werden.¹⁷ Diese steuerliche Benachteiligung der Kapitalgesellschaften – schließlich wird der Gewinn hier zweimal versteuert – im Verhältnis zu den Personengesellschaften lässt sich als eine Art Preis ansehen, den die Gesellschafter für die Haftungsprivilegierung im Kapitalgesellschaftsrecht bereit sind zu zahlen.¹⁸

Ist eine natürliche Person an einer Kapitalgesellschaft beteiligt, hat sie die ausgezahlten Gewinnanteile (Dividenden) als Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß §§ 20 I Nr. 1 Alt. 1, 2 I 1 Nr. 5 EStG beim Anteilseigner zu versteuern. Bis 2009 waren dabei die Gewinne aus Anteilen, die im Privatvermögen gehalten wurden nach § 3 Nr. 40 Buchst. d EStG zu 50% steuerfrei (Halbeinkünfteverfahren), bei Anteilen, die im Betriebsvermögen einer Personengesellschaft gehalten wurden, waren dies immerhin noch 40% der Gewinne (Teileinkünfteverfahren).¹⁹ Mit der Einführung der Abgeltungssteuer ab dem Veranlagungszeitraum 2009 wurde das Halbeinkünfteverfahren für Kapitalanlagen im privaten Bereich weitestgehend abgeschafft, sodass Dividenden nach § 43 I Nr. 1 S. 1 EStG pauschal gemäß § 43a I 1 Nr. 1 EStG mit 25% des Kapitalertrages beim Anteilseigner

¹⁵ Hauschke, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 31

¹⁶ Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 198

¹⁷ Seeliger, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 5 Rn. 21

¹⁸ Junker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung, S. 121

¹⁹ Seeliger, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 5 Rn. 22

besteuert werden.²⁰ Im Rahmen dieser Neuerungen wurde die Körperschaftssteuer der Kapitalgesellschaft im Gegenzug von 25% des Gewinns auf nun 15% herabgesetzt.²¹

Ist im Gegensatz dazu eine Kapitalgesellschaft Gesellschafterin, so bleiben Dividenden auch in Zukunft steuerfrei, da § 8b I KStG anordnet, dass Bezüge nach § 20 I Nr. 1 EStG außer Ansatz bleiben. Zu beachten ist jedoch, dass laut § 8b V KStG pauschal 5% von den Bezügen im Sinne des § 8b I KStG als Ausgaben gelten, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen. Letztendlich sind dann, wenn der Kapitalertrag bei einer Kapitalgesellschaft als Gesellschafter anfällt, „nur“ 95% der Gewinne steuerfrei.²²

Der Vergleich der beiden Versteuerungsmöglichkeiten ergibt folglich, dass die Gewinnausschüttung der Ausgangsgesellschaft an eine natürliche Person mit 25% des Kapitalertrages besteuert wird, während die Dividende die von der Ausgangs- an eine vom eigentlichen Gesellschafter zu 100 % beherrschte Beteiligungsgesellschaft fließt, zu 95% steuerfrei bleibt. Erst wenn der Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft diese Gewinne in sein Privatvermögen überträgt, wären auch diese Erträge mit 25% des Kapitalertrages zu versteuern. Belässt der Gesellschafter das Kapital jedoch in der Beteiligungsgesellschaft und nutzt dieses, um erneut zu investieren oder zur Begleichung von Einlageforderungen, so ist es durchaus möglich, auf diese Weise endgültig Steuern zu sparen.

Es zeigt sich also, dass es sich steuerlich durchaus lohnen kann, eine Kapitalgesellschaft als Gesellschafterin anstelle einer natürlichen Person an der Ausgangsgesellschaft zu beteiligen.

VI. Umgehung von Vinkulierungen

Unter Vinkulierung ist allgemein die gesellschaftsvertragliche Bindung von Mitgliedschaften an einer Gesellschaft zu verstehen. Ohne Zustimmung der Gesellschaft darf dann ein veräußerungswilliger Gesellschafter seinen Geschäftsanteil nicht an Dritte übertragen.²³ Gesetzlich ist die Vinkulierung als Ausnahme zum Grundsatz der freien Veräußerlichkeit und Vererblichkeit von Geschäftsanteilen (§ 15 I GmbHG) und Aktien (§§ 67 ff., 10 I AktG i. V. m. §§ 929 ff BGB) für die GmbH in § 15 V GmbHG geregelt, für Namensaktien einer AG ergibt sich die Beschränkbarkeit aus § 68 II 1 AktG. Zwar kann aufgrund dieser

²⁰ Hemmer/Wüst, Einkommenssteuerrecht, Rn. 268

²¹ Junker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung, S. 121

²² Crezelius, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 268

²³ Koch, Vinkulierung, S. 20

Ermächtigungen nicht die Möglichkeit des Gesellschafters begrenzt werden, sich schuldrechtlich zur Übertragung seines Geschäftsanteils zu verpflichten, die Beschränkung kann aber die dingliche Abtretung der Anteile verhindern.²⁴

Um dieser Reglementierung zu entgehen, wurden verschiedene Strategien entwickelt, die eine wirtschaftliche Übertragung der Anteile auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter möglich machen sollten. Die Geschäftsanteile werden dabei entweder von Anfang an oder auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht vom Gesellschafter als natürliche Person selbst gehalten, sondern auf eine Beteiligungsgesellschaft übertragen. Meist ist dies aufgrund von so genannten einfachen Konzernklauseln auch ohne Zustimmung der Gesellschaft möglich.²⁵ In der Folge werden dann nicht die vinkulierten Geschäftsanteile der Ausgangsgesellschaft, sondern die der Beteiligungsgesellschaft übertragen. Ein Gesellschafterwechsel in der Ausgangsgesellschaft liegt dann schon tatbestandlich nicht vor.²⁶ Ob die Vinkulierung in einer solchen Konstellation dennoch greift, ist in der Literatur stark umstritten und wird an anderer Stelle dieser Arbeit noch genauer zu untersuchen sein.²⁷ Festzuhalten ist jedoch, dass auch der Versuch der Umgehung von Vinkulierungsklauseln ein Motiv dafür sein kann, nicht selbst Gesellschafter der Gesellschaft zu sein, sondern eine Gesellschaft als Gesellschafterin auftreten zu lassen.

²⁴ Natterer, in: Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, S. 102

²⁵ OLG Köln vom 7.12.1987 – 21 U 12/87

²⁶ Kowalski, GmbHR 1992, S. 350

²⁷ Siehe dazu auch unter Gliederungspunkt G. II. 2.

C. Beteiligungsfähige Gesellschaften

Nachdem im vorhergehenden Kapitel aufgezeigt wurde, warum es sowohl für Personen- als auch für Kapitalgesellschaften aus den verschiedensten Gründen und Motiven heraus von Interesse sein kann, Gesellschaften als Gesellschafter auftreten zu lassen, soll nun in einem zweiten Schritt geprüft werden, in welchen Gesellschaften die Beteiligung einer weiteren Gesellschaft überhaupt rechtlich zulässig ist. Allgemein lässt sich festhalten, dass das Aktienrecht lediglich wechselseitige Beteiligungen zwischen Aktiengesellschaften und – mit Einschränkungen – zwischen Aktiengesellschaften und anderen Kapitalgesellschaften regelt (§§ 19, 328 AktG). Für wechselseitige Beteiligungen zwischen anderen Gesellschaften hingegen, also ohne Beteiligung einer Aktiengesellschaft, fehlt es, von vereinzelten Vorschriften abgesehen, nahezu vollständig an gesetzlichen Regelungen.²⁸

I. Personengesellschaften

Personengesellschaften unterscheiden sich von den Kapitalgesellschaften nach der rechtlichen Bedeutung des eingebrachten Kapitals.²⁹ Anders als bei den Kapitalgesellschaften ist bei den Personengesellschaften die Bildung eines Gesellschaftsvermögens und die Beteiligung eines jeden Gesellschafters daran nicht notwendige Voraussetzung einer Personengesellschaft oder der Mitgliedschaft an einer solchen.³⁰

Im Recht der Personengesellschaften beruht der Bestand der Gesellschaft grundsätzlich auf der allgemeinen Kontinuität der Mitgliedschaft.³¹ Die Personengesellschaften sind Gesamthandsgemeinschaften mit Selbstorganschaft, bei denen Träger von Rechten und Pflichten die einzelnen Gesellschafter sind, von denen es mindestens je zwei geben muss.³² Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften³³ kann das Stimmrecht eines Gesellschafters einer Personengesellschaft nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden, wenn durch diesen Beschluss in die Gesellschafterstellung des Betroffenen eingegriffen würde.³⁴ Wegen ihrer personalistischen Strukturen ist bei den Personengesellschaften im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften zur Übertragung von Anteilen stets, wenn auch dispositiv, die

²⁸ Ramming, Wechselseitige Beteiligungen, S. 218

²⁹ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, Einl. v. § 105 Rn. 13

³⁰ Sprau, in: Palandt, BGB, § 718 Rn. 1, so z. B. bei einer Innen-GbR

³¹ Kübler, Gesellschaftsrecht, S. 58

³² Seeliger, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 5 Rn. 2

³³ Vgl. dazu unter Gliederungspunkt E. I. 4.

³⁴ BGHZ 20, 363

Zustimmung der Mitgesellschafter erforderlich.³⁵ Als Faustregel gilt, dass wechselseitige Beteiligungen zwischen Personengesellschaften grundsätzlich zulässig sind, solange diese nicht dazu führen, dass der Rechtsverkehr aufgrund seiner berechtigten Vorstellungen von den Beteiligungs- und Haftungsverhältnissen einer Personengesellschaft in die Irre geleitet wird.³⁶

1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist die Grundform der Personengesellschaften. Ihr Recht (§§ 705 – 740 BGB) ist subsidiär auch auf die OHG, die KG und die stille Gesellschaft anwendbar.³⁷

Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können neben den gängigen Kapitalgesellschaften als juristische Personen auch eine weitere GbR, die OHG und die KG sein, die dabei als eigene Rechtsträger selbstständige Gesellschafter werden.³⁸ Auf der anderen Seite kann die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafter aller Personen- und Kapitalgesellschaften agieren. Ausgenommen davon ist allein die im PartGG geregelte Partnerschaftsgesellschaft, da dort gemäß § 1 I 3 PartGG nur natürliche Personen Gesellschafter sein können.³⁹ Insbesondere bei der hier zu behandelnden Change of Control-Problematik im Zusammenhang mit Beteiligungsgesellschaften, die über vinkulierte Anteile der Ausgangsgesellschaft verfügen, wird darauf hingewiesen, dass sich besonders die Gesellschaft bürgerlichen Rechts für eine derartige Konstruktion anbiete. Sie sei aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung optimal dafür geeignet, GmbH-Geschäftsanteile zu halten und zu verwalten.⁴⁰

2. Offene Handelsgesellschaft

Die in den §§ 105 – 160 HGB geregelte OHG ist eine Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB, also ein Zusammenschluss mehrerer Personen zu einem gemeinsamen Zweck. Im

³⁵ Seeliger, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 5 Rn. 17

³⁶ Ramming, Wechselseitige Beteiligungen, S. 217

³⁷ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, Einl. v. § 105 Rn. 14

³⁸ Sprau, in: Palandt, BGB, § 705 Rn. 10

³⁹ Hauschke, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 206

⁴⁰ Giefers, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Rn. 25

Unterschied zur GbR besteht der gesetzlich zulässige Zweck der OHG jedoch allein im Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma.⁴¹

Gesellschafter der OHG können natürliche und juristische Personen sein sowie bestimmte andere Rechtsgemeinschaften. Die Zulässigkeit von Kapitalgesellschaften als Gesellschafter einer OHG wurde bereits 1922 vom Reichsgericht⁴² festgestellt. Darüber hinaus können auch die Außen-GbR, eine andere OHG oder die KG als Gesellschafter einer OHG auftreten, wobei nicht etwa deren Gesellschafter, sondern die Personenhandelsgesellschaft selbst Mitglied der OHG werden.⁴³ Schließlich wird auch die Gesellschafterfähigkeit einer PartG und der EWIV in einer OHG bejaht.⁴⁴ Ähnlich wie die GbR kann auch die OHG Gesellschafterin in allen Gesellschaften, mit Ausnahme der Partnerschaftsgesellschaft, sein.

3. Kommanditgesellschaft

Die Kommanditgesellschaft unterscheidet sich von der OHG darin, dass eine konkrete Haftungsbeschränkung für bestimmte Gesellschafter besteht. Während der Komplementär der Gesellschaft persönlich voll haftet, ist der Kommanditist durch die beschränkte Haftung der §§ 171 ff. HGB vor einer persönlichen Inanspruchnahme weitestgehend geschützt.

Komplementär oder Kommanditist kann jede Gesellschaft sein, die auch voll haftender Gesellschafter in der OHG sein kann.⁴⁵ Neben der OHG und der KG kommen dafür insbesondere wieder die Kapitalgesellschaften als juristische Personen in Betracht.

In der Praxis besonders beliebt und deshalb auch häufig anzutreffen ist dabei die GmbH & Co KG. Dabei handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft, deren meist einziger Komplementär eine GmbH ist. Durch diese Gestaltung werden die Vorteile der KG – z. B. ein Entnahmerecht auch ohne Gewinnerwirtschaftung – als Personengesellschaft und der Haftungsbeschränkung der GmbH als Kapitalgesellschaft optimal kombiniert.⁴⁶

4. Stille Gesellschaft

Die stille Gesellschaft nach §§ 230 ff. HGB entsteht durch die Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines anderen mit einer Vermögenseinlage. Stiller Gesellschafter kann jede

⁴¹ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 1

⁴² RGZ 105, 101

⁴³ Dröge/Simon, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 7 Rn. 88

⁴⁴ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 28

⁴⁵ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 161 Rn. 3

⁴⁶ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, Anh § 177a Rn. 3

Handelsgesellschaft und auch die Außen-GbR sein. Nicht möglich ist jedoch die stille Gesellschaft im Sinne von §§ 230 ff. HGB an einer stillen Gesellschaft sowie die Konstellation einer stillen Beteiligung am einzelnen Anteil des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft.⁴⁷

5. Partnerschaftsgesellschaft

Die Besonderheit der Partnerschaftsgesellschaft besteht darin, dass gemäß § 1 I 3 PartGG – im Gegensatz zu den anderen Gesellschaftsformen – nur natürliche Personen Gesellschafter sein können, da nur natürliche Personen Angehörige Freier Berufe sein können. Die Beteiligung einer Gesellschaft an einer Partnerschaftsgesellschaft ist folglich nicht möglich, im Gegenzug hierzu stehen der Beteiligung einer PartG an einer anderen Gesellschaft jedoch keine gesetzlichen Verbote im Wege.

6. EWIV

Bei der in der EWIV-VO⁴⁸ der EG geregelten EWIV (Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung) handelt es sich um eine supranationale Gesellschaftsrechtsform in der Europäischen Gemeinschaft. Sie stellt für grenzüberschreitende Unternehmenskooperationen eine besondere Form der Personengesellschaft dar und soll der Erleichterung und Entwicklung von wirtschaftlichen Tätigkeiten der Mitglieder dienen.⁴⁹

Gesellschafter der EWIV können alle Gesellschaften im Sinne des § 48 II EG sein, also die GbR und die Gesellschaften des Handelsrechts, einschließlich der juristischen Personen des privaten Rechts, die ihren Sitz innerhalb der EU haben.⁵⁰

II. Kapitalgesellschaften

Kapitalgesellschaften wie die GmbH, die AG oder die KGaA sind juristische Personen. Sie sind folglich rechtsfähig, parteifähig und Träger eigener Rechte und Pflichten.⁵¹ In der Kapitalgesellschaft bildet ein bei der Gründung aufgebrachtes und allein der juristischen Person zur Verfügung stehendes Kapital die hauptsächliche Grundlage für Betrieb und

⁴⁷ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 230 Rn. 5

⁴⁸ VO über die Schaffung einer EWIV 25.7.85 ABl. EG 31.7.85 Nr. L 199/1.

⁴⁹ Sprau, in: Palandt, BGB, § 705 Rn. 8

⁵⁰ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, Anh § 160 Rn. 12 f.

⁵¹ Hüßtege, in: Putzo, ZPO, § 50 Rn. 3

Haftung der Gesellschaft.⁵² Im Gegensatz zu den Personengesellschaften ist hier eine Einpersonengesellschaft⁵³ möglich und in der Praxis auch durchaus üblich. Anstelle der Selbstorganschaft der Personengesellschaften gilt das Prinzip der Fremdorganschaft, das heißt, Gesellschafterstellung und Geschäftsführung sind grundsätzlich voneinander getrennt. Während die Personengesellschaften personalistisch und individualistisch geprägt sind, zeichnen sich Kapitalgesellschaften dadurch aus, dass in der Regel nicht die spezielle Bindung der Mitglieder untereinander, sondern vielmehr das gemeinsame Aufbringen von Kapital im Vordergrund steht. Aus diesem Grund ist die Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften auch grundsätzlich nicht von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig.⁵⁴

1. Gemeinschaft mit beschränkter Haftung

Die Gemeinschaft mit beschränkter Haftung stellt einen Mittelweg zwischen den streng individualistischen Personengesellschaften und der Aktiengesellschaft als Musterbeispiel für eine Kapitalgesellschaft dar.⁵⁵ Die GmbH ist seit ihrer Einführung im Jahre 1892, die historisch unter anderem eine bewusste Reaktion des Gesetzgebers auf die im Vereinigten Königreich so erfolgreiche *private company limited by shares* war, eine flexible und überaus vielseitige Gesellschaftsform geblieben, die sich für nahezu alle Gesellschaften jedweder Art und Größe eignet.⁵⁶ Die Rechtsform der GmbH will die Vorteile der Kapitalgesellschaft und die der Personengesellschaft in einer Gesellschaftsform verbinden.⁵⁷ Obwohl die GmbH zu den Kapitalgesellschaften zählt, ist eine personalistisch strukturierte, durch einen kleinen Gesellschafterkreis und ein persönliches Vertrauensverhältnis der Gesellschafter gekennzeichnete GmbH heute der praktische Regelfall.⁵⁸ Im Gegensatz zu den Personengesellschaften ist es gemäß § 1 GmbHG auch für eine einzelne natürliche oder juristische Person möglich, eine GmbH zu gründen. Die Zahl der Gesellschafter ist durch das Gesetz nach oben hin nicht begrenzt. Der Vorteil der GmbH gegenüber den Personengesellschaften liegt darin, dass allein das Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet und eine persönliche Haftung der Gesellschafter damit ausgeschlossen ist. Gegenüber der Aktiengesellschaft werden vor allem der besondere

⁵² Rittner/Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, S. 231

⁵³ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 18

⁵⁴ Seeliger, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 5 Rn. 17

⁵⁵ Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 1

⁵⁶ Rittner/Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, S. 232

⁵⁷ Ohr, Ausschluss der Abtretbarkeit, S. 54

⁵⁸ Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, S. 96

Gründungsaufwand der AG⁵⁹ und das doppelt so hohe Grundkapital bei der Aktiengesellschaft in Höhe von 50.000 € (§ 7 AktG, § 5 I GmbHG) als Gründe für die Entscheidung zugunsten der GmbH genannt.

Wechselseitige Beteiligungen können auch zwischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Personengesellschaften wie die GbR, OHG oder KG entstehen und zwar derivativ, originär oder durch Einbringung.⁶⁰ Abgesehen von der Partnerschaftsgesellschaft kann auch die GmbH als juristische Person in allen hier behandelten Gesellschaften als Gesellschafter auftreten.

2. Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft stellt durch das Grundkapital, die Kapitalbeteiligung der Mitglieder, die Umlauffähigkeit dieser Kapitalanteile und die Kapitalverwaltung durch besondere Organe den typischen Fall einer Kapitalgesellschaft dar.⁶¹ Das Aktiengesetz von 1965 sieht als Leitbild einer Aktiengesellschaft die börsennotierte Aktiengesellschaft mit breit gestreutem und damit anonymem Gesellschafterkreis vor,⁶² bei der die kapitalistischen Interessen im Vergleich zu den personalistischen deutlich überwiegen.

Gesellschafter einer Aktiengesellschaft können sowohl natürliche als auch juristische Personen, folglich alle Kapitalgesellschaften sein.⁶³ Gleiches gilt nach heute ganz allgemeiner Meinung auch für die GbR, die OHG und die KG.⁶⁴ Um den verschiedenen Charakteristika von Aktiengesellschaften gerecht zu werden und um eine spätere genaue Untersuchung zu gewährleisten, erscheint es sinnvoll, die wichtigsten Arten von Aktiengesellschaften kurz darzustellen:

a. Publikums-AG

Die Publikums-AG ist die typische und vom Gesetzgeber im Aktiengesetz als Musterstück dieser Gesellschaftsart angelegte Form einer Aktiengesellschaft. Sie zeichnet sich insbesondere durch ihre kapitalistische Strukturierung sowie dadurch aus, dass sich die

⁵⁹ Albach/Corte/Friedewald/Lutter/Richter, Deregulierung, S. 183

⁶⁰ Ramming, Wechselseitige Beteiligungen, S. 194

⁶¹ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, Einl. v. § 105 Rn. 13

⁶² Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 29

⁶³ Heider, in: MünchKomm, AktG, § 2 Rn. 9

⁶⁴ Heider, in: MünchKomm, AktG, § 2 Rn. 17

Aktionäre nicht kennen und auch die AG selbst kein besonderes Interesse daran hat, wer Inhaber ihrer Aktien ist. Durch die Fremdorganschaft (§ 76 AktG), d. h. die strikte Trennung zwischen dem Kreis der Aktionäre und dem des Managements, findet in der Regel eine starke Verselbstständigung des Unternehmens vom Rechtsträger und von den Anteilseignern statt. Eine Einflussnahme von Anteilseignern auf die gewöhnliche Geschäftspolitik und die Zusammensetzung des Vorstands ist „nur“ mittelbar in der Hauptversammlung durch die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder möglich.⁶⁵

b. Kleine AG

Die durch das „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts“ vom 2.8.1994 eingeführte kleine Aktiengesellschaft stellt keine neue Rechtsform dar, sondern soll vielmehr die Rechtsform der Aktiengesellschaft für mittelständische Gesellschaften mit personalistischer Struktur und kleinem, überschaubarem Aktionärskreis attraktiver machen.⁶⁶ Dabei wurden verschiedene Entbürokratisierungs- und Liberalisierungsregelungen im Vergleich zur „normalen“ Aktiengesellschaft geschaffen.⁶⁷ Auch wenn das Aktiengesetz den Begriff der „kleinen AG“ nicht verwendet, so hat er sich doch für kleine und mittelständische Aktiengesellschaften eingebürgert, die ihre Aktien nicht an der Börse handeln und deren Gesellschafter namentlich bekannt sind.⁶⁸ Angesichts der Tatsache, dass die kleine AG eine bloße Übergangsrechtsform darstellt, die den Einstieg zu einem schrittweisen Gang an die Börse ermöglichen soll,⁶⁹ wird diese Rechtsform von den Gesellschaftern einer mittelständischen, personalistisch geprägten Gesellschaft, die den Kern dieser Untersuchung bilden soll, doch kritisch gesehen. Auch mittelfristig wird die kleine AG daher lediglich in geringem Umfang eine Konkurrenz zur Rechtsform der GmbH darstellen können.⁷⁰

c. Familien-AG

Diese zunächst paradoxe Verbindung einer streng kapitalistischen Rechtsform mit den Interessen einer personalistischen Familiengesellschaft kommt in der Praxis durchaus nicht

⁶⁵ Ludwig/Möhrle, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 12 Rn. 10

⁶⁶ Lohner, Die kleine AG, S. 13

⁶⁷ Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 30

⁶⁸ von Horstig/Jaschinski/Ossola-Haring, Die kleine AG, S. 1

⁶⁹ Seibert, GmbH 1994, R 34

⁷⁰ Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 32

selten vor.⁷¹ Wie der Name schon sagt, soll die Beteiligung an der Gesellschaft nur Familienmitgliedern vorbehalten werden, und man ist bestrebt, alle Personen, denen diese Eigenschaft fehlt oder bei denen sie wegfällt, auch im Erbgang und in der Zwangsvollstreckung vom Kreis der Gesellschafter dauerhaft fernzuhalten.⁷² Grundsätzlich kommt Familiengesellschaften auch dann Unternehmensqualität zu, wenn diese Außengesellschaften mit mehreren Beteiligungen sind und nicht nur als Innen-GbR agieren.⁷³ Insoweit unterscheiden sich Familien-Aktiengesellschaften von den üblichen Publikumsgesellschaften vor allem in ihrem ausgeprägten Schutzinteresse des Gesellschafterkreises nach außen.

III. Zusammenfassung

Die Untersuchung der verschiedensten Rechtsformen von Personen- und Kapitalgesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Beteiligungsfähigkeit von Gesellschaften an einer anderen Gesellschaft hat gezeigt, dass dies in großem Umfang zu bejahen ist. Nahezu alle Gesellschaften können andere Gesellschaften als Gesellschafter haben oder sich selbst als Gesellschafter in einer anderen Gesellschaft engagieren. Allein an einer Partnerschaftsgesellschaft können keine weiteren Gesellschaften als Gesellschafter auftreten, da hierbei nur natürliche Personen als Gesellschafter in Frage kommen.

Dieses breite Feld an verschiedensten Beteiligungsmöglichkeiten von Gesellschaften an anderen Gesellschaften soll nun im Folgenden als Nährboden und gleichzeitig als Rahmen dienen, um weitere, in diesem Zusammenhang auftretende Probleme herauszuarbeiten und zu untersuchen, um schließlich geeignete Lösungsmöglichkeiten hierfür zu entwickeln.

⁷¹ Ludwig/Möhrle, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 12 Rn. 15 nennen hierfür als Beispiel die Porsche AG; die Stammaktien der Porsche Automobil Holding SE waren bis zur Integration der Gesellschaft in den Volkswagenkonzern überwiegend im Besitz der Familien Piëch und Porsche (Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 4 Rn. 17).

⁷² Wiedemann, Die Übertragung, S. 83

⁷³ Fett, in: Bürgers/Körber, AktG, § 15 Rn. 20

D. Möglichkeiten der Beteiligung einer Gesellschaft

Angesichts der Tatsache, dass sich diese Arbeit schwerpunktmäßig mit den kautelarjuristischen Problemen bei der Konstellation von Gesellschaften als Gesellschafter auseinandersetzt, insbesondere der daraus resultierenden Komplikationen bei Vinkulierungen und Vererblichkeitsbeschränkungen in Gesellschaftsverträgen, erscheint es sinnvoll, bei jenen Gesellschaften den Schwerpunkt zu setzen, bei denen diese Probleme von besonderer Relevanz sind. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass bei Personengesellschaften grundsätzlich die Vinkulierung von Geschäftsanteilen nicht erforderlich ist. Die Übertragung dieser Anteile bedarf wegen der grundsätzlichen Unübertragbarkeit der Gesellschafterstellung als Ausdruck des höchstpersönlichen Charakters der Personengesellschaften stets der Zustimmung der anderen Mitgesellschafter (§ 719 I BGB, §§ 105, 161 HGB).⁷⁴

Während also im Folgenden die Kapitalgesellschaften in den Fokus rücken, wird dann auf die Personengesellschaften einzugehen sein, wenn sich Besonderheiten ergeben oder spezielle Problematiken einer genaueren Untersuchung bedürfen. Von besonderer kautelarjuristischer Brisanz sind in diesem Zusammenhang folglich vor allem die Kapitalgesellschaften als Ausgangsgesellschaften, deren Anteile nach dem Wortlaut von § 15 I GmbHG und den §§ 67 ff., 10 I AktG i. V. m. §§ 929 ff BGB frei veräußerlich sind,⁷⁵ die aber gemäß § 15 V GmbHG und § 68 II AktG die Übertragung ihrer Anteile bzw. ihrer Namensaktien an die Zustimmung der anderen Mitgesellschafter binden können. Die Mitgliedschaft in einer Kapitalgesellschaft und die Inhaberschaft des Geschäftsanteils sind dabei untrennbar miteinander verbunden. Rechtsprechung und Literatur sind sich darüber einig, dass der Geschäftsanteil den Inbegriff der in der Mitgliedschaft zusammengefassten Rechte und Pflichten des Gesellschafters darstellt.⁷⁶

Da es für die juristische Einordnung von Problemstellungen auch relevant ist, wie die Gesellschaft ihre Gesellschafterstellung erlangt hat, sollen nun verschiedene Wege herausgearbeitet werden, auf denen eine Gesellschaft den Zugang in den Gesellschafterkreis einer anderen Gesellschaft finden kann. Denn nur wenn man die Wege kennt, die ein unliebsamer Dritter als Zugang zum Gesellschafterkreis nutzen kann, ist man überhaupt erst in der Lage, diese zu kontrollieren und nötigenfalls zu blockieren.

⁷⁴ Semler, in: Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, S. 593

⁷⁵ Ludwig/Möhrle, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 12 Rn. 10

⁷⁶ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 344

I. Gründungsmitgliedschaft

Die einfachste und schnellste Möglichkeit für eine Gesellschaft als Gesellschafterin aufzutreten, ist die Gründung einer anderen Gesellschaft. Die Gründerin tritt dabei als Beteiligungsgesellschaft in der neuen Gesellschaft auf und bestimmt deren Geschicke.

Jede Kapitalgesellschaft kann als juristische Person wiederum eine andere Kapitalgesellschaft, sei es allein oder mit anderen natürlichen oder juristischen Personen zusammen, gründen.⁷⁷ Auch GbR, OHG, KG, PartG und EWIV können allein oder mit anderen eine GmbH oder AktG gründen.⁷⁸

Die Gründung einer AG oder einer GmbH erfolgt bei mehreren Gründungsmitgliedern durch Vertrag zur Feststellung der Satzung. Bei nur einem Gründungsmitglied wird dies durch einseitige Erklärung in Form einer nichtempfangsbedürftigen Willenserklärung bewirkt, die jeweils vor einem Notar zu erklären ist.⁷⁹ Für die Kapitalgesellschaften als juristische Personen und für die Personenhandelsgesellschaften werden diese Erklärungen von ihren organschaftlichen Vertretern abgegeben, die sich mit einem entsprechenden Registerauszug ausweisen müssen, es sei denn, dass Register wird bei dem gleichen Gericht geführt, das auch die Eintragung der neuen Gesellschaft vorzunehmen hat. In diesem Fall genügt ein einfacher Hinweis auf die Registereintragung.⁸⁰

II. Erwerb von Anteilen

Eine weitere Möglichkeit für eine Gesellschaft, in eine Gesellschafterstellung zu gelangen, besteht darin, einen bereits vorhandenen Geschäftsanteil von einer anderen natürlichen oder juristischen Person zu erwerben. Der Geschäftsanteil, bei der Aktiengesellschaft Aktie genannt, ist sowohl bei der GmbH als auch bei der AG grundsätzlich frei veräußerlich. Der Grund hierfür liegt unter anderem im Bedürfnis der Gesellschaft an der Erhaltung des Kapitals, da die Auszahlung eines ausscheidenden Gesellschafters ansonsten dazu führt, dass das Betriebsvermögen versilbert würde.⁸¹

⁷⁷ Fleischer, in.: MünchKomm, GmbHG, § 1 Rn. 54; Hüffer, Aktiengesetz, § 2 Rn. 8

⁷⁸ Fleischer, in.: MünchKomm, GmbHG, § 1 Rn. 56 f.; Hüffer, Aktiengesetz, § 2 Rn. 9 f.

⁷⁹ Westermann, in: Bürgers/Körber, AktG, § 2 Rn. 2

⁸⁰ Mayer, in: MünchKomm, GmbHG, § 2 Rn. 71

⁸¹ Wiedemann, Die Übertragung, S. 44

Bei der Aktiengesellschaft ist zunächst zwischen der Inhaber- und der Namensaktie zu unterscheiden (§ 10 I AktG). Beide Arten von Aktien stellen Wertpapiere dar, wenn auch in jeweils ganz unterschiedlicher Ausgestaltung: Bei den Inhaberaktien handelt es sich um Inhaberpapiere, auf die deshalb das Recht der Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793 ff. BGB) Anwendung findet. Die Namensaktien gehören hingegen zu den sogenannten geborenen Orderpapieren.⁸² Bei den Namensaktien ist zusätzlich zu den üblichen Tatsachen, die auch bei den Inhaberaktien aufgenommen werden müssen, auch der Name des Aktionärs mit in die Urkunde einzutragen. Darüber hinaus ist die Namensaktie gemäß § 67 I 1 AktG unter Angabe des Namens, des Geburtsdatums und der Adresse des Inhabers sowie der Stückzahl oder der Aktiennummer in das Aktienregister der Gesellschaft einzutragen. Charakteristisch für diese Art von Wertpapieren ist ihre Übertragung durch Indossament (§ 68 I 1 AktG), also durch einen schriftlichen Vermerk auf der Aktienurkunde, der vom Indossanten unterschrieben werden muss⁸³ sowie die Übereignung dieser,⁸⁴ während die Inhaberaktie durch schlichte Einigung und Übergabe gemäß § 929 BGB übertragen werden kann.⁸⁵

Beim Erwerb von GmbH-Anteilen ist besonders darauf zu achten, dass sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft nach § 15 IV 1 GmbHG als auch das dingliche Vollzugsgeschäft nach § 15 III GmbHG stets der notariellen Beurkundung bedürfen.

Darüber hinaus ist auf die durch das MoMiG eingeführte Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen hinzuweisen. Gemäß § 16 III GmbHG ist nun erstmals ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen an einer GmbH möglich, wenn der Verfügende in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) eingetragen ist. Ein lastenfreier gutgläubiger Erwerb findet jedoch nach allgemeiner Meinung nicht statt, etwaig bestellte Pfand- oder Nießbrauchsrechte gehen dann mit über.⁸⁶

⁸² Heider/Hirte, in: Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, S. 159

⁸³ Näher dazu Memento, Gesellschaftsrecht für die Praxis, Nr. 4345

⁸⁴ Friedrichsen/Kollmorgen, in: David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/Teichmann, Gesellschaftsrecht, S. 391

⁸⁵ Dauner-Lieb, in.: KölnKomm, AktG, § 10 Rn. 29

⁸⁶ Reichert, in: Bayer/Koch, Das neue GmbH-Recht, S. 35

1. Abtretung von Geschäftsanteilen und Aktien

Der Geschäftsanteil einer GmbH ist die Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis in ihrer Zusammenfassung als Mitgliedschaft.⁸⁷ Es handelt sich hierbei nicht um einen Bruchteil im Rahmen einer Beteiligungsquote, sondern gemäß § 14 GmbHG wird dieser durch den Betrag der übernommenen Stammeinlage bestimmt. Die Übertragung des Geschäftsanteils bedarf lediglich eines Vertrages zwischen dem alten und dem neuen Gesellschafter; ein Aufnahme- oder Beitrittsverfahren mit der Gesellschaft oder den übrigen Gesellschaftern ist in der Regel nicht erforderlich.⁸⁸ Bei der Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils wird das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, nach § 15 IV GmbHG bedarf dieses der notariellen Form, dinglich durch Abtretung des Anteils vollzogen.⁸⁹

Diese bürgerrechtliche Übertragungsmöglichkeit der Abtretung nach §§ 398 ff., 413, 952 II BGB besteht auch für die Inhaber- und Namensaktien einer AG, ganz gleich ob sie verbrieft sind oder nicht. Für die Namensaktien wurde diese weitere Übertragungsmöglichkeit durch die Einfügung des Wörtchens „auch“ in § 68 I AktG klargestellt.⁹⁰

2. Notarielle Form

Gemäß § 15 III GmbHG bedarf es für die dingliche Abtretung eines Geschäftsanteils durch den Gesellschafter eines in notarieller Form geschlossenen Vertrages. Dies dient neben der Beweiserleichterung vor allem der Erschwerung des spekulativen Handelns mit GmbH-Anteilen.⁹¹ Es handelt sich hierbei um zwingendes Recht, sodass das Formerfordernis nicht durch Individualvereinbarung wirksam abbedungen werden kann.⁹² Gemäß § 15 IV 2 GmbHG wird ein Verstoß gegen die Formvorschrift des § 15 IV 1 GmbHG jedoch dann ex nunc geheilt, wenn ein nach Maßgabe des § 15 III GmbHG geschlossener Abtretungsvertrag vorliegt. Besonders zu beachten ist darüber hinaus, dass § 15 IV GmbHG dann auch bei

⁸⁷ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 280

⁸⁸ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 9

⁸⁹ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 530

⁹⁰ Dauner-Lieb, in.: KölnKomm, AktG, § 10 Rn. 32

⁹¹ Winter/Löbke, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 111

⁹² Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 22

Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften Anwendung findet, wenn dadurch eine Verpflichtung zur Einbringung eines Geschäftsanteils in die Gesellschaft begründet wird.⁹³

Für die Abtretung von Inhaber- und Namensaktien bedarf es keiner besonderen Form.⁹⁴ Sind die Aktien verbrieft, so bedarf es zwar der Übergabe der Aktienurkunde gemäß § 929 BGB, eine besondere Form oder gar die notarielle Beurkundung ist jedoch auch hier nicht vorgeschrieben. Die einfache, formfreie Übertragungsmöglichkeit von Aktien dient der Vereinfachung eines Investments, das bei der Aktiengesellschaft als typische Form der Kapitalgesellschaft meist im Vordergrund steht.

3. Eintragung ins Handelsregister

Bei der GmbH ist insbesondere zu beachten, dass die Eintragung und Aufnahme der Gesellschafterliste ins Handelsregister für den Erwerb des Geschäftsanteils keine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt. Zwar statuiert der durch das MoMiG geänderte § 16 I 1 GmbHG, dass nur der in die Gesellschafterliste des Handelsregisters Eingetragene gegenüber der Gesellschaft als Gesellschafter gilt, jedoch ist die Wirksamkeit der Übertragung auch weiterhin – abgesehen vom neu zu regelnden gutgläubigen Erwerb – unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste zu bejahen. Nur im Verhältnis zur Gesellschaft erwirbt der neue Gesellschafter seine Gesellschafterstellung und seine Mitgliedschaftsrechte erst mit der Eintragung in die Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG).⁹⁵

III. Gesellschafterzuwachs durch Kapitalerhöhung

Die Kapitalerhöhung gegen Erbringung neuer Bar- oder Sacheinlagen ist die einzige Möglichkeit eines in der Rechtsform der GmbH betriebenen Unternehmens zur Beschaffung neuer Eigenmittel.⁹⁶ Wird also von den Gesellschaftern die Erhöhung des Stammkapitals gemäß § 55 I GmbHG beschlossen, um neues Kapital zu akquirieren, besteht – insbesondere wenn die Gesellschafterversammlung gemäß § 55 II 1 GmbHG das Bezugsrecht von Altgesellschaftern ausschließt oder diese keinen Gebrauch von ihrem Recht machen – die Möglichkeit, durch Zeichnung der Stammeinlage neuer Gesellschafter zu werden. Die

⁹³ Winter/Löbbe, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 51

⁹⁴ Ziemons, in.: Schmidt/Lutter, AktG, § 10 Rn. 23

⁹⁵ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 283

⁹⁶ Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 10 Rn. 1

beteiligungswillige Gesellschaft kann durch Übernahmevertrag mit der Gesellschaft – die Übernahmeerklärung bedarf dabei nach § 55 I GmbHG der notariellen Beglaubigung – diese neu geborenen Geschäftsanteile übernehmen und wird dadurch vollberechtigte Gesellschafterin der kapitalerhöhenden Gesellschaft.⁹⁷

Bei der AG verhält es sich ähnlich. Die §§ 182 – 221 AktG regeln die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Kapitalerhöhung. Auch hier kann die beteiligungswillige Gesellschaft neu geschaffene Aktien der Ausgangsgesellschaft zeichnen und sich so selbst zur Gesellschafterin der Ausgangsgesellschaft machen. Im Unterschied zur Übernahmeerklärung bei der GmbH bedarf die Zeichnungserklärung gemäß § 185 I 1 AktG jedoch nicht der notariellen Beurkundung, sondern es genügt hierfür die einfache Schriftform.⁹⁸

IV. Kaduzierung

Eine weitere Möglichkeit des Neueintritts einer Gesellschaft in eine andere Gesellschaft auf insgesamt drei⁹⁹ verschiedenen Wegen bietet die sogenannte Kaduzierung. Unter Kaduzierung versteht man den Ausschluss eines Gesellschafters wegen nicht erfolgter Einzahlung der geschuldeten Einlage oder anderer Pflichtverletzungen.¹⁰⁰ Durch die Kaduzierung verliert der säumige Gesellschafter seine Mitgliedschaft, die dann sowohl bei der GmbH¹⁰¹ als auch nach herrschender Meinung bei der AG¹⁰² vorübergehend an die Gesellschaft selbst geht. Nun schlägt die Stunde der eintrittswilligen Gesellschaft, da sowohl die GmbH als auch die AG zwingend verpflichtet ist, die kaduzierten Geschäftsanteile zu verwerten.¹⁰³

Für die Verwertung gibt es drei verschiedene, gesetzlich festgelegte Wege, die jeweils dazu führen können, dass eine Gesellschaft als Gesellschafterin in den Gesellschafterkreis der Ausgangsgesellschaft gelangt.

⁹⁷ Ensthaler, in: Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, § 55 Rn. 18

⁹⁸ Frodermann/Becker, in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, Kap. 5 Rn. 130

⁹⁹ Ehlke, DB 1995, S. 564

¹⁰⁰ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelun, S. 51

¹⁰¹ Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 21 Rn. 15

¹⁰² Fleischer, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 64 Rn. 36

¹⁰³ Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 21 Rn. 15; Fleischer, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 64 Rn. 37

1. Erwerb des Rechtsvorgängers

Die Gesellschaften sind zunächst gemäß § 22 I GmbHG bzw. § 65 I AktG dazu angehalten, die Rechtsvorgänger des von der Kaduzierung betroffenen Gesellschafters in Haftung zu nehmen. Begleitet einer dieser Rechtsvorgänger – die Reihenfolge richtet sich aufsteigend nach dem zeitlichen Abstand seiner Mitgliedschaft – daraufhin die ausstehenden Einlageforderung, so erwirbt dieser kraft Gesetzes den Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters (§ 22 IV GmbHG, § 65 I 4 AktG). War der Rechtsvorgänger eine Gesellschaft, so wird diese nun wieder Gesellschafterin.

2. Öffentliche Versteigerung

Ist bei keinem der infrage kommenden Rechtsvorgänger die Bezahlung des ausstehenden Betrages zu erreichen, so besteht nach § 23 S. 1 GmbHG und § 65 III 1 Alt. 2 AktG auch die Möglichkeit der öffentlichen Versteigerung der Geschäftsanteile. Bei der GmbH gilt die öffentliche Versteigerung als Regelfall, während bei der Aktiengesellschaft eine öffentliche Versteigerung von vornherein ausscheidet, wenn ein Börsenpreis vorliegt (§ 65 III 1 AktG). Bekommt eine Gesellschaft bei dieser Versteigerung den Zuschlag, so wird sie von diesem Zeitpunkt an nach überwiegender Ansicht Inhaber des Geschäftsanteils und somit Gesellschafterin.¹⁰⁴

3. Freihändiger Verkauf

Liegt ein Börsenpreis vor, der nach §§ 24, 57 S. 2 BörsG ermittelt wird, so müssen die kaduzierten Aktien gemäß § 65 III 1 AktG über die Börse verkauft werden.¹⁰⁵ Anders ist dies bei der GmbH, bei der nach § 23 S. 2 GmbHG ein freihändiger Verkauf des Geschäftsanteils ausschließlich mit Zustimmung des ausgeschlossenen Gesellschafters erfolgen darf. Verweigert dieser hingegen seine Zustimmung, bleibt allein die Möglichkeit der öffentlichen Versteigerung, um den kaduzierten Anteil zu verwerten. Selbstverständlich kann auch auf diesem Wege eine Gesellschaft zur Gesellschafterin werden.

¹⁰⁴ Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 23 Rn. 4

¹⁰⁵ Fleischer, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 65 Rn. 29

V. Pfandrechtsverwertung

Geschäftsanteile einer GmbH können Gegenstand eines nach §§ 1273 II, 1274 BGB vertraglich bestellten Pfandrechts sein. Die Bestellung dieses Pfandrechts bedarf dann aber wie die Übertragung eines Geschäftsanteils der notariellen Form des § 15 III GmbHG.¹⁰⁶ Das zugrunde liegende schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft hingegen bedarf keiner besonderen Form. Die Verpflichtung, ein Pfandrecht zu bestellen, unterliegt folglich nicht den Anforderungen von § 15 IV GmbHG.¹⁰⁷ Vinkulierungen, die die Übertragung von Anteilen durch gesellschaftsvertragliche Regelung beschränken, sind jedoch immer gemäß § 1274 I BGB i. V. m. §§ 413, 399 BGB auch bei der Pfandrechtsbestellung zu beachten.¹⁰⁸ Zumindest bis zur Erreichung der Pfandreife bleibt der Verpfänder folglich Gesellschafter und somit Träger der Mitgliedschaftsrechte, da der Pfandgläubiger nur ein Recht zur Befriedigung erhält. Kommt es jedoch zu einer Pfandrechtsverwertung, so hat eine beitriftswillige Gesellschaft wiederum die Chance, als Gesellschafterin in die Gesellschaft zu gelangen. Die Integrität des Gesellschafterkreises der GmbH wird bei der Verpfändung also erst bei der Verwertung des Pfandes gefährdet.¹⁰⁹

Nach § 1274 II BGB können Aktien insoweit verpfändet werden, als sie auch übertragen werden können. Bei der Bestellung eines Pfandrechts an Aktien ist wiederum zwischen Inhaber- und Namensaktien zu unterscheiden. Das Pfandrecht an Inhaberaktien wird wie ein Pfandrecht an beweglichen Sachen bestellt und setzt gemäß § 1205 BGB Einigung und Übergabe der Aktien voraus. Bei Namensaktien ist gemäß § 1292 BGB neben der Einigung und Übergabe zur Verpfändung erforderlich, dass eine Indossierung erfolgt.¹¹⁰

Nach dem Eintritt der Pfandreife werden die Aktien als Inhaberpapiere wie verpfändete bewegliche Sachen verwertet (§ 1293 BGB). Namensaktien als Orderpapiere können abweichend von den grundsätzlichen Regelungen für Rechte auch freihändig verwertet werden, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis haben (§ 1295 BGB).¹¹¹

In beiden Fällen der Pfandrechtsverwertung, sei es von GmbH-Geschäftsanteilen oder von verpfändeten Aktien einer AG, hat jeder Dritte, auch eine eintrittswillige Gesellschaft bei der Verwertung des Pfandrechts, die Möglichkeit, einen Gesellschaftsanteil zu erwerben.

¹⁰⁶ Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rn. 36

¹⁰⁷ Winter/Löbke, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 155

¹⁰⁸ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 53

¹⁰⁹ Häger/Wilts, WiB 1995, S. 410

¹¹⁰ Groß, in: Happ, Aktienrecht, Kap. 5.03 Rn. 2

¹¹¹ Groß, in: Happ, Aktienrecht, Kap. 5.03 Rn. 4

VI. Zwangsvollstreckung und Insolvenz

Der Geschäftsanteil einer GmbH kann nach absolut herrschender Meinung neben seiner vertraglichen Verpfändbarkeit auch Gegenstand eines Pfändungspfandrechts in der Zwangsvollstreckung sein.¹¹² Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil einer GmbH lässt sich allgemein als einen Versuch beschreiben, den in der Mitgliedschaft der Gesellschaft ruhenden Vermögenswert zugunsten des Gläubigers des Gesellschafters zu realisieren.¹¹³

Ähnlich verhält es sich auch bei Anteilen an einer Aktiengesellschaft, da die Mitgliedschaft in einer AG regelmäßig in Form von Aktien verbrieft ist. Diese sind Wertpapiere i. S. d. § 821 ZPO und unterfallen damit den Vollstreckungsvorschriften der §§ 808 ff. ZPO über die Pfändung beweglicher Sachen.

Die Zwangsvollstreckung in einen Geschäftsanteil richtet sich gemäß § 857 ZPO nach den Regelungen der Forderungspfändung in den §§ 828 ff. BGB. Mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die GmbH nach §§ 857 I, 829 III ZPO ist die Pfändung als bewirkt anzusehen, und es entsteht ein Pfändungspfandrecht am Geschäftsanteil. Alle gesellschaftsrechtlichen Verwaltungsrechte, insbesondere das Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters, bleiben von der Pfändung unberührt und stehen somit auch weiterhin dem Pfändungsschuldner als Gesellschafter zu.¹¹⁴ Befriedigt sich jedoch der Gläubiger, erfolgt dies in der Regel im Wege der Verwertung nach § 844 I ZPO, da eine Befriedigung durch Überweisung des Geschäftsanteils zur Einziehung oder an Zahlung statt nicht zulässig ist.¹¹⁵ Wird dann der Geschäftsanteil zur Verwertung öffentlich versteigert oder freihändig verkauft, so kann auch jede Gesellschaft mitbieten und bei Erteilung des Zuschlags Gesellschafterin der Gesellschaft mit allen damit verbundenen Individualrechten werden.

Bei der Insolvenz eines Gesellschafters verhält es sich ähnlich. Nach ganz herrschender Ansicht fällt der Geschäftsanteil mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens in die Insolvenzmasse.¹¹⁶ Zunächst gehen gemäß § 80 I InsO alle mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte sowie das Recht über den Geschäftsanteil zu verfügen an den

¹¹² Pfaff, GmbHR 1964, S. 92

¹¹³ Kranz, Der GmbH-Geschäftsanteil, S. 5

¹¹⁴ BGHZ 104, 354

¹¹⁵ Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 57

¹¹⁶ OLG Celle, WM 1986, S. 161

Insolvenzverwalter über.¹¹⁷ Da der Insolvenzverwalter kraft seines Amtes jedoch verpflichtet ist, den Geschäftsanteil nach besten Möglichkeiten zu verwerten, wird es auch hier zur Veräußerung und somit zur Möglichkeit der Beteiligung durch eine erwerbende Gesellschaft ähnlich wie bei der Verpfändung kommen.

VII. Umwandlungsfälle

Abschließend soll auch noch auf die Umwandlungsfälle eingegangen werden, schließlich ist es dabei – insbesondere bei Verschmelzung (§ 1 I Nr. 1 UmwG) und Spaltung (§ 1 I Nr. 2 UmwG) – durchaus möglich, dass dabei Gesellschaften zu neuen Gesellschaftern werden.

Entschließt sich ein Einzelkaufmann im Wege der Spaltung oder Ausgliederung gemäß § 123 ff. BGB die Beteiligung an einer Gesellschaft aus seinem Vermögen auf eine Kapitalgesellschaft auszugliedern, so wird diese Gesellschaft neue Gesellschafterin der Ausgangsgesellschaft. Obwohl dadurch der vinkulierte Anteil den Inhaber wechselt und durch die Ausgliederung der Beteiligung auf eine Beteiligungsgesellschaft auch die Gefahr eines Change of Controls virulent wird, ist mangels rechtsgeschäftlichen Übergangs¹¹⁸ und den durch § 137 S. 1 BGB gesetzten Grenzen dieser Vorgang von der Bindungswirkung einer einfachen Vinkulierungsklausel grundsätzlich nicht erfasst.

Im Hinblick auf den Schwerpunkt dieser Arbeit ist hierbei insbesondere § 33 UmwG zu beachten. Danach darf im Falle einer Verschmelzung eine anderweitige Veräußerung binnen der in § 31 UmwG gesetzten Frist auch ohne Beachtung einer gesellschaftsvertraglichen Beschränkung erfolgen. Der Wortlaut dieser Norm könnte darauf schließen lassen, dass sämtliche Vinkulierungen und gesellschaftsvertragliche Vererblichkeitsbeschränkungen dann nicht mehr berücksichtigt werden müssten. Es stellt sich also die Frage, ob auch gesellschaftsvertraglich vereinbarte Vinkulierungen von dieser Norm betroffen sind? Ein Blick auf die §§ 13 II, 193 II UmwG zeigt jedoch, dass das im Statut der Gesellschaft installierte Zustimmungserfordernis völlig intakt bleibt und § 33 UmwG keine allgemeine Zurückstufung von Vinkulierungen beinhaltet.¹¹⁹ Sowohl der Verschmelzungs- als auch der Umwandlungsbeschluss bedürfen danach nämlich stets dann zu ihrer Wirksamkeit der

¹¹⁷ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, S. 609; ein Ausschluss oder selbst die Begrenzung der Ausübungsrechte des Insolvenzverwalters durch eine Satzungsbestimmung sind nicht möglich, so Kranz, Der GmbH-Geschäftsanteil, S. 70.

¹¹⁸ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 19

¹¹⁹ Ehlke, DB 1995, S. 566

Zustimmung einzelner Anteilseigner, wenn die Abtretung von Anteilen des Rechtsträgers dieser ebenso bedürfte.

Ein weiteres, explizites Eingehen auf die Umwandlungsfälle im nun folgenden Kapitel über Vinkulierungen und deren Reichweite bei Beteiligungsgesellschaften ist somit nicht erforderlich. Berücksichtigung findet die Problematik um die Umwandlungsfälle jedoch dann in dieser Arbeit¹²⁰ wieder, wenn es die Untersuchung von Change of Control-Konstellationen in der Beteiligungsgesellschaft fordert.

¹²⁰ Siehe dazu auch unter Gliederungspunkt H. I. 2. d.

E. Vinkulierungen und Vererblichkeitsbeschränkungen

Gemäß § 15 I GmbHG sind die Geschäftsanteile einer GmbH frei veräußerlich. Diese Übertragbarkeit der Mitgliederstellung verhilft der Gesellschaft dazu, ihr Vermögen für die Gesellschafter zu verschließen, da eine Auszahlung der geleisteten Einlage nicht erfolgt. Sie dient auf der anderen Seite aber auch dem Interesse der Gesellschafter an der Verwertung ihres Geschäftsanteils. Die grundsätzliche, freie Veräußerlichkeit von Geschäftsanteilen führt also dazu, dass kurzfristig angelegtes Kapital der Gesellschafter zu langfristig verfügbarem Vermögen der Gesellschaft wird.¹²¹ Allen Korporationen, mit Ausnahme des Sonderfalls der eingetragenen Genossenschaft, ist die Möglichkeit gemein, auf die Übertragbarkeit ihrer Mitgliedschaften mit dinglicher Wirkung Einfluss zu nehmen.¹²² Diese „Fesselung“ der Mitgliedschaften an die Zustimmung der Gesellschaft wird dabei allgemein als Vinkulierung¹²³ bezeichnet.

Der Begriff der Vinkulierung wird in der Literatur zwar vom Kern her gleich definiert, seine Grenzen können jedoch von Definition zu Definition etwas variieren:

Nach Koch¹²⁴ versteht man unter dem Begriff der Vinkulierung, dass *„die Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen satzungsmäßig an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden wird“*.

Ähnlich definiert auch Kowalski¹²⁵ den Vinkulierungsbegriff, wonach dabei *„die Anteilsübertragung an die Zustimmung der Mitgesellschafter gebunden“* sei.

Eine etwas genauere und differenziertere Definition findet sich bei Meyer¹²⁶, der unter einer Vinkulierungsklausel *„die Vereinbarung von weiteren Voraussetzungen, insbesondere die eines Zustimmungserfordernisses, für die Abtretung von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag“* versteht.

¹²¹ Wiedemann, Die Übertragung, S. 46

¹²² Omlor, Verkehrsschutz, S. 74

¹²³ Von lateinisch „vinculum“, die Fessel.

¹²⁴ Koch, Vinkulierung, S. 25

¹²⁵ Kowalski, GmbHG 1992, S. 347

¹²⁶ Meyer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 219

Koch verkennt in seiner Definition, dass Vinkulierungen keinesfalls nur bei Kapitalgesellschaften, sondern ebenso auch Personengesellschaften auftauchen können und dies in der Praxis auch tun.¹²⁷ Zwar besteht bei den Personengesellschaften, wie Koch richtig herausarbeitet,¹²⁸ aufgrund ihrer personalistischen Struktur ein grundsätzliches Zustimmungserfordernis bei Anteilsübertragungen, dies bedeutet jedoch nicht, dass die Übertragung nicht auch an weitere Voraussetzungen geknüpft werden könnte. Diese weiteren Voraussetzungen für die Übertragung von Gesellschaftsanteilen müssen im Gesellschaftsvertrag verankert werden und werden als zusätzliche, gesellschaftsvertragliche Anforderung an die Übertragung von Geschäftsanteilen ebenso wie bei den Kapitalgesellschaften als Vinkulierungen bezeichnet.

Auch die Umschreibung von Kowalski überzeugt letztlich nicht: Wie Koch¹²⁹ geht er davon aus, dass die Vinkulierung mit einem Zustimmungserfordernis gleichzusetzen ist, übersieht jedoch, dass zumindest bei der GmbH und den Personengesellschaften weitere Möglichkeiten der Verknüpfung bestehen. Außerdem lassen sowohl Koch als auch Kowalski, die die Zustimmungszuständigkeit einmal der Gesellschaft, einmal den Mitgesellschaftern zuordnen wollen, die vielen Möglichkeiten von zahlreichen verschiedensten Entscheidungs- und Erteilungszuständigkeiten außer Acht, auf die es im nächsten Kapitel näher einzugehen gilt.

Auch die Definition der Vinkulierungsklausel von Meyer kann letztendlich nicht ganz überzeugen. Zwar erkennt er, dass es neben der Zustimmung auch noch andere Erfordernisse gibt, die Gegenstand dieser Regelung sein können, jedoch ist letztendlich auch diese Formel zu undifferenziert.

Der Begriff der Vinkulierung wird sowohl bei Personen- als auch bei Kapitalgesellschaften verwendet.¹³⁰ Bei GmbH-Anteilen wird deren grundsätzliche freie¹³¹ Veräußerlichkeit (§ 15 I GmbHG) durch § 15 V GmbHG eingeschränkt, der bestimmt, dass durch den Gesellschaftsvertrag die Abtretung von Geschäftsanteilen an weitere Voraussetzungen geknüpft, insbesondere von einer Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden kann. Im Gegensatz dazu schränkt § 68 II 1 AktG die freie Veräußerlichkeit von

¹²⁷ Liebscher, ZIP 2003, S. 825

¹²⁸ Koch, Vinkulierung, S. 25

¹²⁹ Dieser versucht seine Definition mit der Einführung eines „erweiterten Vinkulierungsbegriffs“ zu retten, der dann auch andere Voraussetzungen als das Zustimmungserfordernis umfassen soll. Diese Aufteilung erscheint jedoch wenig sachgerecht und wurde in der Literatur auch nicht weiter verfolgt.

¹³⁰ Liebscher, ZIP 2003, S. 825

¹³¹ Die freie Veräußerlichkeit wird vom Gesetzgeber bereits in § 15 IV GmbHG eingeschränkt, der für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft, das der dinglichen Abtretung zugrunde liegt, die notarielle Beurkundung fordert.

Namensaktien – Inhaberaktien¹³² sind davon folglich nicht betroffen – lediglich dahingehend ein, dass die Übertragung dieser Aktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden kann. Wie die Formulierung in § 15 V GmbHG zeigt, besteht im Gegensatz zur Aktiengesellschaft hier die Möglichkeit, die dingliche Übertragung auch an andere Voraussetzungen als an die reine Zustimmung der Gesellschafter zu binden. Denkbar sind hier zum Beispiel die Pflicht, nur an gewisse Personen zu veräußern (z.B. ausschließlich Familienangehörige) oder auf der anderen Seite ein Verbot, an bestimmte Personen (z. B. an Gesellschafter mit einem bestimmten prozentualen Anteilsbesitz) abzutreten sowie die Installation von Vorkaufsrechten oder Andienungspflichten.¹³³ Diese Besonderheiten und verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten, die je nach Rechtsform der jeweiligen Gesellschaft variieren können, müssen bei einer umfassenden Definition der Vinkulierung berücksichtigt werden.

Eine taugliche, wenn auch auf Kapitalgesellschaften begrenzte¹³⁴ Definition findet sich im Urteil des OLG Naumburg¹³⁵ vom 22.1.2004: Unter dem Begriff der Vinkulierung versteht man eine Abweichung vom Grundsatz der freien Verfügbarkeit, indem die Wirksamkeit der Abtretung von GmbH-Anteilen an weitere, in der Satzung genannte Voraussetzungen geknüpft wird bzw. die Übertragung von Namensaktien nach der Satzung nur mit Zustimmung des Vorstands der AG möglich ist.

In der Praxis hat sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis vom Grundsatz der freien Veräußerlichkeit des § 15 I GmbHG und der Bindung der Anteile in § 15 V GmbHG längst ins Gegenteil gekehrt. Die Schätzungen und Erhebungen von vinkulierten Geschäftsanteilen in deutschen GmbH-Satzungen reichen je nach Untersuchung von 54,1%, über 80% bis hin zu 94,2% der Geschäftsanteile.¹³⁶

I. Zustimmungserfordernis

Wie bereits einige der oben zitierten Definitionen, die den Begriff Vinkulierung gleich vollständig mit einem Zustimmungserfordernis gleichsetzen wollen, zeigen stellt die Bindung

¹³² Im Gegensatz zu § 15 I GmbHG erwähnt der Gesetzgeber im Aktiengesetz die freie Veräußerlichkeit der Aktie nicht ausdrücklich, da dies für die Aktie als Inhaber-Wertpapier selbstverständlich ist.

¹³³ Wiedemann, Die Übertragung, S. 85

¹³⁴ Das Gericht, das sich im vorliegenden Fall nur mit dem Zustimmungserfordernis beschäftigen musste, leitet das Zustimmungserfordernis in dieser Entscheidung richtigerweise und generell vom höchstpersönlichen Charakter der Personengesellschaft ab und bedarf so keiner Erwähnung der Personengesellschaften bei der Definition von statutarischen Vinkulierungen mehr.

¹³⁵ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 778

¹³⁶ Koch, Vinkulierung, S. 27 m. w. N.

der Abtretung an die Genehmigung der Gesellschaft den häufigsten und elementarsten Teil der Vinkulierung dar. Der Begriff der „Genehmigung“, den § 15 V GmbHG verwendet, oder der der „Zustimmung“, wie er in § 68 II 1 AktG gebraucht wird, sind dabei untechnisch zu verstehen, sodass das jeweils zuständige Organ sein Einverständnis auch vor, während oder nach der Übertragung des Gesellschaftsanteils geben kann.¹³⁷ Dies gilt selbst dann, wenn der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich die vorherige Zustimmung zur Wirksamkeit der Abtretung fordert.¹³⁸ Die Erteilung der Genehmigung wirkt dann ex tunc auf den Abtretungszeitpunkt zurück (§ 184 I BGB), eine bereits erteilte Zustimmung ist jedoch unwiderruflich.¹³⁹

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Genehmigung auch abstrakt bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten sein kann. Diese wäre nur dann unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht unbeachtlich, wenn die Aufnahme des Erwerbers den verbleibenden Gesellschaftern nicht zugemutet werden könnte.¹⁴⁰ Neben der Frage, warum man eine Genehmigungspflicht in das Statut der Gesellschaft aufnehmen sollte, wenn dieses auch zugleich die abstrakte Erteilung dieser Genehmigung enthalte, sind vor allem die nun folgenden Interessen der Gesellschafter an der Stipulierung einer Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag Grund genug, von einer abstrakten Genehmigungserteilung im Statut generell Abstand zu nehmen.

1. Interessenlage

Um eine genaue Untersuchung der Anwendbarkeit und Reichweite von Vinkulierungsklauseln bei Beteiligungen von Gesellschaften als Gesellschafter zu garantieren, ist es zunächst wichtig zu verstehen, aus welchen Beweggründen und Motiven heraus die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag auf ihr Recht, frei über Geschäftsanteile und Namensaktien zu verfügen, verzichten und sich dafür lieber einer Zustimmungsabhängigkeit unterwerfen. Auf den ersten Blick erscheint dies nicht den Interessen der Gesellschafter zu entsprechen: Die Rechtsformwahl einer Kapitalgesellschaft weist eher darauf hin, dass eine enge, personalistisch geprägte Bindung zwischen den Gesellschaftern hinter den kapitalistischen Erwägungen zurücktreten müsste. Stellt eine Gesellschaftsbeteiligung jedoch

¹³⁷ Ehlke, DB 1995, S. 561; BGHZ 13, 184; das GmbHG ist älter als das BGB und verwendet den Begriff anders als letzteres, so Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 30 Rn. 9; zum gleichen Ergebnis kommt Omlor, Verkehrsschutz, S. 75 im Wege der Auslegung und weist zugleich darauf hin, dass diese Auslegung im Ergebnis jedoch irrelevant sei, da, selbst wenn die Genehmigung in § 15 V GmbHG technisch zu verstehen wäre, die Einwilligung als „weitere Voraussetzung“ erfasst wäre.

¹³⁸ BGH, NJW 1965, S. 1377; OLG Celle, GmbHR 1999, S. 131

¹³⁹ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15 Rn. 47

¹⁴⁰ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 777

eher ein Investment als eine persönliche Verbindung dar, so könnte man doch annehmen, den Gesellschaftern könnte nichts lieber sein, als frei und ohne Bindung über ihren Gesellschaftsanteil, der letztlich auch ihr persönliches Kapital darstellt, verfügen zu können. Letztlich schlägt sich das auch im kodifizierten Grundsatz der freien Veräußerlichkeit von Kapitalgesellschaftsanteilen nieder, den das Gesetz als Regelfall in § 15 I GmbHG vorsieht. Wie es jedoch verschiedenste Arten und Ausprägungen von Kapitalgesellschaften gibt, gibt es eben auch diverse Interessen und Bedürfnisse von Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft, mit denen die Aufnahme einer Vinkulierungsklausel in das Statut begründet werden kann. Ein in der Literatur häufig erkennbares, pauschales Abstellen auf das Interesse, das Eindringen Fremder in den Gesellschafterkreis zu verhindern, genügt hierbei nicht, den mannigfachen Interessen, die hinter dieser Bindung des Geschäftsanteils stehen, gerecht zu werden.

a. Verhinderung des Eindringens von Dritten

Das am häufigsten genannte Argument für die Installation einer Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft ist der Schutz des Gesellschafterkreises vor dem Eindringen unliebsamer Dritter.¹⁴¹ Dies kann verschiedene Gründe haben: Zum einen kann die Prägung gewisser GmbHs und AGs der Grund sein, warum der Gesellschafterkreis nicht für jeden beliebigen Dritten offen gehalten werden soll. Dies ist insbesondere bei Familiengesellschaften, Mitunternehmergemeinschaften oder Tendenzunternehmen¹⁴² der Fall, die in den Rechtsformen von GmbH und AG betrieben werden. Hierbei ist die persönliche Kenntnis untereinander und das darauf beruhende Vertrauen der Gesellschafter konstitutiv und steht vor den kapitalistischen Erwägungen.¹⁴³

Zum anderen versuchen die Gesellschafter auf diesen Weg, unerwünschte Gesellschafter wie Konkurrenten, Unfrieden stiftende Personen oder andere Gesellschaften, die z. B. eine feindliche Übernahme planen könnten, von der Gesellschaft fernzuhalten.¹⁴⁴ Durch das Zustimmungserfordernis wird gewährleistet, dass ein veräußerungswilliger Gesellschafter seinen Anteil nicht aus monetären Interessen an einen gesellschaftsschädlichen Dritten verkaufen und diesem damit Einfluss auf die Gesellschaft einräumen kann.

¹⁴¹ Lessmann, GmbHR 1986, S. 409

¹⁴² Die Gesellschafter weisen hierbei eine bestimmte politische, konfessionelle oder anders geartete spezielle Gesinnung auf.

¹⁴³ Lutter/Grunewald, Zur Umgehung, AG 1989, S. 109

¹⁴⁴ Meyer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 219

b. Abweisung eines unqualifizierten Gesellschafters

Ein weiteres Interesse der Gesellschafter an der Bindung der Mitgliedschaften liegt darin, ungeeignete und unqualifizierte Gesellschafter vom Gesellschafterkreis fernzuhalten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der veräußerungswillige Gesellschafter besondere Aufgaben in der Gesellschaft erfüllt hat, die einer gewissen Qualifikation bedürfen und die nun der neue Gesellschafter übernehmen soll. Unter Umständen muss der neue Gesellschafter auch die Lücke in der Unternehmensleitung schließen, die der frühere Gesellschafter mit seinem Austritt hinterlässt.¹⁴⁵ Über das Zustimmungserfordernis können die übrigen Gesellschafter eine Auswahl unter den verschiedenen Bewerbern um den Gesellschaftsanteil treffen und so garantieren, dass der neue Gesellschafter in der Lage ist, die für ihn vorgesehenen Aufgaben in der Gesellschaft zu erfüllen.

Für bestimmte Berufsgruppen besteht aus diesem Grund – der Verhinderung des Eintritts unqualifizierter Gesellschafter – sogar eine berufsrechtliche Vinkulierungspflicht: so etwa insbesondere für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (§§ 28 V 2, 130 II WiPrO) oder Steuerberatungsgesellschaften (§ 50 V 2 StBerG). Der Gesetzgeber garantiert dadurch, dass keine unqualifizierten Gesellschafter in der Gesellschaft auftreten, und will damit das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Berufsgruppen schützen.¹⁴⁶

c. Kontinuität der Geschäftspolitik

Ein neuer Gesellschafter in einer personalistisch geprägten Kapitalgesellschaft bedeutet auch immer neue Ideen, neue Interessen und meist eine andere Herangehensweise als dessen Vorgänger. Was im Einzelfall durchaus positive Effekte haben und frisches Blut in die Gesellschaft bringen kann, kann jedoch auf der anderen Seite auch zu Missverständnissen und Interessenkonflikten mit den übrigen Gesellschaftern führen. Um diese Veränderungen zu vermeiden oder in die gewünschten Bahnen zu leiten, haben die Mitgesellschafter des ausscheidenden Gesellschafters ein Interesse daran, ein Stück weit über die Auswahl des neuen Gesellschafters mitzubestimmen. Auf diese Weise können sie zu starke, gesellschaftsschädliche Veränderungen in der Gesellschaft vermeiden und die Kontinuität in der Geschäftspolitik gewährleisten.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Wiedemann, Die Übertragung, S. 82

¹⁴⁶ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 14

¹⁴⁷ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 66

d. Erhaltung der Solvenz

Insbesondere bei Personengesellschaften besteht ein Interesse der übrigen Gesellschafter daran, als neuen Mitgesellschafter nur solvente Mitschuldner zuzulassen. Neben dem generellen Zustimmungserfordernis kann im Gesellschaftsvertrag die Übertragung zu diesem Zweck an den Nachweis von Sicherheiten oder anderen Geldquellen gekoppelt werden.

Auch bei Kapitalgesellschaften ist die Erfüllung von Nebenleistungspflichten oder noch offenen Einlagepflichten wesentlich leichter, solange der Gesellschafter Mitglied der Gesellschaft ist. Zwar haftet auch der neue Gesellschafter für diese Verbindlichkeiten, fraglich ist jedoch, mit welcher Leistungsbereitschaft und Zahlungsfähigkeit er dies tut.¹⁴⁸ Die Sicherstellung der Erfüllung offener Einlagepflichten und Nebenleistungspflichten durch die Ausgabe vinkulierter Aktien hat insbesondere in der Versicherungswirtschaft hohe praktische Bedeutung.¹⁴⁹

e. Abwehr von unerwünschtem Zustrom ausländischen Kapitals

Aktiengesellschaften versuchen über den Weg der Vinkulierung von Namensaktien, den unerwünschten Zustrom ausländischen Kapitals abzuwehren.¹⁵⁰ Dadurch soll verhindert werden, dass ausländische Investoren zu viel Einfluss auf die Gesellschaft erlangen.¹⁵¹ Besondere Relevanz besitzt dieses Thema bei Gesellschaften, die eine sensible und wichtige Rolle in einem Land spielen. So besteht beispielsweise für börsennotierte Luftverkehrsgesellschaften nach § 2 I LuftNaSiG die gesetzliche Pflicht, ihre Aktien zu vinkulieren, um zu verhindern, dass ausländische Investoren ein Abhängigkeitsverhältnis schaffen und rein monetäre Interessen verfolgen. Auf diese Weise kann die Vinkulierung der Anteile sogar dazu dienen, nationale Allgemeininteressen zu schützen und über wichtige Entscheidungspositionen in den Gesellschaften mitzubestimmen.

f. Sicherung der innergesellschaftlichen Quotengleichheit

Neben den bereits aufgezeigten Interessen, die die übrigen Gesellschafter gegenüber neuen Gesellschaftern dazu bewegen, Vinkulierungen in das Statut mit aufzunehmen, gibt es auch

¹⁴⁸ Lutter/Grunewald, Zur Umgehung, AG 1989, S. 109

¹⁴⁹ Wieneke, in: Bürgers/Körber, AktG, § 68 Rn. 11; Hüffer, Aktiengesetz, § 68 Rn. 10

¹⁵⁰ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 15

¹⁵¹ Hüffer, Aktiengesetz, § 68 Rn. 10

Gründe im Verhältnis zwischen den Mitgesellschaftern, ein Zustimmungserfordernis zu installieren. So dürften alle Mitgesellschafter ein Interesse daran haben, dass sie vor unerwünschten Veränderungen der Kapital- und Mehrheitsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft geschützt sind.¹⁵² Um Machtkonzentrationen und daraus resultierende Querelen zu vermeiden und um für jeden Gesellschafter sicherzustellen, dass er seinen Einfluss auf die Gesellschaft stabil halten kann, muss vermieden werden, dass ein Gesellschafter durch den Erwerb eines anderen Gesellschaftsanteils zu viel Macht gewinnt. Auf der anderen Seite soll es auch nicht im freien Ermessen des veräußerungswilligen Gesellschafters stehen, an wen er seinen Anteil überträgt und wessen Einfluss dadurch gestärkt wird.¹⁵³ Wie sich zeigt, dient die Vinkulierung also nicht nur der oft erwähnten Abwehr nach außen, sondern sie verhindert auch ein Verschieben der Machtverhältnisse im Inneren der Gesellschaft.

Dieses Phänomen zeigt sich auch bei den großen, international agierenden Versicherungskonzernen. Der Grund dafür, warum besonders häufig die Geschäftsanteile dieser Unternehmen vinkuliert sind, bestand früher darin, dass die Anteile nur zum Teil einbezahlt waren und deshalb solvente Gesellschafter benötigt wurden. Heute, da Versicherungsgesellschaften im Rahmen von gewaltigen multinationalen Konzernen untereinander verflochten sind, dient die Vinkulierung ihrer Anteile besonders dazu, dass konzerinterne Gleichgewicht aufrecht zu erhalten und keinem der Beteiligten zu viel Macht einzuräumen.¹⁵⁴

g. Bindung des austrittswilligen Gesellschafters

Es gibt Gesellschafter in einer Gesellschaft, bei denen ein besonderes Interesse der anderen Gesellschafter daran besteht, dass diese den Verbund nicht verlassen. Ein Grund hierfür könnte zum Beispiel sein, dass eben dieser Gesellschafter mit seinem Namen den Ruf und die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft in nicht unerheblichem Maße stützt.¹⁵⁵ Auf diesem Weg ist es durch das Zustimmungserfordernis auch durchaus möglich, den austrittswilligen Gesellschafter für eine gewisse Zeit noch an die Gesellschaft zu binden.

Da man jedoch einen austrittswilligen Gesellschafter auf Dauer weder in der Gesellschaft halten kann noch soll, die Verschlechterung des Betriebsklimas und ein Rechtsstreit um die

¹⁵² Lessmann, GmbHR 1986, S. 409

¹⁵³ Koch, Vinkulierung, S. 25

¹⁵⁴ Wiedemann, Die Übertragung, S. 83

¹⁵⁵ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 66

Erteilung der Zustimmung wären dann wohl unumgänglich, ist es erforderlich die Zustimmungspflicht mit weiteren Vorkaufs- oder Ankaufspflichten zu kombinieren, um den Schaden für die Gesellschaft möglichst gering zu halten.¹⁵⁶ Mit der Entwicklung von geeigneten und interessengerechten Kombinationen von Zustimmungserfordernissen und anderen Regelungsinstrumenten wird sich die Arbeit jedoch erst unter dem Gliederungspunkt G. I. befassen.

2. Statutarische Regelung

Gemäß § 15 V GmbHG und 68 II 1 AktG bedarf die Vinkulierung einer Verankerung im Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft, deren Anteile bei Übertragung an die Zustimmung oder an weitere Voraussetzungen gebunden werden sollen. Aufgrund der klaren gesetzlichen Regelung ist die Ansicht von Wiedemann¹⁵⁷, der in Ausnahmefällen eine Vinkulierung konkludent aus dem Zweck der Vereinigung (z.B. eine Kartell-GmbH) oder aus dem besonderen personellen Zuschnitt des betreffenden Mitgliedschaftsrechts (z.B. bei Nebenleistungsgesellschaften) entstehen lassen will, abzulehnen, da dies neben dem Erfordernis einer Satzungsregelung auch dem Grundsatz der freien Veräußerlichkeit von Geschäftsanteilen (§ 15 I GmbHG) widerspricht. Denkbar ist jedoch, eine Vinkulierung dann zu bejahen, wenn sie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Satzungsbestimmungen ergibt oder in primär anderen Zwecken dienenden Vorschriften enthalten ist.¹⁵⁸ Findet die Vinkulierung erst nach der Abgabe eines verbindlichen Kaufangebotes für einen Geschäftsanteil Eingang in die Satzung, kann diese die wirksame Annahme des Angebotes allerdings nicht mehr verhindern.¹⁵⁹

Die nachträgliche Aufnahme oder Verschärfung einer Vinkulierungsklausel bedarf einer Satzungsänderung, die bei der AG gemäß § 180 II AktG der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre bedarf.¹⁶⁰ Im Gegensatz hierzu ist bei der Aufhebung oder Erleichterung der Vinkulierung nur eine einfache Satzungsänderung erforderlich, da die betroffenen Inhaber von Namensaktien davon nicht belastet werden.¹⁶¹

¹⁵⁶ Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, S. 96

¹⁵⁷ Wiedemann, Die Übertragung, S. 83

¹⁵⁸ Koch, Vinkulierung, S. 31

¹⁵⁹ OLG Brandenburg, NZG 1999, S. 828

¹⁶⁰ Lutter, in.: KölnKomm, AktG, § 68 Rn. 25

¹⁶¹ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 17; Wieneke, in: Bürgers/Körber, AktG, § 68 Rn. 16

Bei der GmbH ist nach einer Ansicht für die nachträgliche Installation oder Veränderung einer Vinkulierungsklausel gemäß § 53 II 1 GmbHG ein notariell beurkundeter Beschluss der Gesellschafter mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen ausreichend, da es sich hierbei nicht um ein satzungsfestes Sonderrecht handeln soll.¹⁶² Ob diese Beschränkungen, die durch die Satzungsänderung eingeführt wurden, dann auch die Gesellschafter binden, die nicht zugestimmt haben, ist stark umstritten.¹⁶³

Die einschlägige Rechtsprechung und große Teile der Literatur hingegen verlangen auch hier die Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter, da die nachträglich eingeführte Vinkulierung die mit der Mitgliedschaft verbundene Dispositionsbefugnis schmälere.¹⁶⁴ Zu folgen ist hierbei der letzteren Ansicht, die die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter fordert. Schließlich prägt die freie Verfügbarkeit des Geschäftsanteils die Rechtsstellung des Gesellschafters in zentraler Weise¹⁶⁵ und bedarf deswegen eines besonderen Schutzes. Auch der Vergleich mit der Aktiengesellschaft bestärkt diese Auffassung, da gemäß § 180 II AktG alle Aktionäre der nachträglichen Einführung oder Verschärfung der Vinkulierungsklausel von Gesetzes wegen zustimmen müssen. Geht es um die spätere Aufhebung einer Vinkulierung, so besteht auch bei der GmbH Einigkeit darüber, dass hierfür die satzungsändernde Mehrheit genügen soll.¹⁶⁶

Vinkulierungen, die nicht in der Satzung einer Gesellschaft enthalten sind, entfalten lediglich eine schuldrechtliche Wirkung. Sie verhindern also nicht die Wirksamkeit der Abtretung und stellen folglich auch keinen geeigneten Schutz dar.

3. Entscheidungs- und Erteilungszuständigkeit

Die Zustimmung zur Abtretung eines Geschäftsanteils an sich ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die gemäß § 182 I BGB sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber erklärt werden kann und die mit dem Zugang beim Erklärungsempfänger ihre volle Wirkung entfaltet. Sie bedarf keiner besonderen Form und kann auch konkludent erteilt werden, etwa durch Einladung zur Gesellschafterversammlung

¹⁶² Lutter/Bayer, in: Lutter/ Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 15 Rn. 44

¹⁶³ Bejahend: Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 108 m. w. N.

¹⁶⁴ RGZ 68, 211; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 30 Rn. 10; Memento, Gesellschaftsrecht für die Praxis, Nr. 3175; Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 6

¹⁶⁵ So das OLG Dresden, GmbHR 2004, S. 1080.

¹⁶⁶ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 30 Rn. 10

oder durch Zusendung eines Anteilsscheins.¹⁶⁷ Die Zuständigkeit für die Genehmigung regelt das GmbHG selbst nicht. Eine Aufteilung der Zuständigkeiten in eine Entscheidungszuständigkeit im Innen- und eine Erteilungszuständigkeit im Außenverhältnis ist für eine genaue Untersuchung unumgänglich.

Bei der Aktiengesellschaft besteht aufgrund der klaren gesetzlichen Regelung in § 68 II 2, 3 AktG kein großer Spielraum bezüglich der Zuständigkeiten im Zustimmungsverfahren: Gemäß § 68 II 2 AktG ist für die Erteilung grundsätzlich der Vorstand zuständig, eine Bevollmächtigung anderer ist jedoch möglich. Auch die Entscheidungszuständigkeit liegt grundsätzlich in der Hand des Vorstandes. Diese Kompetenzzuweisung bezweckt, dass die Verkehrsfähigkeit vinkulierter Namensaktien nicht durch eine weiträumige Sitzungsfrequenz anderer Organe beeinträchtigt wird.¹⁶⁸ Gemäß § 68 II 3 AktG kann jedoch die Satzung diese Zuständigkeit im Innenverhältnis auch, aber auch nur ausschließlich, dem Aufsichtsrat oder der Hauptversammlung übertragen.¹⁶⁹

Etwas diffiziler stellt sich das Zustimmungsverfahren aufgrund der lückenhaften gesetzlichen Regelung bei der GmbH dar. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass im Außenverhältnis die organschaftliche Vertretungsmacht des Geschäftsführers nach § 35 I GmbHG greift, während im Innenverhältnis diese Befugnis im Zweifel von einem entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung abhängig ist. Dies gilt jedoch auch nur für das Innenverhältnis, da gemäß § 37 II GmbHG die entgegen einem Gesellschafterbeschluss abgegebene Erklärung im Außenverhältnis stets wirksam ist.¹⁷⁰ Da § 15 V GmbHG lediglich die Genehmigung der Gesellschaft als Beispiel nennt, über das weitere Prozedere jedoch keine Aussage trifft, ist viel Platz für diverse Auslegungs- und Regelungsalternativen.

a. Zustimmung der Gesellschaft

Fordert die Vinkulierungsklausel einer Satzung beispielsweise die Zustimmung der Gesellschaft, was angesichts der Gesetzesformulierung auch naheliegt, bedarf dies der Auslegung. Dabei ist zu klären, ob die Geschäftsführung, die nach § 35 I 1 GmbHG die Gesellschaft nach außen vertreten kann, dann stets zuständig ist und wenn ja, ob sie nach

¹⁶⁷ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 23; Mayer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 534

¹⁶⁸ Hüffer, Aktiengesetz, § 68 Rn. 15

¹⁶⁹ Wiedemann, Die Übertragung, S. 104

¹⁷⁰ Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 268

eigenem Ermessen handeln darf oder zusätzlich ihrerseits im Innenverhältnis die Gesellschafterversammlung zu befragen hat.¹⁷¹

Nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur bedarf der Geschäftsführer einer personalistisch geprägten GmbH im Innenverhältnis grundsätzlich eines zustimmenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung, während dies bei einer Publikumsgesellschaft jedoch nicht erforderlich sei.¹⁷² Dem ist, angesichts der klaren Regelung in § 46 Nr. 4 GmbHG, der anderweitige Veränderungen von Geschäftsanteilen der Entscheidungsgewalt der Gesellschafterversammlung unterwirft, auch zuzustimmen. Im Außenverhältnis soll die Geschäftsführung die Zustimmung selbst dann wirksam erteilen können, wenn ein Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht vorliegt, da sich der Bewerber aus Rechtssicherheitsgründen auf die Zusage des Geschäftsführers verlassen können muss.¹⁷³ Nach herrschender Meinung sind dabei jedoch die allgemeinen Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht nach §§ 166 ff. BGB zu beachten.¹⁷⁴ Spricht der Gesellschaftsvertrag also schlicht von der Zustimmung der Gesellschaft, so ist im Zweifelsfall von einem Zustimmungserfordernis durch die Gesellschafterversammlung auszugehen.¹⁷⁵

Um derartige Unklarheiten und auslegungsbedürftige Situationen zu vermeiden und um von Anfang an für Rechtssicherheit zu sorgen, empfiehlt es sich, die Zuständigkeiten in der Satzung genau zu regeln und das Zustimmungsprozedere exakt festzulegen. Von einer Vinkulierungsklausel, die generell die Zustimmung der Gesellschaft fordert, ist folglich aufgrund der vielen Unwägbarkeiten abzuraten.

b. Individualvinkulierung

Eine andere, in der Praxis häufig zu findende Formulierung ist, dass „alle Gesellschafter“ der Übertragung eines Geschäftsanteils zustimmen müssen. Dies bedeutet, dass jeder Gesellschafter unabhängig von der Höhe seines Anteils die Entscheidungszuständigkeit

¹⁷¹ Meyer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 220

¹⁷² Reichert, Das Zustimmungserfordernis, S. 59; Koch, Vinkulierung, S. 39; a. A. Wiedemann, Die Übertragung, S. 104; Kellner, Die Kontrolle, S. 11 f., die beide angesichts der Problematik, wo die Grenze zwischen kapitalistisch und personalistisch strukturierter Gesellschaft liegen sollen, stets einen internen Gesellschafterbeschluss fordern.

¹⁷³ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 533

¹⁷⁴ BGH, NJW 1988, S. 2241; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15 Rn. 42; Ebbing, in: Michalski, GmbHG, § 15 Rn. 143

¹⁷⁵ Friedrichsen/Kollmorgen, in: David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/Teichmann, Gesellschaftsrecht, S. 200

besitzt und mit der Abtretung einverstanden sein muss. Diese als Individualvinkulierung bezeichnete Klausel stellt die strengste und damit auch sicherste Regelungsvariante dar.¹⁷⁶

Fraglich ist jedoch, ob diese sehr starke Bindung auch stets dem Interesse der Gesellschafter entspricht. Letztendlich stellt diese Vinkulierungsvariante nämlich nichts anderes als ein Vetorecht dar, d. h. man macht die Veräußerlichkeit seines Anteils also vom guten Willen eines jeden Mitgesellschafters abhängig. Dabei ist nicht auszuschließen, dass persönliche Abneigungen zwischen einzelnen Gesellschaftern oder andere sachfremde zwischenmenschliche Gründe eines Gesellschafters auf eine derart wichtige Entscheidung mit durchschlagender Wirkung Einfluss nehmen.

Neben all den Sicherungsinteressen, die die Gesellschaft gegenüber neuen Gesellschaftern schützen soll, darf auch nicht vergessen werden, dass der Geschäftsanteil neben dem Inbegriff der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters immer auch das private Kapital eines Gesellschafters darstellt. Eine persönliche Lebenskrise oder andere finanzielle Tiefschläge im persönlichen Bereich können den Wunsch bei einem Gesellschafter wachsen lassen, seinen Anteil zu veräußern und diese Finanzmittel anderweitig zu gebrauchen. Stellt sich dann bei der Individualvinkulierung nur ein einziges Mitgesellschafter quer, weil für ihn die Interessen der Gesellschaft die persönlichen Interessen des veräußerungswilligen Gesellschafters überwiegen, ist eine Übertragung des Gesellschaftsanteil zumindest vorübergehend nicht möglich.

Bezüglich der Erteilungszuständigkeit im Außenverhältnis gilt, dass diese nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich bei dem Organ liegt, das auch für die Entscheidung zuständig ist. Zwar ist aufgrund seiner Stellung auch in diesem Fall der Geschäftsführer neben der Gesellschafterversammlung berechtigt, den Beschluss nach außen mitzuteilen, jedoch gibt es einen erheblichen Unterschied zur Formulierung „die Gesellschaft“: Während wie bereits bei D.I.3.a. aufgezeigt, die Zustimmung des Geschäftsführers nach außen aus Rechtsschutzgründen bei dieser Formulierung als wirksam angesehen wird, kann davon hier nicht ausgegangen werden. Die Formulierung „alle Gesellschafter“ zeigt möglichen Anteilserwerbern, dass es eines besonderen Verfahrens bedarf, bei dem die Genehmigung eines jeden Mitglieds der Gesellschafterversammlung eingeholt werden muss. Ihr Vertrauen in Äußerungen der Geschäftsführung, die nach der Satzung in diesem Fall offensichtlich nicht entscheidungsberechtigt ist, ist dann weniger schützenswert. Erteilt also die Geschäftsführung

¹⁷⁶ Ehlke, DB 1995, S. 561

bei Individualvinkulierung die Zustimmung ohne wirksamen Beschluss, so kommen stets die Regeln über den Vertreter ohne Vertretungsmacht zur Anwendung und die Zustimmung ist nach § 177 I BGB schwebend unwirksam.¹⁷⁷ Der Schutz gegen Alleingänge der Geschäftsführung wäre bei der Individualvinkulierung folglich deutlich besser, als bei einem reinen Zustimmungserfordernis der Gesellschaft zu beurteilen.

c. Zustimmung der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung

Eine weitere Möglichkeit der Vinkulierung besteht darin, die Wirksamkeit der Übertragung an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung der GmbH bzw. der Hauptversammlung der AG zu binden.¹⁷⁸ Diese Variante unterscheidet sich von der Individualvinkulierung darin, dass die erforderliche Mehrheit nicht wie bei der Einstimmigkeit statisch ist, sondern zwischen verschiedenen Mehrheitserfordernissen gewählt werden kann. Sagt das Statut nichts über die erforderliche Mehrheit aus, so geht sowohl die herrschende Meinung¹⁷⁹ als auch die Rechtsprechung¹⁸⁰ davon aus, dass die einfache Mehrheit in Anlehnung an § 47 I GmbHG für die Erteilung der Zustimmung genügen soll.

Die von Omlor vertretene Ansicht¹⁸¹ legt § 15 V GmbHG nach seinem Sinn und Zweck so aus, dass im Zweifel eine satzungsändernde Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der Gesellschafter ihre Zustimmung erteilen muss, sofern die Zustimmung der Gesellschaft gefordert ist. Der statutarische Vinkulierungsschutz würde sonst zulasten von Minderheitsgesellschaftern unangemessen ausgehöhlt. Darüber hinaus müsse die Umsetzung der Vinkulierung im Einzelfall den gleichen Hürden unterliegen wie ihre vollständige Aufhebung.

Eher eine absolute Mindermeinung dürfte in diesem Zusammenhang die Forderung von Zutt¹⁸² sein, der in Fällen mit besonderer Bedeutung der persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander stets einen einstimmigen Beschluss der Gesellschafter fordert. Nicht nur die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit, wann ein solcher besonderer Fall vorliegen soll, sondern auch die funktionellen Schwierigkeiten, die ein derartiges faktisches Vetorecht mit sich bringt, führen letztendlich dazu, diese Ansicht abzulehnen.

¹⁷⁷ BGH, WM 1998, S. 706; BGH, NJW 1988, S. 2241; Koch, Vinkulierung, S. 46

¹⁷⁸ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410

¹⁷⁹ Natterer, in: Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, S. 103; Kellner, Die Kontrolle, S. 27; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 30 Rn. 11; Wiedemann, Die Übertragung, S. 98

¹⁸⁰ BGHZ 15, 324; BGHZ 32, 35; BGHZ 48, 167

¹⁸¹ Omlor, Verkehrsschutz, S. 80 f.

¹⁸² Zutt, in: Hachenburg, GmbHG, § 15 Rn. 114

Zu folgen ist schließlich der vorherrschenden Ansicht: Zwar ist Omlor insoweit zuzustimmen, dass § 47 I GmbHG lediglich Mindestanforderungen festsetzt, die in bestimmten Fällen den Schutz der Mitgesellschafter, insbesondere der Minderheitsgesellschafter, nicht zu gewährleisten vermögen. Dies kann jedoch nicht so weit gehen, ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung dabei stets das Erfordernis einer satzungsändernden Mehrheit anzunehmen. Schließlich können die Mitgesellschafter ihrem Schutzbedürfnis auch dadurch nachkommen, indem sie das Erfordernis der satzungsändernden Mehrheit für den Zustimmungsbeschluss mit in das Statut aufnehmen. Machen sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, muss davon ausgegangen werden, dass sie diesen weitergehenden Schutz, der schließlich auf der anderen Seite stets die freie Verfügbarkeit der Geschäftsanteile weiter einschränkt, nicht wollten. Diese Entscheidung für oder gegen diese beschränkende Schutzmöglichkeit treffen die Gesellschafter bereits bei der Erstellung des Gesellschaftsvertrages, an dessen Regelungen sie sich dann auch zu halten haben.

Wegen der Existenz dieser Unsicherheiten in der Auslegung unvollständiger Klauseln ist unbedingt dazu zu raten, eine genaue Regelung über die erforderliche Mehrheit für die Zustimmung in den Gesellschaftsvertrag mit aufzunehmen. Infrage kommen hier neben der einfachen auch die qualifizierte Mehrheit oder eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit, wie sie § 53 II 1 GmbHG für Satzungsänderungen fordert. Zu welcher dieser verschiedenen Mehrheiten zu raten ist, ist von Fall zu Fall unterschiedlich zu beurteilen und hängt von verschiedenen Faktoren, wie zum Beispiel dem genauen Zweck der Vinkulierung oder dem personalistischen bzw. kapitalistischen Charakter der einzelnen Gesellschaft, ab. Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass eine Gesellschaft, die vinkuliert, offensichtlich vom gesetzlichen Grundsatz der freien Veräußerlichkeit von Geschäftsanteilen und Aktien abweichen will und lieber auf bestimmte Freiheiten bei der Übertragung verzichtet, um im Gegenzug eine gewisse Kontrolle über die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises zu gewinnen. Beachtet man diese Grundausrichtung, so scheint es auch sinnvoll, bei den Mehrheiten grundsätzlich den sichereren Weg, sprich den Weg der stärkeren Kontrolldichte, zu gehen und eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit in der Gesellschafterversammlung bzw. der Hauptversammlung für die Zustimmung zu fordern. Darüber hinaus zeigt ein Blick auf § 53 II 1 GmbHG, dass dem Gesetz diese $\frac{3}{4}$ -Mehrheit nicht fremd ist, sondern es diese für besonders wichtige Neugestaltungen, wie einer Satzungsänderung, selbst fordern.

Ähnlich weitreichende Folgen und grundlegende Veränderungen wie eine Satzungsänderung kann jedoch auch die hier behandelte Zustimmung und der darauf folgende Gesellschafterwechsel haben: Neue Interessen kommen in die Gesellschaft, Mehrheitsverhältnisse können sich ändern und besondere Charakteristika des alten Gesellschafters fallen weg. Je nach Grad der personalistischen Ausprägung der Gesellschaft kann dies durchaus ebenso große oder sogar größere Veränderungen als eine Satzungsänderung hervorrufen. Es erscheint also durchaus sinnvoll, nicht nur für Satzungsänderungen, sondern auch für Veränderungen im Gesellschafterkreis die Zustimmung von $\frac{3}{4}$ der Gesellschafter zu fordern.

Der Vorteil dieser Lösung gegenüber der Individualvinkulierung liegt auf der Hand: Es vereint das Sicherheitsdenken der Individualvinkulierung, schließlich bedarf es einer deutlichen Mehrheit, um einen neuen Gesellschafter in die Gesellschaft zu bringen mit der Flexibilität einer Mehrheitenlösung, die nicht von einzelnen Quertreibern blockiert werden kann und die dem Gesellschafter mehr Freiheit zugesteht.

Bezüglich der Erteilungszuständigkeit besteht Uneinigkeit darüber, ob auch die Gesellschafterversammlung die Zustimmung erteilen kann oder gar erteilen muss, wenn der Gesellschaftsvertrag diese als Entscheidungsorgan für die Zustimmung vorsieht.

Teile der Rechtslehre gehen davon aus, dass in einem solchen Fall allein die Gesellschafterversammlung die Zustimmung nach außen erteilen kann. Sie sei anstelle des Geschäftsführers in diesen Fällen dazu berufen, die Zustimmung mit Außenwirkung zu erklären.¹⁸³ Der andere Teil hingegen ist der Ansicht, dass auch in dieser Konstellation die Erteilungszuständigkeit allein beim Geschäftsführer liegt. Die Gesellschafterversammlung besitze allein die Kompetenz zur Entscheidung, nicht jedoch zur Erteilung der Genehmigung.¹⁸⁴

Zu folgen ist hierbei der zweiten Meinung: Ein Blick ins gesetzlich genauer geregelte Aktienrecht zeigt, dass auch § 68 II 2 AktG die Erteilungszuständigkeit nicht der Hauptversammlung, sondern stets und ohne anderweitige Zuordnungsmöglichkeit dem Vorstand als vertretendes Organ zuspricht.¹⁸⁵ Darüber hinaus besagt § 35 I GmbHG, dass

¹⁸³ OLG Koblenz, DB 1989, S. 672; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15 Rn. 42; Winter/Löbke, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 237

¹⁸⁴ RGZ 104, 414; RGZ 160, 231; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 15 Rn. 106; Wiedemann, Die Übertragung, S. 103; Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 15 Rn. 47

¹⁸⁵ Memento, Gesellschaftsrecht für die Praxis, Nr. 4349

allein der Geschäftsführer die Gesellschaft im Außenverhältnis vertritt. Liegt folglich keine ausdrückliche, anders lautende gesellschaftsvertragliche Vereinbarung vor, muss diese gesetzliche Regelung als Grundsatz der Vertretung gelten. Da wie oben bereits aufgezeigt durch die Vertretung der Gesellschaft bei der Erteilung der Zustimmung durch den Geschäftsführer keine weiteren Nachteile entstehen – schließlich greifen die Regeln zur Vertretung ohne Vertretungsmacht – erscheint es nicht nachvollziehbar, warum hier von der sonst üblichen und für den Rechtsverkehr gewohnten Vertretungsmacht abgewichen werden sollte.

Angesichts der dabei bestehenden Meinungsverschiedenheiten und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten wird die hier zu entwickelnde Vinkulierungsklausel auch eine ausdrückliche Regelung über die Erteilungszuständigkeit enthalten. Den oben entwickelten Ergebnissen folgend wird diese die Erteilungszuständigkeit allein der Geschäftsführung zuweisen.

d. Zustimmung der Geschäftsführung/des Vorstands

Denkbar und gesetzlich zulässig ist es auch, die Entscheidungskompetenz für die Zustimmung zur Übertragung von Geschäftsanteilen ganz den Gesellschaftern zu entziehen und sie stattdessen auf die Geschäftsführung der GmbH zu übertragen. Dies hätte jedoch zur Folge, dass die Gesellschafter jeglichen Einfluss – ausgenommen des beschwerlichen Weges über die Satzungsänderung – auf die Gesellschafterzusammensetzung verlören. Allein die Zustimmungserklärung der Geschäftsführung im Außenverhältnis würde zählen, wohingegen eine anders lautende Entscheidung der Gesellschafter im Innenverhältnis völlig irrelevant wäre.¹⁸⁶ Angesichts der großen Risiken und der unterschiedlichsten Interessen, die durch einen Gesellschafterwechsel berührt sein können, erscheint es aus der Sicht der Gesellschafter wenig sinnvoll, diese wichtige Entscheidung aus den Händen zu geben. Nur in Sonderfällen, wenn z. B. die Gesellschafter aufgrund von Krankheit oder sehr weiter Entfernung untereinander nur schwer in der Lage wären, diese Aufgabe wahrzunehmen, wäre zu dieser Vertragsgestaltung zu raten. Wird diese seltene Konstellation trotzdem gewählt, vereinen sich Entscheidungs- und Erteilungszuständigkeit in der Person der Geschäftsführung der jeweiligen GmbH.

¹⁸⁶ Koch, Vinkulierung, S. 51

e. Zustimmung des Aufsichtsrates

Ähnlich verhält es sich bei der Übertragung der Erteilungszuständigkeit auf den Aufsichtsrat. Dieser gehört bei der Aktiengesellschaft nach § 95 I AktG zu den unverzichtbaren Organen und kann auch bei der GmbH fakultativ im Gesellschaftsvertrag nach § 52 GmbHG einberufen werden.¹⁸⁷ Eine Übertragung dieser Kompetenz bei der AG ist gesetzlich ausdrücklich in § 68 II 3 AktG erlaubt und problemlos durchführbar. Ähnlich wie bei der Übertragung auf die Geschäftsführung scheint es jedoch bei der GmbH auch hierbei nicht angebracht, derartige Fragen, die den Kernbereich der Gesellschaft betreffen, aus der Hand der Gesellschafter zu geben. Die Erteilungszuständigkeit liegt in einem solchen Fall beim Vorstand der AG bzw. bei der Geschäftsführung einer GmbH.¹⁸⁸

f. Zustimmung eines Ausschusses

Als weitere Formulierungsvariante ist an die Zuweisung der Entscheidungskompetenz an einen Ausschuss der Gesellschafterversammlung zu denken. Dieser hat den Vorteil, dass nicht alle Gesellschafter sich dieser Aufgabe stellen müssen und dass schneller und einfacher eine Entscheidung getroffen werden kann. Auf der anderen Seite bedeuten weniger Gesellschafter, die neue Gesellschafter prüfen, auch weniger Kontrolle und damit auch weniger Sicherheit. Wie jedoch bereits oben aufgezeigt wurde, liegt das Hauptinteresse bei vinkulierenden Gesellschaftern eben grundsätzlich darin, einen möglichst hohen Grad an Sicherheit zu erreichen. So kann diese Lösung zwar die Gesellschaft beispielsweise davor schützen, von ausländischem Kapital überschwemmt zu werden, schließlich kann dies auch der Ausschuss erkennen, Abneigungen oder Vorbehalte eines Einzelnen gegen den möglichen Erwerber kann der Ausschuss jedoch nicht berücksichtigen, da er diese im Zweifel gar nicht kennt. Genau dies kann jedoch zu Problemen und Streitigkeiten im Gesellschafterkreis und somit zu gesellschaftsschädlichen Veränderungen führen.

g. Zustimmung eines einzelnen Gesellschafters

Äußerst problematisch erscheint auch die Art der gesellschaftsvertraglichen Vinkulierung, die die Entscheidungskompetenz auf einen einzelnen Gesellschafter überträgt. Denkbar ist dies ohnehin nur beim Familienoberhaupt einer Familiengesellschaft, da sich die übrigen

¹⁸⁷ Seeliger, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 5 Rn. 13

¹⁸⁸ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410

Gesellschafter ansonsten wohl nicht darauf einlassen würden, einem Gesellschafter in Sachen Gesellschafterstruktur freie Hand zu lassen. Aufgrund der offensichtlichen Nachteile, die diese Alleinentscheidungsmacht eines einzelnen Gesellschafters mit sich bringt, kann diese nur in absoluten Ausnahmefällen sinnvoll sein. Bei der AG ist dies schon nach § 68 II 3 AktG nicht möglich.

h. Zustimmung eines Dritten

Bei der Zuweisung der Entscheidungskompetenz an einen unbeteiligten Dritten, z. B. an einen großen Kreditgeber, gibt es bereits unterschiedliche Ansichten darüber, ob eine derart lautende Satzungsregelung überhaupt zulässig ist. Während eine Ansicht dies mit dem Hinweis darauf, dass es sich dabei um ein gesellschaftliches Recht handle, das gesellschaftsfremden Personen nicht zustehe, ablehnt,¹⁸⁹ geht die herrschende Meinung zumindest für die GmbH von deren grundsätzlichen Zulässigkeit aus.¹⁹⁰ Die Zustimmung nach § 15 V GmbHG sei demnach kein spezifisch gesellschaftliches Recht, dass nur von Mitgesellschaften ausgeübt werden könne; insbesondere gehöre die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Zustimmungsbefugnis nicht zu den unabdingbaren Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung.¹⁹¹

Bei der AG ist dies schon nach dem engen Wortlaut des § 68 II 3 AktG nicht möglich, der eine Übertragung der Erteilungszuständigkeit vom Vorstand nur auf den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung zulässt. Schon die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Übertragbarkeit der Erteilungszuständigkeit bei der Aktiengesellschaft ausdrücklich begrenzt hat, zeigt, dass er eine solche Begrenzung bei der GmbH gerade nicht wollte. Hätte dieser die Übertragbarkeit auch bei der GmbH begrenzen wollen, hätte er dies wie bei der AG jederzeit regeln können. Letztendlich führt das Fehlen gesetzlicher Beschränkungen für die Übertragbarkeit des Zustimmungserfordernisses dazu, dass von dessen freier Übertragbarkeit auszugehen ist. Die gilt sowohl für gesellschaftsinterne als auch für gesellschaftsexterne Personen.

Als allgemeines Formulierungsmuster kann es angesichts der bereits erörterten Unsicherheiten bei der Übertragung der Zuständigkeit auf einzelne Nichtgesellschafter

¹⁸⁹ Winter/Löbke, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 240; Wiedemann, Die Übertragung, S. 104; Kellner, Die Kontrolle, S. 9 m. w. N.

¹⁹⁰ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15 Rn. 38; Lessmann, GmbH 1985, S. 185; Koch, Vinkulierung, S. 52

¹⁹¹ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 12

selbstverständlich nicht empfohlen werden. Angesichts der Tatsache, dass die Gesellschafter ihre wichtigsten Entscheidungen über die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises dadurch einem Dritten überlassen würden, ist allerdings sowieso davon auszugehen, dass das Interesse der Gesellschafter nur in absoluten Ausnahmefällen dahingehend gerichtet sein wird. Für die Entwicklung eines grundsätzlichen Formulierungsmusters kann dies keinesfalls angenommen werden.

4. Mitwirkung des veräußerungswilligen Gesellschafters und des Erwerbers

Wie die obige Untersuchung gezeigt hat, bietet es sich unter Abwägung aller Interessen sowie aller Freiheits- und Sicherheitserwägungen an, die Übertragung von Mitgliedschaften an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ zu binden. In einem solchen Fall stellt sich dann natürlich die Frage, ob der veräußerungswillige Gesellschafter an der Abstimmung teilnehmen darf oder nicht.

Ein Teil der Literatur¹⁹² lehnt es ab, dem veräußerungswilligen Gesellschafter ein Stimmrecht in diesem Verfahren zuzusprechen, da bei diesem eine Interessenkollision vorliege und Minderheitsgesellschafter dann schutzlos dem Willen eines starken Gesellschafters ausgeliefert wären.

Die herrschende Rechtslehre¹⁹³ hingegen bejaht das Stimmrecht des austrittswilligen Gesellschafters in der Gesellschafterversammlung auch dann, wenn es dabei um die Zustimmung zu seinem Veräußerungsgeschäft geht. Zwar erkennt man auch hier, dass der Gesellschafter selbstverständlich nicht ausschließlich objektive Interessen zum Schutz der Gesellschaft vertreten wird – schließlich wird er sich gegenüber dem Erwerber bereits schuldrechtlich verpflichtet haben, den gegenständlichen Gesellschaftsanteil zu übertragen – jedoch stelle dies nicht unbedingt ein Handeln zu Lasten der Gesellschaft dar. Bedenkt man, dass die Übertragung des Gesellschaftsanteils in erster Linie ein Weg für einen austrittswilligen Gesellschafter ist, um die Gesellschaft zu verlassen, so kann es auch nicht im Interesse der Gesellschaft sein, diesen zwangsweise in der Gesellschaft zu binden.¹⁹⁴

Der überwiegenden Meinung in der Literatur ist hier zu folgen, da der austrittswillige Gesellschafter bei der Entscheidung, ob er weiter Gesellschafter sein soll oder nicht, nicht

¹⁹² Insbesondere Zöllner, Die Schranken, S. 246

¹⁹³ BGHZ 48, 167; Wiedemann, Die Übertragung, S. 99 m. w. N.

¹⁹⁴ Zu den negativen Folgen einer zwangsweisen Bindung siehe unter E. I. 1. g.

ausgeschlossen werden kann, sondern sein Stimmrecht als Mitverwaltungsrecht ausüben dürfen muss. Es darf dabei nicht vergessen werden, dass eine ablehnende Entscheidung gegen den neuen Gesellschafter stets bedeutet, dass der alte Gesellschafter zumindest vorübergehend seinen Verpflichtungen aus dem Gesellschafterverhältnis weiter nachkommen müsste. Zwar muss er dies auch, wenn er trotz Mitwirkung überstimmt wird, dieser demokratische Prozess wird für ihn jedoch wesentlich leichter nachvollziehbar sein, als wenn über seinen Kopf hinweg und ohne Beteiligungsmöglichkeit für ihn über seine Zukunft entschieden wird. Diese subjektive Nachvollziehbarkeit kommt letztendlich auch dem Frieden in der Gesellschaft zugute und sorgt auch im Falle der Ablehnung dafür, dass die Gesellschaft weiterhin handlungsfähig bleibt. Aus diesen Gründen ist auch das Argument der Mindermeinung zum Minderheitenschutz abzulehnen. Zwar erscheint es auf den ersten Blick ein durchaus edles Ansinnen, auch die beteiligungsmäßig schwächeren Gesellschafter zu schützen, dies kann jedoch nicht so weit gehen, ihnen größtenteils die Entscheidung zu überlassen und die Belange des starken Gesellschafter, der in erster Linie von der Entscheidung betroffen wäre, ganz in die Hände einzelner Minderheitsgesellschafter zu legen. Auch aus diesem Grund wurde oben die höchste diskutierte Mehrheit von $\frac{3}{4}$ als die geeignetste Variante ausgewählt, da hier die größte Chance für Minderheitsgesellschafter besteht, die erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu verhindern.

Um sämtliche Unwägbarkeiten in diesem Zusammenhang zu vermeiden, wird die hier zu entwickelnde erweiterte Vinkulierungsklausel das Stimmrecht des veräußerungswilligen Gesellschafters bei der Abstimmung über die Erteilung der Zustimmung ausdrücklich erwähnen.¹⁹⁵

Ein Stimmrecht des Erwerbers, das ihm durchaus zustehen würde, wenn er bereits über Anteile verfügen würde und das von der herrschenden Meinung¹⁹⁶ auch bejaht wird, ist hingegen abzulehnen. Die hier vertretene Ansicht ergibt sich aus folgender Interessenabwägung: Zwar ist der Erwerber nicht mehr oder weniger befangen als der veräußerungswillige Gesellschafter, im Gegensatz zu diesem hängt jedoch nicht seine bestehende Stellung als Gesellschafter vom Ausgang der Abstimmung ab, da dieser – mit welcher Beteiligungshöhe auch immer – Gesellschafter der Gesellschaft ist und bleibt. Diese weniger starken Auswirkungen für den Erwerber, der bereits auch Gesellschafter ist, führen

¹⁹⁵ Entgegen der Empfehlung von Haasen, in: Lorz/Pfisterer/Gerber, Formularbuch, S. 157.

¹⁹⁶ Koch, Vinkulierung, S. 49

letztendlich dazu, dass dieses geringer einzuordnende Interesse des Erwerbers im Vergleich zum Veräußerer hinter dem Interesse der Gesellschaft an einer möglichst objektiven Abstimmung zurücktreten muss. Das Stimmrecht des bereits beteiligten Erwerbers in der Gesellschafterversammlung ist aus diesem Grunde abzulehnen.

5. Anspruch auf Zustimmung

Ein weiteres Problem im Zustimmungsverfahren stellt die Frage dar, ob die Verweigerung der Zustimmung eines bestimmten Grundes bedarf oder ob der veräußerungswillige Gesellschafter gar einen Anspruch auf die Zustimmung haben könnte. Wird letzteres bejaht, so ist darüber hinaus zu klären, ob dieser Anspruch letztendlich auch vom Erwerber geltend gemacht werden könnte.

a. Kein Recht auf Zustimmung

Als Grundsatz lässt sich festhalten, dass den Mitgesellschaftern ein gerichtlich begrenzt überprüfbares Ermessen hinsichtlich der Erteilung oder der Verweigerung der Zustimmung zusteht, das Raum für diverse Motive lässt und dessen Grenzen allenfalls die gesellschaftliche Treuepflicht und die Maßstäbe des Rechtsmissbrauches bilden.¹⁹⁷ Ein Anspruch auf Zustimmung besteht also grundsätzlich nicht, vielmehr dürfen sich die Mitgesellschafter bei der Ausübung ihres pflichtgemäßen¹⁹⁸ Ermessens von sämtlichen wirtschaftlichen sowie finanz- und gesellschaftspolitischen Motiven leiten lassen.

b. Ausnahmen

Der Veräußerer hat lediglich einen Anspruch darauf, dass die Organe, denen die Erteilungszuständigkeit zugesprochen wurde, in angemessener Frist eine Entscheidung über die Zustimmung herbeiführen. Er kann sie jedoch nicht zur Erteilung dieser verpflichten.¹⁹⁹

Von dieser Grundregel gibt es allerdings zwei Ausnahmen, die bei ihrem Vorliegen das Ermessen der Gesellschafter auf Null reduzieren und sogar einen Anspruch auf Zustimmung beinhalten können.

¹⁹⁷ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15 Rn. 46; Meyer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 220

¹⁹⁸ OLG Hamm, NJW-RR 2001, S. 111

¹⁹⁹ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 16

(1). Willkür, Treupflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz

Begrenzt wird das Ermessen der Gesellschafter insbesondere durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs in § 242 BGB, der den veräußerungswilligen Gesellschafter vor willkürlichen Entscheidungen der anderen Gesellschafter schützen soll sowie durch die gesellschaftliche Treupflicht und die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes²⁰⁰. Maßgeblich hierfür sind die Größe des abgetretenen Anteils, der Charakter der Gesellschaft und vor allem der Zweck, dem die Vinkulierung entspringt.²⁰¹ Berücksichtigt die Mehrheit die durch das Gleichbehandlungsgebot und die gesellschaftliche Treupflicht geschützten Interessen der Minderheit nicht ausreichend, so wird dadurch der Anspruch auf Zustimmung verletzt und die ermessensfehlerhafte Entscheidung der Gesellschaft kann nach § 243 I AktG analog anfechtbar sein.²⁰² Ob ein derartiger Ausnahmefall vorliegt, kann dann selbstverständlich nur unter Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten des Einzelfalls geprüft werden und bedarf einer besonderen Untersuchung der individuellen Merkmale der streitgegenständlichen Gesellschaft.

(2). Verweigerungsgründe im Statut

Häufiger als die in (1). genannte Ausnahme vom Grundsatz des freien Ermessens kommt es vor, dass generelle oder auch spezielle Gründe im Gesellschaftsvertrag verankert sind, bei deren Vorliegen die Zustimmung verweigert werden darf oder erteilt werden muss.²⁰³ Die ursprüngliche Zulässigkeit für diese Regelungen ergibt sich bei der GmbH aus der weiten Fassung des § 15 V GmbHG, für die Aktiengesellschaft erlaubt dies ausdrücklich § 68 II 4 AktG. Die Kriterien reichen in der Praxis dabei von „nicht grundlos“ bis zu genauen Beschreibungen wie „Nichtzugehörigkeit zu einer bestimmten Familie“ oder „fehlende Solvenz des Erwerbers“. Ist der Gesellschafter wiederum eine Gesellschaft, so findet sich auch die Regelung, dass die Zustimmung „nur dann zu erteilen ist, wenn an eine Mutter- oder Tochtergesellschaft abgetreten werden soll“.²⁰⁴ Diese im Statut verankerten Kriterien führen dazu, dass bei einer Sachlage, in der diese negativen Voraussetzungen nicht erfüllt sind bzw. die positiven Voraussetzungen vorliegen, das Ermessen der Gesellschafter bezüglich der

²⁰⁰ OLG Hamm, NZG 2000, S. 1185; Besonders hervorgehoben ist dieser Grundsatz bei der Aktiengesellschaft in § 53 a AktG.

²⁰¹ Wiedemann, Die Übertragung, S. 106

²⁰² Kellner, Die Kontrolle, S. 122

²⁰³ Kowalski, GmbHR 1992, S. 347

²⁰⁴ Koch, Vinkulierung, S. 53

Ablehnung der Zustimmung auf Null reduziert wird und der austrittswillige Gesellschafter einen Anspruch darauf hat, die Genehmigung der Gesellschafterversammlung zur beabsichtigten Anteilsveräußerung zu erhalten.²⁰⁵

c. Kein Zustimmungsanspruch des Erwerbers

Der Erwerber des Gesellschaftsanteils kann diesen Anspruch hingegen nicht geltend machen, da er nicht Partei des Gesellschaftsvertrages ist und somit nicht Inhaber dieses Anspruchs als unselbstständiger Bestandteil der Mitgliedschaft sein kann. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn er bereits als Inhaber anderer Anteile Gesellschafter und somit Berechtigter des Gesellschaftsvertrages wäre.²⁰⁶

d. Gerichtliche Ersetzung der Zustimmung

Selbstverständlich kann der durch eine dieser Ausnahmen bestehende Anspruch des übertragungswilligen Gesellschafters auch gerichtlich geltend gemacht werden. Wäre dies nicht möglich, gäbe es für den veräußerungswilligen Gesellschafter keine Möglichkeit, trotz Zustimmungsanspruch über seinen Geschäftsanteil zu verfügen. In diesem Fall wird die Zustimmung der Gesellschafterversammlung gemäß § 894 S. 1 ZPO als Willenserklärung durch das Urteil ersetzt. Gleiches gilt auch für die rechtsmissbräuchlich versagte Zustimmung bei der Aktiengesellschaft nach § 68 II AktG.²⁰⁷

6. Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung

Wird die gesellschaftsvertraglich geforderte Zustimmung der Gesellschafterversammlung nicht erteilt, so ist die dingliche Abtretung der Geschäftsanteile als unwirksam bzw. schwebend unwirksam nach §§ 413, 399 i. V. m. § 184 I BGB anzusehen, da es sich hierbei um eine echte Wirksamkeitsvoraussetzung handelt.²⁰⁸ Ein gutgläubiger Erwerb findet in diesem Fall grundsätzlich nicht statt.²⁰⁹ Dies bedeutet, dass die §§ 15 V GmbHG und 68 II 1

²⁰⁵ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn 22

²⁰⁶ Koch, Vinkulierung, S. 78

²⁰⁷ Memento, Gesellschaftsrecht für die Praxis, Nr. 4350

²⁰⁸ Semler, in: Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, S. 593; Lutter/Grunewald, Zur Umgehung, AG 1989, S. 110; Mayer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 534

²⁰⁹ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 30; Kowalski, GmbHR 1992, S. 347

AktG letztendlich eine Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB darstellen, der den Grundsatz enthält, dass Verfügungsbeschränkungen keine dingliche Wirkung entfalten dürfen.²¹⁰

Das schuldrechtliche Geschäft zwischen Veräußerer und Erwerber der Geschäftsanteile wird von der Vinkulierung jedoch nicht betroffen. Aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse hat das Rechtsgeschäft zwischen Gesellschaft und Veräußerer keinen schuldrechtlichen Einfluss auf das Rechtsgeschäft zwischen Veräußerer und Erwerber. Haben Veräußerer und Erwerber diese Möglichkeit bedacht und deshalb das Kausalgeschäft aufschiebend bedingt auf die Erteilung der Zustimmung abgeschlossen, so gibt es kein Nachspiel für den Veräußerer auf der Sekundärebene. Ist eine derartige Bedingung jedoch nicht vereinbart worden, haftet – soweit die Auslegung der Vereinbarung nichts Gegenteiliges ergibt – der Veräußerer dem Erwerber auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, es sei denn, dass der Erwerber deswegen nicht schutzwürdig ist, weil ihm die Vinkulierung bereits bei Vertragsschluss bekannt war (§ 442 BGB).²¹¹

II. Vererblichkeitsbeschränkungen

Wie im oberen Abschnitt aufgezeigt, bestehen sowohl für die Gesellschaft als auch für die Gesellschafter eine Vielzahl von Gründen dafür, die Übertragung eines Geschäftsanteils und den damit verbundenen Eintritt eines neuen Gesellschafters durch gesellschaftsvertragliche Vinkulierungen zu kontrollieren. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Vinkulierungen nach ganz überwiegender Ansicht dann nicht greifen, wenn der Geschäftsanteil nicht durch Rechtsgeschäft übertragen wird, sondern im Wege der Erbfolge auf Dritte übergeht.²¹² Dem ist schon angesichts des klaren Wortlauts von § 15 V GmbHG und § 68 II 1 AktG zu folgen, die eine Abtretung bzw. Übertragung der Geschäftsanteile, also eine rechtsgeschäftliche Verfügungshandlung, fordern. Ein derartiger rechtsgeschäftlicher Übergang liegt bei der Erbfolge jedoch nicht vor, da dabei die Geschäftsanteile im Wege der Universalsukzession nach § 1922 I BGB unmittelbar und von Gesetzes wegen auf die Erben übergehen.²¹³ Damit

²¹⁰ Ehlke, DB 1995, S. 561

²¹¹ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 28

²¹² Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 26; a. A. noch RGZ 80, 179

²¹³ Die gleiche Problematik stellt sich auch bei der ehelichen Gütergemeinschaft, bei der gemäß § 1416 II BGB die einzelnen Gegenstände der Ehegatten automatisch gemeinschaftlich werden, ohne dass eine rechtsgeschäftliche Übertragung vorgenommen werden müsste. Angesichts der Tatsache, dass die Übertragung des Anteils an den Ehegatten in der Regel durch einen Ausnahmetatbestand in der Vinkulierungsklausel ohnehin auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter zulässig sein soll, stellt diese Lücke im Geltungsbereich der Vinkulierungsklausel jedoch keine Gefahr für den Gesellschafterkreis dar und bedarf vorliegend keiner besonderen Regelung.

bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass die Testierfreiheit des Erblassers grundsätzlichen Vorrang vor den Gesellschaftsbelangen genießt.²¹⁴ Zu prüfen ist also, welche Regelungsinstrumente neben der Vinkulierung denkbar sind, um den Gesellschaftern die Möglichkeit zu geben, auch in den Fällen der erbrechtlich bedingten Gesamtrechtsnachfolge die Kontrolle über die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises zu behalten.

1. Grundsatz der freien Vererblichkeit

Ausgangspunkt hierfür ist der Grundsatz der freien Vererblichkeit von Geschäftsanteilen, der sich bei der Aktiengesellschaft aus ihrem Wesen als die typische Kapitalgesellschaft und für die GmbH aus § 15 I GmbHG ergibt. Im Statut der Gesellschaft kann weder die Vererblichkeit des Geschäftsanteils ausgeschlossen noch kann darin der unmittelbare Übergang auf einen Dritten außerhalb der Erbfolge bestimmt werden. Ebenfalls eine unzulässige Regelung stellen Vereinbarungen dar, die bestimmte Personen vom Erwerb von Todes wegen ausschließen wollen oder eine Einziehung von Todes wegen festsetzen.²¹⁵ Die Vererbung des Geschäftsanteils richtet sich also allein nach den erbrechtlichen Vorschriften, das heißt, er fällt in den Nachlass und das Mitgliedschaftsrecht geht auf den Erben über. Mehrere Erben erwerben den Geschäftsanteil einer Kapitalgesellschaft²¹⁶ als Erbengemeinschaft (§ 69 AktG, § 18 GmbHG). Anders verhält es sich allein bei Vermächtnissen. Da diese eine dingliche Abtretung der Erben zugunsten des Vermächtnisempfängers erforderlich machen, muss hier das gesellschaftsvertraglich statuierte Zustimmungserfordernis beachtet werden.²¹⁷

Strittig ist in diesem Zusammenhang, ob die Erben bereits mit dem Anfall der Erbschaft oder erst ab Eintragung in die Gesellschafterliste die mit der Mitgliedschaft verbundenen Rechte und Pflichten des verstorbenen Gesellschafters ausüben können. Eine Ansicht geht dabei davon aus, dass die Erben bereits vor Eintragung in die Gesellschafterliste im Wege der Universalsukzession und aufgrund der Tatsache, dass der Erblasser in der Gesellschafterliste eingetragen ist, auch gegenüber der Gesellschaft alle Mitgliedschaftsrechte ausüben

²¹⁴ Lessmann, GmbHR 1986, S. 410

²¹⁵ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 540; Junker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung, S. 133

²¹⁶ Bei den Personengesellschaften hingegen erwerben mehrere Erben den Anteil in Teilen im Wege der Sonderrechtsnachfolge.

²¹⁷ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 69

können.²¹⁸ Zu folgen ist jedoch der Literaturmeinung, die den Erben erst dann alle Mitgliedschaftsrechte im Verhältnis zur Gesellschaft zuspricht, wenn diese auch in die Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) des Handelsregisters eingetragen wurden.²¹⁹ Die neue Fassung des durch das MoMiG geänderten § 16 I GmbHG, der das Verhältnis zwischen Gesellschaft und neuen Gesellschaftern explizit regelt, spricht allgemein von „Veränderungen in den Personen der Gesellschaftern“, die dann einer Eintragung in die Gesellschafterliste bedürften, um gegenüber der Gesellschaft als neuer Gesellschafter anerkannt zu werden. Dabei unterscheidet die Regelung eben gerade nicht, wodurch diese Veränderungen hervorgerufen werden, sodass sowohl rechtsgeschäftliche als auch gesetzliche Übertragungsvorgänge dieser Norm unterworfen sind. Im Verhältnis zur Gesellschaft erlangen die Erben somit erst dann die volle Anerkennung als neue Gesellschafter und somit auch erst dann ihre Mitgliedschaftsrechte, wenn sie auch als solche in die Gesellschafterliste im Handelsregister ordnungsgemäß aufgenommen wurden.

2. Erbaueinandersetzung und Vinkulierung

Zunächst ist zu beachten, dass zwischen vinkuliertem Geschäftsanteil und Anteil an der Erbengemeinschaft zu unterscheiden ist.²²⁰ Über seinen Anteil an der Erbengemeinschaft kann jeder Miterbe nach § 2033 I BGB grundsätzlich frei verfügen. Davon zu unterscheiden ist der Geschäftsanteil an der Gesellschaft. Dieser ist ein Nachlassgegenstand, über den einzelne Miterben gemäß § 2033 II BGB grundsätzlich nicht wirksam verfügen können.²²¹

Nachdem festgestellt wurde, dass eine direkte Einflussnahme auf die Vererbung durch eine Vinkulierung der Geschäftsanteile nicht möglich ist, stellt sich die Frage, ob die Vinkulierung jedoch dann greift, wenn im Rahmen der Erbaueinandersetzung oder anderweitig über einen Miterbenanteil verfügt wird und zum Nachlass ein Geschäftsanteil gehört.

Ein Teil der Literatur²²² bejaht in dieser Frage die Einschlägigkeit der Vinkulierungsklausel und somit die Zustimmungsbefähigung derartiger Rechtsgeschäfte. Da bei Verfügungen über den Miterbenanteil und bei der Erbaueinandersetzung weder Universalsukzession noch Anwachsung in Frage kämen, liege eindeutig eine rechtsgeschäftliche Übertragung vor, so

²¹⁸ Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 18

²¹⁹ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 64

²²⁰ BGHZ 92, 393

²²¹ Haberstroh, Gesellschaftsrechtliche Lösungen, S. 150

²²² Wiedemann, Die Übertragung, S. 94; Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 19

dass diese Zuordnungswechsel wie alle anderen Abtretungen einer Zustimmung bedürften. Dies ergebe sich auch aus dem Zweck der Vinkulierung, das Eindringen Dritter zu verhindern, sowie aus der Tatsache, dass die Gesellschaft nur den durch die frei Vererblichkeit geschaffenen Zustand gegen sich gelten lassen muss, nicht aber spätere Veränderungen der Erben.

Die Gegenseite²²³ verneint die Anwendung der Vinkulierungsklauseln im vorliegenden Fall und geht von einer genehmigungsfreien Übertragung aus. Begrifflich läge bereits keine Abtretung eines Gesellschaftsanteils, sondern die eines Miterbenanteils vor. Eine Genehmigungspflicht würde dabei die Verfügungsfreiheit des Erben unverhältnismäßig beeinträchtigen und den Rechtsverkehr erschweren.

Grundsätzlich ist der zweiten Ansicht zu folgen, allerdings ist dabei eine Differenzierung vorzunehmen. Die Lösung dieser Frage muss sich in erster Linie am Gegenstand orientieren, der übertragen werden soll und der keinesfalls immer gleich ist.

Besteht das Erbe, das auseinanderzusetzen ist, oder der Miterbenanteil der, übertragen werden soll, einzig und allein aus einem Gesellschaftsanteil, so lässt sich nicht von der Hand weisen, dass hierbei ein Geschäftsanteil oder Teile davon rechtsgeschäftlich übertragen werden sollen. Genau in diesem Fall bedürfen alle Gesellschafter – diese Stellung haben die Erben mit dem erbrechtlichen Übergang der Mitgliedschaft auf sie erworben – für die Übertragung von Geschäftsanteilen der Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Diese neuen Gesellschafter sind auch nicht schutzwürdiger als alle anderen Gesellschafter. Den Bonus, den das Gesetz in der Unbeschränkbarkeit der Vererblichkeit dem Erblasser zugesteht, soll diesen in seiner Testierfreiheit schützen, nicht den Erben aufgrund ihrer Stellung besondere Vorteile sichern.

Anders verhält es sich, wenn das Erbe nicht nur aus dem Geschäftsanteil an sich, sondern darüber hinaus auch noch aus anderen Gegenständen besteht. Begrifflich läge dann nämlich nicht allein die Übertragung eines Gesellschaftsanteils vor, sondern die eines Miterbenanteils, der sich im Gegensatz zur oben angenommenen Konstellation eben nicht mit dem Begriff des Geschäftsanteils zu einhundert Prozent deckt, da hierbei auch andere Gegenstände übertragen werden sollen. Die Vinkulierung kann nicht so weit gehen, dass auch die Übertragung aller anderen Gegenstände der Zustimmung der Gesellschafter bedarf. Genau dies wäre jedoch der Fall, da ein Miterbe nur dann über seinen Miterbenanteil als Ganzes verfügen könnte, wenn

²²³ Lessmann, GmbHR 1986, S. 411; Langner/Heydel, GmbHR 2005, S. 383; Haberstroh, Gesellschaftsrechtliche Lösungen, S. 149

die übrigen Gesellschafter zustimmen würden. Faktisch würde dadurch die Verfügungsbefugnis der Erben vom Willen der Mitgesellschafter abhängig gemacht und vollständig beschnitten werden, was auch nicht durch das Interesse der Gesellschafter an der Kontrolle des Gesellschafterkreises zu rechtfertigen wäre.

3. Lebzeitige Übertragung auf den Todesfall

Wenn also am Grundsatz der freien Vererblichkeit nicht zu rütteln ist, so liegt doch die Idee nahe, bereits zu Lebzeiten über den Geschäftsanteil zu verfügen und die Übertragung aufschiebend bedingt auf den Todesfall zu bestimmen. Diese Regelung könnte in den Gesellschaftsvertrag mit aufgenommen werden und hätte den Vorteil, dass der Geschäftsanteil von Anfang an nicht in den Nachlass fallen würde.

Problematisch ist jedoch, dass der Begünstigte in irgendeiner Weise beteiligt sein müsste, da sonst ein unzulässiger Verfügungsvertrag zugunsten Dritter vorläge.²²⁴ Da jedoch unter Umständen noch nicht alle möglichen Nachfolger zur Zeit der Erstellung des Gesellschaftsvertrages geboren sind und auch nicht davon auszugehen ist, dass unter allen Nachkommen über die Nachfolge Einigkeit besteht, stellt die lebzeitige Übertragung auf den Todesfall kein probates Mittel dar, um auf die Nachfolge im Gesellschafterkreis Einfluss zu nehmen. Diese in der Theorie anscheinend gut funktionierende Vorgehensweise dürfte in der Praxis nur schwer durchzuführen sein. Hinzu kommt, dass die lebzeitige Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge wiederum eine Verfügung über den Geschäftsanteil der vinkulierten Gesellschaft darstellen würde und dies ohne die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter nicht wirksam vollzogen werden könnte.²²⁵

4. Fortsetzungsklauseln

Bei den Personengesellschaften wie der GbR, der OHG, der KG oder auch der PartG ist im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften beim Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters die Vererblichkeit seines Anteils nicht schon von Gesetzes wegen vorgesehen, sondern muss im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart werden.²²⁶ Während bei den Handelsgesellschaften und bei der Partnergesellschaft ein Gesellschafter nach der

²²⁴ Langner/Heydel, GmbHR 2005, S. 378

²²⁵ Haberstroh, Gesellschaftsrechtliche Lösungen, S. 154

²²⁶ Weidlich, in: Palandt, BGB, § 1922 Rn. 14; Beim Tod eines Kommanditisten hingegen wird gemäß § 177 HGB die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt, soweit keine abweichenden vertraglichen Bestimmungen getroffen wurden.

gesetzlichen Regelung mit seinem Tod ausscheidet (§§ 131 III 1 Nr. 1, 161 II HGB; § 9 I PartGG), ordnet das Gesetz bei der GbR nach § 727 I BGB sogar die Auflösung der gesamten Gesellschaft an. Um bei der GbR die Auflösung der Gesellschaft zu verhindern, bedarf es einer sogenannten Fortsetzungsklausel, die besagt, dass die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern ohne die Beteiligung der Erben fortgesetzt wird.²²⁷ Die Erben hätten in allen diesen Fällen lediglich einen Anspruch auf das Abfindungsguthaben gegenüber der Gesellschaft gemäß §§ 738 – 740 BGB, §§ 105 III, 161 II HGB, § 9 I PartGG. Wird die Fortsetzung der Personengesellschaften mit den Erben gewünscht, so bedarf es einer ausdrücklichen Nachfolgeklausel im Statut, wie sie im nächsten Gliederungspunkt aufgezeigt wird.

5. Nachfolgeklauseln

Der Begriff der Nachfolgeklauseln wird sowohl bei den Personen- als auch bei den Kapitalgesellschaften verwendet. Diese Terminierung könnte den Eindruck erwecken, dass auch der Regelungsinhalt dieser verschiedenen Klauseln unter dem Begriff der Nachfolgeklausel identisch sei. Dass dies nicht der Fall ist, wird die folgende Darstellung zeigen.

a. Personengesellschaften

Wie bereits oben angedeutet, haben Nachfolgeklauseln bei Personengesellschaften den Sinn, das gesetzlich vorgeschriebene Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters zu verhindern und an dessen Stelle seine Erben im Wege der Erbfolge in die Gesellschaft nachrücken zu lassen. Persönlich haftender Gesellschafter kann jedoch durch eine Nachfolgeklausel nur werden, wer auch Erbe ist.²²⁸ Durch eine sogenannte qualifizierte Nachfolgeklausel kann im Gesellschaftsvertrag bereits geregelt werden, welcher der Erben in die Gesellschaft nachrücken soll.²²⁹ Soll ein Dritter Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters werden, so ist es bei Personengesellschaften über ein Eintrittsrecht im Gesellschaftsvertrag auch möglich, den Anteil ganz aus dem Nachlass herauszunehmen. Der Anteil wächst dann zunächst den anderen Gesellschaftern an, bevor der Dritte sein Eintrittsrecht ausüben kann und damit seine

²²⁷ Nordmann, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 6 Rn. 194

²²⁸ Weidlich, in: Palandt, BGB, § 1922 Rn. 16

²²⁹ Nordmann, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 6 Rn. 195

neue Mitgliedschaft begründet.²³⁰ Da auf diesem Wege der Einfluss der Gesellschafter auf die Nachfolge eines verstorbenen Gesellschafters ausgeübt werden kann, bedarf es bei den Personengesellschaften bezüglich der erbrechtlichen Nachfolge keiner weiteren Regelungsinstrumente.

b. Kapitalgesellschaften

Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft haben es hingegen wegen der generellen Unbeschränkbarkeit der freien Vererblichkeit von Kapitalgesellschaftsanteilen ungleich schwerer auf die Nachfolge eines verstorbenen Gesellschafters Einfluss zu nehmen. Eine Regelung wie z. B. die qualifizierte Nachfolgeklausel bei den Personengesellschaften ist aufgrund der Unbeschränkbarkeit der Vererblichkeit nicht zulässig.²³¹ Um trotzdem mitbestimmen zu können, wer als neuer Gesellschafter in die Gesellschaft nachrückt, besteht für die Mitgesellschafter die Möglichkeit, durch Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag den endgültigen Verbleib des Geschäftsanteils zu bestimmen. Dies bedeutet, dass die Erben nur unter bestimmten Voraussetzungen Gesellschafter bleiben können, da sie die Mitgliedschaft nur in ihrer konkreten gesellschaftsvertraglichen Form erworben haben.²³² Zwar führt auch dieses Vorgehen nicht zum Ausschluss der freien Vererblichkeit, jedoch können auf diese Weise Verfügungen von Todes wegen, die nicht den früheren, unter den Gesellschaftern vereinbarten Nachfolgeregelungen entsprechen, im Nachhinein korrigiert werden. Ein Verstoß gegen § 2065 II BGB, der die Höchstpersönlichkeit der Testamenterrichtung gewährleisten soll²³³ und es deshalb dem Erblasser verbietet einem Dritten die Bestimmung seiner Erben zu überlassen, liegt dabei nicht vor, da sich der Erblasser-Gesellschafter seine Erben zu Lebzeiten weiterhin selbst aussuchen kann. Für den Inhalt derartiger Nachfolgeklauseln kommen dann wiederum verschiedene Regelungsinstrumente in Betracht.

(1). Abtretungsverpflichtung

Als erste Möglichkeit zur angepassten Regelung der erbrechtlich bedingten Gesellschafternachfolge im Gesellschaftsvertrag kommt eine Abtretungsverpflichtung in

²³⁰Weidlich, in: Palandt, BGB, § 1922 Rn. 15

²³¹Weidlich, in: Palandt, BGB, § 1922 Rn. 24

²³²Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 540

²³³Haberstroh, Gesellschaftsrechtliche Lösungen, S. 149

Betracht, die dann greift, wenn ein anderer als der im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Erbe den Geschäftsanteil im Wege der Erbfolge erhält. Dabei erlangen der Erbe oder die Erben den Geschäftsanteil im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, allerdings untrennbar verbunden mit der Verpflichtung, den Anteil umgehend an eine andere Person abzutreten. Als nachfolgeberechtigte Person kann im Gesellschaftsvertrag jeder beliebige Dritte oder ein bestimmter Personenkreis, z. B. Familienangehörige oder die übrigen Gesellschafter, bestimmt werden. Auch die Aufstellung anderer Kriterien wie die Erstgeboreneigenschaft, das Erfordernis einer bestimmten, abgeschlossenen Ausbildung oder ein Mindestalter ist grundsätzlich möglich.²³⁴

Auf diese Weise bleibt der Anteil bestehen und erreicht schließlich denjenigen, der von den Gesellschaftern als Nachfolger im Gesellschaftsvertrag akzeptiert wurde.

Der Nachteil dieser Regelung besteht darin, dass die Gesellschafter von einer Abtretungshandlung der Erben abhängig sind und diesen in der Regel ein Entgelt für die Abtretung zahlen müssen. Kommen diese ihrer Pflicht nicht nach, kann die Abtretungshandlung selbstverständlich gerichtlich erzwungen werden. Solange dieses Verfahren läuft, befindet sich jedoch der Geschäftsanteil mit allen Rechten und Pflichten in der Hand der Erben. Ein zweiter Nachteil tritt dann zutage, wenn ein größerer Personenkreis als nachfolgeberechtigte Personen infrage kommt, wie z. B. bei der Formulierung „nur Familienangehörige“. Die Frage ist dann, an wen genau abzutreten ist und wer diese Entscheidung zu fällen hat. Enthält der Gesellschaftsvertrag darüber keine ausdrückliche Regelung, so wird die wenig wünschenswerte Lösung sein, dass die Erben nach ihrem Ermessen entscheiden können, an wen sie abtreten wollen. Sowohl die Tatsache, dass den Erben mehr ihr eigenes Interesse als das der Gesellschaft im Auge haben werden – schließlich geht es dabei um die Gesellschaft, die sie als Erben gerade nicht als Gesellschafter haben wollte – als auch die zu erwartenden finanziellen Einflussnahmeversuche der infrage kommenden Personen stellen kein fruchtbares Umfeld für eine erfolgreiche Gesellschafternachfolge dar.

(2). Kaduzierungsermächtigung

Eine weitere Regelungsvariante stellt die Ermächtigung zur Kaduzierung des Anteils nach den § 21 GmbHG bzw. § 64 AktG im Gesellschaftsvertrag dar, wenn nicht die vorher

²³⁴ Langner/Heydel, GmbHR 2005, S. 378

vereinbarten, nachfolgeberechtigten Personen beerbt wurden.²³⁵ Diese hat gegenüber der Abtretungsverpflichtung zwar den Vorteil, dass man nicht mehr von einem Agieren der Erben abhängig ist, sondern nun selbst die erwünschte Verfügungshandlung vornehmen kann, allerdings passen die Rechtsfolgen der Kaduzierung nicht zu den Interessen der Gesellschafter. Wie oben bereits dargestellt²³⁶, fällt der Anteil zunächst an die Gesellschaft zurück, die dann jedoch umgehend verpflichtet wäre, an den Rechtsvorgänger oder im Wege des freihändigen Verkaufs oder der öffentlichen Versteigerung den Anteil zu veräußern. Eine Veräußerung an den Rechtsvorgänger, der zugleich verstorbener Erblasser ist, dürfte als Variante aus nachvollziehbaren Gründen stets ausscheiden. Die letzten beiden Varianten würden dazu führen, dass jedermann grundsätzlich in der Lage wäre, durch den Erwerb von nicht vinkulierten Anteilen die Stellung eines Gesellschafters zu erlangen. Genau diesen unkontrollierten Gesellschafterzuwachs wollen die Gesellschafter jedoch vermeiden, sodass diese Regelungsvariante nicht zu empfehlen ist. Für die Regelung einer möglichst kontrollierten Gesellschafternachfolge stellt sich diese Möglichkeit als eher kontraproduktiv dar und wird wohl auch deswegen in der Literatur nur sehr selten in diesem Problemfeld erwähnt.

(3). Einziehung

Schließlich besteht auch die Möglichkeit, ein Einziehungsrecht für den Fall des Todes eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren, wenn der Geschäftsanteil nicht an die vorgesehenen Erben vererbt wurde.²³⁷ Die Zulässigkeit der Amortisation ergibt sich aus § 34 I GmbHG bzw. § 237 I AktG und führt zur Vernichtung des gegenständlichen Anteils. Das heißt, dass dann die Gesellschaft allein mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt wird. Nach herrschender Meinung ist dabei eine automatisch wirkende Einziehung auf den Todeszeitpunkt nicht möglich, sondern es bedarf stets eines individuellen, besonderen Gesellschafterbeschlusses, um die Einziehung zu vollziehen.²³⁸

Diese Variante stellt die sicherste Möglichkeit dar, um dem Interesse der Gesellschafter an der Kontrolle der Nachfolge eines verstorbenen Gesellschafters gerecht zu werden, da es dabei keinen Nachfolger gibt, der eventuell als „socius non gratus“ in den Gesellschafterkreis eindringen könnte. Durch die Vernichtung des Geschäftsanteils ist es mit absoluter Sicherheit

²³⁵ Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 29

²³⁶ Unter D. IV. 1. ff.

²³⁷ BGH, WM 1977, S. 192; Junker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung, S. 133

²³⁸ Lessmann, GmbHR 1986, S. 410

gewährleistet, dass kein unliebsamer Gesellschafter in den Gesellschafterkreis eintritt. Eine bestimmte Übertragungshandlung der Erben, von der die übrigen Mitgesellschafter abhängig wären, ist ebenfalls nicht erforderlich.

Auf der anderen Seite stellt sich jedoch die Frage, ob die dafür notwendige Zerstörung des Geschäftsanteils nicht auch andere, negative Folgen für die Gesellschaft hat. Dies ist insoweit zu bejahen, als dass die Vernichtung eines Geschäftsanteils für eine Gesellschaft auch immer bedeutet, dass die Erben finanziell im Gegenzug abgefunden werden müssen. Die dafür erforderlichen Mittel müssen aus dem Betriebsvermögen aktiviert werden und können der Gesellschaft nicht mehr als Kapital dienen. Darüber hinaus verringert sich der Gesellschafterkreis mit jedem Todesfall, sodass der Gesellschaft nicht nur potentielle Geldgeber, sondern auch Führungskräfte verloren gingen. Mit dem Tod des letzten Gesellschafters wäre dann auch das Ende der Gesellschaft besiegelt.

Somit ist auch von dieser Variante folglich abzuraten, da beim Tod eines Gesellschafters nur die Wahl zwischen dem Verlust des Geschäftsanteils oder die Aufnahme eines unerwünschten Gesellschafters bliebe, wobei beides nicht im Interesse der Gesellschaft läge.

(4). Kombinationen

Um die verschiedenen Vor- und Nachteile der aufgezeigten Regelungsalternativen optimal zu verbinden, kann es ratsam sein, diese in einem bestimmten Verhältnis zueinander zu kombinieren. Besonders effektiv ist hierbei die Verbindung der Abtretungsverpflichtung mit einer nachgeschalteten Einziehungsmöglichkeit.²³⁹ Hierbei werden die Vorteile der Abtretungsverpflichtung – in erster Linie der, dass der Geschäftsanteil und somit das Kapital erhalten bleibt – mit den Vorteilen der Einziehungsmöglichkeit, sprich der Unabhängigkeit vom guten Willen der Erben, verbunden.²⁴⁰ Es wird also zunächst versucht, den Untergang des Geschäftsanteils durch eine Abtretungspflicht zu verhindern. Die Motivation der Erben zur Abtretung wird dabei durch die Sanktionsmöglichkeit im Wege der Einziehung gefördert, sodass die Gesellschafter nicht mehr vom Handeln der Erben abhängig sind, sondern im Fall der unterlassenen Abtretung das geringere Übel der Einziehung wählen können. Auch für die Möglichkeit, dass es keine Erben außer dem Staat gibt, ist dann vorgesorgt, da in diesem Fall der Anteil sofort eingezogen werden kann.

²³⁹ Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 29; so auch Meyer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 230

²⁴⁰ Langner/Heydel, GmbHR 2005, S. 378

Es zeigt sich also, dass die Kombination aus Abtretungspflicht und Einziehungsrecht die Interessen der Gesellschafter im Hinblick auf die Kontrolle der Nachfolgeregelung am besten abdeckt. Eine möglichst effektive Nachfolgeklausel sollte folglich neben einer Abtretungsverpflichtung an einen eng begrenzten Kreis von Nachfolgeberechtigten auch ein Amortisationsrecht der Gesellschaft enthalten sowie die eventuelle Entschädigung der Erben regeln. Zur Änderung dieser Nachfolgeklausel sollte, angelehnt an die Diskussion²⁴¹ bezüglich der Mehrheiten für das Zustimmungserfordernis und dem gesetzlichen Erfordernis in § 53 II 2 GmbHG, am Erfordernis einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Gesellschafterversammlung festgehalten werden, da ein Einstimmigkeitserfordernis zu statisch wäre und einem Vetorecht gleichkäme.

(5). Regelungsinhalt

Zentraler Gegenstand dieser Einflussnahmemöglichkeit auf die Nachfolge des verstorbenen Gesellschafters ist die Kombination aus Abtretungspflicht und Einziehungsrecht. Als wichtiger, auslösender Grund dieser beiden Regelungsvarianten kann dabei – in Anlehnung an den Regelungsinhalt der Vinkulierung – darauf abgestellt werden, dass diese dann greifen sollen, wenn der Geschäftsanteil an andere Personen als dessen Ehegatten oder seine Abkömmlinge vererbt wurde.²⁴² Um den Interessen der Beteiligten gerecht zu werden und um die Zeitspanne, in der sich der Geschäftsanteil nur widerruflich in den Händen der ungewünschten Nachfolgern befindet, möglichst kurz zu halten, empfiehlt es sich, Ausübungsfristen mit in die Regelung aufzunehmen. So soll die Gesellschaft den Geschäftsanteil erst nach Ablauf von drei Monaten einziehen können, wenn die Erben diesen bis dahin nicht abgetreten haben, während diese dann jedoch auch nur drei Monate Zeit haben soll, von ihrem Einziehungsrecht Gebrauch zu machen. Eine längere Frist würde die Zeitspanne der Unsicherheit über die Inhaberschaft dieses Geschäftsanteils weiter verlängern und das Vertrauen des Rechtsverkehrs beeinträchtigen. Angelehnt an die Diskussion über die Mehrheitserfordernisse beim Zustimmungsbeschluss der Vinkulierung²⁴³ ist auch hier eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit für die Beschlussfassung über die Einziehung zu fordern. Angesichts der Tatsache, dass es sich hierbei letztendlich um eine zwangsweise Durchsetzung einer gesellschaftsvertraglichen Pflicht handelt und der betroffene Gesellschafter sein Wahlrecht

²⁴¹ siehe unter E. I. 3. c.

²⁴² v. Reinersdorff, WiB 1994, S. 374

²⁴³ Siehe unter E. I. 3. c.

mit dem Unterlassen der satzungsgemäßen Abtretung bereits ausgeübt hat, wird die hier entwickelte Regelung das Stimmrecht des Erben in dieser Beschlussfassung ausdrücklich ausschließen.

Als Besonderheit des Erbrechts ist bei der Regelung der Nachfolge des Gesellschafters darauf zu achten, dass dieser seinen Geschäftsanteil auch an mehrere Personen vererben kann, die dann gemäß § 2032 I BGB als Erbengemeinschaft gemeinsam Inhaber des Geschäftsanteils werden. Fraglich ist dann, wie zu verfahren ist, wenn einige der Personen dem nachfolgeberechtigten Personenkreis angehören und andere nicht. Auch in diesem Fall ist es angesichts des Schutzbedürfnisses des Gesellschafterkreises ratsam, die Möglichkeit zur Einziehung durch die Gesellschafterversammlung zu statuieren. Diese sollen die Mitglieder der Erbengemeinschaft jedoch dadurch verhindern können, wenn sie im Rahmen der Erbaueinandersetzung den im Nachlass befindlichen Geschäftsanteil auf die nachfolgeberechtigten Erben übertragen.²⁴⁴ Auch hierfür sollte eine Frist von drei Monaten angemessen sein. In dieser Zeit ruhen alle Gesellschafterrechte der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Mitgliedschaft.

²⁴⁴ Diese Regelungsvariante bevorzugt auch Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 265.

F. Umgehungsversuche von Vinkulierungen und Nachfolgeklauseln

Im letzten Kapitel wurde aufgezeigt, wie und durch welche Mittel die Gesellschafter einer Gesellschaft versuchen, auf die Veränderungen in der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises Einfluss zu nehmen. Wie die vorausgegangenen Untersuchungen gezeigt haben, ist dies, wenn auch über Umwege, durchaus in großem Umfang möglich. Nun liegt es aber in der Natur der Sache, dass sich nicht nur das Lager, dass etwas schützen will und deswegen Barrikaden errichtet, weiterentwickelt, sondern auch die Gegenseite versucht, diese Barrikaden auszuschalten oder zu umgehen, um doch noch das angestrebte Ziel zu erreichen.

Ebenso verhält es sich auch bei denjenigen, die Zutritt zum Gesellschafterkreis einer Gesellschaft suchen bzw. bei denen, die ihren Geschäftsanteil an einen solchen Interessenten veräußern wollen. Ist mit einem Einverständnis der übrigen Gesellschafter zur Übertragung der Mitgliedschaft nicht zu rechnen – sei es aus Gründen, die den Erwerber als „socius non gratus“ erscheinen lassen oder deshalb, weil der bisherige Gesellschafter an die Gesellschaft gebunden werden soll – so wurde und wird stets nach Wegen gesucht, die gesellschaftsvertraglichen Übertragungs- und Vererblichkeitsbeschränkungen zu umgehen. Angesichts der Tatsache, dass von Vinkulierungen grundsätzlich nur dingliche Verfügungen, nicht aber schuldrechtliche Abreden erfasst werden, ist die Versuchung groß, den vinkulierten Anteil selbst zwar nicht zu bewegen, die Kontrolle über den Anteil jedoch einem anderen zuzuweisen.²⁴⁵ Welche Versuche hierbei unternommen werden und ob sie Erfolg versprechend sind, wird dieses Kapitel nun zeigen.

I. Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung

Eine gängige Umgehungsvariante für den Fall, dass man die Rechtsfolgen einer bestimmten Norm oder wie im vorliegenden Fall einer bestimmten Vereinbarung vermeiden will, besteht stets darin, die Verwirklichung des Tatbestandes durch ausgefeilte Konstruktionen zu umschiffen. So ist es nicht verwunderlich, dass diejenigen, die dem Zustimmungserfordernis einer Vinkulierung entgehen wollen, versuchen, die Verwirklichung des Tatbestands der Vinkulierungsklausel zu vermeiden. Diese Klauseln fordern die Zustimmung der Gesellschaft meist „bei Übertragung“ oder „bei Abtretung“ eines Geschäftsanteils, sie stellen also auf das

²⁴⁵ Liebscher, ZIP 2003, S. 825

dingliche Rechtsgeschäft ab. Gehen nun der veräußerungswillige Gesellschafter und der Interessent davon aus, dass sie die Zustimmung zur Übertragung des Anteils nicht erreichen können, so bleibt ihnen zunächst nichts anderes übrig, als von einer Übertragung Abstand zu nehmen, da diese ohne die erforderliche Zustimmung ohnehin schwebend unwirksam wäre. Kommt es dem möglichen Erwerber jedoch gar nicht in erster Linie darauf an, dinglicher Inhaber des Geschäftsanteils zu werden, sondern stehen für ihn vielmehr die gesellschaftlichen Einflussnahme- oder Informationsmöglichkeiten im Vordergrund, die mit dem Mitgliedschaftsrecht verbunden sind, so besteht die Möglichkeit über schuldrechtliche Vereinbarungen mit dem Gesellschafter nur diese Rechte unter seine Kontrolle zu bringen. Der Tatbestand der Vinkulierung wird dadurch grundsätzlich nicht erfüllt, da dabei weder eine Übertragung noch eine Abtretung des Geschäftsanteils stattfindet. Inhaber des Geschäftsanteils ist und bleibt der ursprüngliche Gesellschafter.

1. Stimmbindungsvertrag

Unter einem Stimmbindungsvertrag versteht man die schuldrechtliche Verpflichtung gegenüber einem anderen Gesellschafter oder wie im vorliegenden Fall gegenüber einem Dritten, das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung in einer ganz bestimmten Weise abzugeben und dabei den Weisungen dieses Dritten zu folgen. Auf diese Weise könnte der Dritte mittelbar Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung erlangen, ohne selbst Gesellschafter der betroffenen Gesellschaft zu sein. Die Bindung erfolgt dabei nach strikten inhaltlichen Vorgaben, einzelnen Weisungen oder nach einem Mehrheitsbeschluss einer bestimmten Gruppe oder eines Familienstammes.²⁴⁶ Die allgemeine Zulässigkeit solcher Stimmbindungsverträge wird sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur einhellig bejaht und ergibt sich für Kapitalgesellschaften aus dem Umkehrschluss zu § 136 II AktG.²⁴⁷ Die Grenzen der Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen setzen neben § 138 BGB vor allem der Schutz des Kernbereichs der Gesellschaft und die Treupflicht der Gesellschafter untereinander.²⁴⁸ So soll der Stimmbindungsvertrag jedenfalls insoweit wirksam sein, soweit lediglich alltägliche Gesellschaftsentscheidungen in der betroffenen Gesellschafterversammlung getroffen werden. Unwirksam hingegen seien Stimmbindungsverträge dann, wenn sie Abstimmungen zu

²⁴⁶ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, Vorb. v. § 709 Rn. 17

²⁴⁷ BGH, NJW 1951, S. 268; BGHZ 48, 163; Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 31; Liebscher, ZIP 2003, S. 826; Einschränkung für Bindung gegenüber Dritten: Ulmer, in: MünchKomm, BGB, § 717 Rn. 25.

²⁴⁸ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, Vorb. v. § 709 Rn. 17

wesentlichen Satzungsänderungen oder vergleichbaren Strukturmaßnahmen betreffen, da dem ein nicht disponibler Kern der Verbandsautonomie entgegenstünde, die einen Dritten vom Einfluss auf innergesellschaftliche Entscheidungen ausschließe.²⁴⁹ Ungeachtet der unterschiedlichen Literaturmeinungen zur Zulässigkeit eines Stimmbindungsvertrages im Kernbereich der Gesellschaft lässt sich für den hier relevanten Bereich der täglichen Geschäfte der Gesellschaft – denn genau hierauf will der erwerbswillige Dritte Einfluss gewinnen – dessen grundsätzliche Zulässigkeit bejahen.

Nachdem nun geklärt wurde, dass sich ein Dritter über diesen Weg wirksam des Stimmrechts und der Informationsmöglichkeiten des veräußerungswilligen Gesellschafters bemächtigen kann, bleibt nun noch zu klären, ob dieses Vorgehen nicht doch unter den Anwendungsbereich der Vinkulierung zu fassen ist und deshalb der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf. Wäre dies zu bejahen, würde sich dieses Vorgehen als ungeeignet zur Umgehung der Vinkulierung darstellen, da mit einer Zustimmung der Gesellschafter zur Stimmbindung, die eben einer Übertragung des Anteils auf diesen Dritten nicht zugestimmt haben oder hätten, dann nicht zu rechnen wäre.

Obwohl vom Wortlaut her die Vinkulierungsklausel wie bereits dargestellt zweifelsfrei nicht greift, ist mit der überwiegenden Meinung in der Literatur²⁵⁰ ein Zustimmungserfordernis bei Stimmbindungsverträgen zu bejahen. Entscheidend sind hierbei der Umfang und die Dauer des Einflusses, den der Dritte dadurch auf die Gesellschaft ausüben kann sowie die Schutzrichtung der individuellen Vinkulierungsklausel. Um eine unzulässige Umgehung der Klausel zu verhindern und deren Schutzwirkung zu gewährleisten, muss sich der Genehmigungsvorbehalt zumindest auf die Fälle erstrecken, in dem die Stimmbindung keine Einzelvereinbarung darstellt, sondern als Einfallstor zur dauerhaften und entscheidenden Einflussnahme von außen auf die Gesellschaft genutzt wird.²⁵¹ Insbesondere dann, wenn das Motiv der Gesellschafter für die Aufnahme einer Vinkulierungsklausel darin lag, unliebsame Dritte von der Gesellschaft fernzuhalten und ungewünschten Einfluss auf die Gesellschaft abzuwehren, ist davon auszugehen, dass auch der Stimmbindungsvertrag von dieser Beschränkung erfasst sein sollte, da sonst ein effektiver Schutz des Gesellschafterkreises nicht gewährleistet werden könnte.

²⁴⁹ Lutter/Grunewald, Zur Umgehung, AG 1989, S. 111

²⁵⁰ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 34; Wiedemann, Die Übertragung, S. 119

²⁵¹ Lutter/Grunewald, Zur Umgehung, AG 1989, S. 112; Rittwage, Change-of-Control-Klauseln, S. 69

Anders stellt sich die Sache dann dar, wenn die Vinkulierung beispielsweise alleine der Erhaltung der Solvenz in der Gesellschaft dienen sollte, da dieses Ziel durch die Bindung des Stimmrechts nicht gefährdet würde. Angesichts der Tatsache, dass der überwiegende Teil der Vinkulierungsklausel jedoch der Abwehr nach außen dient, bleibt festzuhalten, dass Stimmbindungsverträge zum einen in bestimmten Kernbereichen grundsätzlich unwirksam sind und zum anderen – selbst wenn man dort von ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit ausgeht – größtenteils dem Zustimmungserfordernis unterliegen. Der praktische Anwendungsbereich von Stimmbindungsverträgen als Mittel zur Umgehung von Genehmigungsvorbehalten ist folglich als sehr gering anzusehen und stellt kein großes Problem für die Verwendung solcher Zustimmungsklauseln dar.

2. Stimmrechtsvollmacht

An der allgemeinen Zulässigkeit einer Stimmrechtsvollmacht besteht angesichts der §§ 134 III 1 AktG, 47 III GmbHG, die eine Bevollmächtigung bei der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung ausdrücklich gestatten, kein Zweifel. Jedoch stellt sich auch hier die Frage, ob der Bevollmächtigende für seine Vertretung die Genehmigung seiner Mitgesellschafter bei vinkulierten Geschäftsanteilen bedarf oder nicht. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht hierbei nicht. Angesichts der Tatsache, dass auch hier die Entscheidung über die Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts in die Hände eines Dritten gegeben wird, kann letztendlich nichts anderes als beim Stimmbindungsvertrag gelten. Wird die Stimmrechtsvollmacht genutzt, um dem Dritten gesellschaftsfremde Vorteile zu verschaffen, so verstößt der Gesellschafter nach einer Ansicht gegen seine Treuepflicht²⁵², nach anderer Ansicht liegt eine unzulässige Umgehung vor.²⁵³ Unabhängig davon, welchem dieser Lösungsansätze man letztendlich zustimmt, so zeigt sich auch hier, dass sich die Vinkulierungsklauseln nicht so einfach durch schuldrechtliche Vereinbarungen umschiffen lassen.

3. Treuhandverträge

In der Praxis spielt die treuhänderische Übertragung von Mitgliedschaftsrechten eine durchaus beträchtliche Rolle, so z. B. in Form der rechtsgeschäftlichen Sicherungsabtretung.

²⁵² Wiedemann, Die Übertragung, S. 119

²⁵³ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 31

Auch für sie gelten jedoch die formellen Beschränkungen des § 15 III – V GmbHG, da der Treuhänder in die Stellung des Gesellschafters vorrückt, sodass ihm insbesondere auch das Stimmrecht und der Gewinnanspruch zustehen.²⁵⁴

Eine treuhänderische Beteiligung an einer GmbH ist grundsätzlich zulässig, soweit nicht das Statut der Gesellschaft oder gesetzliche Bestimmungen²⁵⁵ dies ausdrücklich verbieten.²⁵⁶ Die Treuhand zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass sie dem Treuhänder nach außen hin ein Mehr an Rechten zugesteht, als er nach der gleichzeitig mit dem Treugeber getroffenen schuldrechtlichen Abrede ausüben dürfte.²⁵⁷ Im Falle der Umgehungsversuche von Vinkulierungsklauseln bedeutet dies, dass die vermögensmäßigen Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft auf den Dritten übertragen werden und der Gesellschafter als Treuhandgeber seine mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte so zu nutzen hat, wie es dem Willen und dem Interesse des Treuhandnehmers entspricht.²⁵⁸

Enthält die Treuhandabrede eine derartige oder ähnliche Vereinbarung über die Ausübung der Verwaltungsrechte – dabei ist bei einem Umgehungsversuch auszugehen, da der Dritte nur so seinen Einfluss geltend machen kann – so stellt dieser Teil schließlich nichts anderes als einen Stimmbindungsvertrag dar. Letztendlich ist deshalb auch die Treuhandübertragung an die Erteilung der Zustimmung der Gesellschafter gebunden, wenn sie geeignet ist, einem unerwünschten Dritten als Schlupfloch in die Gesellschafterversammlung zu dienen oder ihn zu einem vollberechtigten und vollverpflichteten Gesellschafter zu machen.²⁵⁹

4. Zusammenfassung

Die Untersuchung der verschiedenen Möglichkeiten, eine Vinkulierung dadurch zu umgehen, indem man anstelle einer tatbestandsmäßigen Übertragung lediglich versucht, das Stimmrecht schuldrechtlich in die Hand des Interessenten zu geben, hat ergeben, dass derartige Gestaltungen nur sehr beschränkt zu diesem Zweck geeignet sind. Immer dann, wenn es bei Stimmbindung, Stimmrechtsvollmacht oder Treuhand für den Umgehungswilligen interessant wird, das heißt, wenn dauerhaft Rechte übertragen werden, die dem Dritten einen gewissen

²⁵⁴ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 30 Rn. 4

²⁵⁵ So z. B. § 59e IV BRAO, der die treuhänderische Beteiligung an einer Rechtsanwalts-GmbH untersagt, indem er als Bevollmächtigter zur Ausübung des Stimmrechts allein die stimmberechtigten Gesellschafter zulässt.

²⁵⁶ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 61

²⁵⁷ BGH, NJW 2004, S. 1382

²⁵⁸ Lutter/Grunewald, Zur Umgehung, AG 1989, S. 113

²⁵⁹ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 19; RGZ 159, 281; Koch, Vinkulierung, S. 37

Einfluss gewähren würden, geht die absolut überwiegende Ansicht davon aus, dass aus dem Schutzzweck der Vinkulierungsklausel eine Erstreckung des Zustimmungserfordernisses auf diese Fälle zu bejahen sei.²⁶⁰ Die daraus resultierende Rechtsfolge ist allerdings nur die schwebende Unwirksamkeit der Vereinbarung, nicht hingegen deren Nichtigkeit.²⁶¹

Das LG Berlin ist in seiner „Kirch-Entscheidung“²⁶² ebenfalls zu dem Ergebnis gelangt, dass Treuhandverträge und Stimmbindungsvereinbarungen zumindest dann schwebend unwirksam sind, wenn der Zweck der Vinkulierung gefährdet wird und diese Verträge ohne die Zustimmung der Mitgesellschafter abgeschlossen wurden. Stimmt der Dritte trotzdem in der Gesellschaftsversammlung ab, obwohl die Zustimmung der restlichen Gesellschafter nicht erteilt wurde, ist dessen Stimme nicht mitzuzählen. Wurde diese jedoch irrtümlicherweise trotzdem mitgezählt, so ist dieser Beschluss der Gesellschafterversammlung ebenfalls anfechtbar.²⁶³

Wie sich zeigt, sind Vinkulierungen weitgehend gegen schuldrechtliche Konstrukte umgehungsresistent, da Rechtsgeschäfte, die zu dem gleichen wirtschaftlichen Erfolg führen wie eine Übertragung der Mitgliedschaft, in die Vinkulierungskontrolle einzubeziehen sind.²⁶⁴ Da sich der Erfolg derartiger Gestaltungen folglich in Grenzen hielt, wurde in der Vergangenheit nach weiteren Wegen gesucht, wie man den Abwehrmechanismus gegen unerwünschte Dritte, den die Vinkulierungsklauseln meist darstellen, umgehen könnte und so auch ohne die Zustimmung der übrigen Gesellschafter seinen Einfluss auf die Gesellschaft geltend machen könnte.

II. Vorsätzliches Herbeiführen von Change of Control-Konstellationen

Da auf dem Weg der Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung für beitrittswillige Dritte keine befriedigenden Ergebnisse erzielt wurden, entwickelten findige Wirtschaftsjuristen neue Methoden zur Umgehung der Vinkulierungsklauseln. Dabei bedienen sie sich so genannter Change of Control-Konstellationen, um bei gleich bleibender Anteilsinhaberschaft eine

²⁶⁰ So bereits RGZ 69, 137; LG Berlin, AG 1991, S. 34; Hüffer, Aktiengesetz, § 68 Rn. 12; Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 17; Lutter/Bayer, in: Lutter/ Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 15 Rn. 80; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 15 Rn. 112.

²⁶¹ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 17; Winter/Löbke, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 253; a. A. dazu noch das RGZ 69, 137

²⁶² LG Berlin, WM 1990, S. 980

²⁶³ Lutter/Grunewald, Zur Umgehung, AG 1989, S. 115

²⁶⁴ Liebscher, ZIP 2003, S. 826

Verschiebung der Machtverhältnisse ohne Zustimmungsbeschränkung zu erreichen. Unter einer Change of Control-Situation – in Aufsätzen setzt sich nun auch immer mehr die deutsche Bezeichnung „Kontrollwechsel“ durch – versteht man den Wechsel von Beteiligungsquoten in einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, zum Beispiel durch Abtretung von Anteilen oder durch den Ausschluss einzelner Gesellschafter, die zu einer Veränderung in der Person des bestimmenden Gesellschafters führt. Ändern sich Beteiligungsverhältnisse in einer Gesellschaft, geht also die Kontrollmacht innerhalb der betroffenen Gesellschaft auf einen anderen Gesellschafter oder auf Dritte über, so kann dies für die Geschäftsführung, Geschäftspartner, Kreditgeber oder Lieferanten starke Veränderungen in der Zusammenarbeit bedeuten.

Im Problemfeld der möglichen Umgehungsvarianten von Vinkulierungsklauseln wird eine derartige Change of Control-Situation vorsätzlich herbeigeführt, um auf diesem Weg Einfluss auf die übergeordnete Gesellschaft zu erlangen. Im Einzelnen stellt sich die Situation wie folgt dar: Um dieses Modell erfolgreich betreiben zu können, ist stets erforderlich, eine Gesellschaft als Gesellschafterin in einer anderen Gesellschaft zu installieren. Diese Beteiligungsgesellschaft kann dabei bereits Gründungsmitglied gewesen sein oder über den Erwerb von Geschäftsanteilen an der Ausgangsgesellschaft Gesellschafterin geworden sein.²⁶⁵ Natürlich ist für die zweite Variante, dem Erwerb von vinkulierten Geschäftsanteilen durch die Beteiligungsgesellschaft, auch die Zustimmung der Mitgesellschafter erforderlich, da schließlich über Anteile an der Gesellschaft verfügt wird. In der Praxis gibt es jedoch zwei Gründe dafür, dass die Erlangung dieser Zustimmung meist problemlos ist.

Ein Grund dafür ist die weite Verbreitung von sogenannten einfachen Konzernklauseln in formularartigen Gesellschaftsverträgen. Diese gestatten die rechtsgeschäftliche Übertragung von Geschäftsanteilen eines Gesellschafters auf eine ihm gehörende oder in seinem Mehrheitsbesitz stehende Gesellschaft und lauten:

„Einer Zustimmung der Gesellschaft bedarf es dann nicht, wenn ein Gesellschafter seine Geschäftsanteile an Gesellschaften abtritt, an denen er mehrheitlich beteiligt ist oder an der mehrere Gesellschafter gemeinsam mit einer Mehrheit beteiligt sind.“²⁶⁶

²⁶⁵ Zu den verschiedenen Beitrittsmöglichkeiten einer Gesellschaft als Gesellschafter siehe unter D. I. – VI.

²⁶⁶ OLG Köln vom 7.12.1987 – 21 U 12/87

Mit einer einfachen Konzernklausel wird die wirtschaftliche Identität des Gesellschafterkreises gegenüber der personellen Identität betont und bestehenden Konzernverhältnissen Rechnung getragen.²⁶⁷ Enthält das Statut einer Gesellschaft eine derartige Klausel, so ist es für den Gesellschafter kein Problem, seinen Anteil ohne Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter auf eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu übertragen und so eine Beteiligungsgesellschaft in den Gesellschafterkreis einzuführen. Fehlt eine solche einfache Konzernklausel, so ist die Übertragung von vinkulierten Geschäftsanteilen ohne Zustimmung nicht möglich. Zwar bleibt in einer derartigen Konstellation der bisherige Gesellschafter bei der Übertragung seines Anteils an eine von ihm beherrschte Beteiligungsgesellschaft weiter wirtschaftlicher Inhaber und kann seinen Einfluss auch weiterhin über die Beteiligungsgesellschaft ausüben, jedoch müssen die restlichen Gesellschafter nicht dulden, dass die Beteiligungsgesellschaft als anderes Rechtssubjekt als der Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt. Nicht nur, dass ihnen dadurch ein neuer Verhandlungspartner in Gesellschaftsangelegenheiten aufgezwungen würde, auch könnten Dritte, die neben dem herrschenden Gesellschafter an der Beteiligungsgesellschaft beteiligt sind, versuchen, Einfluss auf die vinkulierte Gesellschaft auszuüben.²⁶⁸

Der zweite Grund, warum es in der Praxis oftmals ein Leichtes ist, die Zustimmung der Gesellschafter zur Übertragung seines Anteils auf eine beherrschte Beteiligungsgesellschaft zu übertragen, liegt darin, dass es wie im Kapitel A. I. – V. beschrieben, zahlreiche Motive dafür geben kann, warum man nicht selbst als natürliche Person, sondern lieber über eine Gesellschaft als Gesellschafterin an einer Kapitalgesellschaft beteiligt sein möchte. Insbesondere steuerrechtliche und konzernrechtliche²⁶⁹ Gründe sorgen dafür, dass die Übertragung seines Anteils auf eine beherrschte Gesellschaft nichts Außergewöhnliches oder gar Exotisches darstellt, das bei den übrigen Gesellschaftern für Unbehagen sorgen würde. Der Gesellschafter, der eine Beteiligungsgesellschaft in den Gesellschafterkreis einführen will, braucht also nur diese nachvollziehbare Begründung für sein Vorhaben vorzuschieben und kann so seine Mitgesellschafter davon überzeugen, ihre Zustimmung zu erteilen. Die Tatsache, dass dieses Vorgehen aus der Sicht der Gesellschafter rational und sinnvoll erscheint und die Kontrolle über den Anteil letztendlich, wenn auch mittelbar, von derselben Person ausgeübt wird, gibt den übrigen Gesellschaftern anfänglich keinen Anlass dazu, argwöhnisch zu sein oder ihre Zustimmung zu verweigern.

²⁶⁷ Kowalski, GmbHR 1992, S. 350

²⁶⁸ Kowalski, GmbHR 1992, S. 351

²⁶⁹ Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 191

Wurde nun eine Beteiligungsgesellschaft von Anfang an oder durch Anteilsverkauf erfolgreich in den Gesellschafterkreis eingeführt, so kommt bei dieser Umgehungsmethode in einem zweiten Schritt die Change of Control-Situation ins Spiel. Anstelle der Übertragung von Anteilen an der Ausgangsgesellschaft, die zweifelsfrei wiederum der Zustimmung der anderen Gesellschaft bedürfte, werden nun lediglich die Anteile an der installierten Beteiligungsgesellschaft an den beitragswilligen Dritten übertragen. Dieser Kontrollwechsel in der Beteiligungsgesellschaft führt letztendlich dazu, dass der Interessent mittelbar über seine beherrschende Stellung in der Beteiligungsgesellschaft auch Einfluss auf die Ausgangsgesellschaft erlangt. Zwar ist er nicht selbst Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft geworden und verfügt deshalb weder über unmittelbare Einflussnahme- oder Informationsmöglichkeiten auf diese, allerdings hat er sich über die Beteiligungsgesellschaft, die ihm als eine Art trojanisches Pferd diente, doch Zugang zur Gesellschaft verschafft. Ob er schließlich unmittelbar als Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft oder mittelbar als Geschäftsführer der Beteiligungsgesellschaft, die nun als Gesellschafter auftritt, Einfluss ausübt und von seinem Informationsrecht Gebrauch macht, stellt vom Gefährdungspotential für die Ausgangsgesellschaft keinen Unterschied dar.

Diese Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, Klauseln zu entwickeln, die verhindern sollen, dass Dritte über diesen Weg des Kontrollwechsels bei Gesellschaften als Gesellschafter Einfluss auf die Ausgangsgesellschaft gewinnen. Um zu klären, ob und wenn ja in welchen Fällen eine Vinkulierungsklausel bei einer derartigen Konstellation greift bzw. wann es einer um eine so genannte Change of Control-Klausel erweiterten Vinkulierungsklausel zur Abwehr dieser Einfallsmöglichkeit bedarf, ist es zunächst erforderlich, in einem weiteren Kapitel die Gestaltung von Change of Control-Konstellationen und die Reichweite der einfachen Vinkulierungsklauseln bei diesen näher zu untersuchen. Nur so kann die letztendliche Klausel optimal auf alle möglichen Szenarien abgestimmt und die wirksamsten von unterschiedlichen Regelungsmöglichkeiten ausgewählt oder kombiniert werden.

G. Change of Control-Klauseln bei Gesellschaften als Gesellschafter

Die Einordnung derartiger Vereinbarungen als Change of Control-Klauseln stammt aus der U.S.-amerikanischen Rechtspraxis. Dort liegt der Schwerpunkt ihrer Verwendung allerdings nicht bei den Gesellschaftsverträgen, sondern sie werden in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen als „goldene Fallschirme“ (Golden Parachutes), „blecherne Fallschirme“ (Tin Parachutes) oder als verschiedenste „Giftpillen“ (Poison Pills, Dead Hand Pills, No Hand Pills oder Slow Hand Pills) in Wirtschaftsverträge mit Dritten mit aufgenommen.²⁷⁰ Das Zurückgreifen auf Change of Control-Klauseln soll dabei diese Unternehmen zum einen davor schützen, wirtschaftlich einen anderen Schuldner als den zu Beginn der vertraglichen Zusammenarbeit zu erhalten. Denn mit den neuen Anteilseignern eines Unternehmens, mit dem man in Geschäftskontakt steht, können sich auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die Vermögenszusammensetzung, die allgemeine Kreditwürdigkeit sowie die Unternehmensstrategie dieses Unternehmens verändern, obwohl dessen Rechtspersönlichkeit nach außen hin unverändert bleibt.²⁷¹

Zum anderen sollen diese Klauseln die Unternehmen davor schützen, dass Konkurrenten auf eigene Betriebsgeheimnisse und deren Kundenstamm über eine Beteiligung am Vertragspartner des Unternehmens zugreifen können. Das in derartigen Change of Control-Klauseln enthaltene Kündigungsrecht des Unternehmens im Falle eines Kontrollwechsels beim Vertragspartner kann dann entweder als präventives Druckmittel oder als ultima ratio auch als Lösungsmöglichkeit vom Vertragspartner genutzt werden.²⁷²

Gesetzliche Regelungen über derartige Change of Control-Klauseln finden sich kaum. Lediglich § 249 IV Nr. 8 HGB und § 315 IV Nr. 8 HGB legen für bestimmte Kontrollwechselvereinbarungen in Zusammenhang mit Übernahmeangeboten eine Offenlegungspflicht in den Lageberichten der jeweiligen Gesellschaft fest. Fragen zur Zulässigkeit oder Kombinierbarkeit von Change of Control-Klauseln beantwortet das Gesetz hingegen nicht.

²⁷⁰ Rittwage, Change-of-Control-Klauseln, S. 2

²⁷¹ Schlitt/Seiler/Singhof, AG 2003, S. 267

²⁷² Rittwage, Change-of-Control-Klauseln, S. 4

I. Problemaufriss

Dieser zuletzt behandelte Aspekt der Lösungsmöglichkeit vom Vertragspartner zeigt bereits gewisse Ähnlichkeiten zum hier behandelten Problem der Umgehung von Vinkulierungen durch Beteiligungsgesellschaften. Auch diese U.S.-amerikanischen Change of Control-Klauseln dienen der Abwehr von Einflüssen und Informationsmöglichkeiten durch Konkurrenten oder anderen unliebsamen Dritten. Allerdings wird dies dort nur im Zusammenhang mit Beteiligungen an Vertragspartnern des gefährdeten Unternehmens, also mit Dritten außerhalb des Gesellschafterkreises, thematisiert. Davon außer Acht gelassen wird das Problem im Zusammenhang mit der Umgehung von Vinkulierungen und der Einflussnahme von Dritten über den Kontrollwechsel bei beteiligten Gesellschaften als Gesellschaftern. Dies verwundert, da zwar erkannt wird, dass ein Aushorchen und Spionieren über die Beteiligung an einem Unternehmen möglich ist, das aufgrund der geschäftlichen Zusammenarbeit über derartige Informationen und sensible Daten verfügt. Die Gefahr, die daraus resultiert, dass über eine Beteiligungsgesellschaft direkt im Wege des Kontrollwechsels nicht nur Informationsmöglichkeiten, sondern darüber hinaus das Stimmrecht und somit erhebliche Einflussnahmemöglichkeiten innerhalb der Ausgangsgesellschaft erworben werden können, bleibt jedoch in den Auseinandersetzungen mit der Change of Control-Problematik meist unerwähnt. Dies überrascht vor allem deshalb, weil die geringere Gefahr im Außenverhältnis offensichtlich eher wahrgenommen wird als die schwerwiegenderen Gefahren im eigenen Haus.

Ein Blick auf die in der Literatur häufig behandelten Change of Control-Klauseln im Außenverhältnis soll helfen einen Zugang zu der Thematik zu finden und klären, welche vertraglichen Lösungen dieses Problemfeldes auch für die vorliegende Arbeit genutzt werden können.

1. Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen

Nahezu alle Autoren, die sich mit Change of Control-Klauseln beschäftigen, beschränken sich dabei auf solche Regelungen, die in Wirtschaftsverträgen vereinbart werden. Es findet dabei meist keine Abgrenzung zu den Change of Control-Klauseln im Zusammenhang mit gesellschaftsvertraglichen Vinkulierungen statt, weil diese schlechthin keine Erwähnung finden. Die Klauseln in deutschen Wirtschaftsverträgen lassen sich dabei in zwei große

Themenkomplexe aufteilen: Eine Erscheinungsform stellen die Verträge mit außenstehenden Dritten, insbesondere bei Kredit-, Liefer- und Lizenzverträgen dar, die den verwendenden Unternehmen dann ein Kündigungsrecht dieser Verträge einräumen, wenn sich die Machtverhältnisse in den Gesellschaften ändern und eine andere Person dadurch die Kontrolle übernimmt.

Auf der anderen Seite stehen Change of Control-Klauseln, die sich in Vorstandsverträgen großer Aktiengesellschaften finden und in der sich diese Aktiengesellschaften verpflichten, im Falle eines Kontrollwechsels dem Vorstandsmitglied eine gewisse Summe zu zahlen oder bestimmte Aktienoptionen einzuräumen (sog. Golden Parachutes).²⁷³

Zwar bestehen offensichtlich große Unterschiede zwischen den zu regelnden Sachverhalten dieser Klauseln und Change of Control-Klauseln in Verbindung mit Vinkulierungen von Gesellschaftsanteilen im Innenverhältnis, allerdings kann die häufige und gute Auseinandersetzung der Literatur mit derartigen Klauseln dazu genutzt werden, einzelne Aspekte der Problematik auch auf Regelungen in Gesellschaftsverträgen zu übertragen. Insbesondere bei der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit derartiger Klauseln oder der Frage, wie ein Kontrollwechsel zu definieren ist und ab wann etwaige, daran gekoppelte Fristen zu laufen beginnen, wird im Rahmen des Regelungsinhalts einer Musterklausel auf die breite Literatur zu den Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen zurückzukommen sein.

2. Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen

Im Gegensatz zu den Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen führen Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen in der deutschen Rechtsliteratur ein echtes Schattendasein. Angesichts der hohen Vinkulierungsrate in den Gesellschaftsverträgen deutscher Kapitalgesellschaften in Verbindung mit der zunehmenden Konzernierung scheint diese Problematik jedoch in der Praxis mehr denn je von einiger Relevanz zu sein.

Um eine dogmatisch saubere Vorgehensweise zu garantieren, wird zunächst die allgemeine Zulässigkeit von Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen zu klären sein, bevor dann die Vereinbarkeit von Vinkulierungen mit derartigen Klauseln genauer zu untersuchen sein wird.

²⁷³ Krause, AG 2002, S. 143

a. Zulässigkeit von Change of Control-Klauseln

Der Ausgangspunkt für die Prüfung der grundsätzlichen Zulässigkeit von Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen ist die Privatautonomie in Form ihrer wichtigsten Ausprägung, der Vertragsfreiheit. Dieser elementare Grundsatz des deutschen Privatrechts besagt, dass jeder Einzelne und jede Partei eines Vertrages grundsätzlich darin frei sind, ihre Lebensverhältnisse durch Vertrag eigenverantwortlich zu gestalten.²⁷⁴ Die Satzungsautonomie fungiert hierbei als Ausdruck der Privatautonomie der Gesellschafter.²⁷⁵ Dies bedeutet, dass die Vertragsparteien grundsätzlich jede Regelung mit in das Statut aufnehmen können, solange diese nicht gewisse Grenzen überschreitet, die Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Vermeidung von Missbrauchsgefahren aufgestellt haben. Zu prüfen ist also, ob die Aufnahme von Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträge gegen Normen oder andere Rechtsgrundsätze verstoßen, die als Grenzen der Privatautonomie zur Unzulässigkeit dieser Vereinbarungen führen würde.

(1). Vertrag zu Lasten Dritter

Zunächst ist an einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter zu denken. Dieser wäre dann einschlägig, wenn die Vereinbarung einer Change of Control-Klausel im Gesellschaftsvertrag der Ausgangsgesellschaft durch die Beteiligungsgesellschaft ihren Gesellschafter als Dritten erheblich beeinträchtigen würde. Der Anteilsinhaber der Beteiligungsgesellschaft, der an dieser Vereinbarung nicht beteiligt wäre und deshalb als Dritter anzusehen wäre, könnte dann nicht mehr in der Lage sein, frei über seine Anteile an der Beteiligungsgesellschaft zu verfügen, ohne wirtschaftliche Repressalien durch die Ausgangsgesellschaft befürchten zu müssen. Hierin könnte ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter zu sehen sein, was zur Unzulässigkeit der betreffenden Klausel führen würde. Verträge zu Lasten Dritter sind nach allgemeiner Rechtsprechung mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unvereinbar und unzulässig, soweit die belastende Wirkung für den Dritten nicht lediglich einen Reflex darstellt.²⁷⁶ Ein Vertrag zu Lasten Dritter wird dabei allgemein als ein Rechtsgeschäft definiert, das die unmittelbare rechtliche Verpflichtung des Dritten ohne dessen Mitwirkung begründet.²⁷⁷

²⁷⁴ Ellenberger, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145 Rn. 7

²⁷⁵ Büchel, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 190

²⁷⁶ BGHZ 54, 247; BGHZ 78, 374; BayObLG 84, 201; BGH, NJW 2004, S. 3326

²⁷⁷ Gottwald, in: MünchKomm, BGB, § 328 Rn. 172

Eine Auseinandersetzung mit dem Thema Zulässigkeit von Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen findet sich im Aufsatz von Werner Mielke und Than-Mai Nguyen-Viet. Diese bejahen zunächst die Stellung des Anteilseigners der handelnden Gesellschaft als echten Dritten, da nicht er selbst, sondern die agierende Gesellschaft Partei des Gesellschaftsvertrages sei, kommen dann jedoch zu dem Ergebnis, dass kein Vertrag zu Lasten Dritter vorläge. Die Change of Control-Klausel verpflichte den Dritten nicht unmittelbar, seine Anteile an der durch die Klausel betroffenen Gesellschaft zu behalten oder zu veräußern. Vielmehr seien das Halten der Anteile oder die Inkaufnahme eines niedrigeren Kaufpreises allein faktische Folgen des oftmals mit dem Eingreifen von Change of Control-Klauseln verbundenen Wertverlustes des betroffenen Geschäftsanteils.²⁷⁸

Eine ausführliche und sehr genaue Prüfung des Themas Zulässigkeit von Change of Control-Klauseln – allerdings leider größtenteils auch nur im Bezug auf Wirtschaftsverträge – findet sich in der Dissertation Rittwages. Dieser stimmt Mielke/Nguyen-Viet insoweit zu, als dass Verträge mit Personen- und Kapitalgesellschaften gemäß §§ 124, 161 II HGB, § 13 GmbHG i. V. m. § 1 AktG nur die Gesellschaften als eigene Rechtssubjekte verpflichten, nicht aber die Gesellschafter selbst. Der Anteilsinhaber könne somit also nicht unmittelbar verpflichtet werden, seine Anteile zu halten oder zu verkaufen.²⁷⁹

Er weist jedoch in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass es neben dem Vertrag zu Lasten Dritter im engeren Sinne weitere Typen drittbelastender Vereinbarungen gäbe, mit deren Hilfe rechtliche Interessen ebenfalls erheblich beeinträchtigt würden, ohne dass dabei eine unmittelbare rechtliche Verpflichtung des Dritten bestünde. Er führt dabei verschiedene Ansichten auf, die als Abgrenzungswerkzeuge einer erheblichen Beeinträchtigung des Dritten herangezogen werden könnten: Der von der herrschenden Meinung²⁸⁰ vertretene rein zivilrechtliche Ansatz, der allein auf die rechtliche Verpflichtung des Dritten abstellt, wird im Hinblick auf einen unzureichenden Schutz des beeinträchtigten Dritten abgelehnt.²⁸¹

Eine zweite Ansicht, die vorwiegend von Biedenkopf²⁸² und Lukes²⁸³ vertreten wurde und die die Zulässigkeit derartiger Verträge mit Lastenwirkung unter Übertragung der Wertungen des Kartellrechts grundsätzlich ablehnte, wird mit der Begründung, wettbewerbsrechtliche

²⁷⁸ Mielke/Nguyen-Viet, DB 2004, S. 2517

²⁷⁹ Rittwage, Change-of-Control-Klauseln, S. 57

²⁸⁰ Gottwald, in: MünchKomm, BGB, § 328 Rn. 172

²⁸¹ Rittwage, Change-of-Control-Klauseln, S. 65

²⁸² Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 128 ff.

²⁸³ Lukes, Der Kartellvertrag, S. 150

Maßstäbe können nicht einfach auf das gesamte Zivilrecht übertragen werden, ebenfalls verneint.²⁸⁴

Schließlich wird auch die Meinung von Martens²⁸⁵, der die Zulässigkeit drittbelastender Verträge von einer Einzelfallprüfung, ob die Drittbelastung bezweckt war oder nicht, abhängig machen will, aufgrund von Beweisschwierigkeiten abgelehnt.

Rittwage kommt in seiner Untersuchung bei Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen letztendlich zu dem Ergebnis, dass drittbelastende Verträge jedenfalls dann unzulässig seien, wenn sich die Parteien dabei über drittschützende gesetzliche Ausgleichsvorschriften hinwegsetzen würden.²⁸⁶

Den Ergebnissen Rittwages ist grundsätzlich zu folgen, insbesondere im Hinblick darauf, dass wohl auch der BGH zu diesem Ergebnis neigt.²⁸⁷ Eine Vereinbarung ist für den Dritten nicht nur dann belastend, wenn er unmittelbar zu etwas verpflichtet wird, sondern auch dann, wenn solche Vereinbarungen dazu genutzt werden, sich über drittschützende gesetzliche Ausgleichsvorschriften hinwegzusetzen. Für Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen bedeutet dies zusammenfassend, dass sie zum einen dann unwirksam sind, wenn sie den Dritten unmittelbar rechtlich verpflichten und somit erheblich beeinträchtigen. Zum anderen ist eine Vereinbarung aber auch dann als nichtig anzusehen, wenn sich die Parteien dadurch über drittschützende gesetzliche Ausgleichsvorschriften hinwegsetzen würden.

Fraglich ist jedoch, ob diese Maßstäbe auch an Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen angelegt werden können und wenn ja, welche drittschützenden gesetzlichen Ausgleichsvorschriften hierbei verletzt werden könnten.

Zu untersuchen ist nun also, wie diese Ergebnisse zu den Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen für die hier zu prüfenden Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen genutzt werden können.

Die Change of Control-Klauseln als Ergänzung zu Vinkulierungen in Gesellschaftsverträgen unterscheiden sich in mehreren Punkten von Change of Control-Klauseln in

²⁸⁴ Rittwage, Change-of-Control-Klauseln, S. 65

²⁸⁵ Martens, AcP 177, S. 164

²⁸⁶ Rittwage, Change-of-Control-Klauseln, S. 68

²⁸⁷ BGHZ 12, 213; BGHZ 47, 376

Wirtschaftsverträgen. Während die Klauseln in Wirtschaftsverträgen mit Lieferanten oder Angehörigen des Managements vereinbart werden, bleibt der Wirkungskreis von Klauseln in Gesellschaftsverträgen auf die Mitglieder der Gesellschaft begrenzt. Dazu kommt, dass in Wirtschaftsverträgen als Sanktion meist ein Kündigungsrecht oder eine Strafzahlung vereinbart wird, während in Gesellschaftsverträgen eher Einziehungs- oder Abtretungsvarianten infrage kommen. Schließlich lässt sich auch festhalten, dass die Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen stets dem Interesse der Geschäftspartner dienen sollen, um diese zu einem Vertragsschluss zu bewegen, während die hier behandelten Klauseln als Schutzmechanismus der Gesellschaft vor unerwünschter mittelbarer Einflussnahme auf den Gesellschafterkreis auch der Ausgangsgesellschaft dienen soll.

Zweifelhaft ist bei den großen Unterschieden zwischen beiden Konstellationen bereits, ob wie bei den Change of Control-Klauseln bei Wirtschaftsverträgen auch der Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft als echter Dritter angesehen werden kann.

Bei Wirtschaftsverträgen ist der Einschätzung von Mielke/Nguyen-Viet und Rittwage ohne Einschränkung zu folgen. Der Gesellschafter der betroffenen Gesellschaft ist in der Regel nur einer von mehreren Gesellschaftern und wird im Außenverhältnis, um das es bei Wirtschaftsverträgen maßgeblich geht, von der Geschäftsführung vertreten. Diese Zwischenschaltung des Managements (§§ 78 I 1 AktG, 35 I 1 GmbHG) im Außenverhältnis muss bei der Beurteilung des Gesellschafters als Dritten berücksichtigt werden.

Im Gegensatz zur eben behandelten Variante spielt sich bei Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen das Geschehen nämlich nicht im Außen-, sondern im innersten Gesellschafterkreis der Ausgangsgesellschaft ab. Wird nun eine Change of Control-Klausel zwischen der Ausgangsgesellschaft und ihren Beteiligungsgesellschaften vereinbart, so dient diese nicht nur, wie bei den Wirtschaftsverträgen der anderen Seite, sondern auch der Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft wird vor unerwünschten Veränderungen im Gesellschafterkreis der Ausgangsgesellschaft durch andere Beteiligungsgesellschaften geschützt. Jemand, der jedoch selbst ein großes Interesse an der Schutzwirkung einer derartigen Klausel hat – schließlich könnten auch andere Gesellschafter über ihre Beteiligungsgesellschaften Unruhe in die Gesellschaft tragen – kann nicht unbeteiligter Dritter sein.

Zwar kann nach der Lehre von der Relativität der Schuldverhältnisse diese Klausel nur zwischen Ausgangs- und Beteiligungsgesellschaft ihre Wirkung entfalten, dabei darf jedoch

nicht übersehen werden, dass sich hinter einer derartigen Beteiligungsgesellschaft – vor allem dann, wenn es sich dabei um eine reine Holding handelt – allein der Wille des dahinter stehenden beherrschenden Gesellschafters verbirgt.

Interessant ist dazu die Entscheidung des BGH²⁸⁸, in der er einem GmbH-Gesellschafter, der sein Weisungsrecht dazu missbrauchte, einen Geschäftspartner in mittelbarer Täterschaft zu täuschen, seine Eigenschaft als Dritter im Sinne des § 123 II 1 BGB absprach. Der Gesellschafter einer GmbH soll also trotz der Relativität des Schuldrechts dann kein unbeteiligter Dritter sein, wenn er innerhalb der Gesellschaft, sei es über Weisungsrechte oder seine beherrschende Stellung, derart viel Einfluss auf das Handeln der Gesellschaft ausüben kann, dass die Gesellschaft lediglich ein Werkzeug darstellt. Genau diese Situation liegt jedoch auch hier vor. Der Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft installiert von Anfang an oder durch spätere Übertragung eine Beteiligungsgesellschaft im Gesellschafterkreis. Bestimmender Gesellschafter in dieser Beteiligungsgesellschaft ist und bleibt jedoch er selbst, sodass seine Eigenschaft als Dritter auch aus diesem Grund hier zu verneinen ist.

Selbst wenn man die Eigenschaft als Dritter bejahen würde, fehlte es jedoch wie bei den Wirtschaftsverträgen wegen §§ 124, 161 II HGB, 13 GmbHG, 1 AktG und der Relativität der Schuldverhältnisse am Tatbestandsmerkmal einer unmittelbaren Verpflichtung des Gesellschafters. Um die unter Gliederungspunkt G.I.1. erarbeiteten Ergebnisse zu den Wirtschaftsverträgen abzurunden, könnte dann noch gefragt werden, ob sich die Vertragsparteien durch Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen darüber hinaus über drittschützende, gesetzliche Ausgleichsvorschriften hinwegsetzen würden. Diese Vorschriften könnten in §§ 68 II, 180 II AktG, 15 V, 53 I GmbHG gesehen werden, da diese Vorschriften verhindern sollen, dass die freie Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile ohne Abstimmung der Gesellschafter untereinander eingeschränkt werden kann. Eingeschränkt wird dabei jedoch allein die freie Veräußerlichkeit der Anteile der Ausgangsgesellschaft, der die Beteiligungsgesellschaft als Gesellschafter bei der Aufnahme der Change of Control-Klausel in das Statut der Ausgangsgesellschaft allerdings zugestimmt hat. Die Anteile der Beteiligungsgesellschaft bleiben hingegen frei veräußerlich, da die Übertragung dieser Anteile und die daraus resultierenden Folgen der Change of Control-Klausel auf die Anteile der Beteiligungsgesellschaft selbst keine rechtlichen, sondern allenfalls wirtschaftliche Auswirkungen hat. Gebunden werden also nicht die Anteile der Beteiligungs-, sondern die der Ausgangsgesellschaft. Der Übertragung der Anteile auf die Beteiligungsgesellschaft hatte die

²⁸⁸ BGH, NJW 1990, S. 1915

Gesellschaft als Gesellschafterin jedoch zugestimmt. Eine Verletzung von drittschützenden gesetzlichen Ausgleichsvorschriften liegt folglich nicht vor.

Die Zulässigkeit einer Change of Control-Klausel in Gesellschaftsverträgen scheitert somit nicht am Verbot eines Vertrages zu Lasten Dritter. Ein solcher liegt in dieser Konstellation nicht vor: Der beherrschende Gesellschafter ist kein echter Dritter, da er als bestimmender Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft im Innenverhältnis der beiden beteiligten Gesellschaften selbst ein Interesse an der Einführung einer derartigen Klausel hat. Darüber hinaus wird er nicht selbst unmittelbar verpflichtet und es werden auch keine drittschützenden gesetzlichen Ausgleichsvorschriften durch diese Vereinbarung verletzt.

(2). Verstoß gegen § 138 BGB

Bei Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen wird darüber hinaus auch ein möglicher Verstoß gegen die guten Sitten als weitere Grenze der Vertragsfreiheit zu prüfen sein. Sittenwidrig ist nach der Rechtsprechung eine Vereinbarung dann, wenn sie gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.²⁸⁹ Zugegebenermaßen hilft diese sehr allgemein gehaltene Definition noch nicht weiter, um eine fundierte Prüfung von Change of Control-Klauseln im Lichte des § 138 BGB vorzunehmen. Die Rechtsprechung hat jedoch gewisse Kategorien entwickelt, bei deren tatsächlichem Vorliegen von einer Sittenwidrigkeit auszugehen ist. Infrage kommt in der hier behandelten Konstellation das Problemfeld der Knebelverträge, da der Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft gehindert sein könnte, frei über seine Anteile zu verfügen. Ein sittenwidriger Knebelvertrag liegt dann vor, wenn er die wirtschaftliche Freiheit des anderen Teils derart beschränkt, dass dieser seine freie Selbstbestimmung ganz oder im Wesentlichen einbüßt.²⁹⁰

Erneut soll ein vergleichender Blick in die Abhandlungen zu Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen helfen, die Einordnung der hier behandelten Klauseln zu erleichtern.

Mielke und Nguyen-Viet lehnen grundsätzlich die Sittenwidrigkeit solcher Klauseln ab und gelangen nur dann zu einer Anwendung von § 138 BGB, wenn die Vertragsparteien bewusst

²⁸⁹ RG 80, 221; BGHZ 10, 232; BGH, NJW 2004, S. 2670; BAG, NZA 2006, S. 1354

²⁹⁰ Ellenberger, in: Palandt, BGB, § 138 Rn. 39; BGHZ 19, 12; BGH, NJW 1962, S. 102

zu Lasten eines Dritten zusammenwirken oder der „geknebelte“ Anteil des Gesellschafters den wesentlichen Teil seines Vermögens darstellt.²⁹¹

Rittwage lehnt die Einteilung danach, ob der Anteil ein wesentlicher Teil des Vermögens des Gesellschafters sei, wegen fehlender Erkennbarkeit dieser subjektiven Eigenschaft für den Rechtsverkehr ab. Er arbeitet heraus, dass der Gesellschafter der Gesellschaft bei Change of Control-Klauseln in Wirtschaftsverträgen als echter Dritter zu sehen ist, und in diesem Falle der § 138 BGB nur Anwendung findet, wenn der Vertrag besonders vorwerfbar darauf abzielt, bereits erworbene oder künftige Rechtspositionen Dritter zu beeinträchtigen.²⁹²

Wie bereits aufgezeigt wurde, besteht jedoch ein Unterschied zwischen den beiden Arten von Change of Control-Klauseln insbesondere darin, dass bei denjenigen Regelungen in Gesellschaftsverträgen keine Außenstehenden betroffen sind. Der Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft ist als beherrschender Gesellschafter einer zwischengeschalteten Gesellschaftskonstruktion eben nicht ein an der Vereinbarung unbeteiligter Dritter, sondern er ist als Strippenzieher durch die Beteiligungsgesellschaft näher am Geschehen als jeder andere.

Der negativen Haltung Rittwages zu der Ansicht die darauf abstellt, ob der Geschäftsanteil den wesentlichen Teil des Vermögens des anderen darstellt oder nicht, ist hingegen zu folgen. § 138 BGB soll den Vertragspartner davor schützen, dass der andere seine überlegene wirtschaftliche Stellung oder sein überlegenes wirtschaftliches Geschick dafür nutzt, um den Vertragspartner durch die Vereinbarung in derart massiver Weise zu übervorteilen, dass dies im Lichte des allgemeinen Anstandsgefühls als untragbar erscheinen muss. Er soll jedoch nicht den Vertragspartner davor schützen, sein Vermögen zu binden oder über sein Vermögen als Ganzes verfügen zu können. Trifft dieser nämlich jene Entscheidung bewusst und rational, kann keinesfalls von Sittenwidrigkeit die Rede sein, da dies im Rahmen der Privatautonomie in der Entscheidungsgewalt des Vermögensinhabers liegt. Die Tatsache, dass es sich bei dem Vertragsgegenstand um den wesentlichen Teil des Vermögens handelt, kann zwar dazu führen, dass dem Betrachter eine zunächst nur problematische Vereinbarung dann als untragbar erscheinen lässt, dies kann jedoch nur dann gewertet werden, wenn der andere auch von diesem Umstand wusste. Nur wenn er diese Situation kannte, kann ihm ein Missbrauch vorgeworfen werden. Da der Vertragspartner die Vermögenslage des anderen jedoch regelmäßig nicht bekannt sein wird und er auch keinen Anlass hat, dahingehend Forschungen

²⁹¹ Mielke/Nguyen-Viet, DB 2004, S. 2518

²⁹² Rittwage, Change-of-Control-Klauseln, S. 54

anzustellen, kann dieses Abgrenzungskriterium nicht dazu dienen, eine saubere Einordnung vorzunehmen.

Festgehalten sei an dieser Stelle, dass § 138 BGB als Generalklausel der Privatautonomie dort eine Grenze setzt, wo diese Freiheit missbraucht werden soll, um seinen Vertragspartner sittenwidrig zu übervorteilen.²⁹³ Die beiden oben aufgeführten Ansichten zu den Knebelverträgen – wenn auch bei beiden im Bezug auf Dritte – stimmen darin überein, dass die beiden Parteien kollusiv und vorwerfbar zu Lasten des Dritten zusammenwirken.

Hier muss erneut die Tatsache berücksichtigt werden, dass es sich bei dem Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft nicht um einen echten Dritten handelt. Er ist eben nicht der schützenswerte Unbeteiligte, sondern hat sowohl auf den einen als auch auf den anderen Vertragspartner über eine beherrschende Stellung in der Beteiligungsgesellschaft und darüber hinaus auch auf die Mitgliedschaftsrechte in der Ausgangsgesellschaft erhebliche Einflussmöglichkeiten. Eine Situation, in der beide Gesellschaften zum Nachteil des Gesellschafters der Beteiligungsgesellschaft zusammenwirken, ist somit nur schwer vorstellbar.

Die spezielle Konstellation, dass der Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft maßgeblich an den Vorgängen beteiligt ist, und die Tatsache, dass § 138 BGB als Generalklausel eng auszulegen ist, um eine übermäßige Anwendung dieser Regelung zu vermeiden, führt schließlich dazu, dass eine Sittenwidrigkeit bei Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen in der Praxis nahezu undenkbar ist. Möglich wäre dies allenfalls, wenn die Ausgangsgesellschaft und die Geschäftsführung der Beteiligungsgesellschaft, wenn diese überhaupt abgegeben wurde, zum Nachteil des eigenen Gesellschafters kollusiv zusammenarbeiten würden. Ausgenommen von dieser unwahrscheinlichen Vorgehensweise kann somit festgehalten werden, dass § 138 BGB der Zulässigkeit von Change of Control-Klauseln grundsätzlich nicht im Wege steht.

Auch der einstweilen auftretende Versuch, die Change of Control-Klauseln als unzulässige „Hinauskündigungsklausel“ an § 138 BGB scheitern zu lassen, geht letztendlich fehl. Die Change of Control-Klauseln sind an den festen Tatbestand des Kontrollwechsels gebunden, dessen tatsächliche Voraussetzungen in den jeweiligen Vereinbarungen exakt festgelegt sind.

²⁹³ Ellenberger, in: Palandt, BGB, § 138 Rn. 1

Die Rechtsfolgen einer derartigen Klausel sind folglich nicht in das freie Ermessen der übrigen Mitgesellschafter gestellt, sondern bedürfen für ihr Eingreifen des Nachweises des Vorliegens der tatsächlichen, tatbestandlichen Voraussetzungen.²⁹⁴ Ein Verstoß gegen § 138 BGB lässt sich folglich auch aus diesen Erwägungen nicht erkennen.

b. Verhältnis zur Vinkulierung

Nachdem die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Klauseln bejaht wurde, stellt sich nun die Frage, ob diese mit Vinkulierungen kombinierbar sind und in welchem Verhältnis diese beiden Regelungen zueinander stehen. Schließlich sollen Vinkulierung und Change of Control-Klausel so im Gesellschaftsvertrag aufeinander abgestimmt werden, dass eine Umgehung der Vinkulierung mittels Kontrollwechseln in den Beteiligungsgesellschaften nicht mehr möglich ist.

Interessant ist hierzu die Entscheidung des OLG Naumburg²⁹⁵, das sich mit der Umgehung von Zustimmungspflichten bei Ausgangs- und Beteiligungsgesellschaften zu beschäftigen hatte. Es weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Umgehungen von Vinkulierungen mittels Beteiligungsgesellschaften begegnet werden könnte, wenn neben der Vinkulierung noch eine Kontrollwechselklausel in den Gesellschaftsvertrag mit aufgenommen werde.²⁹⁶ Dieser kurze Hinweis des Gerichts enthält drei wichtige Aussagen zum Verhältnis zwischen Vinkulierung und Change of Control-Klauseln. Zum einen ist dies die Erkenntnis, dass Change of Control-Klauseln ebenso wie Vinkulierungen zu ihrer Wirksamkeit einer Verankerung im Gesellschaftsstatut bedürfen. Darüber hinaus zeigt diese Äußerung auch, dass die Rechtsprechung durchaus von der Kombinierbarkeit dieser beiden Regelungsinstrumente ausgeht. Schließlich lässt die Aussage des Gerichts auch einen Rückschluss darauf zu, dass es die Vinkulierung und die Change of Control-Klausel als zu einer Gattung von Schutzvorrichtungen gehörende Instrumente ansieht, die beide ihren Hauptanwendungsbereich darin finden, unerwünschten Dritten den Zugang in den Gesellschafterkreis einer Gesellschaft zu versperren.

Einer gleichzeitigen Verwendung bis hin zur Kombination von Vinkulierungen und Change of Control-Klauseln in einem Gesellschaftsvertrag stehen somit keine rechtlichen Schranken

²⁹⁴ Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 102

²⁹⁵ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 775

²⁹⁶ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 778

mehr im Wege. Diese Erkenntnis ist für die Entwicklung einer möglichst effektiven Kontrollmöglichkeit durch die Mitgesellschafter in Form einer durch eine Change of Control-Klausel erweiterten Vinkulierung von elementarer Bedeutung.

II. Reichweite der Vinkulierung bei Beteiligungsgesellschaften

Sachlich umfasst die Vinkulierung grundsätzlich jede Verfügung über den Anteil, sei es zum Beispiel die Übertragung, die Verpfändung (§ 1274 BGB) oder die Bestellung eines Nießbrauchs (§ 1069 II BGB).²⁹⁷ Da im Falle einer Verfügung über Geschäftsanteile der Beteiligungsgesellschaft diese Voraussetzungen tatsächlich jedoch nicht vorliegen, muss die Reichweite von Vinkulierungsklauseln bei Beteiligungsgesellschaften je nach Art der Beteiligung einzeln geprüft werden.

Nachdem die Zulässigkeit und die Kombinierbarkeit der Change of Control-Klauseln in Gesellschaftsverträgen bejaht wurde, ist noch die Frage zu klären, bei welchen Umgehungsversuchen mittels Beteiligungsgesellschaften die einfache Vinkulierungsklausel versagt und es einer Absicherung dieser Klausel durch die Change of Control-Klausel bedarf. Um eine exakte Untersuchung zu ermöglichen, ist es hierbei erforderlich, nach den verschiedenen Wegen einer Beteiligungsgesellschaft zu trennen, da unterschiedliche Beitrittswege und verschiedene Beitrittszeitpunkte auch zu anderen Ergebnissen der Reichweite von Vinkulierungsklauseln führen können.

Die Frage nach der Reichweite von Vinkulierungsklauseln bei Beteiligungsgesellschaften ist heftig umstritten und wird je nach Autor oder individueller Gesellschaftskonstellation unterschiedlich beantwortet.

1. Abtretung der Anteile an ursprünglicher Beteiligungsgesellschaft

Die organisatorisch einfachste Konstellation von Möglichkeiten des Beitritts einer typischen Beteiligungsgesellschaft ist dabei die, in der von Anfang an die Gesellschaft als Gesellschafterin in der Gesellschaft auftritt. Die Tatsache, dass eine Gesellschaft nicht nur Gesellschaftsmitglied werden kann, sondern sogar als Gründungsmitglied auftreten kann, wurde bereits am Anfang dieser Arbeit festgestellt. Nun soll jedoch die Frage geklärt werden, ob die Wirkung der Vinkulierung in der Ausgangsgesellschaft so weit reicht, dass auch die Übertragung von Anteilen an der Beteiligungsgesellschaft der Zustimmung der Gesellschafter

²⁹⁷ Koch, Vinkulierung, S. 36

der Ausgangsgesellschaft bedarf. Der Grund hierfür könnte darin gesehen werden, dass bei einem Kontrollwechsel in der Beteiligungsgesellschaft die Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft zwar formell gleich bleiben, faktisch könnte der neue beherrschende Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft seinen mittelbaren Einfluss jedoch wie ein echter Gesellschafter geltend machen. Insbesondere könnte er das Stimmrecht der Gesellschaft ausüben und sich über Kontrollrechte die Informationen beschaffen, die gerade ihm vorenthalten werden sollen.²⁹⁸

Kommt man zu dem Ergebnis, dass sich die Vinkulierungsklausel in diesen Fällen aus Wertungsgründen auch auf die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft erstrecken muss, so genügt eine einfache Vinkulierungsklausel zum Schutz des Gesellschafterkreises. Ergibt die Untersuchung jedoch, dass eine einfache Vinkulierungsklausel einen derart weit reichenden Schutz nicht zu leisten vermag, müsste die sie in dieser Konstellation durch eine Change of Control-Klausel verstärkt werden, um einen effektiven Schutz der Ausgangsgesellschaft garantieren zu können.

a. Rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot

Weitgehend Einigkeit besteht insoweit noch darüber, dass sich die begrenzende dingliche Wirkung der Vinkulierung der Ausgangsgesellschaft nicht auf die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft erstreckt, da dies wegen § 137 S. 1 BGB rechtlich nicht möglich ist.²⁹⁹ Dieser schützt die grundsätzliche Verfügungsfreiheit des Rechtsinhabers, die bei veräußerlichen Rechten durch rechtsgeschäftliche Abreden nicht begrenzt werden kann.³⁰⁰ § 137 S. 1 BGB verbietet folglich grundsätzlich die Beschränkung der dinglichen Verfügungsfreiheit eines veräußerlichen Rechts durch eine schuldrechtliche Vereinbarung. Der Schutzbereich dieser Norm wäre dann verletzt, wenn die gesetzlich vorgesehene freie Veräußerlichkeit von Geschäftsanteilen an der Beteiligungsgesellschaft dadurch eingeschränkt werden könnte, dass die Ausgangsgesellschaft und die Beteiligungsgesellschaft als deren Gesellschafterin die Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft durch ein Zustimmungserfordernis binden könnte. Der Grundsatz der freien Veräußerlichkeit von Geschäftsanteilen in § 15 I GmbHG, der auch zugunsten der Gesellschafter der

²⁹⁸ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 143

²⁹⁹ Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 111a; Kowalski, GmbHR 1992, S. 350; Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 412; Liebscher, ZIP 2003, S. 825; Loritz, NZG 2007, S. 366

³⁰⁰ BayObLG, NJW 1978, S. 701

Beteiligungsgesellschaft gelten muss, würde durch diese schuldrechtliche Abrede der beiden Gesellschaften im Gesellschaftsvertrag der Ausgangsgesellschaft unzulässigerweise begrenzt.

Zwar stellen § 68 II AktG und § 15 V GmbHG eine Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB dar, da beide die dingliche Beschränkung der freien Verfügungsbefugnis des Gesellschafters durch schuldrechtliche Vereinbarung ausnahmsweise erlauben. Wie ein Blick auf den Wortlaut der beiden Normen allerdings zweifelsfrei zeigt, beziehen sie sich jedoch allein auf die Geschäftsanteile der vinkulierten Gesellschaft selbst.³⁰¹

Es lässt sich also mit der allgemeinen Meinung konstatieren, dass Verfügungsbeschränkungen nur für die jeweils vinkulierten Geschäftsanteile gelten. Die dingliche Erstreckung der Vinkulierung auf Beteiligungsgesellschaften ohne weitere rechtliche Vorgaben ist grundsätzlich wegen § 137 S. 1 BGB nicht möglich.

b. Umgehungsgeschäft

Etwas anderes könnte jedoch dann gelten, wenn man über die allgemein anerkannte Rechtsfigur des verbotenen Umgehungsgeschäfts doch zur erweiterten Anwendung der umgangenen Vinkulierungsklausel käme.

Ein Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn die Parteien ein verbotenes Geschäft mit Hilfe eines anderen, nicht ausdrücklich verbotenen Geschäfts zu erreichen versuchen.³⁰² Die Einzelheiten zum verbotenen Umgehungsgeschäft sind dabei höchst streitig. Nach einer vorwiegenden Ansicht in der Literatur ergibt sich die Nichtigkeit des Umgehungsgeschäfts bereits im Wege der Auslegung der umgangenen Vinkulierung. Die Gesetzesumgehung sei dabei weder ein besonderer Nichtigkeitsgrund noch ein selbstständiges Rechtsinstitut, sondern ein Anwendungsfall der teleologischen Auslegung der Verbotsnorm, weshalb es auch keiner besonderen Regelung dieser Geschäfte bedarf.³⁰³ Vertreten wird in der Literatur aber auch, den Umgehungszweck als Grund für die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB einzuordnen, der im Gegensatz zu § 134 BGB gerade auch die Verstöße gegen die nicht kodifizierte Ordnung erfasse.³⁰⁴ Ähnlich sieht dies auch das OLG Naumburg, das unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung dann den Umgehungszweck als Grund für die Sittenwidrigkeit

³⁰¹ Loritz, NZG 2007, S. 366; Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 412; Liebscher, ZIP 2003, S. 825

³⁰² OLG Naumburg, NZG 2004, S. 780

³⁰³ BGHZ 110, 47; Ellenberger, in: Palandt, BGB, § 134 Rn. 28 m. w. N.

³⁰⁴ Sack, in: Staudinger, BGB, § 134 Rn. 153

nach § 138 BGB annimmt, wenn es um die Durchsetzung gesamtstaatlich besonders wichtiger Gesetze gegenüber eigennützigen Angriffe geht.³⁰⁵ Eine weitere Meinung entwickelt das verbotene Umgehungsgeschäft hingegen als eigenes Rechtsinstitut in Analogie zu § 134 BGB, der grundsätzlich der Regelung des § 138 BGB vorgehe.³⁰⁶

Zu folgen ist hierbei der herrschenden Meinung, die auf die Einteilung des verbotenen Umgehungsgeschäfts als selbstständiges Rechtsinstitut verzichtet und stattdessen die betroffene Verbotsnorm teleologisch auslegt. Die Anwendung von § 138 BGB hat den Nachteil, dass für die Bejahung eines Umgehungsgeschäfts die hohe Hürde der Sittenwidrigkeit genommen werden müsste. Gegen eine Analogie des § 134 BGB spricht, dass dieser nur Verstöße gegen Verbotsgesetze erfasst. Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sind jedoch nur Gesetze im formellen Sinne.³⁰⁷ Solche liegen bei einer gesellschaftsvertraglichen Vinkulierung als Individualvereinbarung zweifelsfrei nicht vor. Die teleologische Auslegung der Verbotsnorm hingegen stellt ein probates und anerkanntes Mittel der Rechtsfindung dar und erlaubt dem Rechtsanwender möglichst nahe an der streitgegenständlichen Norm zu argumentieren. Dies bedeutet auch, dass die Abgrenzung nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsnorm zu erfolgen hat. Will die Verbotsnorm lediglich einen bestimmten Weg zu einem ansonsten zulässigen Ziel verbieten, ist dieses Rechtsgeschäft zulässig. Soll die Verbotsnorm jedoch verhindern, dass ein bestimmtes, verbotenes Ziel erreicht wird, so ist ein Rechtsgeschäft unwirksam, das den verbotenen Erfolg durch Verwendung von Gestaltungsmöglichkeiten zu erreichen versucht, die scheinbar nicht von der Verbotsnorm umfasst werden.³⁰⁸

(1). Verbotsnorm

Zu klären ist in diesem Zusammenhang zunächst, ob eine den Regelungen von §§ 68 II 1 AktG, 15 V GmbHG entsprechende, gesellschaftsvertraglich geregelte Vinkulierungsklausel eine Verbotsnorm im Sinne des verbotenen Umgehungsgeschäftes darstellt. Dabei liegt eine Verbotsnorm in diesem Sinne nur vor, wenn der Handelnde das gegenständliche Rechtsgeschäft nicht vornehmen darf, nicht jedoch, wenn er es lediglich nur nicht vornehmen kann, da im letzteren Falle das Rechtsgeschäft ohnehin bereits schwebend unwirksam wäre.³⁰⁹

³⁰⁵ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 780

³⁰⁶ Wendtland, in: Bamberger/Roth, BGB, § 138 Rn. 6; Armbrüster, in: MünchKomm, BGB, § 134 Rn. 16

³⁰⁷ Armbrüster, in: MünchKomm, BGB, § 134 Rn. 30

³⁰⁸ BGHZ 58, 65; BGHZ 85, 46; BGH, NJW 2006, S. 1066

³⁰⁹ Ellenberger, in: Palandt, BGB, § 134 Rn. 5

Nach dem Grundsatz der freien Verfügbarkeit von Aktien³¹⁰ und von Geschäftsanteilen kann jeder Inhaber derartiger Anteile frei über sie verfügen. Das „Können“ stellt bei der Vinkulierung jedoch kein Problem dar. Vielmehr führt die Vinkulierung von Geschäftsanteilen dazu, dass der veräußerungswillige Gesellschafter seine Mitgesellschafter erst um Erlaubnis fragen muss, bevor er über seinen Anteil verfügen darf. Die Vinkulierung stellt folglich ein Verbot dar, ohne erforderliche Zustimmung über den Geschäftsanteil zu verfügen, und ist somit auch als Verbotsnorm im Sinne des verbotenen Umgehungsgeschäfts einzuordnen.

(2). Finale Ausrichtung der Verbotsnorm

Alsdann ist zu untersuchen, ob es sich bei der Vinkulierung um eine Verbotsnorm handelt, die nur einen bestimmten Weg verbietet, den Erfolg aber zulassen will, oder ob es der Verbotsnorm in erster Linie darum geht, den Erfolg des verbotenen Rechtsgeschäfts zu vermeiden. Denn wie oben bereits aufgezeigt, ist nur im zweiten Fall von der Unwirksamkeit des zu untersuchenden Rechtsgeschäfts und damit der Anwendung der umgangenen Verbotsnorm auszugehen. Der Hauptzweck einer Vinkulierung liegt in der Regel darin, den Gesellschafterkreis vor unerwünschten Dritten zu schützen. Die Regelung, nur nach Zustimmung der anderen Gesellschafter über seinen Anteil verfügen zu dürfen, soll also in erster Linie verhindern, dass über die Anteilsübertragung neue Gesellschafter in die Gesellschaft Zutritt finden, mit denen die anderen Gesellschafter nicht einverstanden sind. Das Problem liegt dabei nicht in der Übertragung der Anteile selbst, sondern vielmehr an den gesellschaftlichen Mitgliedschaftsrechten, die durch die Abtretung des Geschäftsanteils mit übertragen werden.

Verhindert werden soll also nicht die Übertragung an sich, sondern die Möglichkeit Dritter, über einen Erwerb des Anteils an die Mitgliedschaftsrechte wie das Stimm- oder Informationsrecht zu gelangen. Vinkulierungen dienen somit grundsätzlich nicht in erster Linie dazu, die Übertragung selbst zu blockieren, sondern vielmehr dem Ziel, den Einfluss Dritter abzuwehren.

³¹⁰ BayObIGZ 1988, 377

(3). Vinkulierung bei Gesellschaften als Gründungsmitglied

Schließlich ist anhand der einzelnen Konstellationen zu prüfen, ob die Parteien den Zweck eines verbotenen Rechtsgeschäfts mithilfe eines anderen, nicht ausdrücklich verbotenen Rechtsgeschäfts zu erreichen versuchen und damit den Tatbestand eines verbotenen Umgehungsgeschäfts erfüllen.³¹¹ Zu beachten ist hierbei, dass in der hier zu untersuchenden Situation nicht nur der Sonderfall einer Gesellschaft als Gesellschafterin vorliegt, sondern darüber hinaus auch die Tatsache, dass diese Gesellschaft bereits Gründungsmitglied der Ausgangsgesellschaft war, zu berücksichtigen ist.

Kommt es in einer derartigen Konstellation zu einem Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft, so wird das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts und damit die erweiterte Anwendung der einfachen Vinkulierungsklausel in der Rechtslehre überwiegend verneint.³¹²

Die herrschende Meinung in der Literatur begründet diese Ansicht damit, dass die übrigen Gesellschafter, die sich auf eine Gesellschaftsgründung mit einer Beteiligungsgesellschaft bewusst eingelassen haben, grundsätzlich mit einer Veränderung der Gesellschafterstruktur in der Beteiligungsgesellschaft rechnen müssen. Dieses Risiko, dass ein Fremder über diese Beteiligungsgesellschaft Zutritt zur Ausgangsgesellschaft erlangt, seien die Mitgesellschafter bewusst eingegangen, insbesondere wenn sie gegen diese Gefahr keine weiteren Kautelen in den Gesellschaftsvertrag eingebaut hätten. Aus dem Grunde seien die übrigen Mitgesellschafter in dieser Konstellation nicht schutzwürdig.³¹³

Thomas Asmus stimmt insoweit der herrschenden Meinung zu. Zwar würde die isolierte Betrachtung des bezweckten Interessenschutzes der Vinkulierung auf den ersten Blick dazu führen, derartige Anteilsveräußerungen als Umgehungsgeschäfte zu klassifizieren, da diese die Vinkulierungsinteressen vereiteln könnten. Betrachte man jedoch den gesetzlichen Regelfall der freien Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile, so muss auch anerkannt werden, dass das Gesetz solche faktischen Gesellschafterwechsel durch Anteilsveräußerungen an der

³¹¹ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 780

³¹² Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 31; Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410; OLG Naumburg, NZG 2004, S. 778; Kowalski, GmbHR 1992, S. 353; Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 102

³¹³ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 31; Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410; OLG Naumburg, NZG 2004, S. 778; Kowalski, GmbHR 1992, S. 353

Beteiligungsgesellschaft grundsätzlich zulassen will. Wegen dieser gesetzlichen Regel-Ausnahme-Konstellation dürfte ein Dritter, der Anteile an einer Beteiligungsgesellschaft erwerben will, deren Satzung eine Vinkulierung gerade nicht enthält, darauf vertrauen, dass er für den Erwerb einer Genehmigung nicht bedarf.³¹⁴

Zu diesem Ergebnis gelangt ebenso Karl-Georg Loritz, auch wenn er dabei nicht an Kritik an der Argumentation der anderen Autoren spart. Der größte Unterschied zwischen beiden Argumentationssträngen besteht bereits darin, dass beide der Vinkulierungsklausel unterschiedliche Installierungsmotive zuordnen. Während die herrschende Meinung davon ausgeht, dass stets das Eindringen Fremder als oberstes Ziel verhindert werden soll, erkennt Loritz, dass die Zielrichtung einer Vinkulierung in der Praxis nicht einheitlich und schon gar nicht pauschal bestimmbar ist. Neben dem Schutz gegen das Eindringen Fremder soll auch eine generelle Kontrollmöglichkeit der Mitgesellschafter bei der Auswahl eines neuen Gesellschafters geschaffen werden. Nur so sei es möglich, sich gegen ungeeignete Bewerber, Konkurrenten oder gar rufschädigende Gesellschafter zu wehren. Ob diese dann fremd oder den übrigen Gesellschaftern wohl bekannt sind oder nicht, sei ohne Bedeutung.³¹⁵ Ob man also durch die Auslegung der Vinkulierungsklausel im jeweiligen Gesellschaftsvertrag zu einer erweiterten Anwendung kommen kann, könne sich nicht anhand pauschaler Zielstellungen ergeben, sondern müsse unter Berücksichtigung der unterschiedlichsten Interessenlagen individuell bewertet werden.

Letztendlich lehnt auch Loritz eine Ausdehnung der Vinkulierungsklausel auf die Anteile der Beteiligungsgesellschaft aufgrund einer verbotenen Umgehung grundsätzlich ab. Dies ergebe sich in erster Linie aus dem Fehlen einer weiter greifenden Formulierung im Gesellschaftsvertrag. Schließlich werden die Vertragsparteien beim Abschluss von Gesellschaftsverträgen notariell beraten. Würden sie also erreichen wollen, dass die Abtretung von Anteilen an der Beteiligungsgesellschaft der Zustimmung der Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft bedürfte, so gäbe es zahlreiche denkbare Möglichkeiten, dies im Wege schuldrechtlicher Vereinbarungen zu erreichen. Bestehe eine solche Vereinbarung nicht, so sei dies ein klares Indiz für den begrenzten Anwendungsbereich der Vinkulierung, der nicht über die Gesellschaft hinausreichen soll.³¹⁶

³¹⁴ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 145

³¹⁵ Loritz, NZG 2007, S. 365

³¹⁶ Loritz, NZG 2007, S. 365

Welcher Argumentationslinie man auch folgen mag, das Ergebnis ist immer das gleiche: Ist die Beteiligungsgesellschaft bereits Gründungsmitglied und wurden nur die Anteile der Ausgangsgesellschaft vinkuliert, so kommt man weder über die Wortlautauslegung oder die Interessenlage der Gesellschafter noch über die verbotene Umgehung zu einer erweiterten Anwendung des Zustimmungserfordernisses auf die Anteile der Beteiligungsgesellschaft. Für die herrschende Meinung spricht dabei die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis der Mitgesellschafter im Sonderfall der Beteiligungsgesellschaft als Gründungsmitglied, dass sich die Mehrheitsverhältnisse insbesondere bei Kapitalgesellschaften jederzeit ändern können. Selbst wenn man dabei von einer besonderen, laienhaften Unbekümmertheit der Mitgesellschafter ausgeht weist Loritz zu Recht auf die notarielle Beratung von Gründungsmitgliedern einer Gesellschaft hin. Die teleologische Auslegung der Vinkulierungsklausel in einer derartigen Konstellation kann folglich nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass trotz Kenntnis der Problematik und verschiedenster, unterlassener Regelungsmöglichkeiten zur Verhinderung derartiger Gefahren, die vereinbarte einfache Vinkulierungsklausel auch die Abtretung von Anteilen an der Beteiligungsgesellschaft umfassen solle. Eine erweiterte Anwendung der einfachen Vinkulierungsklausel auf die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft im Wege des verbotenen Umgehungsgeschäfts muss folglich zumindest dann verneint werden, wenn es sich bei der Beteiligungsgesellschaft um ein ursprüngliches Gründungsmitglied der Ausgangsgesellschaft handelt.

c. Sonderfall Holding

Ein in der Literatur häufig angesprochener Sonderfall stellt die Konstellation dar, bei der die Beteiligungsgesellschaft eine reine Holdinggesellschaft ist. Dabei besteht der Unternehmensgegenstand der Beteiligungsgesellschaft ausschließlich im Halten der Anteile an der Ausgangsgesellschaft, die selbst darüber hinaus über kein weiteres, erwähnenswertes Betriebsvermögen verfügt.

Die überwiegende Ansicht in der Literatur sieht hierin eine Ausnahme zur grundsätzlichen Ablehnung der Erstreckung der Vinkulierungsklausel im Wege des verbotenen Umgehungsgeschäfts auf die Beteiligungsgesellschaft.³¹⁷ In einer derartigen Konstellation bestehe der Zweck der Vinkulierungsklausel gerade darin, eine faktische Änderung der

³¹⁷ Kowalski, GmbHR 1992, S. 353; Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 31; Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410; Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 102; Loritz, ZIP 2003, S. 827

Gesellschafterstellung durch den Verkauf der Anteile der Holdinggesellschaft zu verhindern.³¹⁸ Die Veräußerung von Geschäftsanteilen an der Holdinggesellschaft sei dann jedoch gleichbedeutend mit der Abtretung von Geschäftsanteilen an der Ausgangsgesellschaft, die den statutarischen Vinkulierungsbeschränkungen unterliegen. Ein möglicher unkontrollierter Eintritt Dritter in den Gesellschafterkreis, den die Vinkulierung gerade verhindern soll, wäre dann die Folge.

Bei gründlicher Recherche der einschlägigen Literatur lassen sich jedoch auch Stimmen finden, die im Gegensatz zur herrschenden Meinung auch bei Holdinggesellschaften das Vorliegen eines Umgehungsgeschäftes verneinen und keinen Sonderfall kreieren möchten. Die Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft und die Abtretung der Anteile an dieser seien nicht als verbotenes Umgehungsgeschäft einzuordnen, sondern vielmehr als eine schuldrechtliche Pflichtverletzung der Holdinggesellschaft mit daraus resultierender Schadensersatzpflicht als Rechtsfolge zu qualifizieren.³¹⁹ Dies hätte zur Folge, dass es nicht zu einer erweiterten Anwendung der einfachen Vinkulierungsklausel kommen würde und die Mitgesellschafter der Ausgangsgesellschaft diesen, von der Vinkulierung nicht umfassten Übertragungsvorgang schutzlos hinnehmen müssten.

Grundsätzlich ist der vorherrschenden Meinung bei ihrer Einordnung der Beteiligungsholdinggesellschaft zu folgen, insbesondere wenn diese erst nach der Gründung der Ausgangsgesellschaft im Wege der Übertragung von Gesellschaftsanteilen in die Gesellschaft gelangte. Besteht das Betriebsvermögen der Beteiligungsgesellschaft in einem derartigen Fall ausschließlich oder zumindest überwiegend aus den Anteilen der Ausgangsgesellschaft, so stellen die Anteile der Beteiligungsgesellschaft faktisch und wirtschaftlich nichts anderes dar, als die Anteile der Ausgangsgesellschaft selbst. Wenn die Anteile an der Ausgangsgesellschaft durch das Einbringen in eine Holding jedoch lediglich einen anderen äußeren Anstrich bekommen, indem sie nun als Anteile an der Beteiligungs-, nicht mehr an der Ausgangsgesellschaft bezeichnet werden, kann bei deren Behandlung kein Unterschied gemacht werden. Nur wenn sich die Anteile der Beteiligungsgesellschaft durch weiteres Betriebsvermögen von den Anteilen der Ausgangsgesellschaft signifikant unterscheiden, kann eine diversifizierende Behandlung beider Beteiligungsarten begründet werden. Unterscheiden sich die verschiedenen Anteile jedoch nur in der Bezeichnung, stellen

³¹⁸ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 780; Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 31

³¹⁹ Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 15 Rn. 111; Hüffer, Aktiengesetz, § 68 Rn. 12; Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 111 a

ansonsten jedoch faktisch und wirtschaftlich dieselben Mitgliedsrechte an der Ausgangsgesellschaft dar, so ist von einem Umgehungsgeschäft auszugehen, da die Vinkulierung gerade dieses freie Verschieben von Geschäftsanteilen verhindern soll.

Fraglich ist jedoch, ob sich dann etwas anderes ergeben muss, wenn die Holdinggesellschaft von Anfang an als Gründungsmitglied an der Ausgangsgesellschaft beteiligt war. Auch hier lassen sich die Argumente von den oben behandelten Beteiligungsgesellschaften ins Feld führen: Den Mitgesellschaftern müsste doch bewusst gewesen sein, dass sich jederzeit Veränderungen in den Herrschaftsstrukturen der Beteiligungsgesellschaften ergeben könnten. Selbst wenn ihnen diese Einsicht fehlte, hätte aufgrund der notariellen Beratung bei der Aufstellung der Satzung jederzeit die Möglichkeit bestanden, dieses Risiko durch weitere Regelungsinstrumente zu verhindern. Schließlich ist auch an den Erwerber zu denken, dem nicht zuzumuten ist, an Vinkulierungen von Gesellschaften gebunden zu sein, deren Anteile nicht bewegt werden, sondern an denen lediglich eine Beteiligung der nicht vinkulierten Beteiligungsgesellschaft besteht.

Diese Argumente erlangen noch mehr an Gewicht, wenn es sich bei der betroffenen Beteiligungsgesellschaft nicht um ein vielschichtiges, aktives Unternehmen, sondern um eine reine Holdinggesellschaft handelt. Die Mitgesellschafter müssen dann umso mehr damit rechnen, dass sich der Inhaber der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft von diesen jederzeit trennen kann. Da sich der Unternehmensgegenstand der Beteiligungsgesellschaft allein darauf beschränkt, die Anteile an der Ausgangsgesellschaft zu halten, müssen bei ihrer Übertragung keine eventuellen Konsequenzen auf Verträge mit Geschäftspartnern oder Kreditgebern bedacht werden. Die Anteile an der Holding können ohne großen Aufwand und ohne verschachtelte, unterschiedlichste Beteiligungsstrukturen der Gesellschaft berücksichtigen zu müssen, übertragen werden, da sie letztendlich nur die Anteile an der Ausgangsgesellschaft beinhalten. Diese, abgesehen von den stets zu beachtenden Formerfordernissen des § 15 III, IV GmbHG, einfache Übertragung auf einen Käufer oder Investor hätte die Gesellschafter bei der Vinkulierung ihrer Anteile erst recht für die Kontrollwechselproblematik sensibilisieren müssen, wenn ihnen wirklich an der Sicherung des Gesellschafterkreises gelegen wäre.

Wird eine Gesellschaft mit einer Holding als Mitgesellschafter gegründet und lediglich eine einfache Vinkulierungsklausel in das Statut der Ausgangsgesellschaft mit aufgenommen, so kann der Zweck der Klausel nicht dahingehend ausgelegt werden, der Kreis der Gesellschafter

solle mit allen Mitteln gegen Fremde geschützt werden. Eine Holding als gängiges und häufiges Mittel eines Investments weist vielmehr darauf hin, dass es den Mitgesellschaftern nicht unbedingt darauf angekommen ist, eine bestimmte Person als Mitgesellschafter auszuwählen, sondern eher darauf, Kapital und Finanzmittel für die Gesellschaft zu akquirieren.

Auch der Kaufinteressent wird eine Holdinggesellschaft nicht als Ausfluss seines persönlichen Beteiligungsinteresses ansehen, sondern eher als eine Möglichkeit, sein Kapital zur Wertsteigerung zu investieren, um dann nach einiger Zeit durch den Verkauf der Holding diese Wertsteigerung zu realisieren.

Letztendlich lässt sich im Falle der Gründungsmitgliedschaft auch dann kein Umgehungsgeschäft konstruieren, wenn es sich bei der Gesellschafterin um eine reine Beteiligungsholding handelt. Die Mitgesellschafter, die eine Holdinggesellschaft als Gründungsmitglied in ihre Gesellschaft aufnehmen, müssten umso mehr mit der Übertragung der Anteile an dieser rechnen. Da die Gefahr eines Kontrollwechsels folglich als erhöht einzustufen ist und diese noch deutlicher auf der Hand liegt als bei verschachtelten Beteiligungen, hätten erst recht dann weitere Regelungsmöglichkeiten ergriffen werden müssen, wenn ein Interesse am Schutz des Gesellschafterkreises bestanden hätte. Eine Erstreckung der Vinkulierung im Wege des verbotenen Umgehungsgeschäfts kann in einer derartigen Konstellation folglich nicht bejaht werden, da die teleologische Auslegung der Vinkulierungsinteressen nicht ergeben hat, dass diese auch derartige, offensichtliche Übertragungsmöglichkeiten verhindern sollte.

d. Rechtsfolgen

Zu klären ist an dieser Stelle, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn man wie die vorherrschende Meinung bei Holdinggesellschaften ein verbotenes Umgehungsgeschäft grundsätzlich bejaht unabhängig davon, ob die beteiligte Holdinggesellschaft bereits Gründungsmitglied war oder erst später durch die Übertragung von Anteilen zu einem Gesellschaftsmitglied wurde.

Selbst wenn man die Voraussetzungen des verbotenen Umgehungsgeschäfts beim Sonderfall der Holdinggesellschaft als Beteiligungsgesellschaft als erfüllt ansehen möchte, führt dies nicht automatisch dazu, dass man unmittelbar zu einer Anwendung der Vinkulierung auf die

Beteiligungsgesellschaft kommt. Vielmehr scheiden sich auch dann die Literaturmeinungen darüber, wie mit einer derartigen Konstellation umzugehen sei. Einigkeit besteht noch insoweit darüber, dass das verbotene Umgehungsgeschäft grundsätzlich zur Anwendung der umgangenen Verbotsnorm, hier der Vinkulierungsklausel, führt.

Während ein Teil der Literatur³²⁰ beim Vorliegen eines Umgehungsfalls bereits die Übertragung auf die Beteiligungsgesellschaft als nachträglich unwirksam ansehen will, geht ein anderer Teil³²¹ davon aus, dass das Umgehungsgeschäft die spätere Übertragung der Anteile an der beteiligten Gesellschaft nichtig mache.

Die wohl herrschende Meinung weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch in diesem Fall die dingliche Vinkulierung der Ausgangsgesellschaft nicht auf die Anteile der Beteiligungsgesellschaft erstreckt werden kann. Schließlich könne die sachlich erweiterte Anwendung der umgangenen Norm nicht über das hinausgehen, was die fragliche Norm selbst hätte leisten können. Die Vinkulierungsklausel selbst hätte jedoch wegen § 137 S. 1 BGB nicht die Anteilsübertragung von der Beteiligungsgesellschaft an einen Dritten untersagen können. Eine dingliche Beschränkung der Übertragbarkeit der Anteile der Holdinggesellschaft könne also selbst dann nicht erreicht werden, wenn das Umgehungsgeschäft bejaht wurde, sondern stelle lediglich eine schuldrechtliche Pflichtverletzung des mittelbaren Gesellschafters dar.³²² Diskutiert wird in diesem Zusammenhang dann als letzter Ausweg der Ausschluss der Beteiligungsgesellschaft aus der Gesellschaft, der je nach Ausgestaltung und Rechtsform der Ausgangsgesellschaft statthaft sein soll oder nicht.³²³

Dieser vorherrschenden Meinung folgt – zumindest bei Beteiligungsgesellschaften die bereits Gründungsmitglied waren – auch Kowalski³²⁴, der dann über eine ergänzenden Auslegung der Vinkulierungsklausel zu dem Ergebnis kommt, dass im Falle eines verbotenen Umgehungsgeschäfts die Beteiligungsgesellschaft verpflichtet sein soll, ihre Anteile an der

³²⁰ Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 83a

³²¹ Liebscher, ZIP 2003, S. 831

³²² Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410; Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 111a ; Loritz, NZG 2007, S. 366; Winter/Löbke, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 258; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 15 Rn. 110

³²³ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 412

³²⁴ Kowalski, GmbHR 1992, S. 353; Liegt eine einfache Konzernklausel vor und wird aufgrund dieser der Geschäftsanteil erst auf eine Beteiligungsgesellschaft übertragen, um dann die Anteile an dieser zu veräußern, so neigt der Autor dazu, die Abtretung der Anteile an die Beteiligungsgesellschaft als unwirksam anzusehen, da dadurch der wirtschaftliche Erfolg einer verbotenen zustimmungsfreien Abtretung an Dritte eintrete (vgl. dazu Kowalski, GmbHR 1992, S. 353).

Ausgangsgesellschaft den anderen Mitgesellschaftern anzubieten, wenn sich ihre Mehrheitsverhältnisse ändern.

Zu diesem Ergebnis, wenn auch über einen anderen Ansatz, kommt auch Thomas Asmus. Er kritisiert die herrschende Meinung als widersprüchlich, da sie zwar in Anteilsveräußerungen der Beteiligungsgesellschaft eine Umgehung der Vinkulierung erkenne, andererseits die Normanwendung von der Vinkulierungsvorschrift jedoch als nicht gedeckt ansehe.³²⁵ Asmus würde also zunächst von der Rechtsfolge her eine Anwendung der Vinkulierung auch auf die Beteiligungsgesellschaft bejahen, wenn ein Umgehungsgeschäft vorläge.

Letztendlich gelangt jedoch selbst er zu dem Ergebnis, dass die Vinkulierung keine Geltung beim Anteilserwerb der Beteiligungsgesellschaft erlangen könne, da auch hier das Eingreifen des Umgehungsgeschäfts im Hinblick auf den Grundsatz der freien Veräußerlichkeit von Geschäftsanteilen im Kapitalgesellschaftsrecht verneint wird.³²⁶

Der Ansicht von Asmus ist im Hinblick auf die Rechtsfolgen nicht zuzustimmen. Die erforderliche Trennung von Tatbestands- und Rechtsfolgenseite findet bei ihm nicht statt. Liegen die Voraussetzungen eines verbotenen Umgehungsgeschäfts vor, so kommt es auf der Rechtsfolgenseite dazu, dass die umgangene Norm Anwendung findet. Ein Bejahen auf der Tatbestandsseite kann jedoch nicht dazu führen, dass auf der Rechtsfolgenseite rücksichtslos den Intentionen gefolgt wird, die die teleologische Auslegung der Vinkulierungsklausel auf der Tatbestandsseite ergeben hat. Nimmt man eine Umgehung an, folgt daraus, dass auf der anderen Seite die umgangene Norm nun auch hier greifen soll. Besteht neben der Umgehung jedoch noch ein weiterer Grund, der das Eingreifen der umgangenen Verbotsnorm verhindert, namentlich hier das Verbot des § 137 S.1 BGB, so kann dieser nicht durch die Erstreckung der anderen Verbotsnorm verdrängt werden. Der Anwendungsbereich der Verbotsnorm soll beim Rechtsinstitut des verbotenen Umgehungsgeschäfts erweitert werden, um diese Umgehungsversuche mitzuerfassen, es soll aber nicht dazu dienen, rechtlich Unmögliches möglich zu machen.

e. Zwischenergebnis

Die verschiedenen Untersuchungen zu Gesellschaften als Gesellschafter und zur Reichweite der Vinkulierungen in der Literatur zeigen viele verschiedene Ansätze und zahlreiche

³²⁵ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 144

³²⁶ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 145

unterschiedliche Meinungen. Diese Meinungsansätze teilen sich immer mehr auf und gehen immer mehr auseinander, je näher man zu dem hier behandelten Problem vordringt. Die hier vertretenen Ansichten wurden jeweils bei den einzelnen Problempunkten dargestellt und begründet. Sie führen letztendlich dazu, dass die erweiterte Anwendung der einfachen Vinkulierung der Ausgangsgesellschaft abzulehnen ist. Nahezu alle Autoren kommen auf den unterschiedlichsten Wegen auch zu diesem Ergebnis, sei es über die Verneinung des Umgehungsgeschäfts aus den verschiedensten Gründen, sei es aus der Tatsache, dass auf der Rechtsfolgende keine erweiterte Anwendung aus rechtlichen Gründen möglich ist.

Das unbedingte Erfordernis, bei Beteiligungsgesellschaften als Gründungsmitglieder die Lücke der einfachen Vinkulierungsklausel bezüglich der Veräußerungen von Anteilen an der Beteiligungsgesellschaft durch eine ergänzende Change of Control-Klausel zu schließen, ergibt sich folglich aus zweierlei Gründen: Zum einen kommen diese Arbeit und die absolut vorherrschenden Ansichten³²⁷ zu dem Ergebnis, dass die Anwendung des dinglichen Zustimmungsvorbehaltes der Ausgangsgesellschaft nicht auf die Geschäftsanteile der Beteiligungsgesellschaft erstreckt werden kann, sodass es einer Ergänzung dieser Regelung bedarf. Zum anderen stellen die vielen verschiedenen Ansatzpunkte für die unterschiedlichen Ansichten und die noch nicht gefestigten Standpunkte von Literatur und Rechtsprechung eine Rechtsunsicherheit dar, der präventiv nur mit einer umfassenden und eindeutigen Regelung des Problemfeldes im Gesellschaftsvertrag begegnet werden kann.

Um den Gesellschafterkreis wirksam und sicher gegen das Eindringen Dritter von außen zu schützen, bedarf es folglich in allen Fällen von Beteiligungsgesellschaften als Gründungsmitglieder einer Vinkulierungsklausel, die durch eine Change of Control-Klausel zu ergänzen ist.

2. Übertragung der Anteile an neue Beteiligungsgesellschaft und Abtretung

Nachdem im vorhergehenden Gliederungspunkt die Konstellation untersucht wurde, in der die Beteiligungsgesellschaft bereits Gründungsmitglied der Ausgangsgesellschaft war, soll nun die Reichweite der einfachen Vinkulierungsklausel in den Fällen geprüft werden, in

³²⁷ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 780; Kowalski, GmbHR 1992, S. 353; Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 31; Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410; Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 145; Loritz, NZG 2007, S. 365

denen die Beteiligungsgesellschaft erst später durch Anteilserwerb in die Gesellschaft gelangte. Dabei wird oftmals der Geschäftsanteil vom ursprünglichen Gesellschafter auf eine von ihm beherrschte Beteiligungsgesellschaft übertragen, um dann ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft an einen Kaufinteressenten abtreten zu können. Zwar führt dieser Change of Control auf der Ebene des Anteilseigners auch hier nicht zu einem Austausch des Gesellschafters, bei wirtschaftlicher Betrachtung steht der Kontrollwechsel einem solchen Vorgang jedoch gleich, falls mit dem Gesellschafterwechsel in der Beteiligungsgesellschaft ein Austausch der Führungsebene und eine unternehmerische Neuausrichtung einhergehen.³²⁸ Obwohl die Abtretung von vinkulierten Anteilen vom ursprünglichen Gesellschafter auf eine von ihm beherrschte Beteiligungsgesellschaft grundsätzlich ebenfalls der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf,³²⁹ führt das Vorliegen einer einfachen Konzernklausel oder das Verschieben steuerlicher oder organisatorischer Gründe jedoch dazu, dass diese Beschränkung kein großes Hindernis für den abtretenden Gesellschafter darstellt. Ob dieser Umgehungsversuch durch eine erweiterte Anwendung der einfachen Vinkulierungsklausel verhindert werden kann oder ob es auch hier einer Ergänzung des Gesellschaftsvertrages durch eine Change of Control-Klausel bedarf, soll nun dieses Kapitel zeigen.

Zunächst lässt sich beim Aufarbeiten der einschlägigen Literatur folgendes feststellen: Die Abhandlungen der Autoren zum Thema Gesellschaften als Gesellschafter sind spärlich. Insbesondere die weitergehenden Problematiken, wie die Reichweite der Vinkulierungen in einem derartigen Falle zu beurteilen ist oder ob es ein Erfordernis einer Change of Control-Klausel in diesen Fällen gibt, werden entweder gar nicht oder nur unzureichend behandelt. Nehmen sich aber Autoren doch einmal dieses Themas an, zeigt sich, dass insbesondere bei Gesellschaften als Gesellschafter, die nicht Gründungsmitglied waren, die Ansichten stark variieren und nicht nur die Rechtsfolgen, sondern bereits die Ausgangspunkte der jeweiligen Argumentationen stark voneinander abweichen.

Dieses Kapitel wird die unterschiedlichen Ansatzpunkte darstellen und über eine eigene Argumentation zu einem nachvollziehbaren Ergebnis gelangen. Das Resultat soll dann zeigen, ob in den Fällen der Übertragung von Anteilen an eine Beteiligungsgesellschaft mit anschließender Abtretung der Anteile an dieser der Gesellschafterkreis ausreichend durch eine einfache Vinkulierungsklausel geschützt wird oder ob sie auch hier der Absicherung durch

³²⁸ Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 101

³²⁹ Kowalski, GmbHR 1992, S. 351

eine Change of Control-Klausel bedarf, um ein möglichst hohes Maß an Sicherheit für den einzelnen Gesellschafter zu gewährleisten.

a. Umgehungsgeschäft

Ähnlich wie bei der Prüfung der Reichweite von Vinkulierungen bei ursprünglichen Beteiligungsgesellschaften als Gründungsmitglieder steht auch bei der Abtretung der Anteile an eine beherrschte Beteiligungsgesellschaft und die anschließende Abtretung der Anteile an dieser das verbotene Umgehungsgeschäft im Mittelpunkt der Untersuchung. Während dies im ersteren Fall, wie oben bereits aufgezeigt wurde, überwiegend abgelehnt wird, geht hier die absolut herrschende Meinung davon aus, dass ein derartiges Vorgehen den Tatbestand des Umgehungsgeschäftes grundsätzlich erfüllt.³³⁰ Insbesondere dann, wenn zunächst geführte Verhandlungen über die Zustimmungserteilung gescheitert seien oder ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Übertragung der Anteile auf die beherrschte Beteiligungsgesellschaft und der Abtretung der Anteile an einen Dritten bestehe, müsse von einem Umgehungsgeschäft ausgegangen werden.³³¹ Ein solches Vorgehen des austrittswilligen Gesellschafters verstoße gegen den Sinn und Zweck der Vinkulierung, nämlich dem Schutz des Gesellschafterkreises nach außen.³³² Dieses Vorgehen stelle eine unzulässige Aufhebung der Vinkulierung dar, da wirtschaftlich eine unerlaubte Übertragung der vinkulierten Anteile vorläge, selbst wenn die Beteiligungsgesellschaft durch den zweiten Anteilswechsel seine Identität nicht verändert hat.³³³

Der herrschenden Meinung ist insoweit zuzustimmen, insbesondere deshalb, da die Argumente, die bei der Beteiligungsgesellschaft als Gründungsmitglied zur Ablehnung des verbotenen Umgehungsgeschäftes geführt haben, in der nun zu untersuchenden Konstellation nicht mehr greifen. Die teleologische Auslegung der einfachen Vinkulierungsklausel ergab zusammengefasst bei der Gründungsmitgliedschaft, dass die übrigen Mitgesellschafter von Anfang an mit einem Kontrollwechsel in der Beteiligungsgesellschaft rechnen mussten. Da sie jedoch trotz dieser offensichtlichen Umgehungsmöglichkeit und trotz notarieller Beratung bei der Erstellung des Gesellschaftsvertrages keine weiteren Regelungen zur Verhinderung

³³⁰ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 779; Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410; Liebscher, ZIP 2003, S. 825; Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 83a; Ebbing, in: Michalski, GmbHG, § 15 Rn. 166; Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 31

³³¹ Kowalski, GmbHR 1992, S. 352; OLG Köln vom 7.12.87 – 21 U 12/87

³³² Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410

³³³ Kowalski, GmbHR 1992, S. 351

dieser Gefahr getroffen haben, musste man im Wege der Auslegung zu dem Ergebnis kommen, dass sie gegen den Zutritt eines Dritten auf diesem Wege nichts einzuwenden hätten.

Im jetzt zu prüfenden Fall stellt sich die Gesellschafterzusammensetzung bei der Erstellung des Gesellschaftsstatuts etwas anders dar. Gründungsgesellschafter ist hier nicht eine Beteiligungsgesellschaft, sondern eine natürliche Person. Als die Gesellschaft als Gesellschafterin in den Gesellschafterkreis trat – sei es über eine einfache Konzernklausel oder über die Zustimmung der Mitgesellschafter, die aufgrund der Beherrschungssituation in der Beteiligungsgesellschaft darin keine besondere Gefährdungslage erkannten und sich mit der Aufzählung anderer nachvollziehbarer Gründe zufrieden gaben – war der Gesellschaftsvertrag bereits erstellt. Um im Wege der teleologischen Auslegung die richtigen Schlüsse zu ziehen, muss folglich auf die Interessen im Zeitpunkt der Gründung der Ausgangsgesellschaft abgestellt werden, um herauszufinden, welchen Zwecken die Installierung der Vinkulierungsklausel dienen sollte.

Als Ausgangspunkt lässt sich festhalten, dass die Vinkulierung von Geschäftsanteilen grundsätzlich dem Interesse der Gesellschafter dient, den Zugang zum Gesellschafterkreis zu kontrollieren und eine freie Übertragung von Geschäftsanteilen an missliebige Dritte zu verhindern.³³⁴ Gesellschaften, die wie hier ausschließlich mit natürlichen Personen gegründet werden, haben ein personelles, wirtschaftliches und geschäftspolitisches Interesse daran, dass die Gründungsmitglieder wegen deren besonderen Fähigkeiten oder eines bestimmten Vertrauensverhältnisses der Gesellschaft als Gesellschafter erhalten bleiben. Sollte dies aus irgendwelchen Gründen nicht möglich sein, so wollen die Mitgesellschafter zumindest die Möglichkeit haben, den neuen Gesellschafter mit auszuwählen. Nur so ist es möglich, den monetären Interessen des veräußerungswilligen Gesellschafters die Interessen der Gesellschaft entgegenzustellen und Schaden von der Gesellschaft durch den Eintritt eines unerwünschten Gesellschafters oder sogar Konkurrenten fernzuhalten. Angesichts der Tatsache, dass die Gründung der Ausgangsgesellschaft allein von natürlichen Personen als Gründungsmitgliedern vorgenommen wurde, konnten die Beteiligten die Gefahr für den Gesellschafterkreis durch einen Change of Control in einer nachträglich installierten Beteiligungsgesellschaft noch nicht vorhersehen. Als die Realisierung dieser Gefährdungslage durch die Abtretung der Anteile von der natürlichen Person auf die Beteiligungsgesellschaft

³³⁴ Omlor, Verkehrsschutz, S. 496

akut wurde, fehlte es den übrigen Mitgesellschaftern an der notariellen Beratung, da eine solche beim Gesellschafterwechsel für die übrigen Gesellschafter nicht erforderlich ist.

Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass der eigentliche Grund der Installierung einer Vinkulierungsklausel, nämlich der Schutz des Gesellschafterkreises nach außen, durch die hier behandelte Vorgehensweise unzulässigerweise umgangen werden soll. Dieser Eindruck verstärkt sich umso mehr, wenn es bereits gescheiterte Verhandlungen über den Beitritt des erwerbswilligen Dritten gegeben hatte oder die beiden Abtretungen zeitlich eng aufeinander folgten. Der Eindruck, dass diese Übertragungskette dann allein dem Ziel dienen sollte, eine unzulässige Übertragung der Mitgliedschaft ohne Zustimmung der Mitgesellschafter zu erreichen, lässt sich nicht von der Hand weisen. Nach der teleologischen Auslegung der Vinkulierung steht somit fest, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen von der natürlichen Person auf eine Beteiligungsgesellschaft und die anschließende Abtretung der Anteile an dieser ein Umgehungsgeschäft darstellen, da sie den Zweck der Vinkulierung unzulässigerweise zu umgehen versuchen.

Ob der Erwerber der Anteile der nicht vinkulierten Beteiligungsgesellschaft darauf vertrauen durfte, aufgrund des gesetzlichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses von freier Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile und deren Vinkulierung keiner Zustimmung zu bedürfen, hängt grundsätzlich von der jeweiligen Erwerbssituation ab. Diese Fragestellung führt dabei zu einem Streitpunkt in der Literatur, der nun, da das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts objektiv bejaht wurde, dargestellt werden muss. Zu klären ist dabei, ob der Tatbestand des Umgehungsgeschäfts bereits dann erfüllt ist, wenn seine objektiven Merkmale erfüllt sind oder es dafür auch eines subjektiven Elementes in Form des sogenannten Umgehungsvorsatzes bedarf.

(1). Umgehungsvorsatz

Die Mindermeinung in der Rechtslehre geht davon aus, dass ein Umgehungsgeschäft nur dann anzunehmen sei, wenn zu den objektiven Voraussetzungen auch noch bestimmte subjektive Elemente hinzukommen würden. Nach Asmus dürfe der Erwerber eben dann nicht davon ausgehen, dass der Erwerb von Geschäftsanteilen nach der ratio des Gesetzes keinen Beschränkungen unterliegt, wenn er und der Gesellschafter bewusst zusammen handeln, um

die Vinkulierung zu umgehen.³³⁵ Diesen Umgehungsvorsatz leitet er dann wiederum von objektiven Merkmalen wie beispielsweise einem engen zeitlichen Zusammenhang der beiden Abtretungen oder der Beteiligung einer Holdinggesellschaft ab, da es den Beteiligten dann meist in erster Linie darum ginge, die gesellschaftsvertragliche Bindung der Mitgliedschaften zu umgehen.

(2). Objektive Theorie

Die Rechtsprechung und die vorherrschende Meinung in der Literatur verzichten auf das subjektive Merkmal des Umgehungsvorsatzes.³³⁶ Während Armbrüster³³⁷ das Umgehungsgeschäft aus einer Analogie zu § 134 BGB entwickelt und auch dieser keine besonderen Absichten fordere, trennt Liebscher³³⁸ zwischen subjektiven und objektiven Fällen von Umgehungen und lässt eine rein objektive Betrachtung dann genügen, wenn derart über die Anteile verfügt wird, dass dies von wirtschaftlicher und rechtlicher Betrachtung einer unmittelbaren Übertragung der vinkulierten Anteile gleichkomme. Die Rechtsprechung wendet das Rechtsinstitut des Umgehungsgeschäfts grundsätzlich auch dann an, wenn kein Umgehungsvorsatz vorliegt, jedoch stellt sie auch fest, dass subjektive Merkmale bei der Prüfung des Umgehungstatbestands den Ausschlag geben können.³³⁹

Der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung ist hier zu folgen. Es gibt für das strenge Erfordernis einer Umgehungsabsicht schlichtweg keinerlei Grundlagen im Gesetz. Auch die Tatsache, dass es für eine Einführung einer solchen Hürde keine Veranlassung gibt, führt schließlich dazu, vom Erfordernis einer Umgehungsabsicht abzusehen. Wie oben bereits aufgezeigt, wird die Umgehungsabsicht von objektiven Tatsachen abgeleitet, wie zum Beispiel einer gewissen zeitlichen Nähe der beiden problematischen Abtretungsvorgänge. Da es derartiger individueller und tatsächlicher Gegebenheiten jedoch sowieso bedarf, um die objektiven Voraussetzungen des Umgehungsgeschäfts zu begründen, würde man nur bereits bestehende Voraussetzungen wiederholen, ohne weitere Erkenntnisse zu erlangen. Das Erfordernis eines Umgehungsvorsatzes, das in der Praxis so gut wie nie zu beweisen sein wird

³³⁵ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 147

³³⁶ BGHZ 56, 285; BGHZ 110, 47; BAG, NJW 1999, S. 2541; Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410; Armbrüster, in: MünchKomm, BGB, § 134 Rn. 16; Liebscher, ZIP 2003, S. 832

³³⁷ Armbrüster, in: MünchKomm, BGB, § 134 Rn. 16

³³⁸ Liebscher, ZIP 2003, S. 831

³³⁹ BGH, NJW 1990, S. 1474

und deshalb sich stets aus objektiven Umständen ergeben müsste, würde lediglich eine Erschwerung darstellen, ohne wirklich als weiteres Abgrenzungskriterium dienen zu können.

(3). Rechtsfolgen

Trotz der weitgehenden Einigkeit der Literatur bei der Bejahung eines Umgehungsgeschäfts in einer derartigen Konstellation gehen die verschiedenen Ansichten dann weit auseinander, wenn es darum geht, welche Rechtsfolgen sich aus dieser Feststellung für die Beteiligten ergeben.

Eine Ansicht geht davon aus, dass es in diesem Fall der Zustimmung der Gesellschafter für die erste Übertragung der Anteile vom ursprünglichen Gesellschafter auf die Beteiligungsgesellschaft bedurft hätte, da die Bejahung des Umgehungsgeschäfts zur Anwendung der umgangenen Norm, hier der Vinkulierung, führt. Fehle es an der erforderlichen Zustimmung und bestehe auch keine einfache Konzernklausel, so führe die dingliche Bindung der Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen dazu, dass bereits die erste Abtretung an die Beteiligungsgesellschaft als unwirksam betrachtet werden müsse. Die Anteile an der Ausgangsgesellschaft sollen dann automatisch an den ursprünglichen Mitgesellschafter zurückfallen.³⁴⁰ Folgt man dieser Ansicht, so würde bereits die einfache Vinkulierungsklausel genügen, um den Zutritt eines unerwünschten Dritten in den Gesellschafterkreis zu verhindern. Einer durch eine Change of Control-Regelung erweiterten Klausel bedürfte es dann nicht.

Andere Autoren gehen davon aus, dass die Zustimmung der Gesellschafter zur Übertragung der Anteile auf die Beteiligungsgesellschaft stets und von sich aus lediglich auflösend bedingt auf einen Kontrollwechsel erteilt sei. Käme es bei der Tochtergesellschaft später zu einem Change of Control-Fall, so trete die Bedingung ein und die erteilte Zustimmung erlösche automatisch. Dies führe wiederum dazu, dass die zustimmungsbedürftige Erstverfügung wegen fehlender Genehmigung unwirksam wäre.³⁴¹ Auch nach dieser Ansicht wäre der Gesellschafterkreis vor einem derartigen Umgehungsversuch ausreichend geschützt, eine Change of Control-Klausel wäre dann aus diesem Grunde überflüssig.

³⁴⁰ Kowalski, GmbHR 1992, S. 352; Derselbe Autor erkennt jedoch dann keine Unwirksamkeit der Erstverfügung sondern nur eine Pflicht der Beteiligungsgesellschaft, Anteile an der Ausgangsgesellschaft erst den anderen Gesellschaftern anzubieten, wenn es sich bei der Beteiligungsgesellschaft um eine reine Holding handelt (Kowalski, GmbHR 1992, S. 353).

³⁴¹ Ebbing, in: Michalski, GmbHG, § 15 Rn. 166

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man der Ansicht von Altmeppen folgt: Dieser geht davon aus, dass beide Abtretungen, also sowohl diejenige des Gesellschafters an die Beteiligungsgesellschaft als auch die von der Beteiligungsgesellschaft an den Dritten, grundsätzlich wirksam sind. Da die Vinkulierung trotz Bejahung des Umgehungsgeschäfts nicht weiter reichen kann, als sie es ohne Vorliegen des Umgehungsgeschäftes könnte, scheitere die Wirksamkeit der Verfügungen nicht am Zustimmungsvorbehalt, sondern führe lediglich zur Schadensersatzpflicht des Gesellschafters.³⁴² Das Eindringen eines Dritten in die Gesellschaft könnte dann durch die einfache Vinkulierung nicht verhindert werden.

Ähnlich sehen dies auch Marcus Lutter und Barbara Grunewald. Sie lassen die erweiterte Anwendung der Vinkulierung auf die Abtretung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft an § 137 S. 1 BGB scheitern, ebenfalls mit dem Hinweis darauf, dass die sachlich erweiterte Anwendung der umgangenen Norm rechtlich nicht weiter gehen kann, als die umgangene Norm selbst dies könnte.³⁴³ Die Unwirksamkeit der Drittverfügung über die Tochteranteile sei nur in den engen Grenzen des § 138 BGB denkbar.³⁴⁴ Auch in diesem Fall wären die Gesellschafter in einer solchen Konstellation allein mit einer einfachen Vinkulierungsklausel dem Willen des veräußernden Gesellschafters schutzlos ausgeliefert.

Bevor näher zu untersuchen ist, welcher dieser Ansichten in dieser Untersuchung gefolgt wird, soll bereits eines festgehalten werden: Allein die Tatsache, dass es im Bereich der Rechtsfolgen hier zahlreiche, teils grundverschiedene Ansichten in der Literatur gibt und es an einer fundierten Rechtsprechung zu diesem Thema gänzlich fehlt, sollte die Gesellschafter einer personalistisch geprägten Gesellschaft dazu veranlassen, den sicheren und unstrittigen Weg der erweiterten Vinkulierungsklausel mit Change of Control-Regelung zu gehen. Dies würde den Gesellschaftern nicht nur das Prozessrisiko nehmen, dass der Richter eine der beiden letzten Ansichten für vorzugswürdig hält, sondern auch dafür sorgen, dass mit relativ geringen Mitteln eine nahezu hundertprozentige Sicherung des Gesellschafterkreises erreicht werden kann. Zur Aufnahme einer Kontrollwechselklausel beziehungsweise zur Erweiterung der einfachen Konzernklausel durch eine Change of Control-Klausel im Gesellschaftsvertrag

³⁴² Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 15 Rn. 110

³⁴³ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 410; so im Ergebnis auch Liebscher, ZIP 2003, S. 831 f., der nur im Ausnahmefall ein Durchschlagen der Vinkulierung auf das Außenverhältnis zulässt

³⁴⁴ Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 111a; siehe dazu auch unten G. II. 2. d.

der Ausgangsgesellschaft ist folglich bereits wegen der unsicheren Rechtslage, selbst bei Bejahung eines Umgehungsgeschäfts, unbedingt zu raten.

Zu diesem Ergebnis gelang darüber hinaus auch die Auswertung der oben aufgeführten Ansichten zu den Rechtsfolgen des verbotenen Umgehungsgeschäfts.

Der erste Ansatz ist schon deshalb abzulehnen, da er bereits bei der Übertragung vom Gesellschafter an die beherrschte Beteiligungsgesellschaft ansetzt und nur dann greift, wenn diese bereits ohne Zustimmung erfolgt ist. Wie oben jedoch dargestellt, geht die herrschende Meinung ohnehin davon aus, dass diese Abtretung auch ohne die Rechtsfigur des verbotenen Umgehungsgeschäfts stets der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedürfe, wenn diese ihre Anteile vinkuliert haben. Dem ist auch zuzustimmen, da es sich dabei begrifflich eindeutig um die Verfügung über die vinkulierten Anteile einer Gesellschaft handelt. Meist wird jedoch eine einfache Konzernklausel in der Praxis dafür sorgen, dass es in einer solchen Konstellation ohnehin keiner Zustimmung bedarf. Wenn keine Konzernklausel vorliegt, dürfte es dem abtretungswilligen Gesellschafter ein Leichtes sein, andere Gründe für die Installation einer Beteiligungsgesellschaft als Gesellschafterin aus dem Steuer- oder Gesellschaftsrecht vorzuschieben, um sich so die Zustimmung der arglosen Mitgesellschafter zu sichern. Da folglich davon auszugehen ist, dass es einer Zustimmung in der Praxis nicht bedarf, beziehungsweise sie aus anderen Gründen leicht zu erhalten sein wird, hilft dieser Ansatz im Ergebnis nicht weiter.

Die Interpretation der zweiten Ansicht hingegen geht zu weit. Zwar ist es möglich, die Zustimmung zur Abtretung im Einzelfall auflösend bedingt zu erteilen,³⁴⁵ diese aber stets und konkludent unter eine auflösende Bedingung zu stellen und von der Aufrechterhaltung der beherrschenden Stellung des Gesellschafters abhängig zu machen, darf durchaus als konstruiert bezeichnet werden. Obwohl es für die Mitgesellschafter wünschenswert wäre, auch den gedankenlosesten Gesellschafter über diese Konstruktion vor einem Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft zu schützen, darf jedoch dabei der redliche Erwerber nicht gänzlich übersehen werden. Er kann nicht damit rechnen, dass er durch den Kauf von Anteilen einer Gesellschaft und die damit verbundene Erlangung der Herrschaftsmacht in dieser, die wiederum an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, einen allgemeingültigen Mechanismus auslöst. Dieser würde dann dafür sorgen, dass die gerade erworbene Gesellschaft ihre Anteile an der Ausgangsgesellschaft und damit auch ihren wirtschaftlichen

³⁴⁵ Bejahend: Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 526; Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 23; Kowalski, GmbHR 1992, S. 351; Siehe dazu auch unten H. I. 1. d.

Wert weitgehend verlieren würde. Vielmehr wird er doch damit rechnen dürfen, dass die übrigen Gesellschafter mit dem Investment eines Dritten in diese Anteile einverstanden sind, schließlich gilt auch hier die grundsätzliche freie Verfügbarkeit von Kapitalgesellschaftsanteilen. Diese allgemeine Bedingung der Zustimmung würde zu großen Rechtsunsicherheiten im Geschäftsverkehr führen und dem Grundgedanken des Gesetzes von der grundsätzlichen freien Fungibilität der Geschäftsanteile widersprechen.

Zu folgen ist vielmehr den letzten beiden Ansichten, die eine erweiterte Anwendung der Vinkulierung von der Ausgangs- auf die Beteiligungsgesellschaft ablehnen. Die erweiterte Anwendung einer Norm, zu der es durch die Bejahung des Umgehungsgeschäfts kommt, sagt dabei nur aus, dass die Norm auf einen anderen, als den dafür vorgesehenen Sachverhalt Anwendung finden soll. Verstößt diese Erweiterung jedoch gegen ein gesetzliches Verbot, so muss auch die erweiterte Anwendung hier ihre Grenzen finden. Angesichts der Tatsache, dass eine derartige Erweiterung der gesellschaftsvertraglichen Vinkulierung von der Ausgangs- auf die Beteiligungsgesellschaft wegen des Verbots in § 137 S. 1 BGB auch im Gesellschaftsvertrag rechtlich nicht möglich gewesen wäre, kann auch die Rechtsfigur des Umgehungsgeschäfts dies nicht leisten. Zwar soll diese den geschützten Personenkreis der Verbotsnorm davor bewahren, durch einfache Umgehungsgeschäfte schutzlos gestellt zu werden, der Schutz kann jedoch nicht stärker sein als der, den sie ohne die Rechtsfigur der Umgehung, stattdessen mit einer optimalen gesellschaftsvertraglichen Lösung erreichen hätten können. Jemand, der sich auf die erweiterte Anwendung der Verbotsnorm aufgrund des Rechtsinstituts des Umgehungsgeschäfts verlasse, würde sonst besser stehen als der, der sich aller möglicher Regelungsinstrumente im Gesellschaftsvertrag bedient hätte.

Anhand dieses Ergebnisses zeigt sich, dass der Schutz der Gesellschafter durch eine einfache Vinkulierungsklausel selbst dann nicht erreicht werden kann, wenn man grundsätzlich das verbotene Umgehungsgeschäft in einer derartigen Konstellation bejahen würde. Nicht also nur die rechtlichen Unwägbarkeiten bezüglich der zu erwartenden Rechtsfolgen, auch die tatsächliche Rechtslage spricht unbedingt dafür, sich mit einer Change of Control-Klausel weiter abzusichern und nicht blind auf die Reichweite der einfachen Vinkulierungsklausel zu vertrauen.

b. Zurechnungsdurchgriff

Neben der erweiterten Anwendung der einfachen Vinkulierungsklausel im Wege des verbotenen Umgehungsgeschäfts wird in der Literatur bei dieser Konstellation auch diskutiert, ob nicht der sogenannte Zurechnungsdurchgriff zu einer entsprechenden Anwendung der Vinkulierungsklausel auch auf die Beteiligungsgesellschaft führen müsste. Dies hätte wiederum zur Folge, dass auf diese Weise ein ausreichender Schutz durch die einfache Vinkulierungsklausel gewährleistet werden könnte und eine Change of Control-Regelung nicht erforderlich wäre.

Unter dem gesellschaftsrechtlichen Rechtsinstitut des Zurechnungsdurchgriffes versteht man die Aufhebung der rechtlichen Selbstständigkeit einer Gesellschaft aus wertenden Gesichtspunkten.³⁴⁶ Dies wäre dann zu bejahen, wenn die Zwischenschaltung einer Gesellschaft einzig und allein das Ziel verfolgt, einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen, der ohne deren Auftreten aus rechtlichen Gründen nicht hätte erreicht werden können. Eines besonderen, subjektiven Elementes bedürfe es hierbei nicht, vielmehr sei nach der finalen Ausrichtung der betroffenen Norm zu prüfen, ob diese exakt den dabei verwirklichten wirtschaftlichen Erfolg verhindern sollte.³⁴⁷

Kowalski bejaht das Vorliegen dieser Voraussetzungen, da der Zweck der Vinkulierung gerade darin liege, Dritte aus dem Kreis der Gesellschafter fernzuhalten. Aus diesem Grund sei der Erwerb der Geschäftsanteile an der Beteiligungsgesellschaft gleichzusetzen mit dem Erwerb der vinkulierten Geschäftsanteile der Ausgangsgesellschaft durch einen Dritten. Da die erforderliche Zustimmung hierfür nicht vorliege, sei die Abtretung als unwirksam anzusehen.³⁴⁸

Die Ähnlichkeiten dieser Argumentation zum verbotenen Umgehungsgeschäft liegen auf der Hand: Ein Rechtsgeschäft – beim Zurechnungsdurchgriff eben die Zwischenschaltung einer Gesellschaft, beim Umgehungsgeschäft jegliches Rechtsgeschäft – soll gerade den Regeln unterworfen werden, deren Tatbestandsmerkmale durch gewieft Gestaltung der Sachlage vermieden werden sollte. Auszugehen sei dabei jeweils vom Zweck der Norm, deren Eingreifen umgangen werden sollte. Vielleicht liegt in dieser Ähnlichkeit der beiden

³⁴⁶ Kowalski, GmbHR 1992, S. 352

³⁴⁷ BGHZ 20, 30

³⁴⁸ Kowalski, GmbHR 1992, S. 352

Rechtsinstitute auch der Grund dafür, dass eine Anwendung des Zurechnungsdurchgriffs von den meisten Autoren erst gar nicht erwähnt wird.

Sieht man im Zurechnungsdurchgriff jedoch nur eine Unterart des Umgehungsgeschäfts, das eben nicht alle Rechtsgeschäfte, sondern nur die Zwischenschaltung einer Gesellschaft erfasst, so muss man jedoch nach dem oben entwickelte Ergebnis auch davon ausgehen, dass neben dem Tatbestand des Umgehungsgeschäfts auch der des Zurechnungsdurchgriffes erfüllt ist. Denn dieser Sonderfall eines Versuchs, die Verwirklichung des Tatbestands der Vinkulierung dadurch zu vermeiden, indem eine Beteiligungsgesellschaft dazwischen geschaltet wird, liegt in diesem Fall vor. Insoweit kann Kowalski gefolgt werden, allerdings scheint die große Erkenntnis zwischen Bejahung des Umgehungsgeschäfts und der Annahme des Zurechnungsdurchgriffes nur dann etwas wert zu sein, wenn der Zurechnungsdurchgriff weiterreichende Rechtsfolgen auslösen kann, als dazu das Umgehungsgeschäft nach den oben gefundenen Ergebnissen in der Lage ist.

Die entscheidende Frage muss also lauten: Welche Rechtsfolgen ergeben sich aus der Rechtsfigur des Zurechnungsdurchgriffs und sind diese dabei in der Lage, den Gesellschafterkreis ausreichend vor Kontrollwechseln in der Beteiligungsgesellschaft zu schützen?

Für das Umgehungsgeschäft wurde dies bereits oben verneint. Wie die Bezeichnung vermuten lässt, führt der Zurechnungsdurchgriff dazu, dass die Gesellschaft als nicht existent angesehen wird und man sich an deren Stelle den dahinter stehenden Agitator greift.³⁴⁹ In der vorliegenden Konstellation müsste also bereits die erste Abtretung des Gesellschafters an die von ihm beherrschte Gesellschaft als eine Abtretung an den Dritten angesehen werden, schließlich soll diese Gesellschaft als nicht existent angesehen werden. Wie bereits mehrfach beschrieben, stellt jedoch nicht diese, sondern erst die zweite Abtretung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft das wesentliche Problem um den Einzug des Dritten in den Gesellschafterkreis der Ausgangsgesellschaft dar. Die erste Abtretung ist entweder wegen einer einfachen Konzernklausel oder durch das Vorschieben anderer plausibeler Gründe nur wenig problematisch.

Selbst wenn man Kowalski folgen möchte, der versucht, den Hebel an beiden Abtretungen anzusetzen, und dabei auch die zweite Abtretung betrachtet, bleibt dann jedoch fraglich, wie

³⁴⁹ Kowalski, GmbHR 1992, S. 352

die Beteiligungsgesellschaft zunächst die Geschäftsanteile erwerben konnte, wenn sie doch ganz außer Acht gelassen werden sollte. Darüber hinaus ist der von ihm proklamierten Unwirksamkeit dieser Abtretung nicht zu folgen. Nach Kowalski wäre die zweite Abtretung so anzusehen, als hätte der Gesellschafter direkt an den Dritten verfügt. Dies bedürfe bei Vinkulierung der Zustimmung der Mitgesellschafter und sei ohne diese unwirksam.

Im Gegensatz zum Umgehungsgeschäft soll hier also in den Rechtsfolgen nicht nur eine Verbotsnorm erweitert angewendet werden, sondern sogar eine tatsächliche Gegebenheit wie die Existenz der Gesellschaft ganz außer Acht gelassen werden. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Dieses Vorgehen erinnert in seinen Zügen an die Rosinentheorie, bei der man je nach Konstellation die Voraussetzungen annimmt, die man gerade für seine Argumentation nutzen will: Besteht eine einfache Konzernklausel, so ist davon auszugehen, dass alle Gesellschafter damit einverstanden waren, dass die Übertragung des Geschäftsanteils an eine Beteiligungsgesellschaft jederzeit und ohne Zustimmung möglich sein soll. Wurde eine solche Klausel nicht vereinbart, so müssen die übrigen Gesellschafter der Übertragung der Mitgliedschaft vom Gesellschafter auf die Gesellschaft zugestimmt haben, da die ganz herrschende Meinung in der Literatur und auch Kowalski selbst davon ausgehen,³⁵⁰ dass eine Verfügungshandlung ansonsten ohnehin nicht möglich wäre. Um die Übertragung vom Gesellschafter auf die Beteiligungsgesellschaft zu ermöglichen, müssen die übrigen Gesellschafter also dem irgendwann ihr Plazet gegeben haben. Sei es im Vorfeld durch die Installation einer einfachen Konzernklausel oder durch eine ausdrückliche Zustimmung bei der Übertragung. Genau dieser Umstand führt die oben genannte Konstruktion jedoch an ihre Grenzen. Es soll dabei zum Schutz der Mitgesellschafter angenommen werden, dass die Beteiligungsgesellschaft nicht existent sei und an deren Stelle der Dritte direkt gehandelt haben soll. Zur Verdeutlichung: Genau dieser Gesellschaft, die hier als nicht existent angenommen werden soll, haben es die übrigen Gesellschafter gestattet, Geschäftsanteile der Ausgangsgesellschaft zu übernehmen und alle damit verbundenen Rechte und Pflichten auszuüben. Diese Gesellschaft zeigt auch nicht plötzlich ein anderes Gesicht, nur weil – wie im Kapitalgesellschaftsrecht üblich und vom Gesetz als Grundsatz auch so gewollt – sich die Herrschaftsverhältnisse in dieser Gesellschaft durch Anteilsübertragungen irgendwann ändern.

³⁵⁰ Kowalski, GmbHR 1992, S. 351

Die Rechtsfolge des Zurechnungsdurchgriffes würde dazu führen, dass eine Sachlage als nicht existent angesehen werden müsste, deren Entstehung alle zu schützenden Akteure zuvor ausdrücklich zugestimmt hatten. Da dabei weder eine Täuschung noch sonstige Unregelmäßigkeiten zu der späteren ungewollten Veränderung der Sachlage geführt haben, sondern allein eine vom Gesetz unter dem Grundsatz der freien Veräußerlichkeit von Geschäftsanteilen an Kapitalgesellschaften vorgenommene Verfügung zu diesem Ergebnis führte, kann die Beteiligungsgesellschaft nicht einfach aus Wertungsgründen ausgeblendet werden.

Auch dieser Versuch, den Schutz der Mitgesellschafter über eine rechtliche Konstruktion nachträglich herzustellen, muss also letztendlich scheitern. Noch bleibt es also bei der Feststellung, dass nur die Ergänzung durch eine Change of Control-Klausel in der Lage ist, die klaffende Lücke im Schutzbereich der Vinkulierung zu schließen.

c. Treuepflichtverletzung

Interessanter erscheint schon der Ansatz der Rechtsprechung, das Problem der fehlenden Reichweite der Vinkulierungsklausel in einer derartigen Konstellation über die Figur der gesellschaftlicher Treuepflichtverletzung zu lösen. Das LG München hat in seiner Springer/Kirch-Entscheidung³⁵¹ festgestellt, dass es in jedem Verband unabhängig von seiner Rechtsform und Realstruktur allgemeine Loyalitäts- und Rücksichtnahmepflichten gibt, die den Gesellschafter zur Einhaltung der Vinkulierung verpflichten können. Diese mittelbar wirkende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht könne bei ihrer Verletzung dazu führen, dass den übrigen Mitgesellschaftern ein Unterlassungsanspruch gegen die Veräußerung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft durch den mittelbaren Gesellschafter zustehe.³⁵²

Einen Schritt weiter geht dabei Liebscher, der die Ansätze des LG München weiterentwickelt hat und in Ausnahmefällen sogar annimmt, dass sich die Treuepflicht im Innenverhältnis auf die Wirksamkeit der Abtretung im Außenverhältnis durchschlagen kann.³⁵³

Einigkeit zwischen Rechtsprechung und Literatur besteht insoweit, als dass anerkannt wird, dass sich die Treuepflichten des Gesellschafters auch auf den diesen beherrschenden Mehrheitsgesellschafter erstreckt, sodass der hinter der Beteiligungsgesellschaft stehende,

³⁵¹ Urteil des LG München I vom 12.09.2002 – 15 HK O 15764/02

³⁵² Henze/Notz, in: Hopt/Wiedemann, AktG, Anh § 53a Rn. 33

³⁵³ Liebscher, ZIP 2003, S. 827

beherrschende Gesellschafter im Grundsatz ebenso der Ausgangsgesellschaft zur Treue verpflichtet ist wie die Beteiligungsgesellschaft als Gesellschafter selbst.³⁵⁴ Allein Loritz spricht sich im Grundsatz gegen die Reichweite der Treuepflicht auf den mittelbaren Gesellschafter aus. Zwar gäbe es eine solche Treuepflicht, die sowohl zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft als auch zwischen den Gesellschaftern untereinander ihre Wirkung entfalte, man dürfe jedoch im Hinblick auf die Relativität des Schuldrechts nicht so weit gehen, auch die Gesellschafter einer Beteiligungsgesellschaft in dieses Pflichtenverhältnis mit einzubinden.³⁵⁵ Als Beispiel nennt er den Fall, in dem ein Finanzinvestor seine gesellschafterlichen Beteiligungen am freien Markt durch eine Kapitalgesellschaft erwerben lässt. Dort käme schließlich auch niemand auf den Gedanken, dass er sich dadurch in einer Rechtsbeziehung oder gar in einem Treueverhältnis zu allen Gesellschaftern befinde, die sich ebenfalls in diesen Gesellschaften mit einem Investment engagieren.³⁵⁶

Abgesehen davon, dass es insbesondere beim Thema Treuepflicht einer strikten Unterscheidung von kapitalistisch und personalistisch geprägten Gesellschaften bedarf, da sich, wie später zu zeigen ist, die Struktur der Gesellschaft sehr wohl auf den Umfang der Treuepflichten auswirkt, braucht diese Ansicht hier nicht widerlegt zu werden. Denn selbst Loritz, der ansonsten strikt eine inter partes-Wirkung der Treuepflicht verfolgt, erkennt dort eine Ausnahme an, wo ein Gesellschafter seine Anteile auf eine Beteiligungsgesellschaft überträgt, da hier die alten Treuepflichten nachwirken würden.³⁵⁷ Angesichts der Tatsache, dass sich die hier behandelte Problematik eben allein in diesem Ausnahmefeld bewegt, kann eine Auseinandersetzung mit der Erstreckung der allgemeinen Treuepflichten auf mittelbare Gesellschafter hier dahingestellt bleiben.

Die Rechtsprechung erkennt an, dass jeder Gesellschafter aus der abstrakten Vinkulierung heraus einen Anspruch darauf hat, dass ihm nicht gegen seinen Willen eine andere Person als Gesellschafter aufgedrängt wird. Entscheidend für die Frage, ob dem mittelbaren Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft eine Pflicht trifft, die Auswechslung der Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft zu unterlassen, sei jedoch allein die konkreten Folgen, zu denen das mittelbare Handeln bei der Ausgangsgesellschaft führt.³⁵⁸ Dass die

³⁵⁴ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 411

³⁵⁵ Loritz, NZG 2007, S. 366

³⁵⁶ Loritz, NZG 2007, S. 366

³⁵⁷ Loritz, NZG 2007, S. 366

³⁵⁸ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 780

Rechtsprechung trotz grundsätzlicher Anerkennung dieser Treuepflichten jedoch sehr restriktiv mit der Annahme eines Unterlassungsanspruchs aus der Treuepflichtverletzung umgeht, zeigt sie bereits in dieser Entscheidung: Obwohl der Ausgangsgesellschaft hier ein deutlich stärkeres Unternehmen als Gesellschafter aufgedrängt wurde, das konsequent und auch zu Lasten der Ausgangsgesellschaft unter bewusster Hintanstellung der eigenen Treuepflicht nur die eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgte und darüber hinaus nicht davor zurückschreckte, immer wieder gesellschaftsinterne Auseinandersetzungen zu provozieren, lehnte das Gericht die Annahme einer Treuepflichtverletzung des übertragenden Gesellschafters ab. Der Ausgangsgesellschaft sei es in diesem Zusammenhang zuzumuten, von ihrem gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, sodass es durch die Aufteilung der Ausgangsgesellschaft zu einer Lösung vom ungeliebten Gesellschafter kommen könnte.³⁵⁹ Wie das Gericht entschieden hätte, wenn es dieses Kündigungsrecht in der Satzung nicht gegeben hätte, lässt sich nur vermuten. Festzustellen bleibt jedoch, dass den Ausgangsgesellschaften einiges zugemutet wird, ja sogar die eigene Aufstückelung angeraten wird, ehe ein Unterlassungsanspruch aus der Treuepflichtverletzung des veräußernden Gesellschafters anzunehmen sei.

Etwas weiter geht dabei Thomas Liebscher. Seiner Meinung nach fordere die Treuepflicht vom mittelbaren Gesellschafter, dass er sich im Rahmen des satzungskonformen Verhaltens bewegt und die Vinkulierung respektiert. Im Gegensatz zur Rechtsprechung vertritt er die Ansicht, der mittelbare Gesellschafter sei grundsätzlich im Rahmen der Treuepflicht dazu verpflichtet, keine Handlungen vorzunehmen, die im wirtschaftlichen Ergebnis zu einem Kontrollwechsel im Hinblick auf das von ihm gehaltene, vinkulierte Beteiligungspaket führen.³⁶⁰ Abhängig sei dies vom Umfang der Treuepflicht, der wiederum nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen sei. Da sich die aus dem Mitgliedschaftsrecht abgeleiteten Treuepflichten auf den unmittelbar dem Gesellschafter nachgeordneten Ebenen tendenziell abschwächen, sei nicht von einer automatischen Erstreckung auszugehen, sondern sie müsse am Einzelfall an bestimmten Kriterien geprüft werden. Neben dem Wortlaut der Vinkulierung und dem Erforschen des objektiven Zwecks der Klausel müsse eine Gesamtabwägung der Gesellschafterinteressen vorgenommen werden, um den Umfang und die Reichweite der Treuepflicht des mittelbaren Gesellschafters richtig beurteilen zu können.³⁶¹

³⁵⁹ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 780

³⁶⁰ Liebscher, ZIP 2003, S. 828

³⁶¹ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 17

(1). Wortlaut der Vinkulierung

Ausgangspunkt der Auslegung muss hier die jeweilige gesellschaftsvertragliche Kautele sein, die die Anteilsfungibilität beschränkt sowie deren Ausgestaltung und Einbettung in das konkrete Gesellschaftsverhältnis.³⁶² Je weiter diese Vinkulierungsklausel die freie Verfügbarkeit der Geschäftsanteile einschränkt, desto weiter reichen auch die Treuepflichten der unmittelbaren und mittelbaren Gesellschafter, sich nicht über diese hinwegzusetzen. Damit der Regelung dieser Problematik, beispielsweise über eine Change of Control-Klausel, der Anwendungsbereich der Treuepflicht jedoch immer geringer wird, scheint hier eine Abgrenzung schwierig. Selbstverständlich wird die Treuepflicht im Hinblick auf Anteilsveräußerungen besonders dann stark ausgeprägt sein, wenn eine dezidierte Regelung dieser Materie im Gesellschaftsvertrag durch genaue Vinkulierungen und Change of Control-Klauseln erfolgt ist. Eben in diesen Fällen bedarf es des Eingreifens der Treuepflicht in diesem Zusammenhang jedoch nicht mehr, da hier nun diese Kautelen greifen. Gerade dort, wo nur eine einfache Vinkulierung auch diese Konstellationen für einen ausreichenden Schutz umfassen soll, führt diese Auslegung stets zu einem geringen Umfang der Treuepflicht.

(2). Objektiver Zweck der Klausel

Ein weiterer Anhaltspunkt für die Reichweite der Treuepflicht ist der objektive Zweck der Vinkulierung. Neben den zahlreichen Interessen, die hinter einer Vinkulierung stehen können und die zu Beginn dieser Arbeit genannt wurden, nehmen in der Praxis vor allem die Abwehr- und Kontrollinteressen der Mitgesellschafter die stärkste Rolle ein. Selbst Liebscher, der die Ansätze der Rechtsprechung maßgebend weiterentwickelt hat, sieht hier in erster Linie nur dann eine Erstreckungsmöglichkeit der Treuepflichten, wenn der Sonderfall einer reinen Beteiligungsholding gegeben ist.³⁶³ Denn nur dann lässt sich die Verfügung des mittelbaren Gesellschafters über die Anteile der Holding wirtschaftlich der Abtretung der vinkulierten Geschäftsanteile gleichstellen. In allen anderen Fällen, in denen die Beteiligungsgesellschaft über weiteres Vermögen verfügt, und sei es auch noch so klein, stellen die Anteile der Beteiligungsgesellschaft eben gerade nicht, auch nicht wirtschaftlich, die vinkulierten Anteile in einem anderen Gewand dar. Käme man in einem solchen Fall zu dem Ergebnis, die Abtretung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft wäre wegen Verletzung der Treuepflicht unwirksam, so wären davon auch die Vermögensanteile betroffen, die sich

³⁶² Liebscher, ZIP 2003, S. 828

³⁶³ Liebscher, ZIP 2003, S. 829

darüber hinaus in der Beteiligungsgesellschaft befänden. Diese hätten mit den Anteilen der vinkulierten Gesellschaft jedoch nichts gemein, als die zufällige und vergängliche Zugehörigkeit zum Vermögensbestand derselben Gesellschaft. Zusammengefasst folgt hieraus, dass auch dieses Abgrenzungsinstrument – mit Ausnahme des Sonderfalls der reinen Holding – stets dazu führt, den Umfang der Treuepflicht in diesen Fällen als eher gering einzustufen.

(3). Gesamtabwägung der Gesellschafterinteressen

Schließlich soll die Abwägung der Interessen der Beteiligten dazu dienen, die Grenzen der Treuepflichten besser abstecken zu können. Da, wie der letzte Auslegungspunkt zeigte, jedoch fast nur die Konstellation infrage kommt, in der eine reine Holding als Beteiligungsgesellschaft auftritt, wird auch der Schwerpunkt bei der Gesamtabwägung hier zu legen sein. Im Unterschied zur Rechtsprechung, die dabei allein auf die Folgen abstellt, die das Handeln des mittelbaren Gesellschafters nach sich zieht,³⁶⁴ sollen hier alle Umstände berücksichtigt werden, die auch nur im Geringsten Einfluss auf die Ausprägung der Treuepflicht der Gesellschafter haben könnten: Neben der Tatsache, ob der Gesellschafter über eine beherrschende Stellung in der Holding verfügt, sollen auch Anhaltspunkte wie die Beteiligungshöhe der Holding an der Ausgangsgesellschaft und der Zweck der Beteiligung der Holding helfen, zur Bejahung der Treuepflichtverletzung und somit zur Erstreckung des Schutzbereichs der einfachen Vinkulierungsklausel auf diese Fälle zu gelangen. Diese Punkte müssen dann individuell unter Betrachtung der tatsächlichen Umstände sowie anhand des Gesellschaftsvertrages der jeweiligen Gesellschaft untersucht werden, um eine Gesamtabwägung der Interessen der Beteiligten vornehmen zu können.

Letztendlich kann jedoch auch die Lehre von der Treuepflichtverletzung das Problem eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft für die Mitgesellschafter der Ausgangsgesellschaft nicht lösen. Zwar erscheint es hilfreich, dass dadurch festgestellt wurde, dass die dem Einfluss ihrer Gesellschafter preisgegebene Beteiligungsgesellschaft faktisch nicht dazu in der Lage ist, die im Hinblick auf die Ausgangsgesellschaft herrschenden Treuepflichten so zu absorbieren, dass die Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft davon im Ergebnis völlig frei erscheinen.³⁶⁵ In Bezug auf die Praxis kann sie den Gesellschaftern der

³⁶⁴ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 780

³⁶⁵ Henze/Notz, in: Hopt/Wiedemann, AktG, Anh § 53a Rn. 33

Ausgangsgesellschaft aber nur sehr wenig Schutz vor dem veräußerungswilligen Gesellschafter bieten, der den Umweg über eine Beteiligungsgesellschaft wählt, um dann zustimmungsfrei deren Anteile an einen Dritten zu übertragen. Die Rechtsprechung erkennt das Institut der Treupflichtverletzung an, wendet es in der Praxis jedoch nur äußerst restriktiv an. Die Weiterentwicklung dieser Ansätze durch Liebscher versucht anhand von verschiedenen Anhaltspunkten den weichen Begriff der Treupflicht des mittelbaren Gesellschafters fassbarer zu machen. Dies ist zwar durchaus sinnvoll und gut angedacht, im Ergebnis führt jedoch auch dies dazu, dass allein die Fälle der reinen Beteiligungsholding einigermaßen sicher unter diesem Begriff zu fassen sind. Alle anderen Fälle von Beteiligungen dürften allenfalls im Wege der Gesamtabwägung in Einzelfällen unter diesen Schutzschirm schlüpfen können. Ein blindes Vertrauen der Mitgesellschafter hierauf, ohne durch weitergehende gesellschaftsvertragliche Regelungen vor derartigen Umgehungsversuchen geschützt zu sein, kann dem Gesellschafterkreis nicht angeraten werden.

(4). Rechtsfolgen

Das soeben auf Tatbestandsseite entwickelte Ergebnis im Bezug auf die Notwendigkeit zur gesellschaftsvertraglichen Regelung einer derartigen Konstellation wird auch im Hinblick auf die Rechtsfolgende der Treupflichtverletzung bestätigt. Sowohl die Rechtsprechung³⁶⁶ als auch der überwiegende Teil der Literatur³⁶⁷ lehnen, selbst bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung der Treupflichtverletzungen, die Unwirksamkeit der dinglichen Verfügungshandlungen des mittelbaren Gesellschafters ab. Vielmehr sollen den übrigen Gesellschaftern lediglich Folgeansprüche wie Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche wegen der Verletzung der Treupflicht zustehen. Das von den Mitgesellschaftern am höchsten eingeordnete Interesse, den faktischen Zutritt des Dritten in den Gesellschafterkreis von Anfang an zu verhindern, kann dadurch jedoch nicht erreicht werden. Die Gefahr, dass dann der Dritte über seine Mitgliedschaftsrechte bereits seinen Einfluss geltend gemacht oder die erforderlichen Informationen sich bereits besorgt hat, ist immanent.

³⁶⁶ OLG Naumburg, NZG 2004, S. 780

³⁶⁷ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 411; Henze/Notz, in: Hopt/Wiedemann, AktG, Anh § 53a Rn. 33

Allein Liebscher³⁶⁸ ist der Ansicht, dass sich die im Innenverhältnis beheimatete Treuepflichtverletzung in Ausnahmefällen auf das Außenverhältnis durchschlagen und dort zur Unwirksamkeit der Übertragungsverfügung führen könnte. Dies sei vor allem dann zu bejahen, wenn der Erwerber der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft in Kenntnis der internen Pflichtwidrigkeit des veräußerungswilligen Gesellschafters handle. Sei dies nicht der Fall, bleibe allein der einstweilige Rechtsschutz, um die Übertragung der Anteile zu verhindern.

Neben der Tatsache, dass sich die Kenntnis des Erwerbers von der internen Pflichtwidrigkeit des Veräußerers nur sehr schwer beweisen lassen wird, bräuchte es wohl eines kollusiven Zusammenwirkens des Veräußerers und des Erwerbers, um diesen hohen Anforderungen gerecht zu werden. Ob dieses Zusammenwirken jedoch nicht besser als sittenwidriges Rechtsgeschäft unter § 138 BGB zu fassen sei, soll erst im nächsten Kapitel geklärt werden. Auch der Verweis auf den einstweiligen Rechtsschutz kann letztendlich nicht davon überzeugen, dass die Mitgesellschafter über diese Figur ausreichend geschützt seien. Nicht nur, dass ihnen auf diese Weise ein unnötiges Prozessrisiko aufgebürdet wird, auch die zahlreichen unterschiedlichen Auffassungen und Unwägbarkeiten in den einzelnen Abwägungspunkten, die das Gericht zu prüfen hat, sprechen ganz klar für eine statutarische Regelung dieser Konstellation.

Allein durch die gesellschaftsvertragliche Erweiterung der einfachen Vinkulierungsklausel durch eine gut ausgearbeitete Change of Control-Klausel lässt sich ein sicherer Schutz des betroffenen Gesellschafterkreises vor der Umgehung der Vinkulierung über geplante Zwischenschaltungen von Beteiligungsgesellschaften garantieren. Noch konnte kein Rechtsinstitut und keine Argumentationsfolge gefunden werden, die diese Lücke auf andere Weise hätte schließen können.

d. Verstoß gegen § 138 BGB

Schließlich bleibt noch ein möglicher Verstoß gegen § 138 BGB zu prüfen, aus dem sich unter Umständen die Nichtigkeit der Abtretung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft ergeben könnte. Zwar wird das wertneutrale, abstrakte Verfügungsgeschäft in der Regel nicht von der Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts erfasst, es ist jedoch auch dann als

³⁶⁸ Liebscher, ZIP 2003, S. 833

unwirksam anzusehen, wenn die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt.³⁶⁹ Dies könnte in der hier vorliegenden Konstellation der Fall sein. Dafür müsste die Abtretung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft an den Dritten sittenwidrig sein. Ein sittenwidriges Rechtsgeschäft ist nach ganz allgemeiner Definition dann anzunehmen, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstöße.³⁷⁰ In der hier zu prüfenden Verfügungshandlung könnte ein kollusives Zusammenwirken als Unterfall der Sittenwidrigkeit vorliegen. Dies würde dann zumindest voraussetzen, dass der Erwerber der Anteile von der Vorgehensweise des Veräußerers wusste.

Doch selbst dann, wenn diesem die Kenntnis von den Umständen nachgewiesen werden kann, wird ein Eingreifen des § 138 BGB von der Literatur überwiegend abgelehnt. Der Grund dafür liegt darin, dass der Erwerber als außenstehender Dritter von den vertraglichen Vinkulierungen nicht betroffen ist. Von der Rechtsprechung wurde in diesem Zusammenhang eindeutig klargestellt, dass relative Rechtspositionen auch nicht durch § 138 BGB zu absolut geschützten Rechten werden.³⁷¹ Der Ansicht der Literatur ist insoweit zu folgen, als eine Anwendung von § 138 BGB allenfalls in absolut eindeutigen Konstellationen zur Anwendung kommen könnte.³⁷² Als Beispiel könnte hier die gezielte Umgehung der Vinkulierung als einziger Zweck der Beteiligungsgesellschaft genannt werden sowie die vertragliche Freistellung des Gesellschafters von sämtlichen Schadensersatzforderungen der übrigen Mitgesellschafter durch den Erwerber.

Wie schon bei den vorhergehenden Untersuchungen zeigt auch die Prüfung von § 138 BGB, dass sich nur offensichtliche und leicht beweisbare Umgehungsversuche von der Generalklausel erfassen lassen. In der Praxis wird es allerdings schwierig werden, die jeweils hohen Voraussetzungen zu beweisen. Außerdem wird damit zu rechnen sein, dass die Beteiligten dieser Geschäfte schlau genug sein werden, alles zu tun, um ihre Vorgehensweise zu verschleiern.

³⁶⁹ BGH, NJW 1973, S. 615; BGH, NJW 1985, S. 3007; Ellenberger, in: Palandt, BGB, § 138 Rn. 20

³⁷⁰ RG 80, 221; BGH 10, 232; BAG, NZA 2006, S. 1354

³⁷¹ BGH, NJW 1981, S. 2185

³⁷² Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 411

e. Gesamtbetrachtungstheorie

Abschließend soll in diesem Kontext auch kurz auf die von Lutter/Grunewald³⁷³ diskutierte Gesamtbetrachtungstheorie eingegangen werden. Danach soll die Übertragung der Geschäftsanteile vom Gesellschafter auf die Beteiligungsgesellschaft sowie die Übertragung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft von dieser auf einen Dritten als ein einheitlicher Vorgang angesehen werden, der dann insgesamt zustimmungspflichtig wäre. Die Auswechslung des Gesellschafters in der Beteiligungsgesellschaft würde dann auf die erteilte Zustimmung zurückwirken und diese unwirksam machen.

Neben den Vorbehalten, die die Autoren selbst gegen diese Theorie hegen, zum Beispiel dass dadurch ein sehr langer Schwebezustand geschaffen werden könnte und Unsicherheiten entstehen würden, wer gerade Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft ist, sprechen vor allem die tatsächlichen Umstände gegen eine solche Betrachtungsweise. Ein einheitlicher Vorgang dieser beiden Rechtsgeschäfte kann in der Praxis wohl nur schwer konstruiert werden. Zwischen der ersten und der zweiten Verfügung können Jahre, ja sogar Jahrzehnte liegen, und die Inhaberschaft der Geschäftsanteile sich dabei über Generationen verändert haben. Dazu kommt, dass bei den beiden Verfügungen noch nicht einmal derselbe Verfügungsgegenstand übertragen wird. Während bei der ersten Verfügung die Anteile an der vinkulierten Ausgangsgesellschaft übertragen werden, sind dies bei der zweiten die Anteile an der möglicherweise nicht vinkulierten Beteiligungsgesellschaft, die lediglich Inhaberin der vinkulierten Anteile ist. Zwei Verfügungen, die unterschiedliche Verfügungsgegenstände übertragen und möglicherweise Jahre auseinander liegen, können objektiv keinen Gesamtvorgang darstellen, sodass diese Ansicht von vornherein abzulehnen ist.

f. Zwischenergebnis

Wie die Untersuchungen ergeben haben, stehen alle als Lösungsmöglichkeit angedachten Rechtsfiguren bereits dann vor erheblichen Problemen, wenn es sich bei der Beteiligungsgesellschaft eben nicht um eine reine Holdinggesellschaft handelt, sondern sie darüber hinaus auch noch über andere Vermögenswerte verfügt. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Reichweite von Vinkulierungsklauseln bei Beteiligungsgesellschaften – unabhängig davon, ob sie bereits Gründungsmitglied der Ausgangsgesellschaft waren oder

³⁷³ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 411

erst später in den Gesellschafterkreis eingebracht wurden – große Lücken aufweist. Mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung³⁷⁴ und Literatur³⁷⁵ ist festzustellen, dass der einfachen, statutarischen Vinkulierung der Anteile der Ausgangsgesellschaft keine dingliche Wirkung in der Beteiligungsgesellschaft zukommen kann.

Damit lässt sich für die Erforderlichkeit der Ergänzung einer einfachen Vinkulierungsklausel Folgendes festhalten: Nicht nur dann, wenn eine Beteiligungsgesellschaft bereits Gründungsmitglied ist, sondern auch in den Fällen, in denen nur natürliche Personen an der Gründung der Gesellschaft beteiligt sind, ist es für einen effektiven Schutz der Vinkulierungsinteressen unbedingt erforderlich, die Lücke der Reichweite der Vinkulierungsklausel über die Aufnahme einer Change of Control-Klausel zu schließen. Beteiligungsgesellschaften können über einfache Konzernklauseln oder die ersichelte Zustimmung der Mitgesellschafter jederzeit Zutritt zum Gesellschafterkreis erlangen. Fehlt es dann an einer Absicherung der Vinkulierung durch eine Change of Control-Klausel, sind dem Einfall missliebiger Dritter und Konkurrenten über den Weg der Anteilsabtretung an der Beteiligungsgesellschaft Tür und Tor geöffnet.

3. Reichweite bei Kapitalerhöhungen und Kaduzierung

Beim Problem der Reichweite von Vinkulierungsklauseln bei Kapitalerhöhungen und Kaduzierung handelt es sich zunächst um ein allgemeines Problem bei gesellschaftsvertraglichen Verfügungsbeschränkungen und nicht um ein spezifisches Problem bei Beteiligungsgesellschaften. Zur Vervollständigung dieser Problematik und angesichts der Tatsache, dass auch Beteiligungsgesellschaften über diesen Weg Zutritt zu einer Gesellschaft finden können mit allen damit verbundenen Problemen der Change of Control-Konstellationen, soll neben dem Erwerb von Geschäftsanteilen auch kurz auf diese Beitrittsmöglichkeiten eingegangen werden.

Begrifflich greift die Vinkulierung bei der Kapitalerhöhung nicht: Während es sich bei den oben untersuchten Konstellationen stets um die rechtsgeschäftliche Übertragung von

³⁷⁴ LG München Urt. v. 12.09.2002 – 15 HK O 15764/02 (Springer/Kirch, nicht veröffentlicht); OLG Naumburg, NZG 2004, S. 778

³⁷⁵ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 411; Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 111a; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 15 Rn. 110; Loritz, NZG 2007, S. 367; Winter/Löbke, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 255; Rittwage, Change-of-Control-Klauseln, S. 69; Reimann, ZEV 2002, S. 48; Cramer, Change of Control – Klauseln, S. 102

bestehenden Geschäftsanteilen handelte, die zweifelsfrei von der Formulierung üblicher Vinkulierungsklauseln erfasst werden, liegt hier die Zeichnung neugeborener Geschäftsanteile vor.³⁷⁶ Ob die Zeichnung neuer Geschäftsanteile durch eine Beteiligungsgesellschaft trotzdem unter die Vinkulierung zu fassen ist, ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln. Angesichts der Ziele der Vinkulierungsklausel, die insbesondere im Schutz des Gesellschafterkreises nach außen angesiedelt sind, kommt man dabei zu dem Ergebnis, dass der allgemeine Rechtsgedanke der Vinkulierung, dass ein Neueintritt eines Gesellschafters nicht gegen den Willen der alten Gesellschafter erfolgen darf, auch dann greifen muss, wenn eine andere Technik des Eintritts in die Gesellschaft gewählt wird.³⁷⁷ Sieht die ursprüngliche Satzung die Vinkulierung aller Aktien vor, so gilt diese auch für junge Aktien aus einer Kapitalerhöhung, ohne dass der Erhöhungsbeschluss dieses Erfordernis wiederholen müsste.³⁷⁸

Anders verhält es sich bei der Kaduzierung: Während es beim Erwerb des Anteil durch den Rechtsvorgänger aufgrund seiner früheren Gesellschafterstellung ohnehin keine Probleme geben wird, ist bei der Versteigerung und beim freihändigen Verkauf zwar ähnlich wie bei der Kapitalerhöhung davon auszugehen, dass auch in diesen Fällen das Interesse der Gesellschafter an der Auswahl des neuen Gesellschafters bestehen wird. Durch die Aufnahme der Vinkulierung in den Gesellschaftsvertrag wurde zwar die personalistische Prägung der jeweiligen Gesellschaft deutlich gemacht, diese Ausrichtung der Gesellschaft muss jedoch im Kaduzierungsverfahren hinter den gesetzlichen Anordnungen zurücktreten. Angesichts der weiten Verbreitung von Vinkulierungen wäre es ansonsten praktisch unmöglich eine öffentliche Versteigerung rechtswirksam durchzuführen. Zwar ist das Interesse der Gesellschafter daran, nicht eine fremde Person in den Gesellschafterkreis aufgedrängt zu bekommen, nachvollziehbar, dieses kann jedoch nicht die gesetzlichen Anordnungen zur Verwertung von Geschäftsanteilen in den §§ 21, 22 GmbHG verdrängen. In einem solchen Fall muss die gesellschaftsvertragliche Ausrichtung als schwächere Regelungsmöglichkeit hinter der strikten und genauen Anordnung des Gesetzes zurücktreten. Die Grenzen der Vinkulierung werden in einer derartigen Konstellation also nicht nur erreicht, sondern sogar überschritten.

³⁷⁶ Ehlke, DB 1995, S. 562

³⁷⁷ Ehlke, DB 1995, S. 564

³⁷⁸ LG Bonn, AG 1970, S. 19; Hüffer, Aktiengesetz, § 68 Rn. 13; Eine Anwendung auf die neuen Aktien wird jedoch auch hier nur dann bejaht, wenn alle Aktien der Vinkulierung unterliegen, ansonsten sei eine erneute Regelung in Kapitalerhöhungsbeschluss doch erforderlich.

Die Untersuchung dieser ungewöhnlichen Beitrittswege hat folglich ergeben, dass jeder Beitrittsweg individuell auf die Reichweite der jeweiligen Vinkulierung überprüft werden muss. Es ist nicht stets sicher, dass Mitgesellschafter in diesen Problemfeldern ausreichend durch die einfache Vinkulierungsklausel geschützt sind. Stimmen sie dann auch der Aufnahme einer Beteiligungsgesellschaft in diesen Verfahren zu, so tritt die vorher behandelte Gefahr des Kontrollwechsels erneut auf und sollte dann auch hier durch eine Change of Control-Klausel gebannt werden.

4. Reichweite bei Zwangsvollstreckung und Insolvenz

Die Zwangsvollstreckung in den GmbH-Geschäftsanteil erfolgt durch Pfändung, bei der die GmbH als Drittschuldner i. S. d. § 829 III ZPO anzusehen ist.³⁷⁹ Nach herrschender Ansicht greift die Vinkulierung dann nicht, wenn der Geschäftsanteil im Wege der hoheitlichen Verwertung bei Zwangsvollstreckung oder Insolvenz den Inhaber wechselt, da die Zwangsverwertung des Vermögens zugunsten der Gesellschaftergläubiger nicht durch vertragliche Vereinbarungen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden können.³⁸⁰ Angesichts der Tatsache, dass dies jedoch nicht unbestritten ist, wird auch hier empfohlen, sich dabei nicht auf den Schutz der einfachen Vinkulierung zu verlassen, sondern ergänzend entsprechende Einziehungsregelungen vorzusehen.³⁸¹

In der in dieser Arbeit vorliegenden Problemstellung sind dabei zwei verschiedene Verwertungskonstellationen zu unterscheiden: zum einen die Verwertung des Geschäftsanteils an der Ausgangsgesellschaft mit der Folge, dass eine erwerbende Beteiligungsgesellschaft nun Gesellschafterin der Ausgangsgesellschaft wird, und zum anderen die Verwertung von Anteilen der Beteiligungsgesellschaft, die Inhaberin von vinkulierten Anteilen an der Ausgangsgesellschaft ist.

Der erste Fall führt zwar dazu, dass nun eine Gesellschaft Gesellschafterin der Ausgangsgesellschaft mit allen damit verbundenen Problemen wird, dies ist jedoch lediglich ein anderer Beitrittsweg für die Gesellschaft als der normale Erwerb von Anteilen und bedarf

³⁷⁹ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn 72

³⁸⁰ BGHZ 32, 155; RGZ 70, 64; Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 93; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15 Rn. 39; Lutter/Bayer, in: Lutter/ Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 15 Rn. 56; Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 202; Kranz, Der GmbH-Geschäftsanteil, S. 56 und S. 75 m. w. N.; a. A. OLG Hamburg, NJW 1960, S. 871 für die Verwertung im freihändigen Verkauf

³⁸¹ Haasen, in: Lorz/Pfisterer/Gerber, Formularbuch, S. 158

deshalb keiner weiteren Untersuchung. Insoweit kann auf die Ausführungen zum einfachen Erwerb der Anteile durch eine Gesellschaft verwiesen werden.

Interessanter ist hierbei die Frage, wie sich die Verwertung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft im Wege der Zwangsvollstreckung oder die Insolvenz dieser auf die vinkulierten Anteile der Ausgangsgesellschaft und deren Gesellschafterkreis auswirkt. Die Vinkulierung kann hierbei sowohl wegen ihrer oben beschriebenen allgemeinen Rechtsnatur als auch wegen § 137 S. 1 BGB in der Beteiligungsgesellschaft nicht greifen. Dies bedeutet, dass auch für diesen Fall ohnehin eine Change of Control-Regelung mit damit verbundener Einziehungsmöglichkeit getroffen werden muss.

5. Gutgläubiger vinkulierungsfreier Erwerb

Mit der Neufassung des § 16 III 1 GmbHG durch Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wurde mit Wirkung vom 1.11.2008 erstmals ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen in das Gesetz mit aufgenommen. Angesichts der hier behandelten Problematik stellt sich damit die Frage, ob eine Gesellschaft nicht gutgläubig vinkulierungsfrei Anteile einer anderen Gesellschaft erwerben könnte, wenn ihr die Vinkulierung der Anteile nicht bekannt gewesen ist.³⁸² Für die Ausgangsgesellschaft würde dies bedeuten, dass auf diese Weise Beteiligungsgesellschaften in den Gesellschafterkreis gelangen könnten, ohne dass deren Zutritt reguliert werden könnte. Da ein späterer Change of Control, wie oben bereits aufgezeigt, von der Vinkulierungsklausel ebenfalls nicht erfasst würde, könnten sich auch auf diesem Wege unliebsame Dritte wirksam Zutritt zur Gesellschaft verschaffen, ohne jemals der Zustimmung der Mitgesellschafter bedurft zu haben.

Gemäß § 16 III 3 GmbHG scheidet ein gutgläubiger Erwerb jedoch dann von vornherein aus, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt gewesen ist oder er sie grob fahrlässig nicht kannte. Für die Gutgläubigkeit von Kapitalgesellschaften ist gemäß § 166 I BGB auf das handelnde Organ der Gesellschaft abzustellen, dass die erwerbende Gesellschaft vertritt, nicht jedoch auf die Gesellschaft selbst.³⁸³ Es kommt also nicht darauf an, ob die erwerbswillige Gesellschaft von der Vinkulierung weiß, sondern allein darauf, ob das Organ, das den Kauf für die Gesellschaft abwickelt, von der Bindung der Geschäftsanteile an die

³⁸² Dafür plädierend: Gehling/Grunewald/Rodewig, ZIP 2006, S. 689.

³⁸³ BGHZ 41, 282

Zustimmung der Gesellschafter Kenntnis erlangt hat. Eine Anwendung von § 166 II BGB, die dem rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter die Kenntnis des Vertretenen zurechnet, ist bei der hier vorliegenden gesetzlichen Vertretung nicht möglich. Er soll jedoch dann entsprechend auf die Organe von Kapitalgesellschaften anwendbar sein, wenn der Geschäftsführer einer GmbH ausschließlich den Weisungen des Alleingeschafters folgt.³⁸⁴

Zu klären bleibt also in erster Linie, ob der Erwerber dann grob fahrlässig im Sinne des § 16 III 3 GmbHG i. V. m. § 276 II BGB handelt, wenn er die Vinkulierung nicht kennt. Der Erwerber könnte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt dann in besonderem Maße außer Acht gelassen haben, wenn ihn eine Pflicht trafe, sich darüber zu informieren, ob die Anteile die er erwerben will vinkuliert sind oder nicht. Angesichts der geringen Schwierigkeiten, die eine Vinkulierungskontrolle für den Erwerber darstellt, ist davon auszugehen, dass dieser sie auch vornehmen muss. Denn während sich die Gesellschafter nur sehr schwer gegen einen gutgläubigen, vinkulierungsfreien Erwerb schützen könnten, kann der Erwerber die Vinkulierung durch einen einzigen Blick in den Gesellschaftsvertrag leicht erkennen.³⁸⁵ Wurde der Gesellschaftsvertrag nach dem 1.1.2007 geschlossen, kann ihn der Erwerber sogar im Internet online einsehen. Da der Erwerber in einem solchen Fall also nicht schützenswert ist, sondern vielmehr die Gesellschafter geschützt werden müssen, scheidet ein gutgläubiger, vinkulierungsfreier Erwerb grundsätzlich aus: nimmt der Erwerber keinen Einblick in die Satzung handelt er grob fahrlässig,³⁸⁶ tut er dies jedoch und wurden die Geschäftsanteile wirksam in der Satzung vinkuliert so liegt positive Kenntnis vor.

Zum gleichen Ergebnis kommt auch die Untersuchung des Rechtsscheinsträgers. Da § 40 I 1 GmbH abschließend regelt, welche Tatsachen in die Gesellschafterliste mit aufgenommen werden müssen und § 16 III GmbHG allein diese als mögliche Rechtsscheinsträger nennt, fehlt es bei der Vinkulierung an einem korrelierenden Rechtsscheinsträger.³⁸⁷ Die Vinkulierung von Geschäftsanteilen ergibt sich nämlich nicht aus der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste, sondern findet sich allein im jeweiligen Gesellschaftsvertrag der betroffenen Gesellschaft wieder. Angesichts der Tatsache, dass sich aus dem hier ausschlaggebenden Rechtsscheinsträger aber weder das Vorliegen einer Vinkulierung noch

³⁸⁴ BGH, WM 2004, S. 1037

³⁸⁵ Omlor, Verkehrsschutz, S. 497

³⁸⁶ Wiersch, Der Gutgläubige Erwerb, S. 236

³⁸⁷ Zessel, GmbHR 2009, S. 303

deren Fehlen ergibt, scheidet ein gutgläubiger, vinkulierungsfreier Erwerb von vornherein aus.

Des Weiteren würde die Durchbrechung des Einflusses der Mitgesellschafter auf die personale Zusammensetzung des Gesellschafterkreises durch einen gutgläubigen, vinkulierungsfreien Erwerb im Gegensatz zum normierten Erwerb vom Nichtberechtigten weitergehende nachteilige Auswirkungen auf die Organisation der GmbH als Rechtsform haben.³⁸⁸ Das Motiv des Gesetzgebers für die Neuregelung des § 16 III GmbHG lag darin, die Ermittlung der Gesellschafterstellung des Veräußerers durch die Überprüfung langer Abwicklungsketten entbehrlich zu machen, nicht jedoch, einen Gutglaubensschutz in Bezug auf Abtretungshindernisse einzuführen.

6. Vererbung der Anteile an der ursprünglichen Beteiligungsgesellschaft

Zu klären bleibt in diesem Zusammenhang schließlich noch, wie weit die einfache Vinkulierung bei Gesellschaften als Gesellschafter reicht, wenn die Geschäftsanteile an der Beteiligungsgesellschaft nicht rechtsgeschäftlich übertragen werden, sondern gesetzlich im Wege der Erbfolge auf Dritte übergehen. Etwaige gesellschaftsvertragliche Vererblichkeitsbeschränkungen wie Abtretungspflichten, Einziehungsrechte oder eine Kombination daraus könnten dann fehl gehen und dem Interesse der Mitgesellschafter an einer geordneten Regelung der Nachfolge des verstorbenen Gesellschafters nicht mehr gerecht werden.

Kein Problem stellt dabei die Vererbung der Geschäftsanteile an eine Gesellschaft dar, obwohl es auch hier auf den ersten Blick zu Change of Control-Konstellationen in dieser Beteiligungsgesellschaft kommen könnte. Die in § 1923 BGB geregelte Erbfähigkeit ist sowohl für juristische Personen als auch für die Gesamthandsgemeinschaften der OHG, KG und GbR³⁸⁹ inzwischen anerkannt und bedarf hier keiner weiteren Auseinandersetzung.³⁹⁰ Bei der hier angesprochenen Situation greifen jedoch die allgemeinen Vererblichkeitsbeschränkungen. Da die Beteiligungsgesellschaft nicht zum Kreis der Erben gehören dürfte, der in der Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrages vereinbart wurde, greifen nun je nach Ausgestaltung dieser Regelung die Abtretungsverpflichtung bzw. die Einziehungsmöglichkeiten der Gesellschaft. Auf diese Weise verliert die begünstigte

³⁸⁸ Wiersch, Der Gutgläubige Erwerb, S. 236

³⁸⁹ Andere Ansicht noch BayOblG, FamRZ 1999, S. 170.

³⁹⁰ Weidlich, in: Palandt, BGB, § 1923 Rn. 7

Gesellschaft ihre Anteile an der Ausgangsgesellschaft umgehend, sodass es nicht zu der Gefahr eines Change of Control kommen wird.

Schwieriger gestaltet sich die Reichweite der Vererblichkeitsbeschränkungen dann, wenn der betreffende Gesellschafter seine Anteile bereits auf eine von ihm beherrschte Beteiligungsgesellschaft übertragen konnte und erst danach verstirbt. Problematisch ist hierbei, dass dabei nicht eine sterbliche, natürliche Person als Gesellschafter agiert, sondern eine juristische Person als Inhaber der Geschäftsanteile auftritt. Schwierigkeiten ergeben sich dann daraus, dass eben nicht die durch die Vererblichkeitsbeschränkungen reglementierten Geschäftsanteile der Ausgangs-, sondern lediglich die nicht beschränkten Anteile der Beteiligungsgesellschaft auf Dritte vererbt werden. Eine Erstreckung der Vererblichkeitsbeschränkungen auf die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft muss dabei ebenso wie die oben diskutierte Erstreckung der Vinkulierung an § 137 S. 1 BGB scheitern.

Der Tatbestand der Vererblichkeitsbeschränkungen im Statut der Ausgangsgesellschaft, der die Vererbung von Geschäftsanteilen an der Ausgangsgesellschaft fordert, kann folglich bei einer Gesellschaft als Gesellschafterin nicht mehr eintreten, da ihr Fortbestehen als rechtliches Konstrukt im Gegensatz zu einer natürlichen Person nicht biologischen Grenzen unterworfen ist. Grundsätzlich kommen als Erblasser nur natürliche Personen, nicht aber juristische Personen infrage, da nur sie sterben und beerbt werden können (passive Erbfähigkeit).³⁹¹ Wird also eine Gesellschaft als Beteiligungsgesellschaft, sei es über die einfache Konzernklausel oder mit der Zustimmung der Mitgesellschafter, in den Gesellschafterkreis aufgenommen, ist von vornherein klar, dass etwaige Vererblichkeitsbeschränkungen tatbestandlich nicht mehr greifen. Die Gefahr, dass die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft nun unkontrolliert und frei von jeglichen Beschränkungen an jeden beliebigen Dritten vererbt werden können, liegt auf der Hand. Wird die Satzung der Ausgangsgesellschaft bei der Aufnahme einer Beteiligungsgesellschaft nicht auch im Hinblick auf die Vererblichkeitsbeschränkungen modifiziert, ist Dritten der mittelbare Zugang in den Gesellschafterkreis, auch gegen den Willen der übrigen Gesellschafter, Tür und Tor geöffnet.

Die für die rechtsgeschäftliche Übertragung von Anteilen an der Beteiligungsgesellschaft diskutierten Rechtsinstitute des verbotenen Umgehungsgeschäfts, des Zurechnungsdurgriffes

³⁹¹Weidlich, in: Palandt, BGB, § 1922 Rn. 2

und der Treupflichtverletzung finden hier beim gesetzlichen Übergang der Geschäftsanteile an der Beteiligungsgesellschaft im Wege der Universalsukzession keine Anwendung, da diese Rechtsinstitute stets, wenn auch in unterschiedlichen Ausgestaltungen, das rechtsgeschäftliche Handeln einer Person voraussetzen. Nur durch das rechtsgeschäftliche Handeln des Gesellschafters ist es überhaupt möglich, den Versuch der Umgehung einer Verbotsnorm, den wertenden Durchgriff auf diesen Gesellschafter oder eine vorwerfbare Treupflichtverletzung dieses Gesellschafters zu bejahen. Dem Gesetz, das den Übergang der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft im Wege der Universalsukzession anordnet, kann dies nicht zur Last gelegt werden.

Als Ansatzpunkt für die oben genannten Rechtsinstitute kann hier also allein die Übertragung der Geschäftsanteile an der Ausgangsgesellschaft vom Gesellschafter auf die Beteiligungsgesellschaft dienen. Die erste Übertragung der Anteile auf die Beteiligungsgesellschaft stellt eine rechtsgeschäftliche Verfügung über vinkulierte Geschäftsanteile dar und bedarf deswegen, soweit keine einfache Konzernklausel vorliegt, stets der Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter. Wie bereits mehrfach erwähnt könnte der übertragungswillige Gesellschafter zahlreiche plausible Gründe für diesen Übertragungsakt vorbringen, sodass die Erreichung der Zustimmung der arglosen Mitgesellschafter nicht schwierig ist.

Wie bereits oben bei der Vinkulierung erörtert, ist das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts wie auch des Zurechnungsdurchgriffes hier abzulehnen. Zwar verfolgen auch die Vererblichkeitsbeschränkungen ebenso wie die Vinkulierungen den Zweck, den Zutritt Dritter in den Gesellschafterkreis zu kontrollieren und zu reglementieren. Die betroffenen Gesellschafter sind jedoch insoweit nicht schutzwürdig, als sie der Übertragung der Anteile auf eine wesentlich unsichere Beteiligungsgesellschaft entweder generell durch eine Konzernklausel oder ausdrücklich durch ihre Zustimmung zur Verfügung zugestimmt haben. Ähnlich verhält es sich auch mit der Treupflichtverletzung, bei der die Abwägung der Gesamtinteressen ebenfalls zu Lasten der zunächst zustimmenden Gesellschafter ausfallen muss.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass auch die Vererblichkeitsbeschränkungen beim Hinzutreten einer Beteiligungsgesellschaft massive Probleme in der Reichweite ihrer Regelungswirkung zu verzeichnen haben. Soll der Gesellschafterkreis weiter vor dem Eintritt unliebsamer Dritter im Wege der unbeschränkbaren Vererblichkeit von Geschäftsanteilen geschützt werden, so

bedürfen auch die Nachfolgeregelungen einer auf die Beteiligungsgesellschaft abgestimmte Erweiterung dieser einfachen Klauseln. Da die Vererbung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft wie die rechtsgeschäftliche Übertragung bei den Vinkulierungen ebenfalls zu einem Kontrollwechsel in dieser Gesellschaft und somit zu einer mittelbaren Einflussnahme auf die Ausgangsgesellschaft führt, erscheint es als zweckmäßig, auch diese Erweiterungen als Change of Control-Klauseln zu bezeichnen.

H. Möglichkeiten zur Vermeidung von Change of Control-Fällen

Die vorangegangenen Untersuchungen haben eines ganz deutlich gezeigt: Sind an einer Gesellschaft nicht ausschließlich natürliche Personen, sondern darüber hinaus auch Personen- oder Kapitalgesellschaften beteiligt, gelangen die Kautelen, die den Gesellschafterkreis vor unliebsamen Dritten beschützen und die Kontrolle der Gesellschafter bei der Neuaufnahmen anderer Personen in den Gesellschafterkreis garantieren sollen, schnell an ihre Grenzen. Weder einfache Vinkulierungen – unabhängig davon ob die Beteiligungsgesellschaft bereits Gründungsmitglied war oder nicht – noch Vererblichkeitsbeschränkungen sind in der Lage, ohne die Erweiterung ihrer Anwendungsbereiche ausreichenden Schutz für die übrigen Mitgesellschafter zu bieten. Dieses Kapitel wird sich nun mit der Entwicklung von Regelungen beschäftigen, die durch die genaue Ausarbeitung und Erweiterung der bisher verwendeten einfachen Vinkulierungsklauseln und Vererblichkeitsbeschränkungen in der Lage sind, auch beim Auftreten von Gesellschaften als Gesellschafter den Schutz des bestehenden Gesellschafterkreises zu gewährleisten und als probates Mittel gegen sämtliche Umgehungsversuche zu fungieren.

I. Vinkulierungen

Bei der Frage der Erweiterungsmöglichkeiten von Vinkulierungsklauseln ist aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Vorgaben streng zwischen der GmbH und den Personengesellschaften auf der einen Seite und der AG auf der anderen Seite zu unterscheiden.

Bei den Personengesellschaften stehen nicht kapitalistische, sondern personalistische Interessen im Vordergrund. Es gilt der disponible Grundsatz der Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit der Mitgliedschaft.³⁹² Entscheiden sich die Gesellschafter für die Übertragungsmöglichkeit von Anteilen an der Personengesellschaft, so ist grundsätzlich die Zustimmung aller Mitgesellschafter zu jeder Übertragung erforderlich. Diese disponible Voraussetzung bedarf keiner besonderen Regelung im Statut der Gesellschaft, sondern ergibt sich aus der Rechtsnatur der Personengesellschaften.³⁹³ Da es an einer gesetzlichen Regelung fehlt, die es den Gesellschaftern einer Personengesellschaft verbieten würde, die Übertragung

³⁹² Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 1

³⁹³ Seeliger, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 5 Rn. 17

der Mitgliedschaften an weitere Voraussetzungen zu knüpfen, ist davon auszugehen, dass sie zunächst darin frei sind, sich aller denkbaren Regelungsinstrumente zu bedienen, um den Gesellschafterkreis zu schützen. Insbesondere die Tatsache, dass die personelle Zusammensetzung einer Personengesellschaft noch mehr im Vordergrund steht als bei einer personalistischen GmbH, spricht dafür, dass sie sich aller Mittel bedienen dürfen, um einen Change of Control und damit eine Aufweichung ihrer internen Personalstruktur zu verhindern.

Da das Gesetz in § 137 S. 1 BGB grundsätzlich den Ausschluss oder die Beschränkung der Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft verbietet, stehen den Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften nur die Regelungsvarianten zur Verfügung, die ihnen die Ausnahmeregeln zu § 137 S. 1 BGB, namentlich § 15 V GmbHG und § 68 II AktG, gestatten.

Bei der GmbH regelt § 15 V GmbHG, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen auch an andere Voraussetzungen als die Zustimmung der Mitgesellschafter geknüpft werden darf. Zu beachten ist hierbei, dass der Wortlaut der Regelung nicht auf den schuldrechtlichen Vertrag zur Abtretung abstellt, sondern allein die dingliche Abtretung selbst nennt, die von den Gesellschaftern an weitere Voraussetzungen geknüpft werden kann.³⁹⁴ Die Formulierung „insbesondere“ zeigt dabei, dass zwar der Zustimmungsvorbehalt als häufigster Anwendungsfall der Vinkulierung gesehen wird, sie zeigt darüber hinaus jedoch auch ganz deutlich, dass bei der dinglichen Abtretung von Geschäftsanteilen der GmbH auch andere Beschränkungen vorgenommen werden dürfen.

Anders stellt sich die Lage bei der AG dar. Die Aktiengesellschaft als Musterstück einer Kapitalgesellschaft darf gemäß § 68 II AktG lediglich ihre Namensaktien vinkulieren. Eine weitere Begrenzung der Regelungsmöglichkeiten besteht darin, dass die Übertragung der Aktien allein von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden darf. Weitere Regelungsvarianten neben dem Zustimmungsvorbehalt, wie sie bei der GmbH und den Personengesellschaften verwendet werden dürfen, sind hier nicht zulässig.

³⁹⁴ Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 106

1. Regelungsinstrumente bei GmbH und Personengesellschaften

Angesichts der Tatsache, dass die Regelungsinstrumente bei der GmbH und bei den Personengesellschaften nicht durch das Gesetz begrenzt sind, kommen grundsätzlich zunächst alle Vorgehensweisen infrage, die den Gesellschaftern dabei helfen könnten, ihren Gesellschafterkreis so gut wie möglich nach Außen hin zu schützen. Die nun folgende Untersuchung soll zeigen, welche Regelungsinstrumente bzw. Kombinationen aus verschiedenen Regelungsinstrumenten am besten geeignet sind, die einfache Vinkulierung zu ergänzen und die Gefahren durch Change of Control-Konstellationen bei Gesellschaften als Gesellschafter zu entschärfen.

a. Vollständiger Ausschluss der Abtretbarkeit

Als auf den ersten Blick stärkster Schutz des Gesellschafterkreises vor dem Eindringen missliebiger Dritter kommt der vollständige Ausschluss der Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen infrage. Scheint es doch zunächst so, dass dann kein Dritter in den Gesellschafterkreis eindringen könnte, wenn eine Übertragung der Mitgliedschaft von Anfang an vertraglich ausgeschlossen ist. Fraglich ist zunächst, ob diese Gestaltung überhaupt zulässig ist und wenn ja, ob dies auch dem Interesse der Gesellschafter entspricht.

An der rechtlichen Zulässigkeit des vollständigen Ausschlusses der Übertragbarkeit der Anteile kann bei den Personengesellschaften kein Zweifel bestehen, da die Unveräußerlichkeit der Mitgliedschaften bei dieser Art von Gesellschaften sogar den gesetzlichen, wenn auch disponiblen Regelfall darstellt.

Problematischer könnte dies schon bei der GmbH zu beurteilen sein. Die GmbH als Kapitalgesellschaft ist von ihrer Grundstruktur im Vergleich zu den Personengesellschaften mehr kapitalistisch als personalistisch geprägt, auch wenn durch die Vinkulierung zweifelsfrei ein personalistisches Element in die Gesellschaft eingeführt wird. Dies bedeutet aber auch, dass der Geschäftsanteil in erster Linie als Bruchteil des gesellschaftlichen Gesamtkapitals zu sehen ist, dessen freie Veräußerlichkeit in § 15 I GmbHG kodifiziert ist. Diese gesetzliche Grundsatzentscheidung führt dazu, dass die Gesellschafter grundsätzlich nicht unter allen Umständen an die Gesellschaft gebunden werden dürfen.³⁹⁵ Daraus lässt sich jedoch noch

³⁹⁵ Koch, Vinkulierung, S. 21

nicht folgern, dass der Ausschluss der Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen von vornherein unzulässig ist. Denn mit der absolut herrschenden Meinung ist davon auszugehen, dass dem Gesellschafter stets ein außerordentliches Kündigungsrecht bzw. Austrittsrecht aus wichtigem Grund als Lösungsmöglichkeit von der Gesellschaft zusteht, dass ihm durch eine derartige statutarische Regelung nicht genommen werden kann. Er wäre also auch bei einem vollständigen Ausschluss der Abtretbarkeit der Anteile nicht unter allen Umständen an die Gesellschaft gebunden, sondern könnte immer noch von seinem außervertraglichen Kündigungsrecht bzw. Austrittsrecht Gebrauch machen.³⁹⁶ Außerdem sei eine Abtretung von Geschäftsanteilen selbst bei deren kompletten gesellschaftsvertraglichen Ausschluss dann noch möglich, wenn sämtliche Gesellschafter der Gesellschaft zustimmen würden.³⁹⁷ Die Tatsache, dass der Gesellschafter nicht ohne jede Trennungsmöglichkeit an die Gesellschaft gebunden sein darf, stellt folglich kein Hindernis für die Zulässigkeit dieser Regelungsvariante dar.

Auch ein möglicher Verstoß gegen § 137 S. 1 BGB ist abzulehnen. Die Intention des § 137 S. 1 BGB liegt darin, mögliche Unsicherheiten für den Rechtsverkehr zu vermeiden.³⁹⁸ Genau diese Gefahr besteht hier jedoch nicht: Wurde in der Satzung der GmbH festgelegt, dass die Abtretung von Geschäftsanteilen generell ausgeschlossen sein soll, so ist dies für jeden Dritten klar erkenntlich und leicht nachzuvollziehen. Rechtsunsicherheiten, wie sie bei einzelnen, schuldrechtlichen Vereinbarungen über den Ausschluss der Verfügungsbefugnis bezüglich bestimmter Rechte getroffen werden, können für Dritte hier nicht entstehen und sind somit von der Ausnahmegvorschrift des § 15 V GmbHG mit abgedeckt.

Der grundsätzlichen Zulässigkeit des vollständigen Ausschlusses der Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen in Gesellschaftsverträgen steht somit nichts mehr im Wege.³⁹⁹

Äußerst problematisch erscheint dieses Regelungsinstrument jedoch dann, wenn nicht nur natürliche Personen, sondern auch Gesellschaften als Gesellschafter an der Ausgangsgesellschaft beteiligt sind. In dieser Konstellation wäre die bei natürlichen Personen sehr starke Schutzwirkung eines vollständigen Ausschlusses der Verfügbarkeit über die Gesellschaftsanteile nahezu vollständig wirkungslos. Im Falle einer Beteiligung von Kapitalgesellschaften würde der vollständige Ausschluss der Abtretbarkeit der Mitgliedschaft

³⁹⁶ Kecker, Die Fungibilisierung, S. 78

³⁹⁷ Ohr, Ausschluss der Abtretbarkeit, S. 81

³⁹⁸ Koch, Vinkulierung, S. 74

³⁹⁹ So auch die Rechtsprechung des BayObLG, DB 1989, S. 214.

zwar dafür sorgen, dass auch diese ihre Anteile an der Ausgangsgesellschaft nicht an Dritte übertragen könnten, der Gefahr eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft, der faktisch einem Gesellschafterwechsel gleichkäme, könnte dadurch jedoch nicht entgegengetreten werden. Ein mittelbares Eindringen Dritter in den Gesellschafterkreis, dass diesen jedoch nahezu alle wichtigen Verwaltungs- und Informationsrechte einräumen würde, könnte mit dieser Regelung folglich nicht verhindert werden.

Fraglich ist darüber hinaus, ob dieses totale Abtretungsverbot auch dem Interesse der betroffenen Gesellschafter entspricht. Zwar würde dieser Ausschluss den Gesellschafterkreis vor jeglicher Beeinflussung durch Dritte schützen und auch der Abfluss von Kapital würde dadurch wirksam verhindert. Auf der anderen Seite werden die Gesellschafter in der Regel jedoch nicht gewillt sein, ihr Kapital und damit einen Teil ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit auf unbestimmte Zeit derart fest an den Geschäftsanteil zu binden.⁴⁰⁰ Diese fehlende Flexibilität im Bezug auf die Verfügbarkeit ihres persönlichen Kapitals wird die Gesellschafter in der Praxis dazu veranlassen, von einer solch einschneidenden Regelung im Gesellschaftsvertrag abzusehen.

Die im Bezug auf Beteiligungsgesellschaften unzureichende Schutzwirkung dieser Regelung in Verbindung mit der starren Kapitalausstattung der Gesellschaft und die Beschneidung der finanziellen Unabhängigkeit der Gesellschafter führen folglich dazu, von diesem Regelungsinstrument grundsätzlich Abstand zu nehmen. Zwar wäre ein vollumfänglicher Ausschluss der Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag durchaus möglich, angesichts der Nachteile, die diese starke Bindung mit sich bringt und der großen Lücken im Schutzbereich dieser Regelung bei Beteiligungsgesellschaften, ist von deren Verwendung im Gesellschaftsvertrag jedoch generell abzuraten.

b. Partielle Erwerbsverbote

Neben der Möglichkeit, die Abtretung der Anteile an einer Gesellschaft vollständig auszuschließen, ist es auch denkbar, nur bestimmte Abtretungen zuzulassen bzw. auch lediglich bestimmte Verfügungen zu verbieten. Diese partiellen Erwerbsverbote können dabei die Wirksamkeit der Abtretung gemäß § 15 V GmbHG zum Beispiel an bestimmte Eigenschaften des Erwerbers oder an die Übernahme von gesellschaftlicher

⁴⁰⁰ Wiedemann, Die Übertragung, S. 45

Verpflichtungen knüpfen.⁴⁰¹ In der Praxis sind vor allem die Satzungsregelungen anzutreffen, die eine Abtretung nur an bestimmte Personengruppen, wie zum Beispiel an enge Familienmitglieder oder besondere Berufsgruppen, erlauben oder bestimmte Erwerbsarten wie den Tausch oder die Schenkung verbieten.

Gegen diese Regelungsart spricht zum einen ihre fehlende Flexibilität.⁴⁰² Im Gegensatz zu den Zustimmungserfordernissen ist es bei dieser Regelung nicht möglich, individuell und fallspezifisch auf Sonderfälle zu reagieren. Während das Zustimmungserfordernis für jeden Einzelfall dezidiert ausgeübt werden kann, bedarf es bei den partiellen Erwerbsverboten stets einer Modifizierung des Gesellschaftsvertrages durch satzungsändernden Beschluss, wenn in einem Sonderfall von der statutarischen Regel abgewichen werden soll.

Zum anderen wirft die Regelung zahlreiche neue Probleme auf, da es nur sehr schwierig möglich ist, alle eventuell auftretenden Konstellationen und die dabei auftretenden Interessen der Gesellschafter bereits bei der Aufstellung des Gesellschaftsvertrages vorherzusehen. Soll die Abtretung der Anteile beispielsweise nur an Nachkommen gestattet sein, stellt sich die Frage, was mit dem Anteil passieren soll, wenn ein Gesellschafter keine Nachkommen hat. Hätte auch ein uneheliches Kind eines Gesellschafters das Recht auf Übernahme des Gesellschaftsanteils? Wie ist zu verfahren, wenn der einzige Nachkomme nicht in der Lage oder nicht Willens ist, den Gesellschaftsanteil zu übernehmen? Diese kurze und beispielhafte Darstellung von Problemen, die mit einer solch starren Regelung einhergehen können, zeigt, dass diese statutarischen, partiellen Erwerbsverbote letztendlich nicht in der Lage sind, den Interessen der Gesellschafter gerecht zu werden. Sie sichern zwar den Gesellschafterkreis stark nach außen ab, da sie den Zugriff Dritter auf den Gesellschaftsanteil verhindern, sie vermögen jedoch nicht auf die sich ständig ändernden Wirtschafts- und Lebensverhältnisse aller Gesellschafter adäquat zu reagieren. Letztendlich können auch partielle Erwerbsverbote, ähnlich des vollständigen Ausschlusses der Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen, zwar den Schutz des Gesellschafterkreises weitgehend garantieren, sodass auch die Gefahren eines Change of Controls nicht gefürchtet werden müssen, jedoch können sie nur in Ausnahmefällen empfohlen werden. Die fehlende Flexibilität und die nahezu unendlichen Regelungsbedürfnisse, die eine derart starre, präventive Satzungsbestimmung auslöst, führen dazu, dass sie in der Praxis nur sehr selten Eingang in die Satzungen der Gesellschaft finden können.

⁴⁰¹ Koch, Vinkulierung, S. 69

⁴⁰² Koch, Vinkulierung, S. 70

c. Verschränkte Beteiligung

Eine weitere Möglichkeit, die Kontrollwechselproblematik im Zusammenhang mit Gesellschaften als Gesellschafter zu verhindern, besteht darin, die Ausgangsgesellschaft mit einem Zwerganteil an der Beteiligungsgesellschaft zu beteiligen. Diese sogenannte Rückbeteiligung würde die Gefahr für die Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft, unerwartet dem mittelbaren Einfluss eines Dritten ausgesetzt zu sein, in zweierlei Hinsicht schmälern.

Im ersten Fall, in dem die Ausgangsgesellschaft zwar mit einem kleinen Anteil an der Beteiligungsgesellschaft beteiligt wird, die Individualvinkulierung der Anteile der Beteiligungsgesellschaft jedoch nicht durchgesetzt werden kann, ist die Absicherung als eher gering einzustufen. Zwar können die Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft über deren Informations- und Mitwirkungsrechte gewisse Tatsachen in Erfahrung bringen und gegebenenfalls gravierende Veränderungen in der Beteiligungsgesellschaft leichter vorhersehen, verhindern können sie den Kontrollwechsel dadurch alleine jedoch nicht. Wurde allerdings zusätzlich eine Change of Control-Klausel in den jeweiligen Gesellschaftsvertrag der Ausgangsgesellschaft installiert, so kann eine Rückbeteiligung durchaus als sinnvoll erscheinen, um möglichst schnell von einem Kontrollwechsel erfahren zu können und eventuelle Einziehungs- oder Vorkaufsrechte geltend zu machen.

Wesentlich stärker würde der Schutz der Rückbeteiligung dann wiegen, wenn zusätzlich zu dieser Gestaltung die Individualvinkulierung der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft vereinbart würde. Danach müssten alle Gesellschafter der Abtretung von Anteilen zustimmen, um wirksam über diese verfügen zu können.⁴⁰³ In diesem Falle würde folglich neben den Informationsmöglichkeiten zusätzlich die Kompetenz der Mitgesellschafter hinzutreten, notfalls die Übertragung der Anteile an einen unliebsamen Dritten und damit dessen mittelbare Einflussnahme auf die Ausgangsgesellschaft im Wege ihres Vetorechts zu verhindern.

⁴⁰³ Ohne der Einräumung dieses Zwerganteils wäre es nicht möglich, die Übertragbarkeit der Anteile an die Zustimmung der Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft zu binden, da in der Satzung kein Zustimmungserfordernis zugunsten Dritter statuiert werden kann. So auch Winter/Löbbe, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 240.

Neben der Tatsache, dass die erste Variante nur einen geringen Schutz des Gesellschafterkreises darstellt und lediglich im Zusammenhang mit einer Change of Control-Klausel wirklich sinnvoll erscheint, erzeugen derartige Rückbeteiligungen auch neue Probleme: Die Gefahr, durch eine Gesellschaft als Gesellschafterin mittelbarer Einflussnahme durch Dritte ausgesetzt zu sein, besteht dann nicht nur mehr bei der Ausgangs-, sondern selbstverständlich nun auch bei der Beteiligungsgesellschaft. Ändert sich in der Folge der Gesellschafterbestand der Ausgangsgesellschaft, so sieht sich plötzlich auch der Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft dieser Kontrollwechselproblematik ausgesetzt. In beiden Gesellschaften wären dann zur Entschärfung dieses Problems kautelarjuristische Maßnahmen im Wege der Satzungsänderung erforderlich.⁴⁰⁴

Noch unangenehmer würde sich die Situation für den beherrschenden Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft dann darstellen, wenn er der Individualvinkulierung seiner Anteile im Gesellschaftsvertrag der Beteiligungsgesellschaft zustimmen würde. Zwar wäre dadurch für ihn die oben genannte Gefahr gebannt, selbst in die Problematik von mittelbarer Einflussnahme zu geraten, seine wirtschaftliche und unternehmerische Bewegungsfreiheit würde dadurch jedoch erheblich eingeschränkt werden. Obwohl er der beherrschende Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft wäre und sie auch seinen Anteil an der Ausgangsgesellschaft darstellen würde, wäre er nicht mehr in der Lage, allein über das Schicksal seiner Anteile, die schließlich auch sein persönliches Kapital darstellen, zu verfügen. Den Anteil an der Ausgangsgesellschaft, der zunächst ihm allein zustand und den er nun lediglich auf die Beteiligungsgesellschaft übertragen hat, würde er nun unter den Einfluss und die Mitverwaltung seiner Mitgesellschafter in der Ausgangsgesellschaft stellen. Da die Satzung der Beteiligungsgesellschaft darüber hinaus auch regeln müsste, dass sie nur einstimmig geändert werden kann – schließlich könnte der beherrschende Gesellschafter die Vinkulierung sonst einfach wieder abändern –⁴⁰⁵ wird der beherrschende Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft nur in absoluten Ausnahmefällen dazu zu bewegen sein, sich in der von ihm beherrschten Beteiligungsgesellschaft, die seine Anteile an der Ausgangsgesellschaft besitzt, derart stark reglementieren zu lassen. Eine Regelungsvariante, die verschiedener Satzungsänderungen bedarf und der der beherrschende Gesellschafter zu diesem Zeitpunkt erst zustimmen muss, scheint nicht nur umständlich, sondern auch schwer durchsetzbar. Im

⁴⁰⁴ Reimann, ZEV 2002, S. 48

⁴⁰⁵ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 413

Folgenden soll nun nach einem Regelungsinstrument gesucht werden, das die Problematik des Change of Controls bereits präventiv und einfacher zu lösen vermag.

d. Auflösend bedingte Zustimmung

Für den Fall, dass die Übertragung des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters auf die Beteiligungsgesellschaft nicht zustimmungsfrei aufgrund einer einfachen Konzernklausel erfolgt ist, sondern die übrigen Mitgesellschafter ihre Zustimmung erteilt haben, wird oftmals versucht, diese Zustimmung unter einen Vorbehalt bzw. unter eine auflösende Bedingung zu stellen. Danach sollen die Gesellschafter dann nicht mehr an die erteilte Zustimmung gebunden sein, sobald der einstige Mitgesellschafter seine beherrschende Stellung in der Gesellschaft verliert oder auf anderen Wegen ein Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft droht. Manche Autoren gehen im Wege der Auslegung der Zustimmungserklärung sogar so weit, dass konkludent stets dann die Erteilung der Zustimmung nur unter dem Vorbehalt der Kontinuität der Beteiligungsstruktur in der Beteiligungsgesellschaft erfolgt sei, wenn der Zweck dieser Beteiligungsgesellschaft allein im Halten der Anteile liege.⁴⁰⁶ Ob und unter welchen Voraussetzungen dies im Einzelnen möglich ist, ist in der Literatur hart umstritten.⁴⁰⁷

Zuweilen wird die Möglichkeit, die Zustimmung unter eine Bedingung oder unter einen Vorbehalt zu stellen, im Hinblick auf die Rechtssicherheit verneint. Für Dritte und für den Rechtsverkehr würde dieses Vorgehen bedeuten, dass sie möglicherweise über lange Zeit nicht wüssten, wer nun wirklich Inhaber der vinkulierten Mitgliedschaften sei. Da die Auflösung der Zustimmung bei Bedingungseintritt dingliche Folgen für die Übertragung hätte, könnte dies auch nach langer Zeit noch zur Unwirksamkeit der Abtretung und damit zur automatischen Rückübertragung des Anteils auf den Verfügenden führen.⁴⁰⁸

Andere Autoren sehen dieses Problem als weniger gewichtig an und bejahen die grundsätzliche Zulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise.⁴⁰⁹ Zwar sei eine einseitige Willenserklärung wie die Zustimmung grundsätzlich bedingungsfeindlich, dies gelte jedoch nur, wenn den von der Erklärung Betroffenen ein Schwebezustand nicht zugemutet werden

⁴⁰⁶ Kowalski, GmbHR 1992, S. 353

⁴⁰⁷ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 23

⁴⁰⁸ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 413

⁴⁰⁹ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 526; Grundsätzlich zustimmend, aber verneinend allein für die nachträgliche Zustimmung mit Hinweis auf die Rechtssicherheit Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 23.

könne. In diesem Fall hänge der Eintritt der Bedingung jedoch allein vom Verhalten des Erklärungsempfängers ab, sodass für ihn durch die Potestativbedingung keine unsichere Rechtslage erzeugt werden könne. Interessen Dritter würden deshalb nicht beeinträchtigt, da kein Schwebezustand durch die Bedingung erzeugt werde, sondern die Abtretung bis zum Eintritt der Bedingung zweifelsfrei wirksam sei. Ein Verstoß gegen § 137 S. 1 BGB läge darüber hinaus ebenfalls nicht vor, da ein rechtsgeschäftlicher Gesellschafterwechsel in der Beteiligungsgesellschaft weiter möglich bleibe und allein die vinkulierten Anteile der Ausgangsgesellschaft von den Rechtsfolgen der Bedingung betroffen wären.⁴¹⁰

Dem kann nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Hinsichtlich des Standpunktes zu § 137 S. 1 BGB kann dieser Ansicht allerdings noch gefolgt werden. Die Befugnis, über die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft zu verfügen, wird durch die auflösende Bedingung der Zustimmungserklärung weder ausgeschlossen noch beschränkt. Der Inhaber dieser Anteile kann weiterhin frei über seine Anteile verfügen, er kann sie beliebig abtreten oder belasten. Die Tatsache, dass dadurch der Bedingungseintritt ausgelöst wird und die Anteile der Ausgangsgesellschaft an ihn als früheren Gesellschafter zurückfallen, sorgen zwar wirtschaftlich dazu, dass das Vermögen der Beteiligungsgesellschaft um diese Anteile geschmälert wird, an der freien Veräußerlichkeit der Beteiligungsgesellschaftsanteile ändert dies jedoch aus rechtlicher Sicht nichts.

Problematischer erscheinen hierbei schon die Rechtsschutzerwägungen der Mindermeinung. Auch hierbei ist der oben angeführten Ansicht insoweit zuzustimmen, dass für den Erklärungsempfänger kein unzumutbarer Schwebezustand erzeugt wird. Da allein er selbst den Eintritt der Bedingung auslösen kann, bestehen für ihn keine Rechtsunsicherheiten wer zu welchem Zeitpunkt Inhaber der Anteile an der Ausgangsgesellschaft ist. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, warum der Rechtsverkehr und Dritte von dieser Regelung nicht betroffen sein sollten. Betrachtet man die Situation aus dem Blickwinkel desjenigen, der die Anteile der Beteiligungsgesellschaft erwerben will und dadurch unbewusst den Bedingungseintritt auslöst, so muss sich die Konstellation für ihn doch als unzumutbarer Zustand darstellen. Beim Erwerb der Anteile verfügte die Beteiligungsgesellschaft, wahrscheinlich sogar als überwiegenden Teil ihres Vermögens, noch über die Anteile an der Ausgangsgesellschaft. Eben durch diesen Erwerb verändern sich jedoch die Herrschaftsverhältnisse in der Beteiligungsgesellschaft, die Bedingung tritt ein und die Anteile an der Ausgangsgesellschaft fallen automatisch an den früheren Gesellschafter

⁴¹⁰ Kowalski, GmbHR 1992, S. 351

zurück. Übrig bleibt ein Käufer der Anteile der Beteiligungsgesellschaft, der feststellen muss, dass er unter Umständen nur eine leere Hülle erworben hat und nun versuchen muss, seine Rechte im Wege der Schadensersatzvorschriften durchzusetzen. Angesichts dieser Benachteiligung des Rechtsverkehrs in Person des möglichen Erwerbers und der Tatsache, dass die Erteilung der Zustimmung unter Vorbehalt für diesen nicht erkennbar war, ist die Zulässigkeit der Erteilung der Zustimmung unter einer auflösenden Bedingung oder unter Vorbehalt abzulehnen.

Da diese Möglichkeit zum Schutz gegen Change of Control-Konstellationen von Anfang an ausgeschlossen ist, wenn die Zustimmung wegen einer einfachen Konzernklausel gar nicht erst erforderlich ist, ist ihr Anwendungsbereich nur sehr begrenzt. Auch angesichts der vielen rechtlichen Unwägbarkeiten, die diese Vereinbarung mit sich bringt, ist neben der hier vertretenen Unzulässigkeit dieser Regelung, stets von einer solchen Vorgehensweise abzuraten.

e. Vorkaufsrechte, Ankaufsrechte und Andienungspflichten

Aufgrund der weiten Fassung des § 15 V GmbHG ist es auch möglich, Vorkaufsrechte, Ankaufsrechte und Vorerwerbsrechte im Gesellschaftsvertrag zu stipulieren.

Ein gesetzliches Vorkaufsrecht, das es den Mitgesellschaftern grundsätzlich erlauben würde, beim Verkauf eines Gesellschaftsanteils durch einen Mitgesellschafter an einen Dritten zu intervenieren, besteht nicht.⁴¹¹ Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht ist in den §§ 463 ff. BGB geregelt und erlaubt es dem Vorkaufsberechtigten grundsätzlich, die Sache zu dem vereinbarten Preis zu erwerben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat. Dies würde bedeuten, dass unter den Mitgesellschaftern dann ein Kaufvertrag über die Anteile der Ausgangsgesellschaft zustande kommen würde, wenn diese verkauft werden sollten. In der vorliegenden Problematik kann dieses Recht allein jedoch den Mitgesellschaftern nicht helfen, ihren Gesellschafterkreis zu schützen. Der Change of Control-Fall in der Beteiligungsgesellschaft zeichnet sich eben gerade dadurch aus, dass ein Verkauf der Anteile der vinkulierten Gesellschaft nicht beabsichtigt ist. Aus diesem Grund greifen hier auch die Zustimmungserfordernisse nicht. Vielmehr werden allein die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft verkauft, die einen

⁴¹¹ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 295

Vorkaufsfall jedoch nicht auslösen würden, da dieser nur beim Verkauf der Anteile an der Ausgangsgesellschaft tatbestandsmäßig vorläge.

Ähnlich verhält es sich auch mit den Andienungspflichten. Diese verpflichten zwar den veräußerungswilligen Gesellschafter dazu, den vinkulierten Geschäftsanteil bereits bei Veräußerungsabsicht zunächst den anderen Gesellschaftern zum Kauf anzubieten, bevor er ihn an einen Dritten überträgt,⁴¹² im Falle des Change of Controls vermag jedoch auch diese Regelung nicht zu überzeugen. Die Übertragung des Anteils an die Beteiligungsgesellschaft, die die Andienungspflicht auslösen würde, stellt im Bezug auf die Absicherung des Gesellschafterkreises der Ausgangsgesellschaft noch keine Gefahr dar, solange der ehemalige Gesellschafter die beherrschende Stellung behält. Gerade der Verlust dieser Stellung löst die Andienungspflicht jedoch nicht aus, da hierbei nicht über die Anteile der zu sichernden Ausgangsgesellschaft verfügt wird. Zwar könnte man auch hier daran denken, das auslösende Moment für die Andienungspflicht nicht auf die Veräußerung der Anteile der Ausgangsgesellschaft, sondern auf die Änderung der Herrschaftsverhältnisse in der Beteiligungsgesellschaft zu legen, die Fragen über die Höhe des Übernahmepreises und die Durchsetzbarkeit dieser Verpflichtung lassen jedoch auch hier an der Eignung dieser Regelung, ähnlich den Vor- und Ankaufsrechten, viele Fragen offen.

Ein wirksamer Schutz läge nur dann vor, wenn das Vor- bzw. Ankaufsrecht im Statut der Ausgangsgesellschaft dahingehend dingliche Wirkung erzeugen könnte, dass sie die Verfügung über die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft verhindern könnte. Das Hauptproblem einer solchen Gestaltung liegt in der obligatorischen Wirkung der Vorkaufsrechte. Diese führen zwar auf schuldrechtlicher Ebene dazu, dass dem Mitgesellschaftern wohl auch an Anteilen an der Beteiligungsgesellschaft ein Vorkaufsrecht eingeräumt werden kann,⁴¹³ dieses ist jedoch dann nicht dinglich abgesichert.⁴¹⁴ Daraus folgt, dass zwar unter Umständen ein Vorkaufsrecht an den Anteilen der Beteiligungsgesellschaft besteht, erfüllt dies der Verpflichtete jedoch nicht und übereignet er den Gegenstand an einen Dritten und nicht an den Vorkaufsberechtigten, so kann der Berechtigte lediglich Schadensersatzforderungen und gegebenenfalls Vertragsstrafen gegen den Verpflichteten

⁴¹² Meyer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 221; Friedrichsen/Kollmorgen, in: David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/Teichmann, Gesellschaftsrecht, S. 199; Diese beschreiben zwar die gleiche Konstellation, bezeichnen diese jedoch als Vorerwerbsrechte und nicht als Andienungspflichten.

⁴¹³ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 414

⁴¹⁴ Haasen, in: Lorz/Pfisterer/Gerber, Formularbuch, S. 159

geltend machen. Dem neuen Eigentümer können die Anteile jedoch von Gesetzes wegen nicht wieder zwangsweise entzogen werden. Das wichtigste Interesse der Mitgesellschafter, die dingliche Übertragung der Anteile an einen Dritten zu verhindern oder wenigstens im Nachhinein rückgängig zu machen, kann damit nicht erreicht werden.

Ein Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung ist gemäß § 1094 BGB nur für Grundstücke gesetzlich vorgesehen.⁴¹⁵ Wegen des Wortlauts von § 15 V GmbHG ist es jedoch möglich, die dingliche Abtretung an weitere Voraussetzungen als das dort erwähnte Zustimmungserfordernis zu knüpfen. Für die vinkulierten Anteile einer Gesellschaft können im Statut dieser Gesellschaft sowohl Vorerwerbsrechte als auch Andienungspflichten vereinbart werden, die dann aufgrund ihrer dinglichen Wirkung auch die Verfügung über diese Anteile verhindern können.⁴¹⁶

Zu klären bleibt aber weiterhin, ob im Statut der Ausgangsgesellschaft ein Ankaufsrecht mit dinglicher Wirkung bezüglich der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft vereinbart werden kann. Denkbar ist, ein Ankaufsrecht für die Anteile der Ausgangsgesellschaft zu vereinbaren, das dann greifen soll, wenn sich die bestehenden Beherrschungsverhältnisse in der Beteiligungsgesellschaft verändern. Dagegen könnte allein § 137 S. 1 BGB sprechen. Dieser verbietet jedoch nur den Ausschluss oder die Beschränkung der Verfügungsbefugnis der Inhaber von Anteilen an der Beteiligungsgesellschaft. Wie oben bereits dargestellt, würde ein weiteres Zustimmungserfordernis diese Verfügungsbefugnis zu stark beschränken. Im vorliegenden Fall läge eine derartige Beschränkung jedoch nicht vor. Das Ankaufsrecht an den Anteilen der Ausgangsgesellschaft beschränkt den Inhaber der Anteile der Beteiligungsgesellschaft rechtlich nicht über diese Anteile zu verfügen. Es werden lediglich schuldrechtliche Folgen vereinbart, die die Verfügung über die Anteile der Beteiligungsgesellschaft nach sich ziehen würden. Festzuhalten bleibt jedoch, dass in einem solchen Fall auch dann nur ein schuldrechtlicher Anspruch geschaffen wird, die dingliche Verfügung an sich kann auch durch eine derartige Gestaltung nicht verhindert werden.⁴¹⁷ Eine „Verdinglichung“ des Vorkaufsrechts, wie sie oftmals in Konstellationen ohne Beteiligungsgesellschaften erreicht wird, indem die Zustimmung an das Vorkaufsrecht gekoppelt wird und umgekehrt,⁴¹⁸ ist hier nicht möglich. Eine Kombination von Ankaufsrecht

⁴¹⁵ Koch, Vinkulierung, S. 59

⁴¹⁶ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 296

⁴¹⁷ Loritz, NZG 2007, S. 366; Koch, Vinkulierung, S. 31

⁴¹⁸ Friedrichsen/Kollmorgen, in: David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/Teichmann, Gesellschaftsrecht, S. 199; Koch, Vinkulierung, S. 62

und Zustimmung scheitert bereits daran, dass die Wirkung der Zustimmung wegen § 137 S. 1 BGB nicht auf die Anteile der Beteiligungsgesellschaft erstreckt werden kann. Dies würde dann nämlich wieder die Beschränkung der Verfügungsbefugnis durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung darstellen. Die Verknüpfung von Vorkaufsrecht und Zustimmung zur Verfügung über die Anteile an der Ausgangsgesellschaft wäre zwar möglich, schließlich schafft § 15 V GmbHG dafür einen ausreichend breiten Rahmen, allerdings ist diese erste Verfügung vom veräußernden Gesellschafter auf die Beteiligungsgesellschaft auch meist als unproblematisch anzusehen.

Es bleibt also festzuhalten, dass es im Rahmen des § 15 V GmbHG durchaus möglich ist, im Statut der Ausgangsgesellschaft ein Vorkaufsrecht an den Anteilen der Ausgangsgesellschaft für den Fall vorzusehen, dass sich die Herrschaftsverhältnisse in der Beteiligungsgesellschaft ändern. Diese auf den ersten Blick sehr wirksame Schutzvorrichtung leidet jedoch darunter, dass diese allein einen schuldrechtlichen Anspruch generiert, bei dem der Berechtigte weiterhin von Verfügungshandlungen und somit vom guten Willen des Verpflichteten abhängig bleibt. Kommt dieser nämlich seiner Pflicht zur Übertragung der Anteile an die früheren Mitgesellschafter nicht nach, sondern übereignet er seine Anteile im Wege des Change of Control an einen erwerbswilligen Dritten, so bleibt dem Berechtigten allein die Möglichkeit, Schadensersatzansprüche gegen den Verpflichteten geltend zu machen. Dem Hauptinteresse der Mitgesellschafter, das Eindringen Dritter über den Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft zu verhindern, wird diese Lösung jedoch nicht gerecht.

Ein weiterer Nachteil der Vor- und Ankaufsrechte besteht darin, dass diese von ihrem Wortlaut her nur beim Verkauf von Geschäftsanteilen greifen, während andere Rechtsgeschäfte wie der Tausch, die Einbringung in eine Gesellschaft oder die Schenkung vom Anwendungsbereich dieser Regelung ausgenommen sind.⁴¹⁹ Diese Tatsache eröffnet dem veräußerungswilligen Gesellschafter und dem erwerbswilligen Dritten eine Reihe von unterschiedlichen Umgehungs- und Manipulationsmöglichkeiten. Die Beweispflicht, dass ein tatbestandsauslösender Kauf und beispielsweise kein Tausch vorgelegen habe, liegt dann bei den übrigen Gesellschaftern und dürfte nur schwer zu führen sein.

Nachteilig können sich die Vorerwerbs- und Andienungspflichten auch dann auswirken, wenn sie, wie in der Praxis üblich, zugunsten der übrigen Gesellschafter vereinbart wurden. Macht

⁴¹⁹ Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, S. 96; Koch, Vinkulierung, S. 37

ein Mitgesellschafter von diesen Ankaufsrechten Gebrauch, so ändern sich dadurch automatisch die innergesellschaftlichen Beteiligungs- und Stimmverhältnisse zwischen den übrigen Gesellschaftern.⁴²⁰ Diese Quotenverschiebung innerhalb der vinkulierten Gesellschaft kann wiederum dazu führen, dass bisher bewährte Machtstrukturen aufgebrochen werden und das Gleichgewicht der Gesellschaft ins Wanken gerät. Diese inneren Veränderungen können letztendlich ebenso zur Gefährdung der Erreichung des Gesellschaftszwecks führen wie die Beeinflussung der Gesellschaft von außen.

Des Weiteren gibt es zahlreiche unterschiedliche Ansichten in der Literatur bezüglich des Zusammenspiels von Zustimmungserfordernissen und Ankaufsrechten, was zusätzlich zu Unwägbarkeiten und weiterem Regelungsbedarf in der Klausel führen würde.

Zu klären ist zum Beispiel, ob eine Klausel, die nur ein Ankaufsrecht beinhaltet, zugleich als Zustimmungsklausel verstanden werden kann. Angesichts der Tatsache, dass das Vorkaufsrecht ohne Vinkulierung immer nur schuldrechtlich wirkt,⁴²¹ während das Zustimmungserfordernis die dingliche Abtretung verhindern kann, ist davon auszugehen, dass ein alleinstehendes Vorkaufsrecht nicht auch einen Zustimmungsvorbehalt begründen kann. Das Ankaufsrecht enthält folglich nicht als „Minus“ auch eine Zustimmungspflicht, da es sich hierbei um zwei selbstständige, voneinander unabhängige Sicherungsmittel handelt.⁴²²

Strittig ist darüber hinaus, ob das Zustimmungserfordernis dann fortbesteht, wenn zwar sowohl ein Zustimmungserfordernis als auch ein Vorkaufsrecht in der Satzung vorgesehen sind, über das Verhältnis dieser beiden Regelungsinstrumente jedoch keine Aussage getroffen wird und vom Vorkaufsrecht innerhalb der Ausübungsfrist kein Gebrauch gemacht wird. Bleibt in einem solchen Fall die Zustimmungspflicht auch nach Ablauf der Frist bestehen oder soll diese dann als erteilt gelten? Während ein Teil der Literatur⁴²³ davon ausgeht, dass in einer solchen Konstellation das Zustimmungserfordernis entfallen solle, weil die vinkulierte Gesellschaft in einem derartigen Fall nicht mehr schützenswert sei, wird hier die Ansicht⁴²⁴ vertreten, die an der Fortdauer der Zustimmungspflicht auch nach Fristablauf weiter festhält. Für die Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft kann es eben verschiedenste Gründe geben, warum sie von ihrem Vorkaufsrecht keinen Gebrauch gemacht haben: Sei es, dass ihnen der Preis nicht angemessen erschien, oder weil sie aus persönlichen Gründen nicht in

⁴²⁰ Ehlke, DB 1995, S. 567

⁴²¹ Westermann/Klingberg, in: FS Quack (1991), S. 549

⁴²² Koch, Vinkulierung, S. 31; Kowalski, GmbHR 1992, S. 348

⁴²³ Wiedemann, Die Übertragung, S. 86; Zutt, in: Hachenburg, GmbHG, § 15 Rn. 127

⁴²⁴ Kowalski, GmbHR 1992, S. 348; Pastor/Werner, BB 1969, S. 1420

der Lage waren, den geforderten Kaufpreis aufzubringen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass diese nach wie vor ein großes Interesse daran haben, an der Auswahl des neuen Gesellschafters partizipieren zu können. Die Aufnahme eines Vorkaufsrechts würde die Gesellschafter in die Gefahr bringen, dass sie ihre wichtigste und effektivste Waffe im Kampf um die Zugangskontrolle zum Gesellschafterkreis, nämlich das gesellschaftsvertragliche Zustimmungserfordernis, verlieren könnten. Das Streben nach mehr Schutz für den Gesellschafterkreis würde dann letztendlich umgekehrt dazu führen, dass dieser Schutz sogar geschmälert würde. Es bleibt festzuhalten, dass nach der hier vertretenen Ansicht der Zustimmungsvorbehalt auch dann weiter fortbesteht, wenn die Frist für das Ankaufsrecht ungenutzt verstrichen ist.

Außerdem spricht gegen das Regelungsinstrument des Vorkaufsrechts zugunsten der Gesellschafter oder der Gesellschaft, dass es für den Verkauf des Geschäftsanteils im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Insolvenzverwalter nicht wirksam vereinbart werden kann (§ 471 BGB).⁴²⁵ Werden also Geschäftsanteile an der Beteiligungsgesellschaft nicht durch die Gesellschafter selbst, sondern z. B. durch den Insolvenzverwalter verkauft, so geht die Vereinbarung eines Vorkaufsrechtes in vollem Umfang fehl, sodass der Schutz vor dem mittelbaren Einfluss Dritter nicht mehr gewährleistet werden könnte.

Neben allen diesen Tatsachen stellt letztendlich insbesondere bei Vorkaufsrechten die Kaufpreisproblematik einen weiteren negativen bzw. zumindest regelungsbedürftigen Punkt dar. Bei Vorkaufsrechten besteht die Möglichkeit, den Gegenstand zu dem Preis zu erwerben, zu dem ihn der Dritte gekauft hat. Für die ehemaligen Mitgesellschafter würde dies bedeuten, dass sie stets an diesen Preis gebunden wären. Besser wäre es hingegen, den Kaufpreis etwa an die Abfindungsregeln zu binden.⁴²⁶ Der Berechtigte wäre jedoch nicht nur an diesen Preis gebunden, sondern er müsste auch im Übrigen gemäß § 505 II BGB exakt die Konditionen übernehmen, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.⁴²⁷ Gelingt es nun dem Verpflichteten, mit dem erwerbswilligen Dritten Konditionen zu vereinbaren, die dem Berechtigten als unerträglich erscheinen müssen und ihm den Erwerb „versauern“⁴²⁸, so können daraus weitere Konflikte entstehen, die präventiv nur sehr schwer regelbar sind.

⁴²⁵ Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 203; Winter/Löbke, in: Ulmer, GmbHG, § 15 Rn. 309

⁴²⁶ Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, S. 96

⁴²⁷ Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 210

⁴²⁸ So wörtlich BGHZ 34, 205.

Da es für den Fall von Ankaufsrechten und Andienungspflichten keine genaueren gesetzlichen Vorgaben gibt, müsste die Kaufpreisfrage genau wie der exakte Zeitpunkt des Entstehens des Ankaufsrechtes dezidiert in der Satzung geregelt werden. Weitere zahlreiche Regelungen wären nötig, um die Probleme rund um die Ankaufsrechte in den Griff zu bekommen.

Für die Bestimmung des Kaufpreises kommen zwei Varianten infrage: Zum einen könnte die Höhe der Gegenleistung im Gesellschaftsvertrag durch ein bestimmtes Bewertungsverfahren festgelegt werden. Die zweite Möglichkeit bestünde darin, dass der Veräußerer den Kaufpreis individuell bei Erfüllung des Tatbestandes der Ankaufsrechte frei bestimmen kann. Beide Verfahren haben jedoch beträchtliche Nachteile. Während Ersteres wiederum einer aufwändigen gesellschaftsvertraglichen Regelung bedarf, die alle infrage kommenden Konstellationen bereits präventiv regeln sollte, besteht bei der zweiten Variante die Gefahr, dass der veräußerungswillige Gesellschafter den Kaufpreis derart hoch ansetzt, dass die Ausübung der Ankaufsrechte und Andienungspflichten faktisch unmöglich wird. Die Literatur⁴²⁹ empfiehlt hier eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die im Falle des Verzichts der Mitgesellschafter auf die Ausübung ihrer Rechte eine anschließende Veräußerung an einen Dritten innerhalb einer bestimmten Frist zu einem günstigeren als den zuvor festgelegten Preis verbietet. Neben dem Umstand, dass dadurch die Klausel weiter aufgebläht würde, sorgt vor allem die Tatsache, dass der günstigere Erwerb dadurch nur verzögert, jedoch nicht verhindert werden könnte, dafür, dass auch diese Regelung für die Praxis abzulehnen ist.

Angesichts dieses hohen Aufwands und der relativ geringen Durchsetzbarkeit dieser Regelungen sowie der zahlreichen anderen hier genannten Nachteile stellt dieses Regelungsinstrument nicht die optimale Lösung dar. Die nächsten Gliederungspunkte sollen zeigen, ob es nicht Regelungsinstrumente gibt, die weniger Aufwand erfordern oder bei gleichem Aufwand zumindest einen höheren Schutz des Gesellschafterkreises gewährleisten können.

f. Abtretungsverpflichtung und Zwangsabtretung

Denkbar wäre es auch, der Beteiligungsgesellschaft eine Abtretungspflicht im Statut der Ausgangsgesellschaft aufzuerlegen, die sie verpflichtet, ihre Anteile an der

⁴²⁹ Friedrichsen/Kollmorgen, in: David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/Teichmann, Gesellschaftsrecht, S. 200

Ausgangsgesellschaft an diese, dem früheren Inhaber der Mitgliedschaft oder an die übrigen Mitgesellschafter abzutreten, sobald sich die Beherrschungsverhältnisse in ihrer Beteiligungsstruktur entscheidend ändern. Dies hätte zur Folge, dass der Gesellschafterkreis der Ausgangsgesellschaft vor einem Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft geschützt werden könnte, da die neue Gesellschafterin die Anteile wieder abtreten müsste, sobald Dritte überwiegenden Einfluss auf die Beteiligungsgesellschaft gewonnen hätten.

Problematisch könnte die Pflicht zur Abtretung von Geschäftsanteilen allein bei den Personengesellschaften, vor allem jedoch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein. Gemäß § 719 I Alt. 1 BGB kann ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen. Dies könnte bedeuten, dass die Beteiligungsgesellschaft ihren Anteil nicht nach §§ 413, 398 BGB abtreten könnte. Dieser erste Eindruck der Regelung täuscht jedoch. Betrachtet man den Wortlaut der Norm genau, so stellt man fest, dass sich dieser ausschließlich auf den Anteil am Gesellschaftsvermögen bezieht, nicht aber auf die umfassende Mitgliedschaft als solche.⁴³⁰ Diese Abtretung von Anteilen an Gesellschaften bürgerlichen Rechts erfordert im Gegensatz zur Abtretung von GmbH-Anteilen, deren Übertragung gemäß § 15 III GmbHG eines in notarieller Form geschlossenen Vertrages bedarf, keine besondere Form, selbst wenn zum Gesellschaftsvermögen beispielsweise Grundstücke gehören.⁴³¹

Wie bereits mehrfach erwähnt, kann jedoch ein dinglicher Vinkulierungsschutz nur in der Satzung der beteiligten Gesellschaft selbst verankert werden. Wegen § 137 S. 1 BGB kann im Gesellschaftsvertrag der vinkulierten Gesellschaft kein dinglich wirkendes, weiteres Erfordernis für die Abtretung von Anteilen an der beteiligten Gesellschaft vorgesehen werden.⁴³² Folglich ist es auch nicht möglich, die Abtretungsverpflichtung auf die Verfügung über die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft zu bedingen. Denkbar wäre es jedoch, die Abtretungsverpflichtung für den Fall zu vereinbaren, dass sich die Herrschaftsverhältnisse in der Beteiligungsgesellschaft gravierend ändern. Über die Eignung einer derartigen Regelung entscheidet letztendlich auch die Antwort auf die Frage, ob eine solche Klausel allein obligatorische Wirkung erzielt oder ob sie in der Lage ist, die dingliche Verfügung über die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft zu verhindern.

⁴³⁰ Nordmann, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 6 Rn. 189

⁴³¹ BGHZ 86, 367

⁴³² Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 111 a

Für eine dingliche Wirkung dieser Regelung spricht die weite Fassung des § 15 V GmbHG, der es gestattet, die Abtretung der Geschäftsanteile an weitere Voraussetzungen zu knüpfen. Eine mögliche weitere Voraussetzung für die dingliche Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts wäre dann die Erfüllung der Abtretungsverpflichtung bezüglich der Anteile an der Ausgangsgesellschaft durch die Beteiligungsgesellschaft als derzeitiger Inhaber dieser Anteile. Letztendlich muss jedoch auch diese Ansicht an § 137 S. 1 BGB scheitern. Zwar stellt § 15 V GmbHG nach allgemeiner Meinung eine Ausnahmegvorschrift zu § 137 S. 1 BGB dar, diese Ausnahme kann jedoch nur soweit gehen, wie § 15 V GmbHG dies gestattet. Der Wortlaut und die Intention dieser Norm zielen jedoch allein darauf ab, die Verfügung über Anteile der Gesellschaft stärker zu reglementieren, in deren Statut die weiteren Voraussetzungen geregelt sind. Sie soll es den Gesellschaftern einer personalistisch geprägten GmbH ermöglichen, die kapitalistischen Grundzüge einer GmbH dadurch gegenüber den personalistischen Merkmalen zurückzudrängen, indem die Übertragung der Mitgliedschaften an weitere Voraussetzung gebunden wird. Diese Möglichkeit kann jedoch nicht so weit gehen, dass in der Satzung der Ausgangsgesellschaft geregelt werden kann, unter welchen Voraussetzungen über die Anteile der Beteiligungsgesellschaft verfügt werden kann. Zum einen ist hier die Tatsache zu berücksichtigen, dass diese Beteiligungsgesellschaft über weiteres Vermögen als die Anteile an der Ausgangsgesellschaft verfügen kann, auf deren Übertragung die Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft keinesfalls Einfluss gewinnen sollen. Zum anderen spricht letztendlich auch der Umstand, dass einem gutgläubigen, erwerbswilligen Dritter zwar zugemutet werden kann, die Satzung der Gesellschaft einzusehen, die er erwerben will, nicht jedoch die aller Gesellschaften, an der diese Gesellschaft beteiligt ist, dass § 15 V GmbHG eine derart weitgehende Ausnahme von § 137 S. 1 BGB grundsätzlich nicht mehr umfasst.⁴³³

Als Ergebnis bleibt folglich festzuhalten, dass auch die Abtretungsverpflichtung, selbst wenn sie im Statut der Ausgangsgesellschaft geregelt ist, nicht in der Lage ist, die dingliche Verfügung über die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft zu verhindern. Vielmehr stellt sie eine nach § 137 S. 2 BGB zulässige schuldrechtliche Verpflichtung dar, bei der – wenn der Verpflichtete dieser nicht nachkommt – dem Berechtigten allein Schadensersatzansprüche verbleiben. Angesichts der Tatsache, dass auch auf diese Weise der Schutz des Gesellschafterkreises vor mittelbarer Einflussnahme über einen Change of Control in der

⁴³³ So auch Liebscher, ZIP 2003, S. 825; Kowalski, GmbHR 1992, S. 350; Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 41; Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 39; Koch, Vinkulierung, S. 64; Cramer, Change of Control-Klauseln, S. 102 und Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 111a.

Beteiligungsgesellschaft nicht gewährleistet werden kann und auch hier genaue Regelungen über den finanziellen Ausgleich des Abtretungsverpflichteten getroffen werden müssten (sog. Entgeltklausel)⁴³⁴, stellt die Variante der Abtretungsverpflichtung gegenüber Ankaufs- und Vorkaufsrechte weder im Aufwand noch im Nutzen eine günstigere Regelung dar. Da es angesichts der hier erzielten Erkenntnisse über die Reichweite der gesetzlichen Ausnahmvorschrift des § 15 V GmbHG wohl sehr schwierig sein wird, auf diesem Wege eine dinglich wirkende Regelung zu erreichen, soll nun im Folgenden versucht werden, diese Problematik dadurch zu entschärfen, durch automatisch wirkende Regelungsinstrumente sich vom Willen des Inhabers der Anteile unabhängig zu machen.

Von einigen Autoren wird hierbei die Möglichkeit der Zwangsabtretung angedacht.⁴³⁵ Unter dem Regelungsinstrument der Zwangsabtretung versteht man die gesellschaftsvertragliche Ermächtigung der Gesellschaft, der Gesellschafter oder eines anderen Organs nach § 185 BGB in der Satzung, beim Vorliegen von festgelegten Voraussetzungen anstelle des Anteilsinhabers und mit dinglicher Wirkung für und gegen diesen über dessen Anteil zu verfügen.⁴³⁶ Die grundsätzliche Zulässigkeit einer derartigen Regelung ist allgemein anerkannt.⁴³⁷ Die Probleme der Abtretungsverpflichtung, dass sie nur schwer gegen den Willen des Verpflichteten durchgesetzt werden kann, könnten bei der Zwangsabtretung nicht auftreten. Problematisch ist hier jedoch, dass die Frage, ob die Zwangsabtretung als Erwerbsrecht vollstreckungs- und insolvenzfest vereinbart werden kann, in der Literatur stark umstritten ist.⁴³⁸ Diese Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit der Zwangsabtretung in der Vollstreckung und Insolvenz kann dadurch umgangen werden, dass man anstelle der Zwangsabtretung auf das Regelungsinstrument der nun zu untersuchenden Zwangseinzahlung zurückgreift. In der Rechtslehre bestehen hinsichtlich der Vollstreckungs- und Insolvenzfestigkeit der Zwangseinzahlung keinerlei Bedenken.⁴³⁹ Ein weiterer Unterschied zwischen Zwangsabtretung und Zwangseinzahlung besteht darin, dass bei Ersterem der Geschäftsanteil erhalten bleibt, während er bei der Amortisation vernichtet wird. Diese auf den ersten Blick vorteilhafte Eigenschaft – schließlich bliebe dann das Kapital in der

⁴³⁴ Langner/Heydel, GmbHR 2005, S. 385

⁴³⁵ Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 272; Zutt, in: Hachenburg, GmbHG, § 15 Rn. 127

⁴³⁶ Koch, Vinkulierung, S. 66

⁴³⁷ Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 104; Wagner/Rux, Die GmbH & Co. KG, S. 350; Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 272; Zutt, in: Hachenburg, GmbHG, § 15 Rn. 127

⁴³⁸ Ulmer, ZHR 149 (1985), S. 38; Soufleros, Ausschließung und Abfindung, S. 290 ff.; Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, S. 97; Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 279; Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 204 m. w. N.; zur Insolvenzfestigkeit des Abtretungsverlangens Meister/Klöcker, in: Münchener Vertragshandbuch, S. 453

⁴³⁹ Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 252; Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 205; Kalbfleisch, Die Zwangsvollstreckung, S. 152; Ehlke, DB 1995, S. 561

Gesellschaft erhalten – hat jedoch auch beträchtliche Nachteile. Nicht nur, dass der Gesellschaftsvertrag weitere umfangreiche Regelungen enthalten müsste, wer den nun herrenlos gewordenen Geschäftsanteil übernehmen darf oder muss, auch die Übernahme des Geschäftsanteils selbst könnte Probleme bereiten. Wurde im Statut vereinbart, dass ein bestimmter Gesellschafter oder eine bestimmte Gesellschaftergruppe berechtigt sein soll, den zwangsabgetretenen Geschäftsanteil zu übernehmen, kommt es zur unerwünschten Verschiebung der Quoten- und Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft. Das innergesellschaftliche Gleichgewicht kann dann ins Wanken geraten.

Diese Problematik, vor allem jedoch die Rechtsunsicherheiten bezüglich der Insolvenz- und Vollstreckungsfestigkeit der Zwangsabtretung, die bei der Zwangseinziehung nicht auftreten, sorgen dafür, dass auch die Zwangsabtretung nicht als optimaler Schutz vor Change of Control-Konstellationen in Beteiligungsgesellschaften bezeichnet werden kann. Ob es sinnvoller ist, die Amortisation der Zwangsabtretung vorzuziehen bzw. die Zwangsabtretung gegebenenfalls mit der Zwangseinziehung zu kombinieren⁴⁴⁰, soll nun die Untersuchung der Amortisation als Sicherungsmittel zeigen.

g. Amortisation und Kaduzierung

Unter dem Begriff der Amortisation versteht man gemäß § 34 I GmbHG die Einziehung von Geschäftsanteilen. Dieses Mittel der dinglichen Entziehung des Geschäftsanteils teilt sich in eine freiwillige Einziehung mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters (§ 34 I GmbHG) und die sogenannte Zwangseinziehung (§ 34 II GmbHG), bei der die Zustimmung des von der Einziehung bedrohten Gesellschafters nicht erforderlich ist. Beiden Arten der Amortisation ist jedoch gemein, dass sie im Gegensatz zu den oben diskutierten Erwerbsrechten nicht zur Rückübertragung des Geschäftsanteils, sondern zu dessen endgültiger und unvermeidbarer Vernichtung führen.⁴⁴¹

Die in den §§ 21 ff. GmbHG geregelte Kaduzierung hingegen führt zwar ebenfalls zum Ausschluss des betroffenen Gesellschafters, dabei wird der Geschäftsanteil jedoch nicht vernichtet, sondern kann an Dritte weiterverkauft oder versteigert werden. Es lässt sich also festhalten, dass sich die Einziehung gegen den Geschäftsanteil richtet, der Ausschluss auf der anderen Seite gegen den Gesellschafter selbst.⁴⁴²

⁴⁴⁰ Diesen Vorschlag macht Lessmann, GmbHR 1986, S. 411.

⁴⁴¹ Koch, Vinkulierung, S. 68

⁴⁴² Natterer, in: Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, S. 104

In allen drei Fällen des statutarisch geregelten Ausschlusses eines Gesellschafters ist es möglich, in der Satzung der Ausgangsgesellschaft als ausschlaggebenden Ausschlussgrund den Kontrollwechsel in der Beteiligungsgesellschaft festzusetzen. Kommt es dann zu einem Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft und damit zur Gefahr einer mittelbaren Einflussnahme auf den Gesellschafterkreis der vinkulierten Ausgangsgesellschaft, so könnten die übrigen Gesellschafter auf diese unerwünschte Konstellation mit dem Ausschluss der Beteiligungsgesellschaft aus dem Gesellschafterkreis reagieren und so dem erwerbswilligen Dritten jegliche Einflussmöglichkeit nehmen. Fraglich ist jedoch, welche der verschiedenen Ausschlussinstrumente am besten für die hier gestellten Anforderungen geeignet ist.

(1). Einverständliche Einziehung

Wie bereits oben kurz erörtert besteht die Besonderheit der in § 34 I GmbHG geregelten einverständlichen Einziehung darin, dass es für die Wirksamkeit der Einziehungsverfügung durch den Berechtigten stets der Zustimmung des Betroffenen bedarf. Im vorliegenden Fall, in dem die Amortisation eine Art Schutzmechanismus vor der Umgehung der Vinkulierung und als eine Art Sanktion für gesellschaftswidriges Verhalten genutzt werden soll, erscheint eine zustimmungspflichtige Regelung als nicht sinnvoll. Noch mehr als bei den oben erwähnten Ankaufsrechten und Abtretungspflichten ist man dabei auf das konforme Verhalten der Beteiligungsgesellschaft als Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft angewiesen. In der Praxis wird mit der Zustimmung der Beteiligungsgesellschaft nicht zu rechnen sein, da sie regelmäßig am Verkauf der Geschäftsanteile und nicht an deren Einziehung interessiert sein wird. Nicht nur der höhere Kaufpreis, den ein Dritter mit Einflussambitionen bereit sein wird zu zahlen, sondern auch die Schadensersatzpflichten gegenüber diesem Dritten, die dann entstehen, wenn die Beteiligungsgesellschaft aufgrund der Einziehung nicht mehr in der Lage ist, ihre Übereignungspflicht aus dem Kaufvertrag zu erfüllen, werden letztendlich dazu führen, dass mit der Erteilung der Zustimmung zur Einziehung von Seiten der Beteiligungsgesellschaft nicht zu rechnen sein wird. Die einverständliche Einziehung stellt in diesem Zusammenhang folglich kein geeignetes Mittel im Kampf gegen fremde Einflussnahme dar und scheidet damit aus dem Kreis der möglichen Regelungsinstrumente von vornherein aus.

(2). Zwangseinziehung

Deutlich geeigneter erscheint hierbei die Möglichkeit der Statuierung einer Zwangseinziehungsregelung im Gesellschaftsvertrag der Ausgangsgesellschaft. Sie unterscheidet sich von allen bisher genannten Regelungsinstrumenten vor allem darin, dass bei dieser Variante ein Handeln des auszuschließenden Gesellschafters nicht erforderlich ist. Dies stellt gegenüber allen anderen Regelungsinstrumenten einen großen Vorteil dar, da dadurch alle bisher genannten Probleme der fehlenden Vorhersehbarkeit des Verhaltens des betroffenen Gesellschafters sowie der Durchsetzbarkeit der ihm auferlegten Verpflichtungen gelöst werden können. Auf diese Weise ist es möglich die Geschäftsanteile an der Ausgangsgesellschaft umgehend einzuziehen, sobald sich die Beherrschungsverhältnisse in der Beteiligungsgesellschaft durch die Verfügung über Gesellschaftsanteile an dieser gravierend ändern.

Formell ist für die Einziehung ein Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich, für den die einfache Stimmenmehrheit gemäß § 47 I GmbHG genügt, soweit die Satzung darüber keine andere Regelung trifft. Im Falle der hier behandelten Zwangseinziehung besteht für den betroffenen Gesellschafter für diese Beschlussfassung ein gesetzliches Stimmrechtsverbot nach § 47 IV 2 GmbHG.⁴⁴³ Die weitere Anforderung, die § 34 II GmbHG an eine solche Regelung stellt, nämlich dass die Voraussetzungen der Zwangseinziehung bereits vor dem Zeitpunkt festgesetzt worden sein müssen, bevor der Betroffene den Geschäftsanteil erworben hat, scheint nicht problematisch. Angesichts der Tatsache, dass diese Arbeit sich zum Ziel gesetzt hat, eine Klausel zu entwickeln, die in der Lage ist, präventiv die Gefahren eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft zu bannen, stellt die Anforderung an das zeitliche Moment der Vereinbarung kein Hindernis für die Verwendung dieses Regelungsinstrumentes dar.

Die Einziehung gegen den Willen des Betroffenen erfordert in der Regel einen rechtfertigenden, wichtigen Grund.⁴⁴⁴ Eine gesellschaftsrechtliche Klausel, die die Amortisation allein in das freie Ermessen der übrigen Gesellschafter stellen würde, ohne die dafür erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen zu regeln, wäre nach der Rechtsprechung von vornherein als unzulässig anzusehen.⁴⁴⁵ Als wichtiger Grund kann dabei jedes Verhalten

⁴⁴³ Memento, Gesellschaftsrecht für die Praxis, Nr. 3198; Stache, GmbH-Recht, S. 103

⁴⁴⁴ Meyer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 223

⁴⁴⁵ BGH, WM 1985, S. 773

eines Gesellschafters in das Statut aufgenommen werden, durch das die Erreichung des Gesellschaftszwecks erheblich gefährdet oder unmöglich gemacht wird oder wenn sonst die Person des Gesellschafters oder sein Verhalten dessen Verbleib in der Gesellschaft für die übrigen Gesellschafter als untragbar erscheinen lässt.⁴⁴⁶ Ein Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft, durch den ein unliebsamer Dritter den ansonsten durch Vinkulierungen geschützten Gesellschafterkreis sprengen könnte, stellt einen derartigen wichtigen Grund dar. Durch die Mitwirkungs- und Informationspflichten eines Gesellschafters könnte der Dritte mittelbar über die Beteiligungsgesellschaft negativ auf die Zweckerreichung der Gesellschaft einwirken. Die Person des Gesellschafters in Form der Beteiligungsgesellschaft ändert sich zwar durch einen Change of Control formell gesehen nicht, die Tatsache, dass dort nun ein Dritter unter Umgehung sämtlicher Schutzmechanismen das Ruder übernommen hat, genügt jedoch, um diese Konstellation für die übrigen Gesellschafter als untragbar erscheinen zu lassen. Eine Regelung, die als wichtiger Grund für die Zwangseinziehung den Kontrollwechsel in einer Beteiligungsgesellschaft bestimmt, steht folglich nichts im Wege.

Angesichts des Interessenkonfliktes der Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft und des betroffenen Gesellschafters stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen und wann die Zwangseinziehung ihre Wirkung entfaltet. Auf der einen Seite versuchen die Gesellschafter dem infiltrierten Gesellschafter so schnell wie möglich seine Geschäftsanteile an der Ausgangsgesellschaft zu entziehen, um die Gelegenheit des Dritten, sich Informationen zu beschaffen oder seinen Einfluss geltend zu machen, möglichst gering zu halten. Auf der anderen Seite hat der betroffene Gesellschafter ein legitimes Interesse an einer adäquaten Abfindungszahlung. Über diese Frage, ob die Zahlung einer Entschädigung an den betroffenen Gesellschafter die Wirksamkeit der Einziehung beeinflusst, kursieren in der Rechtsprechung und in der Literatur unterschiedliche Ansichten.⁴⁴⁷

Nach der sogenannten „Bedingungslehre“ der Rechtsprechung⁴⁴⁸ und der herrschenden Lehre⁴⁴⁹ ist bei fehlender, anders lautender Satzungsregelung davon auszugehen, dass der Einziehungsbeschluss dann unwirksam sei, wenn bereits bei Beschlussfassung feststehe, dass die dem betroffenen Gesellschafter zustehenden Abfindungszahlungen nicht geleistet werden

⁴⁴⁶ BGHZ 9, 157; BGHZ 16, 322; BGHZ 80, 349

⁴⁴⁷ Ein Überblick findet sich bei Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 350 ff.

⁴⁴⁸ RGZ 142, 290; BGHZ 9, 173; OLG Düsseldorf, GmbHR 2007, S. 539; OLG Frankfurt, GmbHR 1997, S. 171; OLG Zweibrücken, GmbHR 1997, S. 939

⁴⁴⁹ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 34 Rn. 41 ff. m. w. N.

können. Ist dies jedoch noch nicht mit Sicherheit vorhersehbar, so soll der Einziehungsbeschluss der Gesellschafter und damit die Einziehungswirkung dieses Beschlusses von Gesetzes wegen unter der aufschiebenden Bedingung der Stammkapitalerhaltung (§§ 34 III, 30 I GmbHG) stehen.

Sowohl das OLG Hamm⁴⁵⁰ als auch das Kammergericht⁴⁵¹ sind dieser Auffassung entgegengetreten. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen müsse zugunsten der übrigen Gesellschafter ausfallen, da der Betroffene die Einziehung durch sein pflichtwidriges Verhalten schließlich selbst zu verantworten habe. Dem sofortigen Verlust der Gesellschafterstellung mit Einziehungsbeschluss der übrigen Gesellschafter stehe insoweit nichts entgegen.

Diese Argumentation überzeugt.⁴⁵² Nicht die Gesellschafter der einziehenden Gesellschaft, sondern allein der betroffene Gesellschafter hat diese Einziehungssituation überhaupt erst herbeigeführt. Im vorliegenden Falle hat er durch den Kontrollwechsel in der von ihm beherrschten Beteiligungsgesellschaft seinen Nachfolgern die Möglichkeit zur mittelbaren Einflussnahme auf die Ausgangsgesellschaft unter Umgehung der Vinkulierung ermöglicht. Folge dieses Verhaltens ist dann jedoch nicht der Verlust aller Abfindungsansprüche, sondern lediglich die Entkopplung von Wirksamkeitseintritt der Einziehung und Leistung der Abfindungszahlungen. Der Ausgleich der widerstreitenden Interessen ist dann also am besten gewahrt, wenn zwar die Wirksamkeit der Einziehung nicht mehr von der Zahlung einer Abfindung abhängig ist, der grundsätzliche Abfindungsanspruch jedoch aufrechterhalten wird und notfalls im Klagewege gegen die Ausgangsgesellschaft geltend gemacht werden kann. So kann man dem überwiegenden Interesse der Ausgangsgesellschaft am Schutz der Vinkulierung und des Gesellschafterkreises vor mittelbarer Einflussnahme gerecht werden, ohne das Interesse des ausgeschlossenen Gesellschafters an einer Gegenleistung für seinen verlorenen Geschäftsanteil zu sehr zu beschneiden.

Allein die Tatsache, dass dieser Streit besteht und dadurch ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit ohne exakte Regelung nicht zu vermeiden ist, zeigt deutlich, dass es auch hier einer präventiven Vereinbarung bedarf, um den Anwendern dieser Klausel ein möglichst hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten. Dass der Zeitpunkt, an dem die Einziehung ihre

⁴⁵⁰ OLG Hamm, GmbHR 1993, S. 746

⁴⁵¹ KG, ZIP 2006, S. 1099

⁴⁵² So auch Battke, GmbHR 2008, S. 854 für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters.

Wirkung entfaltet im Statut der vinkulierten Gesellschaft festgelegt werden kann, ist allgemein anerkannt.⁴⁵³ Darüber hinaus hat der BGH auch solche Satzungsbestimmungen für zulässig erklärt, nach denen ein ausgeschlossener Gesellschafter schon vor Zahlung der Abfindungssumme ausscheidet und damit seine Gesellschafterstellung mit sofortiger Wirkung verliert.⁴⁵⁴ Neben der genauen Bezeichnung des wichtigen Grundes auf Tatbestandsebene ist es folglich auch erforderlich, auf der Rechtsfolgenseite exakt zu regeln, ab wann und unter welchen Voraussetzungen die Entziehung ihre Wirkung entfalten soll. Da im Lichte der Vermeidung von Gefahren es ratsam ist, die Zeit in der der Dritte eventuell seinen Einfluss geltend machen kann, so kurz wie möglich zu halten, erscheint es sinnvoll, das sofortige Ausscheiden des Gesellschafters unabhängig von der Zahlung der Abfindung zu vereinbaren. Die hier zu entwickelnde Klausel wird folglich eine Regelung enthalten, die den Wirkungseintritt unabhängig von einer Gegenleistung auf den Zeitpunkt des Zuganges des Einziehungsbeschlusses bei dem betroffenen Gesellschafter festsetzt. Dies benachteiligt den ausscheidenden Gesellschafter auch nicht in unzumutbarer Weise, da sein Anspruch auf Abfindung dadurch nicht erlischt. Vielmehr kann dieser ihn weiter geltend machen und ihn notfalls auch gerichtlich gegen die Ausgangsgesellschaft durchsetzen. Um ebenso seinen Interessen gerecht zu werden, wird auch das Fortbestehen seiner Abfindungsansprüche explizit in die Klausel mit aufzunehmen sein.

Bis zu diesem Punkt erscheint die Zwangseinziehung gepaart mit den hier vorgeschlagenen Regelungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen und dem Wirksamkeitszeitpunkt als echte Wunderwaffe im Kampf um die Absicherung des vinkulierten Gesellschafterkreises. Betrachtet man jedoch die Rechtsfolgen dieses Regelungsinstrument genauer, so treten auch hier Probleme auf. Wie bereits erörtert führt die Einziehung eines Geschäftsanteils stets und von Gesetzes wegen zu dessen endgültiger Vernichtung.⁴⁵⁵ Für den betroffenen Gesellschafter bedeutet dies, dass mit der Einziehung sämtliche ihm zugestandenen Mitgliedschaftsrechte untergehen. Darüber hinaus kann dieser zum Beispiel an der Gewinnverteilung für ein vor Wirksamwerden des Einziehungsbeschlusses beendetes Geschäftsjahr dann nicht mehr teilnehmen, wenn der Gewinnfeststellungs- und Gewinnverwendungsbeschluss nach der Einziehung seines Geschäftsanteils gefasst worden ist.⁴⁵⁶ Die endgültige Vernichtung des

⁴⁵³ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 350

⁴⁵⁴ BGH, GmbHR 2003, S. 1063

⁴⁵⁵ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 34

⁴⁵⁶ BGH, DStR 1998, S. 1688

Geschäftsanteils zieht jedoch auch für die vinkulierte Gesellschaft einige negative Folgen nach sich.

Festzustellen bleibt zunächst, dass die Amortisation eines Geschäftsanteils, unabhängig davon, ob deren Wirksamkeit an dessen Auszahlung gekoppelt ist oder nicht, stets einen Anspruch des betroffenen Gesellschafters auf eine finanzielle Gegenleistung für seinen verlorenen Geschäftsanteil in Höhe des vollen wirtschaftlichen Wertes auslöst.⁴⁵⁷ Eine Regelung, die diesen Anspruch des betroffenen Gesellschafters vollständig ausschließen würde, ist insbesondere bei der Zwangseinziehung nach § 34 II GmbHG als unzulässig anzusehen.⁴⁵⁸ Bei allen Sicherheitserwägungen und allen nachvollziehbaren Interessen der Gesellschafter am Schutz des Gesellschafterkreises, darf nicht vergessen werden, dass das Gesetz in § 15 I GmbHG die freie Verfügbarkeit von GmbH-Anteilen als gesetzlichen Regelfall ansieht. Die Sanktion für ein Verhalten, das gesetzlich als Regelfall angesehen wird und nur aufgrund gesellschaftsvertraglicher Klauseln unter dieser Maxime steht, darf nicht bis zur entschädigungslosen Enteignung des betroffenen Gesellschafters führen. Der Gesellschafterkreis kann, wie oben bereits aufgezeigt, die sofortige Einziehung unabhängig von der Zahlung einer Abfindung vereinbaren. Dadurch sind ihre Sicherungsinteressen in diesem Zusammenhang bereits gewahrt. Ein weiteres Interesse, dass darüber hinaus auch noch die vollständige Abfindung der Abfindung rechtfertigen würde, ist nicht zu erkennen. Ein Nachteil besteht also bereits darin, dass mit der Auszahlung der Abfindung an den betroffenen Gesellschafter Kapital aus der Gesellschaft abfließt.

Neben dieser Tatsache zieht die Vernichtung eines Geschäftsanteils auch stets die Verringerung der Anzahl der Mitgesellschafter nach sich. Verringert sich jedoch die Riege der Mitgesellschafter, so verkleinert sich automatisch auch der Kreis der potentiellen Geldgeber und der möglichen Führungskräfte, die als Rückgrat einer Gesellschaft nur sehr schwer verschmerzt werden können.

Das schwerwiegendste Problem stellt jedoch die Tatsache dar, dass nach der Verweisung des § 34 III GmbHG auch hierbei der Grundsatz der Kapitalerhaltung beachtet werden muss. Gemäß § 30 I 1 GmbHG darf danach das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Das heißt, dass die

⁴⁵⁷ Koch, Vinkulierung, S. 68

⁴⁵⁸ Heeg, Die Finanz- und Haftungsverfassung, S. 252; a. A. Langner/Heydel, GmbHR 2005, S. 384, die den vollständigen, vertraglichen Ausschluss von Abfindungsansprüchen für möglich halten.

Abfindung des Ausscheidenden das Stammkapital nicht verringern darf, sondern aus anderen Gesellschaftsvermögen oder Bilanzgewinnen gezahlt werden muss.⁴⁵⁹ Daraus folgt wiederum, dass grundsätzlich nur voll eingezahlte Geschäftsanteile eingezogen werden dürfen, da andernfalls das Kapitalaufbringungsverbot verletzt wäre (19 II GmbHG).⁴⁶⁰ Wenn also schon bei Fassung des Einziehungsbeschlusses feststeht, dass das Entgelt nicht ohne Verstoß gegen § 30 GmbHG gezahlt werden kann, so ist der Einziehungsbeschluss nach Ansicht der Rechtsprechung insgesamt nach § 241 Nr. 3 AktG analog nichtig (sog. Bedingungslehre).⁴⁶¹ Unterlässt es folglich der betroffene Gesellschafter, seinen Geschäftsanteil voll einzuzahlen oder besteht weder ein Bilanzgewinn oder sonstiges Gesellschaftsvermögen, so ist die Amortisation von vornherein auf Tatbestandsseite ausgeschlossen. In diesen Fällen würde das ansonsten starke Instrument der Zwangseinziehung ins Leere laufen und dem Gesellschafterkreis keinen Schutz gewähren.

Eine weitere Unsicherheit bei diesem Vorgehen besteht darin, dass die Folgen der Vernichtung des Geschäftsanteils in der Literatur unterschiedlich beurteilt werden und es zu weiteren Rechtsunsicherheiten in der Gesellschaft kommen kann. Einigkeit besteht noch insoweit darüber, dass die Geschäftsanteile bei der Amortisation grundsätzlich unter Erhalt der Stammkapitalziffer vernichtet werden.⁴⁶² Die Stammkapitalziffer und das zu erhaltende Stammkapital bleiben folglich von der Einziehung unberührt (§§ 34 III, 30 I, 58 GmbHG). Die auf den eingezogenen Anteil entfallende Beteiligung am Gesellschaftsvermögen wächst den verbleibenden Gesellschaftern entsprechend ihrer Beteiligung an und die mit dem eingezogenen Geschäftsanteil verbundenen Stimmrechte gehen unter, sodass letztendlich das Stammkapital und der Nennbetrag der Geschäftsanteile nicht mehr übereinstimmen.⁴⁶³

Die herrschende Meinung geht also davon aus, dass es durch die Vernichtung des Geschäftsanteils zu einer dauerhaften Diskrepanz zwischen der im Handelsregister eingetragenen Stammkapitalziffer und der Summe der verbleibenden Geschäftsanteile komme. Die Frage ist dann aber, welche Folgen dies für die übrigen Gesellschafter hat.

Die überwiegende Meinung in der Literatur ist der Ansicht, dass die restlichen Gesellschafter die Aufstockung der übrigen Geschäftsanteile beschließen kann, um die Identität zwischen

⁴⁵⁹ Wiedemann, Die Übertragung, S. 86

⁴⁶⁰ Meyer, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 224; Koch, Vinkulierung, S. 68

⁴⁶¹ BGH, ZIP 2000, S. 1294; Memento, Gesellschaftsrecht für die Praxis, Nr. 3199

⁴⁶² Heeg, Die Finanz- und Haftungsverfassung, S. 252

⁴⁶³ Meister/Klöcker, in: Münchener Vertragshandbuch, S. 453; Stache, GmbH-Recht, S. 103

der Summe der Geschäftsanteile und des Stammkapitals wiederherzustellen.⁴⁶⁴ Andere Autoren vertreten die Ansicht, dass eine automatische Aufstockung der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter zu erfolgen habe.⁴⁶⁵ Schließlich ist der herrschenden Meinung in der Literatur zu folgen: Ob die Gesellschafter einen Aufstockungsbeschluss fassen wollen oder nicht, um damit die Summe der verbleibenden Geschäftsanteile und den Betrag des Stammkapitals wieder aneinander anzugleichen, bleibt letztendlich ihre Entscheidung. Das Gesetz nimmt diese Diskrepanz offensichtlich in Kauf, da es an einer gesetzlichen Anordnung, die eine Aufstockung fordern würde, fehlt. Letztendlich können auch diese Folgen der Vernichtung des Anteils dazu führen, Verwirrung und Unsicherheiten im Kreis der Gesellschafter entstehen zu lassen.

Die Vernichtung des Geschäftsanteils als zwingende Rechtsfolge der Amortisation führt folglich dazu, dass auch die Zwangseinziehung allein nicht als optimale Regelungsmöglichkeit gesehen werden kann. Schließlich bleibt den übrigen Gesellschaftern dann nur noch die Wahl zwischen der Vernichtung des Geschäftsanteils mit allen daraus resultierenden negativen Folgen oder die Fortführung der Gesellschaft mit einem „socius non gratus“. Angesichts ihrer Unabhängigkeit vom Willen und Handeln des betroffenen Gesellschafters darf jedoch trotz einiger Schwächen nicht die Durchschlagskraft der Zwangseinziehung vergessen werden, weshalb sie auch in den folgenden Erwägungen nicht vernachlässigt werden darf.

(3). Ausschluss

Nachdem nun herausgearbeitet wurde, dass das große Manko der ansonsten zuverlässigen Zwangseinziehung in der Vernichtung des Geschäftsanteils und den sich daraus ergebenden Folgen und Anforderungen besteht, rückt nun die Kaduzierung in den Vordergrund. Der Ausschluss ist für die OHG in § 140 HGB geregelt, für die KG ergibt er sich aus §§ 140, 160 II HGB. Für die Kaduzierung in der GmbH ist es sogar anerkannt, dass ein Ausschluss aus dem Gesellschafterkreis aus wichtigem Grund selbst dann möglich sei, wenn die Satzung darüber keine Regelung enthält.⁴⁶⁶ Gibt es keine Satzungsregelung dahingehend, erfolgt die Kaduzierung durch Ausschließungsklage. Wurde der Ausschluss aus wichtigem Grund mit in

⁴⁶⁴ Westermann, in: Scholz, GmbHG, § 34 Rn. 62; Stache, GmbH-Recht, S. 103; Memento, Gesellschaftsrecht für die Praxis, Nr. 3199

⁴⁶⁵ Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 34 Rn. 3

⁴⁶⁶ BGHZ 9, 157; BGH, GmbHR 1987, S. 302; Reiß, Die Besetzung, S. 152; Winter/Seibt, in: Scholz, GmbHG, § 15 Rn. 130

den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, erfolgt dieser in der Regel hingegen durch Gesellschafterbeschluss.⁴⁶⁷ Einen wichtigen Grund stellt dabei auch die Auswechslung der ehemaligen Mitglieder des Gesellschafterkreises der Beteiligungsgesellschaft dar, da die Weiterverfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes dann nicht mehr zumutbar ist, wenn zum Beispiel ein Konkurrent Einfluss auf die vinkulierte Gesellschaft gewinnt.⁴⁶⁸ Dies würde bedeuten, dass in eindeutigen Fällen die Change of Control-Problematik bei Beteiligungsgesellschaften nach dieser Ansicht auch ohne eine gesellschaftsvertragliche Regelung, sondern vielmehr im Wege der allgemeinen Ausschlussmöglichkeit entschärft werden könnte. Ob dies wirklich der Fall ist, soll nun ein Blick auf die Rechtsfolgen des Ausschlusses klären.

Die Kaduzierung bei der GmbH unterscheidet sich von der Amortisation eben gerade darin, dass der Geschäftsanteil durch die Kaduzierung nicht vernichtet wird, sondern nach erfolgtem Ausschluss des Gesellschafters gemäß §§ 21, 22 GmbHG zu verfahren ist. Danach fällt der Geschäftsanteil zunächst an die vinkulierte Gesellschaft zurück, die dann gesetzlich dazu verpflichtet ist, diesen zu verwerten.⁴⁶⁹

Darin besteht jedoch zugleich das Dilemma der durch Auslegung der Vinkulierung begründeten, nicht kodifizierten sowie auch der gesellschaftsvertraglich vereinbarten Kaduzierung wegen Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft. Zwar wird dadurch verhindert, dass der unliebsame Dritte über die Beteiligungsgesellschaft mittelbar Einfluss auf die Ausgangsgesellschaft gewinnt, auf der anderen Seite öffnet man über den freihändigen Verkauf oder die öffentliche Versteigerung jedoch weitere Einfallstore für Eindringlinge in den Gesellschafterkreis. Wie unter F. I. 3. dieser Arbeit bereits dargelegt, ist im Falle des freihändigen Verkaufs und vor allem bei der öffentlichen Versteigerung davon auszugehen, dass die Grenzen der Reichweite einer einfachen Vinkulierung überschritten sind und die Mitgesellschafter bei der Versteigerung keinen Einfluss mehr auf den Erwerb des zu verwertenden Geschäftsanteils mehr geltend machen können.

Dieses Ergebnis führt dazu, dass schließlich auch die Kaduzierung aufgrund ihrer Rechtsfolgen nicht als Regelungsinstrument infrage kommt. Zwar würde sie im Falle eines Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft verhindern können, dass der neue

⁴⁶⁷ BGH, GmbHR 1991, S. 362

⁴⁶⁸ Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 411

⁴⁶⁹ Bayer, in: Lutter/ Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 21 Rn. 15

Kontrollinhaber mittelbar Einfluss auf die vinkulierte Gesellschaft geltend machen könnte, auf der anderen Seite würde die gesetzliche Verpflichtung zur Verwertung dieses Geschäftsanteils aber dazu führen, dass der Kreis der möglichen Eindringlinge über den Weg der Verwertung sogar noch vergrößert würde.

h. Kombination von Abtretungspflicht und Amortisation

Die umfangreichen Untersuchungen zu den möglichen Regelungsinstrumenten haben vor allem Eines gezeigt: Keine dieser in Frage kommenden Sicherungsmechanismen ist allein in der Lage, einen möglichst hohen Schutz des Gesellschafterkreises vor Change of Control-Konstellationen in Beteiligungsgesellschaften zu garantieren, ohne dass dadurch auch zahlreiche negative Aspekte mit der jeweiligen Regelung einhergehen würden. Zu prüfen bleibt folglich, ob es nicht Kombinationen einzelner Regelungsinstrumente gibt, die es vermögen, durch die Verbindung ihrer Voraussetzungen und Wirkungsweisen gegenseitig ihre Stärken zu fördern und ihre Schwächen auszugleichen. Denkbar wäre hier insbesondere die Kombination aus einer Abtretungsverpflichtung und einer Zwangseinziehung, da diese beiden Regelungsinstrumente in der durchgeführten Untersuchung zu den jeweils besten Ergebnissen geführt haben.

Die Abtretungsverpflichtung hat gegenüber der Zwangseinziehung den Vorteil, dass der Geschäftsanteil hier nicht vernichtet werden muss. Der Nachteil bei diesem Regelungsinstrument besteht jedoch darin, dass diese Abtretung durch eine Verfügung des betroffenen Gesellschafters erfolgen muss und so eine gewisse Abhängigkeit von dessen Willen besteht. Das Problem der Abtretungsverpflichtung lag letztendlich in der schwierigen Durchsetzbarkeit dieser Abrede. Zwar könnte man hier auch an eine Kombination zwischen Zwangsabtretung und Zwangseinziehung denken, die hätte jedoch die Konsequenz, dass es dem betroffenen Gesellschafter erst gar nicht möglich wäre, einverständlich und ohne Zwang auf eine Change of Control-Situation zu reagieren. Da jedoch die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag vereinbaren und nicht damit zu rechnen sein wird, dass deren Interesse dahin geht, in einer solchen Situation möglicherweise sich selbst als Betroffenen sämtlicher Reaktionsmöglichkeiten zu berauben und vollständig die Verfügungsbefugnis über seinen Anteil zu verlieren, erscheint diese Regelungskombination als problematisch. Letztendlich ermöglicht in diesem Zusammenhang nur die Abtretungsverpflichtung, dass der Gesellschafter von selbst einlenkt und auf diese Weise nicht nur sein gutes Verhältnis zu den

ehemaligen Mitgesellschaftern, sondern auch sein Gesicht in der Öffentlichkeit gewahrt wird. Der Zwangs- und Sicherungscharakter der Regelungskombination wird hingegen ausreichend durch die Zwangseinziehung gewahrt.

Hier zeigt sich der Vorteil einer Kombination zwischen Abtretungsverpflichtung und Zwangseinziehung. Wird nun im Gesellschaftsvertrag für den Fall eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft zunächst eine Abtretungsverpflichtung für den betroffenen Gesellschafter vereinbart und diese durch die Zwangseinziehung für den Fall, dass die Abtretung nicht innerhalb einer festgelegten Frist erfolgt, abgesichert, so kommt man einer optimalen Lösung doch sehr nahe. Die der Zwangseinziehung vorgeschaltete Abtretungsverpflichtung verhindert die Vernichtung des Geschäftsanteils und die damit verbundene Verringerung des Gesellschafterbestandes. Die Zwangseinziehung als Sanktionsmittel hingegen dient zum einen dafür, den Gesellschafter in seiner Entscheidung für die Abtretung an die Ausgangsgesellschaft zu bestärken. Schließlich wird auch ihm klar sein, dass er den Verlust des Geschäftsanteils, spätestens im Wege der Zwangseinziehung, bei dieser Regelungskombination nicht verhindern kann. Stellt er sich jedoch trotz dieser ausweglosen Situation quer und tritt den Geschäftsanteil nicht gemäß seiner gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung an die Ausgangsgesellschaft ab, so hat diese nach Ablauf der Frist die Möglichkeit, einen Einziehungsbeschluss auf der Grundlage der gesellschaftsvertraglichen Regelung zu fassen und die infiltrierte Beteiligungsgesellschaft aus dem Kreise der Gesellschafter auszuschließen.

Trotz der guten Ergebnisse, die diese Kombination erzielt, und der Tatsache, dass dieses Zusammenspiel von Abtretungsverpflichtung und Zwangseinziehung in dieser Arbeit als die beste Regelungsvariante favorisiert wird, sollen auch die dabei auftretenden Schwächen nicht verschwiegen werden. Ein Problem der Verbindung dieser beiden Regelungsinstrumente besteht darin, dass die Beteiligungsgesellschaft trotz des Change of Controls zunächst Gesellschafterin der vinkulierten Gesellschaft wird und dies auch bis zum Ablauf der Abtretungsfrist weitgehend unbehelligt bleiben kann. In dieser Zeit könnte es folglich möglich sein, dass der Dritte im Wege der mittelbaren Beteiligung seinen Einfluss geltend zu machen versucht. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, diese Frist zur Abtretung und damit auch die problematische Zeitspanne zwischen Auftreten des Change of Controls und der Zwangseinziehung so kurz wie möglich zu halten. Auf der anderen Seite ist dies eben der Preis, den die Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft dafür bereit sein müssen zu zahlen,

dass die Vernichtung des Geschäftsanteils womöglich verhindert werden kann. Dieser Vorteil erscheint groß genug, um den Nachteil einer kurzfristigen, aber absehbaren Schwebezeit in Kauf zu nehmen.

Wesentlich problematischer und deshalb eventuell regelungsbedürftiger ist hier schon die Tatsache, dass eine vorgeschaltete Abtretungsverpflichtung nicht darüber hinweghelfen kann, dass die Einziehung dann aufgrund des Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgebotes ausgeschlossen ist, wenn der Anteil noch nicht vollständig eingezahlt ist. Die Sanktion und letztendliche Einziehungsmöglichkeit dieser Regelungsvariante würde dann also nicht greifen, was schließlich in diesem Sonderfall die Wirksamkeit der Klausel infrage stellen könnte. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass dann stets und von Gesetzes wegen auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung eine Kaduzierung des Anteils wegen verzögerter Einzahlung nach § 21 I, II GmbHG durchgeführt werden kann und so der Ausschluss der vom Change of Control betroffenen Beteiligungsgesellschaft vorangetrieben werden kann. Dann bleibt dem Dritten als beherrschendem Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft nur noch die Wahl zwischen zwei Ausschlussarten: Zahlt er den Geschäftsanteil nicht voll ein, um die Amortisation zu verhindern, so greift die Kaduzierung. Begleicht er die fehlende Summe jedoch, um der Kaduzierung zu entgehen, wird ab diesem Zeitpunkt die Amortisation wieder möglich. Was immer die Beteiligungsgesellschaft also auch versucht, letztendlich kann sie ihren Ausschluss weder über die unterlassene Abtretungsverpflichtung noch über die fehlende volle Einzahlung des Geschäftsanteils verhindern, sodass der Gesellschafterkreis auch in diesem Sonderfall ausreichend geschützt ist. Letztendlich haftet im Fall der Kaduzierung nach § 22 I GmbHG der Rechtsvorgänger, also der frühere Gesellschafter, für die Einzahlungspflicht der Beteiligungsgesellschaft, der dann auch gemäß § 22 IV GmbHG alter und neuer Gesellschafter der Gesellschaft wird. Nur in dem Falle, in dem die Zahlung auch vom Rechtsvorgänger nicht erlangt werden kann, kommt es zu einem Verkauf bzw. zur Versteigerung des Anteils nach § 23 GmbHG, der letztendlich zu einem vinkulierungenfreien Erwerb durch einen Dritten und dadurch eine Gefahr für den Gesellschafterkreis darstellen könnte. Angesichts der beiden vorgeschalteten Regelungsinstrumente und der sehr geringen Wahrscheinlichkeit, dass alle diese Sonderfälle in der Person eines Gesellschafters zusammenfallen, erscheint es durchaus vertretbar, dieses minimale Restrisiko angesichts der zahlreichen Vorteile dieser Kombination in Kauf zu nehmen.

Da die Kaduzierung, ihre Voraussetzungen sowie das einzuhaltende Verfahren im Falle der verzögerten Einzahlung des Geschäftsanteils in den §§ 21 ff. GmbHG dezidiert festgelegt ist, bedarf es dafür auch keiner gesonderten Regelung in der erweiterten Vinkulierungsklausel des Gesellschaftsvertrages der Ausgangsgesellschaft. Sollte die gesellschaftsvertraglich geregelte Zwangseinziehung als Sanktion für die unterlassene Abtretung durch den Gesellschafter also durch die unvollständige Einzahlung des Geschäftsanteils blockiert sein, kann die vinkulierte Gesellschaft auf das gesetzlich geregelte Instrument der Kaduzierung zurückgreifen, um sich in einem solchen Falle letztendlich doch von der ungeliebten Beteiligungsgesellschaft samt dem dahinter stehenden Dritten lösen zu können. Damit ist der Kreis der Gesellschafter vor allen denkbaren Einflussnahmeversuchen des mittelbaren Gesellschafters ausreichend geschützt, ohne dabei auf die grundsätzlich sinnvolle Möglichkeit der Übertragung des Geschäftsanteils auf eine Beteiligungsgesellschaft verzichten zu müssen.

2. Regelungsinhalt bei GmbH und Personengesellschaften

Nachdem nun die Auswahl des wirksamsten Regelungsinstrumentes zugunsten einer Kombination aus der befristeten Abtretungsverpflichtung mit nachgeschalteter Zwangseinziehungsmöglichkeit getroffen wurde, ist es nun erforderlich, den genauen Inhalt einer erweiterten Vinkulierungsklausel zu bestimmen und zu entscheiden, welche Gegebenheiten einer Regelung bedürfen oder welche auch im Interesse der Überschaubarkeit und Praktikabilität der zu entwickelnden Kautele vernachlässigt werden können.

a. Bezeichnung des Übertragungstatbestandes

Ausgangspunkt einer jeden erweiterten Vinkulierungsklausel ist naturgemäß die Statuierung eines Zustimmungserfordernisses. Zu klären ist dabei, wie die Tatbestandsvoraussetzungen zu formulieren sind, die das Zustimmungserfordernis auslösen sollen. Zunächst erscheint es als sinnvoll, nicht einfach auf den Verkauf von Geschäftsanteilen abzustellen, da unentgeltliche Übertragungen wie zum Beispiel die Schenkung oder der Tausch sonst auch ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter durchgeführt werden könnten.⁴⁷⁰ Um den dinglichen Charakter des Zustimmungserfordernisses zu unterstreichen und um Missverständnisse zu vermeiden, wird die hier entwickelte Vinkulierungsklausel nicht von der Abtretung – da diese Bezeichnung sowohl für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft nach § 398 S. 1 BGB als auch

⁴⁷⁰ Kowalski, GmbHR 1992, S. 347

für die dingliche Übertragungshandlung verwendet wird – sondern schlicht von der Verfügung über den Geschäftsanteil sprechen. Auf diese Weise werden dann auch alle dinglichen Verfügungshandlungen, durch die ein Dritter Einfluss auf die Gesellschaft erlangen könnte vom Zustimmungserfordernis erfasst, unabhängig davon, welches obligatorische Rechtsgeschäft der Verfügung zugrunde liegt. Darüber hinaus können auf diese Weise auch andere unerwünschte Verfügungen des Gesellschafters über den Geschäftsanteil, wie zum Beispiel die Belastung durch Pfandrecht oder Nießbrauch, dem Zustimmungsvorbehalt der Mitgesellschafter unterworfen werden.⁴⁷¹

Wie bereits zu Beginn dieser Arbeit⁴⁷² herausgearbeitet wurde, ist es darüber hinaus erforderlich, das gesellschaftsinterne Zustimmungsverfahren exakt zu regeln. Dabei hat die Untersuchung der unterschiedlichen Möglichkeiten bezüglich der Entscheidungs- und Erteilungszuständigkeiten sowie der verschiedenen Mehrheitserfordernisse ergeben, dass ein Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von mindestens $\frac{3}{4}$ der Gesellschafter gefordert werden sollte. Mitgeteilt wird die Entscheidung der Gesellschafterversammlung dem Antragssteller durch den Geschäftsführer. Zur Klarstellung sollte die Klausel darüber hinaus mit dem Zusatz versehen werden, dass auch der austrittswillige Gesellschafter von seinem Stimmrecht Gebrauch machen kann.

Je nach Gewichtung der kapitalistischen und personalistischen Strukturen in der jeweiligen Gesellschaft ist es dann auch möglich, Verfügungen an einen bestimmten, eng begrenzten Personenkreis vom Genehmigungsvorbehalt auszunehmen.⁴⁷³ Bereits das Interesse der Gesellschaft an einer erweiterten Vinkulierungsklausel weist auf starke personalistische Tendenzen des zu entwerfenden Gesellschaftsvertrages hin, sodass es wohl häufig auch im Interesse der Gesellschafter sein wird, Verfügungen an enge Familienmitglieder nicht unter den Genehmigungsvorbehalt zu stellen, um nicht die umfangreichen Anforderungen eines formellen Zustimmungsverfahrens erfüllen zu müssen. Die Frage, ob diese Befreiung im Statut der Gesellschaft verankert werden soll oder nicht, hat sich stets an den individuellen Interessen der Gesellschafter zu orientieren. Ihnen allein gebührt die Entscheidung, ob sie die sicherere Variante wählen und für jede Verfügung unabhängig vom Begünstigten die Zustimmung der Gesellschafterversammlung fordern oder ob das Vertrauen in die Familien

⁴⁷¹ Friedrichsen/Kollmorgen, in: David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/Teichmann, Gesellschaftsrecht, S. 199; Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, S. 98; Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 5

⁴⁷² Siehe zur Erarbeitung dieser Ergebnisse unter E. I. 3.

⁴⁷³ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 14

der anderen Gesellschafter so groß ist, dass auch im Interesse einer geringeren Bürokratisierung in diesen Fällen auf das Zustimmungserfordernis verzichtet werden kann.

Nicht angeraten werden kann in dieser Konstellation, die Abtretung der Geschäftsanteile an einen Mitgesellschafter, beziehungsweise an dessen Nachkommen, von dem Zustimmungserfordernis auszunehmen. Richtig ist insoweit, dass aus der Sicht der Mitgesellschafter die am stärksten drohende Gefahr, durch Abtretungen von Anteilen einen unliebsamen Mitgesellschafter oder gar Konkurrenten aufgezwungen zu bekommen, in diesen Fällen nicht virulent ist. Schließlich war der von der Verfügung über den Geschäftsanteil Begünstigte bereits schon vorher Mitglied des Gesellschafterkreises und könnte auch seine Nachkommen ohne diese Regelung, sondern allein über die im vorhergegangenen Absatz vorgeschlagene Ausnahme durch die Abtretung seines Anteils in den Gesellschafterkreis einführen. Die Frage ist jedoch, wie sich diese Regelung auswirkt, wenn ein Mitgesellschafter mit seiner Stellung als Einer unter Gleichen nicht mehr zufrieden ist und versucht, die Kontrolle innerhalb der Gesellschaft an sich zu reißen. Der Gefahr der innergesellschaftlichen Quotenverschiebung kann in diesem Fall mangels Zustimmungserfordernis nicht mehr entgegengetreten werden.⁴⁷⁴

Für die hier gestellte Aufgabe, eine erweiterte Vinkulierungsklausel zu entwickeln, die in der Lage ist die Mitgesellschafter auch vor Change of Control-Konstellationen in der Beteiligungsgesellschaft zu schützen, kann diese Frage von vornherein erst dann sinnvoll beantwortet werden, wenn Folgendes geklärt ist: Könnte diese erweiterte Vinkulierungsklausel überhaupt in der Lage sein, den Gesellschafterkreis auch vor allzu eifrigen Mitgesellschaftern zu schützen, die auf dem Umweg über eine Beteiligungsgesellschaft versuchen, ihre Beteiligungsposition in der Gesellschaft auszubauen oder ist dies aus rechtlichen Gründen bereits unmöglich?

Manche Autoren gehen dabei so weit, im Wege des Umgehungsschutzes bereits die einfache Vinkulierungsklausel in ihrem Anwendungsbereich derart auszudehnen, dass bereits diese den Gesellschafterkreis in dieser Situation ausreichend schützen solle.⁴⁷⁵ Dies ergäbe sich vor allem daraus, dass sowohl der Anteilsveräußerer als auch der Anteilserwerber der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft in ihrem Vertrauen auf genehmigungsfreien Erwerb nicht schützenswert wären. Zwar sei nicht der Mitgesellschafter als natürliche Person richtiger

⁴⁷⁴ Haasen, in: Lorz/Pfisterer/Gerber, Formularbuch, S. 157; Koch, Vinkulierung, S. 37

⁴⁷⁵ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 145

Zustimmungsadressat, sondern die Beteiligungsgesellschaft, an der dieser Anteile erwirbt, er wisse jedoch aus seinem eigenen vinkuliertem Gesellschafterverhältnis, dass ihm die Pflicht auferlegt sei, vor einem Beteiligungszuwachs die Zustimmung der Gesellschaft einzuholen. Aus diesem Grund läge dann eine bewusste Umgehung des Zustimmungserfordernisses vor, die letztendlich zum Eingreifen der einfachen Vinkulierung führen würde.⁴⁷⁶ Dem ist nicht zuzustimmen. Eine allgemeine Pflicht des Gesellschafters, der Anteile an einer Beteiligungsgesellschaft erwerben will, diesen mittelbaren Beteiligungszuwachs von der Ausgangsgesellschaft genehmigen zu lassen, ergibt sich weder aus dem vinkulierten Gesellschafterverhältnis noch aus einer gesetzlichen Regelung. Eine Verfügung über einen Geschäftsanteil der Ausgangsgesellschaft, die das Zustimmungserfordernis auslösen würde, liegt auch dann nicht vor, wenn ein anderer Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft Geschäftsanteile an der Beteiligungsgesellschaft erwirbt.

Allein die hier entwickelte erweiterte Vinkulierungsklausel ist in der Lage, auch diese Gefahr für die Gesellschaft wirksam abzuwenden. Kommt es in der Beteiligungsgesellschaft zu einem Change of Control, sodass damit zu rechnen ist, dass nun andere Personen als der bisherige, beherrschende Gesellschafter darüber mittelbar Einfluss auf die vinkulierte Gesellschaft ausüben kann, so gibt die Kombination aus Abtretungsverpflichtung und Zwangseinziehung der Gesellschafterversammlung die Möglichkeit, sich dieser Beteiligungsgesellschaft zu entledigen. Ob der Kontrollwechsel nun von einem beliebigen Dritten oder durch einen anderen Mitgesellschafter der Ausgangsgesellschaft ausgelöst wurde, ist für die Verwirklichung des Tatbestandes ohne Relevanz. Es bleibt folglich festzustellen, dass bei Change of Control-Fällen in der Beteiligungsgesellschaft der übrige Gesellschafterkreis auch vor Übernahmeversuchen von innen heraus durch die Abtretungs- und Zwangseinziehungskombination ausreichend geschützt ist.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Schutz auch dann gewährleistet wäre, wenn die einfache Vinkulierungsklausel bereits einen Ausnahmetatbestand für diese Situation vorsehen würde. Alle diese Überlegungen, ob die erweiterte Vinkulierungsklausel auch dann greifen würde, wenn ein Mitgesellschafter die Kontrolle in der Beteiligungsgesellschaft übernimmt, wären vergeblich, wenn bereits die einfache Vinkulierungsklausel diese Abtretungen an einen Mitgesellschafter vom Anwendungsbereich der Vinkulierung ausnehmen würde. In diesem Fall hätte es der expansionswillige Gesellschafter erst gar nicht nötig, diesen Umweg über

⁴⁷⁶ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 146

eine Beteiligungsgesellschaft zu wählen. Mit ausreichend finanziellen Mitteln oder anderen guten Argumenten könnte er direkt an schwächere oder finanziell angeschlagene Mitgesellschafter herantreten und sich deren Geschäftsanteile inklusive aller Informations- und Stimmrechte aneignen, ohne dass die übrigen Gesellschafter dies verhindern könnten. Auf diesem Wege könnten die Kapital- und Mehrheitsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft ins Wanken gebracht und die Quotengleichheit zerstört werden. Dies würde sowohl bei einfachen, kleinen Gesellschaften mit mehreren Gesellschaftern als auch bei großen Konzernstrukturen dazu führen, dass die Beschlussfähigkeit und die Meinungsbildung innerhalb der Gesellschaft empfindlich gestört werden könnte. Entscheidungsstrukturen, die sich innerhalb einer Gesellschaft über Jahre hinweg als dienlich erwiesen haben, könnten auf diese Weise ruckartig zerstört werden, was letztendlich auch der Erreichung des Gesellschaftszwecks im Wege stehen könnte. Um den Gesellschafterkreis nicht nur nach außen, sondern auch nach innen ausreichend abzusichern, ist deshalb von einer Ausnahmeregelung für die Abtretung an Mitglieder des Gesellschafterkreises in der einfachen Vinkulierungsklausel grundsätzlich abzuraten.

b. Verweigerungsfiktion

Probleme können auch dann auftreten, wenn die zur Erteilung der Zustimmung berufene Gesellschafterversammlung schlicht untätig bleibt, also die Zustimmung weder erteilt noch verweigert. Das würde zum einen dazu führen, dass die Abtretung des Geschäftsanteils schwebend unwirksam wäre und dies bis zur endgültigen Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung auch bliebe. Dieser Schwebezustand führt zu Unsicherheiten im Rechtsverkehr und sollte nicht unendlich aufrechterhalten werden können. Zum anderen wäre es auch den beiden Vertragsparteien nicht zuzumuten, über einen unabsehbaren Zeitraum nicht zu wissen, ob die Übertragung des Geschäftsanteils nun wirksam war oder nicht. Letztendlich liegt es auch im Interesse der Gesellschaft, endgültige und klare Verhältnisse im Gesellschafterkreis der Ausgangsgesellschaft zu schaffen und die Zeit der schwebenden Unwirksamkeit der Übertragung von Mitgliedschaften so kurz wie möglich zu halten.

Manche Autoren gehen deshalb davon aus, dass dem Veräußerer generell ein Anspruch darauf zusteht, dass die Gesellschafterversammlung innerhalb einer angemessenen Frist über die

Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung entscheidet.⁴⁷⁷ Strittig ist jedoch, wie es zu bewerten sei, wenn trotz Ablauf der angemessenen Frist keine Entscheidung der zuständigen Gesellschafterversammlung gefallen ist. Die wohl vorherrschende Meinung in der Literatur geht dann davon aus, dass die Zustimmung in diesem Falle als verweigert gelten solle.⁴⁷⁸

Dem ist auch zu folgen. Angesichts des Sinns und Zwecks der Vinkulierung, den Gesellschafterkreis nach außen hin zu schützen und der Entscheidung der Gesellschafter durch die Aufnahme der Vinkulierung in den Gesellschaftervertrag auf die uneingeschränkte Fungibilität ihrer Anteile zu verzichten, um dafür ein großes Stück Sicherheit für den Gesellschafterkreis zu gewinnen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass hierin eine stillschweigende Zustimmung zu sehen sein soll. Durch die Vinkulierung ihrer Anteile machten die Gesellschafter vielmehr deutlich, dass das normierte Regel-Ausnahme-Verhältnis der freien Veräußerlichkeit und des Zustimmungsbedürfnisses in ihrer Gesellschaft nicht gelten solle, sondern die Verfügung über Geschäftsanteile grundsätzlich nur dann möglich sein solle, wenn die Gesellschafterversammlung dem zustimmt.

Angesichts dieser Unsicherheiten in der Rechtslehre und der Tatsache, dass nicht geklärt ist, wie lange die in der Literatur geforderte angemessene Frist zur Entscheidung über den Antrag auf Zustimmung zu sein hat, wird die hier zu entwickelnde erweiterte Vinkulierungsklausel eine dahingehende Verweigerungsfiktion enthalten. Diese stellt unzweifelhaft fest, dass die Zustimmung dann als verweigert gelten soll, wenn die Gesellschafterversammlung nicht innerhalb von drei Monaten über den Antrag auf Zustimmung entschieden hat. So wird zum einen der Zeitraum der schwebenden Unwirksamkeit begrenzt, und zum anderen die Rechtsunsicherheiten bezüglich der Auswirkungen einer unterlassenen Entscheidung vermieden.

c. Einfache Konzernklausel

Weniger problematisch ist die Vereinbarung einer einfachen Konzernklausel. Wie in dieser Arbeit bereits mehrfach angesprochen wurde, besteht das Problem der mittelbaren Einflussnahme über eine Beteiligungsgesellschaft nicht in der Übertragung des Anteils auf eine Gesellschaft, sondern erst in der Übertragung der Anteile an dieser, die letztendlich den

⁴⁷⁷ Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 16; für die AG Jannott/Hagemann, in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 69

⁴⁷⁸ Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 15 Rn. 77; Bork/Schäfer, GmbHG, § 15 Rn. 16; für die AG Jannott/Hagemann, in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 69; Bayer, in: MünchKomm, AktG, § 68 Rn. 89; a. A. Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 15 Rn. 99

Change of Control bedingt und die mittelbare Einflussnahme ermöglicht. Neben der Tatsache, dass die Zustimmung zur Abtretung an eine Gesellschaft auch durch die Aufzählung anderer plausibler Gründe, wie zum Beispiel die günstigere Versteuerung der Gewinne, vom verfügungswilligen Gesellschafter unschwer zu erlangen sein wird, spricht vor allem die hier erarbeiteten Schutzmöglichkeit dafür, nicht aus Angst vor mittelbarer Einflussnahme auf die Installation einer einfachen Konzernklausel zu verzichten. Da die in dieser Arbeit entwickelten Regelungsinstrumente in der Lage sind, die Gefahr, die für den Gesellschafterkreis von einem Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft ausgeht, nahezu vollständig zu bannen, gibt es keine Gründe mehr dafür, von der formell und administrativ leichter vorzunehmenden Abtretung seines Anteils an eine Beteiligungsgesellschaft durch einen Ausnahmetatbestand in der Vinkulierungsklausel Abstand zu nehmen.

Da die einfache Konzernklausel in der Regel die Verfügung über einen Geschäftsanteil zugunsten einer von dem Gesellschafter beherrschten Beteiligungsgesellschaft auch ohne die Zustimmung der übrigen Gesellschafter für zulässig und wirksam erklärt, bedarf es für die Vermeidung von Unklarheiten in diesem Zusammenhang einer gesellschaftsvertraglich verankerten Definition, wann von einer beherrschenden Stellung in der übernehmenden Beteiligungsgesellschaft auszugehen ist.

Der beherrschende Gesellschafter einer GmbH zeichnet sich dadurch aus, dass er über die Mehrheit der Kapitalanteile verfügt oder auf andere Weise dazu in der Lage ist, die Geschäftspolitik der GmbH zu bestimmen.⁴⁷⁹ Eine unmittelbare Beteiligung ist hierfür nicht erforderlich, es kann auch eine mittelbare Beteiligung genügen, wenn die vermittelnde Beteiligung beherrschend ist.⁴⁸⁰ Während ein Teil der Literatur davon ausgeht, dass hierfür in der Regel auch die hälftige Beteiligung genügt, da dadurch keine Entscheidungen mehr gegen den ausdrücklichen Willen des Gesellschafters mehr realisiert werden könne,⁴⁸¹ fordert die Gegenmeinung für die Annahme einer beherrschenden Stellung eines Gesellschafters grundsätzlich die Mehrheit der Stimmrechte.⁴⁸² Richtig erscheint hierbei der Ansatz, der dann einen Gesellschafter als beherrschend ansieht, wenn er den Abschluss des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts erzwingen kann. In der Regel muss er hierfür selbstverständlich eine

⁴⁷⁹ Julia, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 164

⁴⁸⁰ Gerdel/Hille, in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, Kap. 18 Rn. 104

⁴⁸¹ Julia, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 164

⁴⁸² Bartl/Bartl/Fichtelmann/Koch/Schlarb, GmbH-Recht, S. 916

Beteiligung von mehr als 50 % des Stammkapitals besitzen. Zu bedenken ist allerdings auch, dass auch eine Beteiligung von unter 50 % zu einer Beherrschung führen kann, wenn der Gesellschafter aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen mit Sonderrechten ausgestattet ist, die es ihm erlauben, über die getätigten Geschäfte alleine zu entscheiden.⁴⁸³

Es ist ausgeschlossen, in der hier zu entwickelnden erweiterten Vinkulierungsklausel alle Regelungsvarianten im Gesellschaftsvertrag der Beteiligungsgesellschaft zu erfassen, die es dem Gesellschafter ermöglichen, über die Geschäftspolitik der Beteiligungsgesellschaft zu entscheiden. Es bietet sich folglich an, allein und generell auf die Möglichkeit zur beherrschenden Einflussmaßnahme abzustellen. Ob sich diese Kompetenz dann auf den wohl häufigsten Fall einer Anteils- und somit einer Stimmenmehrheit von über 50% gründet oder aber diese letztendliche Entscheidungsmöglichkeit über die Geschäftspolitik der Beteiligungsgesellschaft sich aus in deren Gesellschaftsvertrag vereinbarten Sonderrechten ergibt, spielt für das Interesse der Mitgesellschafter der Ausgangsgesellschaft keine Rolle. Ihnen ist alleine daran gelegen, dass weiterhin derjenige altbekannte Gesellschafter die Herrschaftsgewalt über seinen Anteil behält, dem sie von Anfang an ihr Vertrauen geschenkt haben. Auch der Umstand, ob der Gesellschafter seinen entscheidenden Einfluss auf die Beteiligungsgesellschaft unmittelbar oder mittelbar geltend machen kann, ist für die übrigen Gesellschafter nicht von Interesse, solange dieser nur seine beherrschende Stellung behält.

Angesichts der Tatsache, dass sich in der Praxis die beherrschende Einflussnahmemöglichkeit des Gesellschafters überwiegend aus einer Anteils- oder Stimmenmehrheit von über 50% ergeben wird, kann auch darüber nachgedacht werden, diese bestimmende Konstellation explizit mit in die Klausel aufzunehmen und so den Beweis der beherrschenden Stellung für den abtrittswilligen Gesellschafter zu erleichtern. Es muss dabei in der Formulierung jedoch darauf geachtet werden, dass allein die Anteilsmehrheit, nicht die beherrschende Stellung, garantieren kann, da auch hier der Gesellschaftsvertrag der Beteiligungsgesellschaft die Entscheidung über die Geschäfte einer anderen Person zuweisen kann. Dieses Problem wird in der erweiterten Vinkulierungsklausel dadurch gelöst werden, dass die Erwähnung des Regelbeispiels der Anteils- oder Stimmenmehrheit mit dem Zusatz „die ihm die entscheidende Einflussnahme über die Geschäftspolitik der Beteiligungsgesellschaft gestattet“ ergänzt wird. Auf diese Weise fallen Konstellationen, in denen zwar Anteils- oder Stimmrechtsmehrheiten gegeben sind, aufgrund individueller Regelungen, wie zum Beispiel

⁴⁸³ Hierl/Huber, Rechtsformen und Rechtsformwahl, S. 179

bestimmte Stimmbindungsverträge, jedoch keine beherrschende Einflussmöglichkeiten bestehen, nicht unter diese Regelung und verhindern die Einflussnahmeversuche Dritter über diesen Weg.

Über das Verfahren bezüglich der Feststellung, wann von einer Anteils- bzw. Stimmenmehrheit eines Gesellschafters auszugehen ist, wird bei der Entwicklung der erweiterten Vinkulierungsklausel für die Aktiengesellschaft genauer einzugehen sein.⁴⁸⁴

d. Verlust der herrschenden Stellung als wichtigen Grund

Nachdem nun geklärt wurde, wann von einer beherrschenden Stellung des Gesellschafters in der Beteiligungsgesellschaft auszugehen ist und wie diese Kompetenz Eingang in die erweiterte Vinkulierungsklausel finden kann, gilt es nun, eine genaue Definition für das Vorliegen eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft zu entwickeln. Dabei kann auf verschiedenste tatsächliche Umstände abgestellt werden, bei deren Vorliegen ein Kontrollwechsel angenommen werden könnte.

Infrage kommen hier zum Beispiel die Änderung der bestehenden Kontroll- oder Inhaberrechte, die Übertragung von mehr als einem bestimmten Prozentsatz der Anteilsrechte an der betreffenden Gesellschaft, die Überschreitung einer bestimmten Beteiligungshöhe, unabhängig von der Übertragung von Anteilen auf Dritte, die Veränderungen bei Konzerngesellschaften, die eine bestimmte Beteiligungshöhe an der Beteiligungsgesellschaft halten, oder aber auch die Änderungen innerhalb der Geschäftsführung, die Veräußerung von bestimmten Teilen des Betriebsvermögens oder wesentliche Veränderungen des Gesellschaftsvertrages der Beteiligungsgesellschaft.⁴⁸⁵

Zu beachten ist hierbei aber auch die Problematik der Verschmelzung und insbesondere der Spaltung der Beteiligungsgesellschaft nach §§123 ff. UmwG. Denn grundsätzlich ist auch die Verschmelzung und die Spaltung der Beteiligungsgesellschaft von der einfachen Vinkulierungsklausel mangels rechtsgeschäftlichen Übergangs⁴⁸⁶ und den durch § 137 S. 1 BGB gesetzten Grenzen der Bindungswirkung nicht erfasst, obwohl dadurch der vinkulierte Anteil den Inhaber wechseln kann. Der beherrschende Gesellschafter könnte folglich seine

⁴⁸⁴ Siehe dazu H. I. 3. c., zur Definition des Kontrollwechsels in der AG und der damit verbundenen Bestimmung der Anteils- bzw. Stimmenmehrheit.

⁴⁸⁵ Mielke/Nguyen-Viet, DB 2004, S. 2515

⁴⁸⁶ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 19

entscheidende Stellung in der Beteiligungsgesellschaft zwar behalten, den vinkulierten Anteil im Wege der Verschmelzung oder Spaltung der Beteiligungsgesellschaft jedoch auf andere Gesellschaften übertragen.

Weniger problematisch ist hierbei die Verschmelzung nach §§ 2 ff. UmwG. Bei der Verschmelzung wird die Beteiligungsgesellschaft an sich aufgelöst und ihr gesamtes Vermögen inklusive des vinkulierten Geschäftsanteils an die aufnehmende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gegen die Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dieser übertragen. Dies ist dann für die Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft kein großes Problem, solange sich die Herrschaftsmacht in der übernehmenden Gesellschaft erneut in den Händen des früheren beherrschenden Gesellschafters befindet.

Bei der Spaltung der Beteiligungsgesellschaft, die in den drei Formen Aufspaltung (§ 123 I UmwG), Abspaltung (§ 123 II UmwG) oder Ausgliederung (§ 123 III UmwG) erfolgen kann, kann der Gesellschafter dort zwar eine beherrschende Stellung innehaben, den Geschäftsanteil jedoch an einen abgespalteten Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge transferieren. Weder die einfache Vinkulierung noch eine Change of Control-Klausel, die allein auf die beherrschende Stellung in der Beteiligungsgesellschaft abstellt, würde in diesem Fall greifen. Fraglich wäre dann nämlich, ob mit Beteiligungsgesellschaft diejenige Gesellschaft gemeint ist, die den vinkulierten Anteil vom Gesellschafter abgetreten bekommen hat, oder diejenige, die gerade im Besitz der Anteile an der Ausgangsgesellschaft ist. Die Lösung dieser Umwandlungsproblematiken liegt darin, beim Verlust der herrschenden Stellung als wichtigen Grund nicht stur auf die Beteiligungsgesellschaft zu blicken, an die der vinkulierte Anteil einst von der natürlichen Person übertragen wurde, sondern jeweils auf die Gesellschaft zu blicken, die zum fraglichen Zeitpunkt Inhaber des vinkulierten Geschäftsanteils ist. Um dahingehend keine Zweifel aufkommen zu lassen, wird die hier zu entwickelnde Klausel nicht nur von der beherrschenden Stellung in der Beteiligungsgesellschaft an sich sprechen, sondern auf die jeweilige Beteiligungsgesellschaft abstellen. Durch diese Bezeichnung wird klargestellt, dass bezüglich der Feststellung des Verlustes der beherrschenden Stellung stets diejenige Gesellschaft zu betrachten ist, die gerade im Besitz der vinkulierten Anteile ist.

Solange der ehemalige Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft auch in diesen Gesellschaften seine beherrschende Stellung innehat, gibt es für die Mitgesellschafter keine Veranlassung zur

Beunruhigung. Ihnen geht es allein darum, Dritten den mittelbaren Zugang zum Gesellschafterkreis der Ausgangsgesellschaft über Beteiligungsgesellschaften zu verbauen. Diese Gefahr besteht jedoch unabhängig von zustimmungsfreien Übergängen des Geschäftsanteils durch Verschmelzung oder Spaltung auf verschiedene Gesellschaften dann nicht, wenn der gewollte Gesellschafter auch dort alle Fäden in der Hand hält. Zur Erreichung und Absicherung der Vinkulierungsinteressen genügt in diesen Fällen folglich der Verweis darauf, dass stets die Beherrschungsverhältnisse in der Gesellschaft zu prüfen sind, die jetzt Inhaberin der vinkulierten Anteile ist.

Eine weitere Möglichkeit des Eintritts eines Kontrollwechsels besteht darin, dass die Anteile der Beteiligungsgesellschaft im Wege der Zwangsvollstreckung oder Insolvenz verwertet werden. Wie oben bereits aufgezeigt, greifen auch hier die Regelungsmechanismen der einfachen Vinkulierungsklausel nicht.⁴⁸⁷ Bei der Formulierung des Tatbestandsmerkmals „Verlust der herrschenden Stellung“ muss folglich auch darauf geachtet werden, dass nicht nur vertraglich herbeigeführte Kontrollwechsel unter diesen zu subsumieren sind, sondern auch diejenigen, die durch hoheitliche Maßnahmen herbeigeführt wurden. Nur wenn diese mittelbaren Eintrittsmöglichkeiten für unerwünschte Dritte auch von der Change of Control-Klausel erfasst werden, kann von einem umfassenden Schutz des Gesellschafterkreises der Ausgangsgesellschaft gesprochen werden.

Betrachtet man die Vielzahl an gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten, einen Kontrollwechsel herbeizuführen und die damit verbundenen zahlreichen, infrage kommenden Varianten, einzelne Einflussmöglichkeiten in der Satzung zu erfassen, so erscheint es als sinnvoll, den Tatbestand der Change of Control-Klausel so allgemein wie möglich zu halten, um alle Einflussnahmeversuche zu umfassen und abwehren zu können. Angesichts der Tatsache, dass bei der Bestimmung der beherrschenden Stellung bei der hier zu entwickelnden erweiterten Vinkulierungsklausel auf das Vorliegen einer Anteils- bzw. Stimmenmehrheit als Regelbeispiel abgestellt wird, empfiehlt es sich auch bei der Bestimmung der Change of Control-Situation an diesen Parametern festzuhalten.

Das Interesse der übrigen Gesellschafter geht vor allem dahin, eine möglichst allumfassende Klausel zu haben, die den größtmöglichen Schutz bietet, ohne die Gesellschaft vor allzu unüberwindliche verwaltungsrechtliche Hürden bei der Übertragung ihrer Anteile zu stellen.

⁴⁸⁷ Siehe dazu auch unter Gliederungspunkt G. II. 4.

Da es den Gesellschaftern in erster Linie darum geht, dass der ehemalige Gesellschafter weiterhin die Kontrolle über den Geschäftsanteil an der vinkulierten Gesellschaft ausübt, wird als Tatbestandsmerkmal der Change of Control-Klausel generell der Verlust der Inhaberschaft der beherrschenden Einflussmöglichkeit in der Beteiligungsgesellschaft heranzuziehen sein. Ob dieser dann durch Rechtsgeschäft oder hoheitliche Maßnahmen erfolgt ist, spielt hierbei keine Rolle, da nur der Verlust des beherrschenden Einflusses an sich ausschlaggebend ist, unabhängig davon, wie dieser einhergegangen ist.

Um den Gesellschaftern den Beweis über das Vorliegen eines Change of Controls zu erleichtern, wird die Klausel dann eine widerlegbare Vermutung des Kontrollwechsels aufstellen, wenn der ehemals beherrschende Gesellschafter in der Beteiligungsgesellschaft seine Anteils- oder Stimmrechtsmehrheit verlieren sollte. Liegt diese Konstellation vor, so soll nicht mehr die vinkulierte Gesellschaft beweisen müssen, dass der ehemalige Gesellschafter seine beherrschende Stellung in der Beteiligungsgesellschaft verloren hat, da mit dem Verlust der Anteils- oder Stimmenmehrheit regelmäßig auch der Verlust der beherrschenden Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftspolitik der Gesellschaft einhergeht. Vielmehr muss der betroffene Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft dann überzeugend darlegen, aufgrund welcher besonderen Vereinbarungen er trotz des Mehrheitsverlustes weiterhin in der Lage sein soll, beherrschenden Einfluss auf die Geschicke der Beteiligungsgesellschaft auszuüben. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so kann die Gesellschafterversammlung der vinkulierten Gesellschaft von den vereinbarten Regelungsinstrumenten des Gesellschaftsvertrages Gebrauch machen und die Gefahr des Dritteinflusses auf die Ausgangsgesellschaft umgehend abwehren.

e. Anzeigepflichten

Die Abtretung eines Geschäftsanteils vollzieht sich außer im Falle der Vinkulierung grundsätzlich ohne Kenntnis der übrigen Gesellschafter.⁴⁸⁸

Da die übrigen Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft auf Veränderungen in der Person des Mitgeschafters oder des Umfangs seiner Beteiligung aber nur dann adäquat reagieren können, wenn sie auch von den Veränderungen Kenntnis erlangt haben, bietet es sich grundsätzlich an, Anzeigepflichten für den jeweils verfügenden Gesellschafter mit in die erweiterte Vinkulierungsklausel aufzunehmen. Um die Klausel jedoch nicht ohne wichtigem,

⁴⁸⁸ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 30 Rn. 15

dahinter stehendem Grund unnötig aufzublähen, soll zunächst geprüft werden, ob es einer derartigen Regelung im Statut überhaupt bedarf oder ob es hierfür bereits ausreichende kodifizierte Anzeigepflichten gibt.

Erfolgt die Übertragung des Anteils eines Gesellschafters auf die Beteiligungsgesellschaft nicht im Rahmen einer Konzernklausel, so ist bei vinkulierten Anteilen von vornherein die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich. Einer Anzeigepflicht bedarf es dann nicht.

Ist die Verfügung zugunsten der beherrschten Beteiligungsgesellschaft aufgrund einer einfachen Konzernklausel jedoch auch ohne Zustimmung rechtswirksam, so kann der veräußerungswillige Gesellschafter seinen Anteil an die Gesellschaft seiner Wahl abtreten, ohne dass er die übrigen Mitgesellschafter von Gesetzes wegen darüber in Kenntnis setzen muss. Der durch Art. 1 Nr. 27 a) MoMiG neu gestaltete § 40 I 1 GmbHG sieht in allen Fällen, in denen sich eine Veränderung in der Person der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung ergibt, vor, dass der Geschäftsführer dies unverzüglich beim Handelsregister anzeigen muss. Der durch das MoMiG neu eingeführte § 40 II 1 GmbHG verpflichtet in diesen Fällen anstelle des Geschäftsführers den beratenden Notar, soweit er an einer Veränderung nach § 40 I 1 GmbHG mitgewirkt hat, dies zum Handelsregister anzuzeigen und diese geänderte Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Betrachtet man nun § 15 III GmbHG, der zur Abtretung von Geschäftsanteilen stets einen in notarieller Form geschlossenen Vertrag fordert, so stellt sich die Frage, ob die Gesellschafter nicht auf diesem Wege alle erforderlichen Informationen erhalten können. Einer gesellschaftsvertragliche Anzeigepflicht bezüglich der Verfügungen über Geschäftsanteile bedürfte es dann nicht mehr.

Dem ist hier auch zu folgen: Da die hier problematisierte Abtretung des Geschäftsanteils im Rahmen einer einfachen Konzernklausel gemäß § 15 III GmbHG für ihre Wirksamkeit stets eines in notarieller Form geschlossenen Vertrages bedarf, greift auch immer die Regelung des § 40 II 1 GmbHG. Das heißt, dass die Gesellschaft stets vom Notar von den getätigten Veränderungen in der Gesellschafterzusammensetzung informiert wird. Angesichts der Tatsache, dass der Notar hierzu unverzüglich nach dem Wirksamwerden der Veränderungen verpflichtet ist, besteht auch nicht die Gefahr, dass dadurch eine Zeitspanne entsteht, in der der verfügende Gesellschafter die Unkenntnis der restlichen Mitgesellschafter zu seinem Vorteil ausnützen könnte. Bis zur Aufnahme der geänderten Liste in das Handelsregister gilt

nämlich gemäß § 16 I GmbHG der Veräußerer im Verhältnis zur Gesellschaft weiterhin als Gesellschafter, unabhängig davon, ob die Gesellschaft bereits anderweitig Kenntnis vom Gesellschafterwechsel erlangt hat oder nicht. Sämtliche Mitgliedschaftsrechte wie Stimmrechte und Gewinnbezugsrechte stehen also bis zur Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister nicht dem Erwerber zu, sondern liegen weiterhin in der Hand des Veräußerers.⁴⁸⁹

Im Gegensatz zu einer gesellschaftsvertraglichen Anzeigeverpflichtung des veräußernden Gesellschafters, der unter Umständen kein Interesse daran haben wird, dass die vinkulierte Gesellschaft möglichst schnell von seinen Verfügungen Kenntnis erlangt, um umgehend darauf reagieren zu können, sorgt die gesetzliche Verpflichtung des Notars dafür, dass mit einer unverzüglichen Unterrichtung der übrigen Gesellschafter über die Ausgangsgesellschaft sicher gerechnet werden kann. Aus diesem Grund stellt die gesetzliche Mitteilungspflicht des Notars eine schnellere und zuverlässigere Variante als die gesellschaftsvertragliche Anzeigepflicht des austrittswilligen Gesellschafters dar, sodass Letztere in der erweiterten Vinkulierungsklausel nicht mehr erforderlich ist und deshalb weggelassen werden kann.

Als letzter Ansatzpunkt für eine statutarische Anzeigeverpflichtung des ehemaligen Gesellschafters bleibt dann nur noch der Change of Control-Fall in der Beteiligungsgesellschaft. Da hierbei nicht über Anteile der Ausgangs-, sondern allein über Anteile der Beteiligungsgesellschaft verfügt wird, greift dann die Übermittlungspflicht des beteiligten Notars in § 40 II 1 GmbHG nicht, da sich hieraus weder Veränderungen in der Person der Gesellschafter noch im Umfang ihrer Beteiligungen ergibt. Gesellschafterin der Ausgangsgesellschaft ist und bleibt in gleicher Höhe die Beteiligungsgesellschaft. In einem solchen Fall muss der Notar allein die Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft über die Veränderungen informieren, zu denen die Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft in der Regel jedoch nicht zählen.

Angesichts der Tatsache, dass es für die Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft auch im übrigen sehr schwer sein dürfte, über Veränderungen im Gesellschafterbestand der Beteiligungsgesellschaft Kenntnisse zu erlangen, empfiehlt es sich unbedingt, im Falle des Verlustes seiner beherrschenden Stellung in der Beteiligungsgesellschaft dem ehemaligen Gesellschafter eine unverzügliche Anzeigepflicht aufzuerlegen. Im Einklang mit den

⁴⁸⁹ Friedrichsen/Kollmorgen, in: David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/Teichmann, Gesellschaftsrecht, S. 203

Schutzinteressen der anderen Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft ist dabei wiederum generell auf den Verlust der beherrschenden Stellung des früheren Gesellschafters in der Beteiligungsgesellschaft abzustellen, um möglichst alle Handlungsvarianten zur Erreichung eines Kontrollwechsels mit abzudecken und so die größtmögliche Kontrolldichte für die übrigen Gesellschafter sicherzustellen. Kommt der betroffene Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft dieser Pflicht nach und unterrichtet die Ausgangsgesellschaft unverzüglich vom Verlust seines beherrschenden Einflusses auf die Beteiligungsgesellschaft, so bleiben dieser alle gesellschaftsvertraglich statuierten Möglichkeiten, auf diese geänderte Sachlage zu reagieren und sich notfalls von der Beteiligungsgesellschaft als Gesellschafter zum Schutze ihres Gesellschafterkreises zu trennen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so macht er sich persönlich gegenüber der Ausgangsgesellschaft schadensersatzpflichtig. Seine Rechtsgeschäfte, die zur Erreichung des Kontrollwechsels in der Beteiligungsgesellschaft erforderlich waren, bleiben jedoch vollständig wirksam.

Nach absolut herrschender Ansicht ist noch nicht einmal die in § 16 I 1 GmbHG geforderte Anmeldung des Gesellschafterwechsels bei der Gesellschaft als Wirksamkeitsvoraussetzung der Abtretung des Gesellschaftsanteils anzusehen.⁴⁹⁰ Zwar tritt der Erwerber in diesem Fall erst mit erfolgter Anmeldung als Gesellschafter auch gegenüber der Gesellschaft an die Stelle des Veräußerers, die Wirksamkeit der dinglichen Abtretung ist davon jedoch nicht betroffen. Wenn also bereits eine gesetzliche Anzeigepflicht nicht in der Lage ist, die dingliche Wirksamkeit der Abtretung zu beeinflussen, so kann dies für eine gesellschaftsvertragliche Anzeigepflicht erst recht nicht angenommen werden. Hinzu kommt, dass in der hier problematisierten Konstellation gar keine Abtretung von Geschäftsanteilen der vinkulierten Gesellschaft vorliegt, sondern allein über Anteile der Beteiligungsgesellschaft verfügt wird. Eine wirksame dingliche Beschränkung der freien Verfügbarkeit der Anteile der Beteiligungsgesellschaft ist nach der Regelung des § 137 S. 1 BGB im Gesellschaftsvertrag der Ausgangsgesellschaft nicht möglich, sodass die Anzeigepflicht nur schuldrechtliche Wirkung entfalten kann. Daraus folgt, dass der Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft mit allen den daraus resultierenden Folgen für den Gesellschafterkreis der Ausgangsgesellschaft auch dann eintritt, wenn der verpflichtete Gesellschafter seiner Anzeigepflicht nicht nachkommt.

⁴⁹⁰ Schultze/Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, FA – HGR, Kap. 11 Rn. 282

Für den Fall, dass dieser seiner Anzeigepflicht nicht nachkommt, ist es aus diesem Grund erforderlich, die sofortige, zwangsweise Einziehungsmöglichkeit für die vinkulierte Ausgangsgesellschaft in deren Gesellschaftsvertrag zu statuieren. Allein durch diese Vereinbarung ist die vinkulierte Gesellschaft in der Lage, sobald sie vom Kontrollwechsel und der damit verbundenen mittelbaren Einflussnahmemöglichkeit eines Dritten erfährt, schnell und effektiv zu reagieren. Diese Vereinbarung ist interessengerecht und greift nicht unzumutbar stark in die Rechte des betroffenen Gesellschafters ein, da ihm gegen diese Sanktion alle gängigen Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Der von einer rechtswidrigen Einziehung Betroffene kann durch das Gericht im Wege der Regelungsverfügung nach § 940 ZPO die Suspendierung des Beschlusses oder die aufschiebende Wirkung seiner Anfechtungsklage anordnen lassen. Ist auch das Gericht der Ansicht, dass die Einziehung rechtswidrig erfolgt ist, so führt die ergangene einstweilige Verfügung dazu, dass der Gesellschafter für die Zeit der Wirksamkeit dieser Verfügung trotz der grundsätzlich gegebenen sofortigen Wirkung der Einziehung als Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft zu behandeln ist.⁴⁹¹

Die drohenden Schadensersatzforderungen der vinkulierten Gesellschaft in Verbindung mit der Aussicht auf eine sofortige Zwangseinziehung der Geschäftsanteile an der Ausgangsgesellschaft sollten ausreichen, um den ehemaligen Gesellschafter zur Erfüllung seiner Anzeigepflicht zu bewegen. Genügen jedoch auch diese Sanktionen nicht, ihn zur Erfüllung der Pflicht zu veranlassen, so bleibt immer noch der Weg über die gesellschaftsvertraglich eingeräumte Möglichkeit zur sofortigen Zwangseinziehung, um weiteren Schaden von der Gesellschaft und ihrem Gesellschafterkreis abzuwenden.

f. Ausübungsfristen

Nachdem sich die gesamte Arbeit dem Schutze der Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft über eine erweiterte Vinkulierungsklausel verschrieben hat und stets die Interessen der Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft im Vordergrund standen, sollen nun auch die Interessen des redlichen Erwerbers der Beteiligungsgesellschaft Berücksichtigung finden. Schließlich steckt nicht hinter jedem Kontrollwechsel in der Beteiligungsgesellschaft die böswillige Absicht, auf diesem Wege gegen den Willen der übrigen Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft mittelbar Einfluss und Informationsrechte auf die

⁴⁹¹ Pentz, in: FS Ulmer (2003), S. 475

Ausgangsgesellschaft zu gewinnen. Der Change of Control kann auch mit einem einfachen, regelmäßigen Investment eines Dritten oder der Versilberung der Anteile des beherrschenden Gesellschafters einhergehen. In diesen Fällen wäre es mit den Interessen und der Stellung des neuen beherrschenden Gesellschafters der Beteiligungsgesellschaft nicht vereinbar, ihn für die gesamte Dauer seiner Mitgliedschaft unter das Damoklesschwert der drohenden Zwangseinziehung zu stellen. Auf diesem Weg könnten die übrigen Gesellschafter ohne weiteres Druck auf den neuen Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft ausüben und ihn stets unter der Drohung einer ansonsten folgenden Zwangseinziehung zum willenslosen Werkzeug ihrer Interessen machen.⁴⁹²

Aus diesem Grund sollte die Möglichkeit zur Zwangseinziehung durch die Gesellschafterversammlung der vinkulierten Gesellschaft stets an eine Ausübungsfrist gebunden werden. Droht der Ausgangsgesellschaft und der Erreichung ihres Gesellschaftszwecks durch den Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft Gefahr, so sind sie durch die Möglichkeit der Zwangseinziehung in der Lage, diese Risiken für die Gesellschaft abzuwehren. In diesem Falle ist ohnehin unverzügliches Handeln erforderlich, um die Möglichkeiten des Dritten, mittelbaren Einfluss auf die vinkulierte Gesellschaft auszuüben, so gering wie möglich zu halten. Geht die Gesellschafterversammlung jedoch davon aus, dass der Kontrollwechsel in der Beteiligungsgesellschaft keine Gefahr für ihre Interessen darstellt, und verzichtet sie folglich darauf, einen Amortisationsbeschluss zu fassen, so ist sie nach Ablauf einer gewissen Zeit auch nicht mehr schützenswert.

Um der Gesellschafterversammlung die Möglichkeit zu geben, den neuen, beherrschenden Gesellschafter genau zu überprüfen und seine Absichten zu erforschen, sollte diese Frist jedoch auch nicht zu kurz gewählt werden. In der hier zu entwerfenden erweiterten Vinkulierungsklausel wird im Ausgleich der beiderseitigen Interessen ein Zeitraum von drei Monaten ab Anzeige des Kontrollwechsels oder sonstiger Kenntniserlangung der Ausgangsgesellschaft vom Eintritt des Change of Controls als Ausübungsfrist für die Einziehungsmöglichkeit vorgeschlagen. Dieser Zeitraum erscheint für die Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft als ausreichend, um sich ein Bild vom neuen beherrschenden Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft zu machen und für den neuen Gesellschafter eine erträgliche und absehbare Zeitspanne, in der er mit der Entziehung des Geschäftsanteils der Ausgangsgesellschaft durch diese rechnen muss. Sprechen individuelle Umstände bei der

⁴⁹² Lutter/Grunewald, Gesellschafter als Inhaber, AG 1989, S. 413

Ausgangs- oder Beteiligungsgesellschaft dafür, diese Frist zu verlängern oder zu verkürzen, so kann dies im jeweiligen Gesellschaftsvertrag angepasst und individuell von den Vertragsparteien geregelt werden.

g. Zusammenspiel der Regelungsinstrumente und ihrer Rechtsfolgen

Die Untersuchungen zu den Regelungsinstrumenten und dem Regelungsinhalt haben ergeben, dass im Falle eines Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft letztendlich vier mögliche Regelungsinstrumente infrage kommen: Kommt der betroffene, ehemalige Gesellschafter seiner Anzeigepflicht nicht nach, so enthält die erweiterte Vinkulierungsklausel die Möglichkeit zur sofortigen Zwangseinziehung. Erfüllt der Gesellschafter aber seine Pflicht zur Anzeige bei der vinkulierten Gesellschaft, so bleiben die Möglichkeiten der Abtretungsverpflichtung oder bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung innerhalb einer bestimmten Frist die Zwangseinziehung der streitgegenständlichen Geschäftsanteile durch die Ausgangsgesellschaft. Als letztes und viertes Regelungsinstrument greift schließlich die gesetzlich verankerte Kaduzierung in dem Sonderfall, dass der vinkulierte Geschäftsanteil beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der statuierten Zwangseinziehung nicht vollständig einbezahlt war und die Amortisation aus diesem Grunde nicht zulässig ist.

Die im Gesellschaftsvertrag verankerte Möglichkeit zur sofortigen Einziehung wegen unterlassener Anzeige eines Change of Control-Falles in der Beteiligungsgesellschaft ist bereits von seiner chronologischen Einordnung den übrigen Regelungsinstrumenten vorangestellt. Kommt der betroffene Gesellschafter seiner Anzeigepflicht nach, so kommt dieses Regelungsinstrument von vornherein nicht zum Tragen. Erfüllt er seine im Gesellschaftsvertrag übernommene Pflicht jedoch nicht, so haben die übrigen Gesellschafter der Ausgangsgesellschaft ohne die Einhaltung von Fristen oder die Pflicht, dem Gesellschafter die Gelegenheit zu geben, seinen Anteil an die Gesellschaft abzutreten, die Möglichkeit, mit der sofortigen Zwangseinziehung zu reagieren. Da dies aber nur ein Recht der Ausgangsgesellschaft und keinen Automatismus darstellt, bleibt es letztendlich der Gesellschafterversammlung der Ausgangsgesellschaft überlassen, ob sie einen Beschluss zur sofortigen Einziehung fassen oder ob es in der jeweiligen Situation unter Berücksichtigung aller Schutz- und Gesellschaftsinteressen besser ist, dem Gesellschafter zunächst die

statutarische Möglichkeit zur Erfüllung seiner Abtretungsverpflichtung zu geben und erst dann als ultima ratio von der Zwangseinziehung nach Ablauf der Frist Gebrauch zu machen.

Treten die Voraussetzungen der vorgeschalteten Zwangseinziehungsmöglichkeit nicht ein oder verzichten die Gesellschafter der vinkulierten Gesellschaft aus anderen Gründen auf dieses Regelungsinstrument, so greift die regelmäßige Kombination aus befristeter Abtretungsverpflichtung und der nachgeschalteten Zwangseinziehung, sobald sie durch Anzeige des Gesellschafters oder auf anderen Wegen vom Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft Kenntnis erlangt haben.

Für die Abtretung des Geschäftsanteils an die Ausgangsgesellschaft ist erneut gemäß § 15 III GmbHG ein in notarieller Form geschlossener Vertrag erforderlich, mit dessen Abschluss der Anteil an die vinkulierte Gesellschaft zurückfällt. Da die Eintragung des neuen Gesellschafters ins Handelsregister nach allgemeiner Ansicht lediglich als deklaratorisch anzusehen ist, erfolgt der Rechtsübergang in der Regel direkt mit der Verfügung des Berechtigten, soweit der einschlägige Gesellschaftsvertrag keine anderweitigen Regelungen darüber trifft.⁴⁹³

Die Einziehung des Geschäftsanteils vollzieht sich in der Weise, dass mit Wirksamwerden der Einziehung der Geschäftsanteil des betroffenen Gesellschafters vollständig vernichtet wird. Dabei ist davon auszugehen, dass die Wirkung der Einziehung unabhängig von einer etwaigen Abfindungszahlung sofort nach Fassung und Umsetzung des Einziehungsbeschlusses eintritt, da das Interesse der übrigen Gesellschafter an einer störungsfreien Fortführung der Gesellschaft gegenüber dem Interesse des „Störenfrieds“ am Erhalt einer Abfindung als höherrangig anzusehen ist.⁴⁹⁴ Um etwaige Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, wird jedoch sowohl die Festsetzung des Wirksamkeitszeitpunktes der Einziehung als auch ein Ausschluss des Stimmrechts des betroffenen Gesellschafters Einzug in die erweiterte, hier erarbeitete Vinkulierungsklausel finden.

Als Letzte der vier Regelungsinstrumente bleibt dann noch die Kaduzierung gemäß § 21 GmbHG, die keiner Regelung im Gesellschaftsvertrag bedarf und aufgrund ihrer Voraussetzungen nur dann greift, wenn der problematische Geschäftsanteil nicht voll

⁴⁹³ Wiedemann, Die Übertragung, S. 46

⁴⁹⁴ Pentz, in: FS Ulmer (2003), S. 475; a. A. die sogenannte „Bedingungslösung“, die die Wirksamkeit der Einziehung von der Zahlung einer angemessenen Abfindung abhängig machen will. Detaillierte Darstellung des Streitstandes und Stellungnahme dazu in Pentz, in: FS Ulmer (2003), S. 451 ff.

einbezahlt wurde. In diesem Sonderfall kann eine Zwangseinziehung wegen des Grundsatzes der Kapitalerhaltung nach §§ 34 III, 30 I GmbHG weder bei Verletzung der Anzeige- noch wegen Unterlassung der Abtretungspflicht erfolgen. Dies bedeutet, dass in dieser besonderen Konstellation allein die schwer durchsetzbare Abtretungsverpflichtung als einziges der statutarischen Regelungsinstrumente verbleibt. Kommt der Gesellschafter dieser Pflicht jedoch nicht nach, so kann ihn die vinkulierte Gesellschaft aufgrund der gesetzlichen Kaduzierungsvorschriften innerhalb eines Monats (§ 21 I 3 GmbHG) auch ohne gesellschaftsvertraglicher Regelung von der Gesellschaft ausschließen.

Während die Abtretungsverpflichtung also je nach Sachlage sowohl mit der Amortisation als auch mit der Kaduzierung sanktioniert werden kann, schließen sich die Anwendungsbereiche der gesellschaftsvertraglich geregelten Zwangseinziehung und der des gesetzlich normierten Ausschlusses aus der Gesellschaft stets gegenseitig aus.

h. Entschädigung

In den vorangegangenen Prüfungspunkten wurde in Teilen bereits auf die Entschädigung des von den Regelungsinstrumenten betroffenen Gesellschafters eingegangen. Dabei wurden bereits folgende Feststellungen getroffen: Die Zwangseinziehung kann im Gegensatz zur zustimmungspflichtigen Einziehung auch unter Ausschluss sämtlicher infrage kommender Entschädigungsansprüche vereinbart werden. Darüber hinaus wurde bereits festgestellt, dass die Wirksamkeit der Einziehung grundsätzlich nicht von der Zahlung einer angemessenen Entschädigung durch die einziehende Gesellschaft abhängt.

Angesichts der Tatsache, dass der betroffene Gesellschafter bei allen vier möglichen Regelungsinstrumenten jedoch vollständig und unwiderruflich seinen Geschäftsanteil verliert, der als gesellschaftsrechtliche Mitgliedschaft unter anderem auch den Kapitalwert seiner Einlage widerspiegelt, scheint es aus Gerechtigkeits- und Rechtsfriedensgründen doch erforderlich, eine Entschädigungsregelung für den betroffenen Gesellschafter in das Statut der vinkulierten Gesellschaft mit aufzunehmen.

Entziehungs- und Ausschließungsgründe finden sich in einem Gesellschaftsvertrag jedoch nicht nur in den Vinkulierungs- und Change of Control-Klauseln, sondern es werden in der Regel auch weitere problematische Situationen in der Gesellschaft durch diese Instrumente geregelt. Aus diesem Grund ist es auch nicht sinnvoll, die Entschädigungsvereinbarung direkt in die erweiterte Vinkulierungsklausel mit einzubinden, sondern es bietet sich vielmehr an,

eine eigene, selbstständige Entschädigungsklausel zu statuieren, auf die dann alle anderen Ausschlussklauseln verweisen können. Zum möglichen Inhalt dieser eigenständigen Entschädigungsregelung sei eines noch kurz angemerkt: Unabhängig davon, auf welches Verfahren man sich für die Bestimmung der Höhe der Entschädigung einigt, zum Beispiel durch ein Gutachten über den Wert des Geschäftsanteils durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer, so ist es nach Auffassung des Verfassers dieser Arbeit doch ratsam, eine gewisse Staffelung für die unterschiedlichen Regelungsinstrumente zu installieren. Wenn rechtlich der komplette Ausschluss der Entschädigung des betroffenen Gesellschafters möglich ist, so muss doch erst recht deren gesellschaftsvertragliche Verringerung um einen bestimmten Prozentsatz zulässig sein.

Letztendlich wird der hier vorgeschlagene Inhalt der Entschädigungsklausel derart ausgestaltet sein, dass die Entgeltklausel für die Abtretung vom Betrag her höher anzusetzen ist als die Abfindungsklausel für die Einziehung. Dies könnte so gestaffelt werden, dass bei einer Abtretung der volle ermittelte Wert des Geschäftsanteils als Entgelt für den abgetretenen Anteil zu zahlen ist, während bei der Abfindung nur beispielsweise 75% des tatsächlichen Wertes des eingezogenen Geschäftsanteils zu leisten wäre. Auf diese Weise könnte ein weiterer Anreiz für den betroffenen Gesellschafter geschaffen werden, seiner vertraglichen Abtretungsverpflichtung nachzukommen und nicht den für beide Seiten unangenehmeren Weg der Einziehung einzuschlagen. Betrachtet man die Vorteile, die eine Abtretung im Gegensatz zur Einziehung und Vernichtung des Anteils auch für die Gesellschaft mit sich bringt, so könnte auch darüber nachgedacht werden, die prozentuale Entschädigung für die Einziehung noch weiter herabzusetzen oder gar für die Erfüllung der Abtretungsverpflichtung eine Art Prämie zu zahlen. Letztendlich entscheidet die Ausstattung und der Aufbau der jeweiligen Gesellschaft darüber, wie schwer das Interesse an der Erhaltung der einzelnen Geschäftsanteile für die Gesellschaft wiegt und wie weit die Gesellschafter gehen wollen, um eine Vernichtung von Mitgliedschaften und deren negative Folgen zu vermeiden.

3. Regelungsvarianten bei der Aktiengesellschaft

Obwohl beide Gesellschaftsformen der Gattung der Kapitalgesellschaften angehören, bestehen doch sowohl in ihrer gesellschaftsrechtlichen Konzeption als auch bei den Möglichkeiten der Vinkulierung erhebliche Unterschiede zwischen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Aktiengesellschaft ist in der Regel rein

kapitalistisch strukturiert und ihre Aktien werden als Inhaberpapiere nach § 929 BGB durch Einigung und Übergabe übereignet. Grundsätzlich passt diese einfache Übereignungsform für die Aktiengesellschaft sehr gut, da es beispielsweise für eine AG mit börsennotierten Aktien meist irrelevant sein wird, wer diese Aktien erwirbt und dieser Erwerb meist auch anonymisiert erfolgt.⁴⁹⁵ Es soll jedoch nicht der Anschein erweckt werden, alle Aktiengesellschaften hätten grundsätzlich kein Interesse daran zu überprüfen, wer Inhaber ihrer Aktien wird. In der Praxis gibt es durchaus auch Familiengesellschaften oder Mitunternehmergemeinschaften die für sich die Rechtsform der Aktiengesellschaft gewählt haben und denen durchaus sehr viel daran liegt, den Kreis der Aktieninhaber zu kontrollieren oder gegebenenfalls sogar nach außen abzusichern. Aus diesem Grunde sieht das Gesetz in der Regelung des § 68 II 1 AktG grundsätzlich die Möglichkeit der Vinkulierung von Namensaktien vor.

Es gibt Autoren, die die Gefahr eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft bei der Aktiengesellschaft deshalb als problemlos einstufen, da selbst der Mehrheitsaktionär unter rechtlichen Gesichtspunkten kaum Einfluss auf die Vorstandsentscheidungen nehmen könne. Aus diesem Grund könne auch der Erwerber der Beteiligungsgesellschaft keinen Einfluss auf die Willensbildung der Geschäftsführungsorgane der AG nehmen, da diese nicht wie die Geschäftsführer einer GmbH Weisungen von der Gesellschafterversammlung und damit von den Anteilseignern erteilt bekommen können.⁴⁹⁶ Richtig ist, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht wie der Geschäftsführer einer GmbH der Weisungsgebundenheit gegenüber den Gesellschaftern unterliegt (vgl. § 76 I AktG). Vielmehr sollte auf den Wechsel im Management der AG abgestellt werden, da dies trotz Beibehaltung der Gesellschafter gravierendere Auswirkungen haben kann als der Gesellschafterwechsel selbst.⁴⁹⁷

Dem ist nicht zu folgen: Zwar mag es aus rechtlicher Sicht korrekt sein, dass in einer stark kapitalistisch geprägten Aktiengesellschaft der Einfluss einzelner Inhaber von Aktien eher als gering einzustufen ist. Dies kann jedoch nicht für die Inhaber von großen Aktienpaketen bei den hier behandelten, personalistisch geprägten Aktiengesellschaften mit einer dafür typischen geringen Anzahl von Aktionären gelten. Vor allem in diesem Fall kann ein starker Aktionär, sei es unmittelbar als Inhaber der Aktien oder mittelbar über eine Beteiligungsgesellschaft, durchaus gewichtigen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben.

⁴⁹⁵ Lutter/Grunewald, Zur Umgehung, AG 1989, S. 109

⁴⁹⁶ Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft, S. 144

⁴⁹⁷ Loritz, NZG 2007, S. 366

Gemäß § 118 I 1 AktG üben die Aktionäre ihre Rechte in der Hauptversammlung aus, die nach § 119 I Nr. 1 AktG die Mitglieder des Aufsichtsrates bestellt, der wiederum laut § 84 I 1 AktG die Vorstandsmitglieder bestimmt. Diese leiten die Gesellschaft und vertreten sie gemäß §§ 76 I, 78 I AktG auch nach außen. Es wäre doch naiv anzunehmen, dass die Geschäftsführungsorgane völlig frei vom Willen des Aktionärs wären, der durch seine Macht in der Hauptversammlung diejenigen Personen auswählen kann, die dann wiederum über den Verbleib oder den persönlichen Aufstieg der einzelnen Vorstandsmitglieder entscheiden. Zwar kann Asmus insoweit gefolgt werden, dass eine direkte, verbindliche Einflussnahme der Aktionäre auf die Geschäftsführung im Gesetz zwar nicht vorgesehen ist, in der Praxis ist der wirtschaftliche und persönliche Einfluss eines starken oder gar beherrschenden Aktionärs jedoch nicht von der Hand zu weisen. Soweit es die Normen des Aktienrechts also zulassen, muss auch hier versucht werden, insbesondere bei Aktiengesellschaften mit personalistischem Einschlag, den Kreis der Aktionäre zu schützen und die Einflussnahme im Wege eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft zu verhindern.

a. Schuldrechtliche Vereinbarungen

Die rechtsformspezifische Einordnung der GmbH zwischen kapitalistischer AG und den Personenhandelsgesellschaften begründet einen markanten Unterschied der verschiedenen gesetzlichen Vinkulierungsregularien zwischen GmbH und AG.⁴⁹⁸

Die Regelung des § 68 II 1 AktG, die auf den ersten Blick der Vinkulierungsmöglichkeit bei der GmbH in § 15 V GmbHG ähnelt, ist mit den mannigfaltigen Regelungsvarianten bei der Vinkulierung von Geschäftsanteilen einer GmbH jedoch nicht zu vergleichen: Vinkulierbar sind nur Namensaktien, Inhaberaktien sind von dieser Beschränkung der dinglichen Verfügbarkeit von vornherein ausgenommen. Darüber hinaus kann die Übertragung von Namensaktien allein an die Zustimmung von in § 68 II 3, 4 AktG genannten Organen der Gesellschaft gebunden werden. Dies bedeutet zum einen, dass keinem anderen Organen als den dort genannten die Zuständigkeit zur Erteilung der Zustimmung zugeordnet werden kann, vor allem lässt sich daraus jedoch schließen, dass die Übereignung von Namensaktien ausschließlich an die Zustimmung der Organe gebunden werden kann. Die inhaltsoffene Aufstellung weiterer Voraussetzungen für die Übertragung der Aktien, wie es bei der GmbH mit dinglicher Wirkung für die Geschäftsanteile möglich ist, erlaubt die engere Formulierung

⁴⁹⁸ Omlor, Verkehrsschutz, S. 75

von § 68 II 1 AktG nicht. Die Satzung der Aktiengesellschaften kann insbesondere auch keine dinglich wirkenden Vorkaufsrechte, sonstige Erwerbsrechte oder Andienungspflichten anordnen, sondern allein schuldrechtlich wirkende Verfügungsbeschränkungen festsetzen.⁴⁹⁹

Für den in dieser Arbeit thematisierten Fall des Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft ergeben sich hieraus jedoch geringere Unterschiede zur GmbH als zunächst erwartet. Zwar kann die Übertragung von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag der jeweiligen GmbH mit dinglicher Wirkung nach § 15 V GmbHG an weitere Voraussetzungen geknüpft werden, die Erstreckung dieser Bindungswirkung auf Anteile der Beteiligungsgesellschaft zur Vermeidung eines Change of Controls ist jedoch wegen § 137 S. 1 BGB nicht möglich. Wie die vorangegangenen Untersuchungen ergeben haben, musste hierbei ebenfalls auf rein schuldrechtlich wirkende Regelungsinstrumente zurückgegriffen werden. Aus diesem Grund ergeben sich für die präventive Regelung eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft für die Aktiengesellschaft ähnliche Vorzeichen als sie bereits bei der GmbH behandelt wurden. In vielen Punkten wird es deshalb bei der Entwicklung einer durch eine Change of Control – Klausel erweiterten Vinkulierung für den Gesellschaftsvertrag einer Aktiengesellschaft möglich sein, auf die Ausführungen zur GmbH zu verweisen.

Über die Erteilung oder Versagung der Zustimmung entscheidet bei der AG nach § 68 II 2, 3 AktG grundsätzlich der Vorstand. Um die unmittelbaren Einflussnahmemöglichkeiten der Aktionäre als Gesellschafter zu stärken, empfiehlt es sich jedoch, von der gesetzlichen Regelungsmöglichkeit des § 68 II 3 AktG Gebrauch zu machen und die Entscheidungszuständigkeit über die Erteilung der Zustimmung der Hauptversammlung statutarisch zu übertragen. Die in § 131 I AktG geforderte einfache Stimmenmehrheit sollte dabei aus den bei der GmbH erörterten Gründen gesellschaftsvertraglich auf eine $\frac{3}{4}$ -Stimmenmehrheit erhöht werden. Angesichts der Tatsache, dass es auch hier Meinungsverschiedenheiten über das Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters gibt,⁵⁰⁰ sollte die Klausel auch eine ausdrückliche Regelung zur Einräumung des Stimmrechts beinhalten.

⁴⁹⁹ Reiß, Die Besetzung, S. 151; Baumann/Reiß, ZGR 1989, S. 181; Westermann/Klingberg, in: FS Quack (1991), S. 551; Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 16; Wiedemann, Die Übertragung, S. 87

⁵⁰⁰ Bejahend Wieneke, in: Bürgers/Körber, AktG, § 68 Rn. 20 m. w. N.

b. Übereignungspflicht und Zwangseinziehung nach § 237 AktG

Auf einen erneuten Vergleich aller denkbaren schuldrechtlichen Regelungsinstrumente kann mit Verweis auf die bei der GmbH vorgenommene Prüfung verzichtet werden. Da die erfolgte Untersuchung ergeben hat, dass die Kombination aus Abtretungsverpflichtung und Zwangseinziehung den effektivsten und gleichzeitig umfassendsten Schutz des Gesellschafterkreises bei der GmbH gewährleistet, soll auch bei der Aktiengesellschaft auf das Zusammenspiel dieser beiden Regelungsinstrumente zurückgegriffen werden. Angesichts der Unterschiede der beiden Gesellschaftsformen, beispielsweise bei der Übertragung ihrer Anteile, muss die GmbH-Klausel für den Einsatz im Gesellschaftsvertrag jedoch dementsprechend angepasst werden.

Da die Namensaktien einer Aktiengesellschaft nicht allein durch Abtretung, sondern entweder durch Abtretung nach §§ 398, 413 BGB und Übergabe der Aktienurkunde (§ 952 BGB)⁵⁰¹ oder durch Indossament zusammen mit der Einigung und Übergabe der Urkunde übereignet werden,⁵⁰² ist es erforderlich in der Vinkulierungsklausel nicht von Abtretung, sondern von Übereignung der Aktien zu sprechen, um beide Übertragungswege der Regelungswirkung zu unterwerfen. Möchte man darüber hinaus auch dingliche Belastungen mit der Vinkulierung erfassen, so empfiehlt es sich, ähnlich wie bei der GmbH, allgemein auf die „Verfügung“ über die Aktien abzustellen.⁵⁰³ Die Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern wird aus den gleichen Gründen auch keine Abtretungsverpflichtung, sondern eine Übereignungspflicht zum Gegenstand haben.

Die Zwangseinziehung, die hier beim Vorliegen eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft und im Anschluss an die Verletzung der Übereignungspflicht greifen soll, ist im Aktienrecht in § 237 I AktG geregelt und bedarf für ihre Wirksamkeit ähnlich wie bei der GmbH einer Verankerung dieser Zwangseinziehungsmöglichkeit im Statut der Gesellschaft vor Übernahme oder Zeichnung der Aktien. An der Möglichkeit, diese schuldrechtlich wirkenden Sanktionen für den Fall des unerwünschten Rechtsübergangs oder

⁵⁰¹ Deshalb spricht § 68 I AktG davon, dass Namensaktien „auch“ durch Indossament übertragen werden können.

⁵⁰² Friedrichsen/Kollmorgen, in: David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/Teichmann, Gesellschaftsrecht, S. 391; Memento, Gesellschaftsrecht für die Praxis, Nr. 4348

⁵⁰³ Wieneke, in: Bürgers/Körber, AktG, § 68 Rn. 17

anderer gesellschaftsschädigender Vorgänge im Gesellschaftsvertrag zu statuieren, bestehen in der Rechtslehre keine Bedenken.⁵⁰⁴

c. Definition des Kontrollwechsels

Eine beherrschende Stellung in einer Aktiengesellschaft liegt grundsätzlich dann vor, wenn ein Aktionär die Mehrheit der Stimmrechte besitzt und deshalb in der Hauptversammlung entscheidenden Einfluss nehmen kann.⁵⁰⁵ Allerdings reicht eine Beteiligung von 50% oder weniger auch dann zur Annahme einer beherrschenden Stellung aus, wenn weitere Umstände hinzutreten, die eine beherrschende Stellung vermitteln.⁵⁰⁶

Fraglich ist jedoch nicht, wann bei einer Aktiengesellschaft von einer beherrschenden Stellung eines Aktionärs auszugehen ist, sondern vielmehr worauf abzustellen ist, um das tatsächliche Vorliegen eines Change of Controls als tatbestandsauslösendes Moment der gesellschaftsvertraglichen Sanktionsmöglichkeiten zu beschreiben. Um die Feststellung eines Kontrollwechsels zu erleichtern, empfiehlt es sich, an eine gesetzliche Mitteilungs- oder Anzeigepflicht des Aktien- und Wertpapierrechtes anzuknüpfen.⁵⁰⁷ Hierfür kommen insbesondere folgende gesetzliche Regelungen infrage:

Gemäß § 20 I 1 AktG muss ein Unternehmen der Gesellschaft unverzüglich mitteilen, sobald es mehr als 25% der Aktien dieser Gesellschaft besitzt. Dabei ist für die Feststellung, ob sie mehr als 25% der Aktien besitzt, nach der Regelung des § 16 II 1, IV AktG zu verfahren (§ 20 I 2 AktG). Diese Normen regeln, welche Aktien als zu einem Unternehmen gehörend anzusehen sind und in welchem Verhältnis diese zum Gesamtvolumen der Aktien der Gesellschaft stehen. Zwar ist das Anknüpfen des Tatbestandes der Change of Control-Klausel an diese Mitteilungspflicht nicht sinnvoll, da schließlich 25% der Anteile lediglich eine Sperrminorität darstellen und keine positive Gestaltung der Tätigkeit der Beteiligungsgesellschaft ermöglichen.⁵⁰⁸ Der in § 20 I 2 AktG enthaltene Verweis auf § 16 II 1, IV AktG erscheint jedoch auch für die hier zu entwickelnde erweiterte Vinkulierungsklausel als sinnvoll. Da die für die GmbH entwickelte erweiterte Vinkulierungsklausel in weiten Teilen auch für die Aktiengesellschaft übernommen werden

⁵⁰⁴ Wiesner, in: Münch. Hdb. AG, § 14 Rn. 16

⁵⁰⁵ BFH, BStBl. II 1986, S. 195

⁵⁰⁶ Gerdel/Hille, in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, Kap. 18 Rn. 104

⁵⁰⁷ Dreher, AG 2002, S. 218

⁵⁰⁸ Dreher, AG 2002, S. 218

kann und diese sowohl beim Regelbeispiel für die beherrschende Stellung des Gesellschafters als auch bei der Vermutung des Eintritts eines Change of Controls auf die Mehrheit der Anteile und Stimmrechte abstellt, kann diese gesetzliche Regelung auch hier genutzt werden. Sie bestimmt in § 16 II AktG welcher Teil der Anteile im Verhältnis zum Gesamtvolumen dem Gesellschafter gehört. § 16 III AktG trifft eine ähnliche Anordnung für die Stimmrechte in der Gesellschaft, während § 16 IV AktG die Zusammenrechnung der Anteile bei weiterer Unterbeteiligung regelt. Die Definition der Mehrheitsbeteiligung in § 16 AktG passt grundsätzlich auch für die Beteiligung eines Unternehmens an einer GmbH, auch wenn aufgrund der weitergehenden Satzungsautonomie der Gesellschafter (§ 45 GmbHG) häufiger Abweichungen zwischen der Anteils- und der Stimmenmehrheit auftreten als dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist.⁵⁰⁹ Angesichts dieser umfassenden gesetzlichen Bestimmungen bedarf es keiner weiteren individuellen Verfahrensbestimmungen bezüglich dieser Problematik im Statut der Gesellschaft. Vielmehr genügt es, die erweiterte Vinkulierungsklausel sowohl für die Aktiengesellschaft als auch für die GmbH mit einem Verweis auf die (analoge) Anwendbarkeit dieser Norm zu versehen.

Ein weiterer gesetzlicher Anknüpfungspunkt für das Vorliegen eines Change of Controls bei der Aktiengesellschaft könnte die Mitteilungspflichten des § 21 I 1 WpHG darstellen. Dieser sieht beim Erwerb von Anteilen, die die Grenzen von 3, 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50 oder 75% der Stimmrechte einer Gesellschaft übersteigen, eine Meldepflicht bei der betroffenen Gesellschaft vor. Da regelmäßig die Inhaberschaft von 50% der Stimmrechte die beherrschende Einflussnahmemöglichkeit mit sich bringt, kommt für die Anknüpfung der erweiterten Vinkulierungsklausel allein diese Konstellation infrage. Die breite Fächerung dieser Norm von 3–75% und deren Einschlägigkeit sowohl bei der Über- als auch bei der Unterschreitung dieser Grenzen dürften bei der Verwendung dieses Anknüpfungspunktes in der Praxis für große Verwirrungen sorgen. Insbesondere den Gesellschaftern als Klauselanwender, die meist keine juristische Ausbildung durchlaufen haben, könnte der weite Anwendungsbereich von § 21 I WpHG Schwierigkeiten bereiten. Zugunsten einer besseren Praktikabilität der Vinkulierungsklausel wird auf die Anknüpfung an diese Mitteilungspflicht folglich verzichtet.

Wesentlich besser hierfür geeignet erscheint dabei die Mitteilungspflicht des § 20 IV AktG, der einem Unternehmen dann eine Mitteilungspflicht auferlegt, sobald es eine

⁵⁰⁹ Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 16 Rn. 5

Mehrheitsbeteiligung nach § 16 I AktG an der betroffenen Gesellschaft besitzt. Diese Mehrheitsbeteiligung stellt dabei darauf ab, wer die Mehrheit der Anteile an der Gesellschaft besitzt bzw. wem die Mehrheit der Stimmrechte in der Gesellschaft zusteht. Diese Mitteilungspflicht greift exakt die Merkmale auf, die dem Inhaber dieser Rechte in der Regel einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft einräumen. Geht man also davon aus, dass ein Change of Control dann gegeben sein soll, wenn die Voraussetzungen für die Mitteilungspflicht nach § 20 IV AktG vorliegen, und bezieht man sich für den Zeitpunkt des Kontrollwechsels gegenüber der Gesellschaft auf den Eingang dieser Mitteilung, so ist sichergestellt, dass der Eintritt eines Change of Controls in der erweiterten Vinkulierungsklausel ausreichend bestimmt ist. Um wirklich alle Fälle des Change of Controls zu erfassen, bleibt noch anzumerken, dass § 16 I AktG deshalb entsprechend anzuwenden ist, da nicht nur die Mehrheitsbeteiligung eines Unternehmens, sondern auch die einer beliebigen dritten Person die Mitteilungspflicht des § 20 IV AktG auslösen soll. Für die Schutzinteressen der Gesellschafter der vinkulierten Aktiengesellschaft kann es nämlich keinen Unterschied darstellen, ob ein Unternehmen oder eine natürliche Person seinen bzw. ihren mittelbaren Einfluss geltend zu machen versucht, sodass die gesetzliche Anknüpfung dahingehend zu ergänzen ist.

Die Entwicklung der erweiterten Vinkulierungsklausel für die Aktiengesellschaft hat gezeigt, dass hierbei zwar in großen Teilen auf die Klausel für die GmbH zurückgegriffen werden kann, gewisse Bezeichnungen und Anknüpfungspunkte jedoch an die Besonderheiten dieser weitestgehend kapitalistisch gefassten Gesellschaftsform angepasst werden müssen. Letztendlich lässt sich jedoch ebenso für die Aktiengesellschaft festhalten, dass ein ausreichender Schutz des Gesellschafterkreises auch hier trotz der Aufnahme einer Beteiligungsgesellschaft durchaus möglich ist, wenn dies aufgrund der besonderen persönlichen Ausrichtung einer AG erforderlich sein sollte.

II. Vererblichkeitsbeschränkungen

Zu bedenken ist jedoch darüber hinaus, dass ein Wechsel in der personellen Zusammensetzung der Beteiligungsgesellschaft und damit in den Machtstrukturen des Gesellschafters der vinkulierten Gesellschaft nicht nur durch eine Verfügung des bisherigen beherrschenden Gesellschafters über seine Anteile erfolgen kann. Vielmehr muss auch bedacht werden, dass durch das Versterben des bisherigen Gesellschafters seine Erben die

Kontrolle in der Beteiligungsgesellschaft im Wege der erbrechtlichen Universalsukzession gemäß § 1922 I BGB übernehmen können.

Die in dieser Arbeit durchgeführten Untersuchungen über die Regelbarkeit von Vererblichkeitsbeschränkungen bezüglich vinkulierter Geschäftsanteile haben gezeigt, dass es trotz der grundsätzlichen Unbeschränkbarkeit der freien Vererblichkeit von Geschäftsanteilen schuldrechtlich durchaus möglich ist, im Rahmen von Nachfolgeklauseln über Abtretungsverpflichtungen und Einziehungsmöglichkeiten Einfluss auf den Verbleib des Geschäftsanteils zu nehmen und damit eine Auswahl der neuen Mitgesellschafter zu treffen.

Darüber hinaus ergab die Prüfung bezüglich der Reichweite von gesellschaftsvertraglichen Vererblichkeitsbeschränkungen bei Beteiligungsgesellschaften aber auch, dass sämtliche Nachfolgeklauseln dann fehlgehen, wenn der Erblasser seinen Anteil bereits vor seinem Tod auf eine Beteiligungsgesellschaft übertragen hat. In diesem Fall greifen sämtliche Reglementierungen der Ausgangsgesellschaft nämlich nicht, da dabei nicht die vinkulierten Anteile der Ausgangsgesellschaft vererbt werden, sondern alleine die grundsätzlich in ihrer Vererblichkeit nicht beschränkbar Geschäftsanteile der Beteiligungsgesellschaft. Aus der Sicht der vinkulierten Gesellschaft kann bei der nachträglichen Zwischenschaltung einer Beteiligungsgesellschaft der Tatbestand einer einfachen Nachfolgeklausel gar nicht mehr eintreten, da eine Gesellschaft als Gesellschafterin nicht auf natürlichem Wege sterben und deshalb auch kein Erblasser sein kann.

Ähnlich wie die einfache Vinkulierung gelangt auch die Vererblichkeitsbeschränkung der Geschäftsanteile dann an die Grenzen ihrer Regelungswirkung, wenn anstelle des ursprünglichen, natürlichen Gesellschafters eine Beteiligungsgesellschaft in den Kreis der Gesellschafter eintritt. Da daraus jedoch für die Gesellschaft die gleichen Gefahren resultieren können und die übrigen Gesellschafter auf diese Weise die Kontrolle über den mittelbaren Zutritt Dritter in den Gesellschafterkreis verlieren würden, ist es auch hier unbedingt erforderlich weiterreichende Regelungen zum Schutz der vinkulierten Gesellschaft zu treffen und die einfachen Vererblichkeitsbeschränkungen für den Fall eines erbrechtlich bedingten Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft zu verstärken. Die erweiterte Vinkulierungsklausel, die in ihrem Tatbestand vom Wegfall der beherrschenden Stellung in der Beteiligungsgesellschaft spricht, kann in diesem Fall nicht angewandt werden, da diese Regelung unabhängig davon, ob eine Nachfolge durch die jeweiligen Erben von den übrigen Mitgesellschaftern gewünscht wäre oder nicht, stets zur Abtretungsverpflichtung des

Gesellschaftern führen würde. Die Vererbung der Anteile an bestimmte Nachkommen ist von den übrigen Gesellschaftern jedoch sowohl zur Rekrutierung neuer Führungskräfte als auch zum Erhalt des Kapitals in der Gesellschaft ausdrücklich erwünscht und soll nicht von vornherein durch eine Abtretungsverpflichtung generell untergraben werden. Im Folgenden soll nun eine Change of Control-Klausel für den Fall des Versterbens des beherrschenden Gesellschaftern in der Beteiligungsgesellschaft entwickelt werden, da nur auf diese Weise sowohl das Interesse des Gesellschaftern an der Übertragung des Anteils auf eine Beteiligungsgesellschaft als auch das Interesse der Gesellschafter an der Kontrolle der Einflussnahme auf den Gesellschafterkreis auch gegenüber potentiellen Erben in Einklang gebracht werden kann.

1. Regelungsinstrumente

Sowohl die Untersuchungen zur Nachfolgeklausel als auch die Herausarbeitung der effektivsten Regelungsinstrumente für die erweiterte Vinkulierungsklausel haben gezeigt, dass die Kombination zwischen Abtretungsverpflichtung und Zwangseinziehung als Sanktionierungsmöglichkeit letztendlich die beste und interessengerechteste Lösung zur Regelung der hier behandelten Problemstellungen darstellt. Da sich die erweiterte Nachfolgeklausel als Vererblichkeitsbeschränkung von der erweiterten Vinkulierungsklausel in erster Linie nur im Übertragungsvorgang der Anteile der Beteiligungsgesellschaft unterscheidet, ansonsten jedoch das Interesse am Schutz des Gesellschafterkreises in Verbindung mit der gewollten Übertragbarkeit der Anteile an eine Beteiligungsgesellschaft beiden Konstellationen gemein ist, ist eine erneute Gewichtung aller denkbaren Regelungsinstrumente nicht erforderlich. Angesichts der Tatsache, dass in beiden Fällen den Gesellschaftern der Ausgangsgesellschaft zwar daran liegt, die Übertragung der Geschäftsanteile an eine Beteiligungsgesellschaft zu erlauben, im Gegenzug aber die dadurch entstehende latente Gefahr einer mittelbaren Beeinflussung durch einen Change of Control um nahezu jeden Preis vermieden werden soll, dienen beide Klauseln letztendlich der präventiven Regelung der gleichen Gefährdungslage.

Ausgangspunkt der erweiterten Nachfolgeklausel wird folglich die einfache Nachfolgeklausel sein, die durch die Regelungsmechanismen einer Change of Control-Klausel zu ergänzen ist. Selbstverständlich werden bei der erbrechtlichen Vereinbarung gewisse Feinheiten zu berücksichtigen sein, die eine Modifikation der bisher vorgestellten Change of Control-

Klausel erfordern. Das Ergebnis dieser Untersuchung wird dann in der Lage sein, auch bei einem erbrechtlich bedingten Change of Control in der Beteiligungsklausel die Gefahren der mittelbaren Einflussnahme unerwünschter Dritter auf die vinkulierte Gesellschaft bereits im Voraus abzuwehren. Am bewährten Regelungsinstrument der vorgeschalteten Abtretungsverpflichtung in Verbindung mit der Möglichkeit der Zwangseinziehung bei Verletzung dieser Pflicht als Sanktions- und Absicherungsinstrument wird, inklusive der Anzeigepflichten der Beteiligungsgesellschaft und der Ausübungsfristen der vinkulierten Ausgangsgesellschaft, auch bei der erweiterten Nachfolgeklausel festzuhalten sein.

2. Regelungsinhalt

Ein gewisser Modifikationsbedarf der Change of Control-Klausel bei der erweiterten Vinkulierungsklausel im Bezug auf die erweiterte Nachfolgeklausel besteht jedoch beim Regelungsinhalt der hier zu entwickelnden Klausel. Vereinbarungen zur Übertragbarkeit der Anteile an eine beherrschte Beteiligungsgesellschaft sind jedoch bereits Regelungsgegenstand der erweiterten Vinkulierungsklausel und bedürfen angesichts der Tatsache, dass die ersten Unterschiede dieser beiden Konstellationen erst mit Übergang der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft auftreten, hier keiner weiteren Vereinbarung. Regelungsbedürftig hingegen ist der Tatbestand der erweiterten Nachfolgeklausel, da dieser mangels rechtsgeschäftlichem Handeln nicht wie die erweiterte Vinkulierung an eine Verfügung über die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft anknüpfen kann.

a. Tatbestand der Change of Control-Klausel

Die erweiterte Nachfolgeklausel soll im Ergebnis immer dann eingreifen, wenn der bis dato beherrschende Gesellschafter seinen beherrschenden Einfluss auf die Beteiligungsgesellschaft verliert. Während dies bei der Übertragung der Anteile aufgrund der zahlreichen Übertragungswege und begleitenden Vereinbarungsmöglichkeiten einer generellen und weit fassenden Formulierung bedarf, führt der erbrechtliche, gesetzlich vorgegebene Übergang der Anteile im Wege der Universalsukzession nach § 1922 I BGB dazu, dass die Anteile nur einen Übertragungsweg nehmen können. Stirbt der beherrschende Gesellschafter, so gehen alle seine Anteile an der Beteiligungsgesellschaft automatisch auf seine gesetzlichen oder durch Verfügung von Todes wegen bestimmten Erben über. Da das Versterben des Gesellschafters stets und zwingend den sofortigen Übergang des Geschäftsanteils auf die

Erben zur Folge hat, kann als ausschlaggebendes Moment, das den Verlust der beherrschenden Stellung des Gesellschafters in der Beteiligungsgesellschaft beschreibt und die mittelbare Einflussnahmemöglichkeit der Erben auf die vinkulierte Gesellschaft auslöst, dabei einfach auf den Tod des beherrschenden Gesellschafters abgestellt werden.

b. Ausnahmeregelung für bestimmte Erben

Wie jedoch bereits erörtert wurde, haben die übrigen Gesellschafter auch ein Interesse daran, dass ein bestimmter Personenkreis als möglicher Nachfolger in die beherrschende Stellung in der Beteiligungsgesellschaft und damit auch als mittelbare Mitglieder der Ausgangsgesellschaft eintreten kann. Würde man bei diesen Nachfolgeklauseln keine Ausnahmeregelungen für bestimmte Erben aufstellen, sondern stets bei jedem Erbfall die Abtretungspflicht und Einziehungsmöglichkeit greifen lassen, so wäre das Ende der Ausgangsgesellschaft spätestens dann besiegelt, wenn keiner der ursprünglichen Gesellschafter mehr am Leben wäre.⁵¹⁰ Die Regelungsinstrumente der Change of Control-Klausel sollen in den Fällen der nach dem Willen der Mitgesellschafter erfolgten Vererbung des Geschäftsanteils folglich nicht greifen, was letztendlich dadurch erreicht werden kann, dass diese Fälle vom Tatbestand der erweiterten Nachfolgeklausel ausgenommen werden. Da die hier vorgeschlagene erweiterte Vinkulierungsklausel bereits dann eine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis zulässt, wenn der Anteil an den jeweiligen Ehegatten oder an die Abkömmlinge des betreffenden Gesellschafters übertragen werden soll, ist es sinnvoll, auch hier eine Ausnahme für genau diese Personengruppen zuzulassen. Wenn es dem Gesellschafter bereits möglich sein soll, jederzeit und ohne die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter seinen Anteil an diese Personen zu übertragen, dann wird das mutmaßliche Interesse der Mitgesellschafter wohl auch dahin gehen, dass diese Familienmitglieder des Gesellschafters im Wege der Erbfolge Einzug in die Gesellschaft finden können.

Darüber hinaus ist eine ganze Reihe von Kriterien denkbar, die bei der Festlegung des nachfolgeberechtigten Personenkreises Berücksichtigung finden können und die über die erweiterte Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag stipuliert werden können. Je nach ihren speziellen Interessen müssen die Gesellschafter für ihre Gesellschaft individuell entscheiden, wie eng oder weit dieser Kreis von nachfolgeberechtigten Personen gefasst werden soll. Dabei sind insbesondere folgende Fragen zu klären:⁵¹¹

⁵¹⁰ Loritz, NZG 2007, S. 364

⁵¹¹ Langner/Heydel, GmbHR 2005, S. 377

Sollten Dritte generell vom Kreis der nachfolgeberechtigten Personen ausgeschlossen werden?

Wie groß darf der Kreis der nachfolgeberechtigten Personen gefasst sein, um eine Zersplitterungsgefahr für den betreffenden Geschäftsanteil zu vermeiden?

Was soll gelten, wenn ein Gesellschafter keine Abkömmlinge hat?

Kann eine Generation übersprungen werden?

Sollen auch andere Kriterien als die Abstammung wie zum Beispiel der Bildungsgrad oder ein bestimmtes Mindestalter Berücksichtigung bei der Auswahl potentieller Erben finden?

Da sich diese Arbeit zum Ziel gesetzt hat, eine erweiterte Klausel mit dem größtmöglichen Schutz der vinkulierten Gesellschaft zu entwickeln, wird die hier vorgeschlagene Klausel keine zusätzlichen Erweiterungen des Kreises der nachfolgeberechtigten Personen vornehmen. Bestimmte personelle oder strukturelle Konstellationen einer Gesellschaft können jedoch dazu führen, dass einzelne Erweiterungen in der Praxis für die jeweilige Gesellschaft sich als durchaus sinnvoll erweisen können. Angesichts der Tatsache, dass im Interesse des größtmöglichen Schutzes eine Vererbung der Anteile allein an Abkömmlinge und den Ehegatten des betroffenen Gesellschafters möglich sein soll, kann bei der Formulierung der Change of Control-Klausel in dieser Hinsicht auf die einfache Nachfolgeklausel verwiesen werden. Gleiches gilt für die Entschädigungsregel, die wie bereits erörtert in einer eigenen Klausel geregelt sein sollte, sodass eine verweisende Regelung in der erweiterten Nachfolgeklausel die erneute Nennung der Abfindungs- und Entschädigungsregelung überflüssig macht.

I. Kommentierte Formulierungsbeispiele der kautelarjuristischen Literatur

Bevor nun als Ergebnis und als eigentliche Essenz dieser Arbeit eigene Musterklauseln für die Vermeidung von Change of Control-Gefahren bei der Übertragung und Vererbung von Gesellschaftsanteilen für den Gesellschafterkreis entwickelt werden sollen, gilt es zunächst einen Blick auf die bestehenden Vorschläge der kautelarjuristischen Literatur zu werfen. Diese Mustervinkulierungsklauseln, wie sie sich in zahlreichen Formularbüchern finden, sollen dabei analysiert und unter dem besonderen Blickwinkel der in dieser Arbeit gefundenen Ergebnisse zur Change of Control-Problematik beleuchtet werden. Dabei soll nicht die Kritik an sich, sondern die Bewertung der bestehenden Musterklauseln als konstruktive Anregungen im Vordergrund stehen.

I. Münchener Vertragshandbuch

Das Münchener Vertragshandbuch schlägt für die Regelung über die Abtretung von Geschäftsanteilen folgende Formulierung vor:

„§ 19 Abtretung von Geschäftsanteilen

Die Abtretung eines Geschäftsanteiles oder eines Teiles eines Geschäftsanteiles bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung aller übrigen Gesellschafter. § 17 Abs. 1 GmbHG bleibt unberührt.“⁵¹²

Es folgen in den §§ 20, 21 und § 24 der Mustersatzung mehrseitige Regelungen über Vorkaufsrechte der Mitgesellschafter, die Einziehung des Geschäftsanteils sowie eine Klausel, die den Mitgesellschaftern dann ein Abtretungsverlangen zuspricht, wenn die Voraussetzungen der Einziehung vorliegen.

Die hier beispielhaft dargestellte Klausel nennt als Tatbestandsvoraussetzung für das Eingreifen des Zustimmungsvorbehaltes die Abtretung eines Geschäftsanteils. Dadurch könnten Probleme entstehen, da sowohl das obligatorische als auch das dingliche Rechtsgeschäft als Abtretung bezeichnet wird. Darüber hinaus wird die Verpfändung oder die Bestellung eines Nießbrauches nicht dem Zustimmungserfordernis unterworfen. Die hier

⁵¹² Meister/Klöcker, in: Münchener Vertragshandbuch, S. 439

entwickelte Klausel wird aus diesen Gründen stets von einer Verfügung über den Geschäftsanteil als tatbestandsauslösendes Moment ausgehen, um nicht nur Abtretungen an sich, sondern auch weitere Belastungen des Geschäftsanteils zu erfassen. Die Gefahren, die sich für den Gesellschafterkreis auch aus der Verpfändung oder der Bestellung eines Nießbrauchs ergeben, wurden in dieser Arbeit bereits unter Gliederungspunkt G.II.4. aufgezeigt.

Die Erweiterung des Tatbestandsmerkmals „Geschäftsanteil“ um die Formulierung „oder eines Teiles eines Geschäftsanteiles“ ist nicht erforderlich und kann deswegen weggelassen werden. Will der Gesellschafter nur einen Teil seines Geschäftsanteils veräußern, so muss er diesen Teil zunächst einmal von seinem Geschäftsanteil abtrennen. Das Ergebnis dieser Trennung ist jedoch nicht der Geschäftsanteil an sich und ein irgendwie gearteter Teil dieses ursprünglichen Geschäftsanteils, sondern zwei selbstständige Geschäftsanteile. Ein Blick auf die gesetzliche Regelung des § 15 II GmbHG zeigt, dass das Gesetz keineswegs davon ausgeht, dass jeder Gesellschafter einen Geschäftsanteil besitzt, dem alle neu erworbenen Anteile anwachsen. Vielmehr geht der Gesetzgeber davon aus, dass jeder Geschäftsanteil seine Selbstständigkeit behält und dieser eigenständig neben dem alten Geschäftsanteil weiter existiert. Sowie ein neu erworbener Geschäftsanteil nicht zum Bestandteil des ursprünglichen Geschäftsanteils wird, so wird auch ein abgetrennter Teil des bestehenden Geschäftsanteils nicht zu einem abhängigen Anhängsel, sondern erlangt eigene Selbstständigkeit. Wird dann über diesen Teil verfügt, so liegt die Abtretung eines Geschäftsanteils an sich vor, die bereits vom einfachen Tatbestandsmerkmal des „Geschäftsanteils“ erfasst wird.

Mit der in dieser Klausel vorgeschlagenen Regelung der Individualvinkulierung erzielt man zwar ein hohes Maß an Sicherheit für den Gesellschafterkreis, diesen Schutz bezahlen die Gesellschafter jedoch mit zahlreichen Nachteilen: Diese Formulierung beinhaltet ein faktisches Vetorecht, dass es selbst kleinsten Minderheiten erlaubt, ihrem Anteil nicht entsprechende, weit reichende Entscheidungen maßgeblich zu beeinflussen. Persönliche oder andere gesellschaftsfremde Motive für die Verweigerung der Zustimmung erlangen dadurch entscheidenden Einfluss. Das Kapital der Gesellschafter würde dadurch stärker gebunden, als es die Sicherheitserwägungen der Mitglieder dieser Gesellschaft rechtfertigen.

Aus diesem Grund sollte besser die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zur Erteilung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung gewählt werden. Diese Regelung bildet ein optimales Gleichgewicht der Sicherheits- und Freiheitsinteressen eines jeden Gesellschafters.

§ 17 GmbHG wurde durch Art. 1 MoMiG mit Wirkung vom 01.11.2008 ersatzlos aufgehoben.

Die vom Münchener Vertragshandbuch vorgeschlagene Formulierung lässt einige Punkte außer Acht: Sie trifft keine Regelungen über die Erteilungszuständigkeit, sagt nichts über das Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters aus und enthält auch keine Entscheidungsfrist für die Erteilung der Zustimmung. Darüber hinaus fehlt es auch an einer Ausnahmeregelung für nahe Angehörige. Die Übertragung seines Anteils an einen seiner Nachkommen will der Gesellschafter jedoch in der Regel nicht von der Zustimmung aller anderen Gesellschafter abhängig machen. Neben dem verwaltungsrechtlichen Aufwand steht vor allem das große Streitpotential einer derartigen Regelung entgegen, dass durch eine konkrete Regelung bereits präventiv vermieden werden könnte.

§ 20 dieses Formulierungsvorschlages räumt den Mitgesellschaftern im Verkaufsfall ein generelles Vorkaufsrecht ein. Die folgenden Paragraphen regeln ein Einziehungsrecht bzw. Abtretungsverlangen für besondere Fälle. Die in dieser Arbeit behandelte Problematik eines Change of Controls in der Beteiligungsgesellschaft bleibt dabei gänzlich außer Acht.

Überträgt bei diesen vertraglichen Regelungen ein Gesellschafter mit Zustimmung der übrigen, meist arglosen Gesellschafter seinen Anteil auf eine Beteiligungsgesellschaft wäre der mittelbaren Einflussnahme durch Dritte über eine Change of Control-Konstellation Tür und Tor geöffnet.

Insoweit weist dieser Formulierungsvorschlag einen nicht unerheblichen Bedarf an ergänzenden Regelungen auf.

II. GmbH-Vertragspraxis

„§ 11 Veräußerungsbeschränkung, Ankaufsrecht

(1) Die Abtretung oder Belastung eines Geschäftsanteils oder eines Teiles desselben bedarf unbeschadet von § 17 GmbHG zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung aller übrigen Gesellschafter.

(2) Vor Abtretung eines Geschäftsanteils gleich aus welchem Rechtsgrund hat der abtretungswillige Gesellschafter den Geschäftsanteil zunächst den übrigen Gesellschaftern schriftlich zum Kauf als gemeinschaftlichen Anteil anzubieten. Die übrigen Gesellschafter oder der einzelne von ihnen, mehrere im Innenverhältnis im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile, können innerhalb von vier Wochen nach Zugang der Mitteilung schriftlich verlangen, dass ihnen der Anteil als gemeinschaftlicher Anteil abgetreten wird. Als Gegenleistung ist der Wert des Anteils zu zahlen, wie er sich aus der Abfindungsregelung dieser Satzung ergibt, und zwar Zug um Zug gegen Abtretung.

(3) Üben die Gesellschafter ihr Ankaufsrecht nicht aus, so haben sie der dann erfolgenden Anteilsveräußerung zuzustimmen, sofern dem nicht wichtige, in der Person des Käufers liegende Gründe entgegenstehen.“⁵¹³

§ 14 dieser Mustersatzung regelt darüber hinaus die Einziehung von Geschäftsanteilen.

Obwohl Langenfeld dem Verwender eine etwas bessere Vinkulierungsklausel als das Münchener Vertragshandbuch an die Hand gibt, reicht auch dieses Muster keinesfalls aus, um den Schutz der Gesellschaft zu garantieren. Zwar weist diese Klausel einen erweiterten Tatbestand auf – schließlich wird hier neben der Abtretung auch die Belastung des Geschäftsanteils mit erfasst – jedoch wird auch hier vom Regelungsinstrument der Individualvinkulierung Gebrauch gemacht. Die Nachteile dieses „Vetorechts“ wurden bereits oben dargestellt. Regelungen über die Erteilungszuständigkeit, Ausübungsfristen oder Ausnahmeregelungen für nahe Angehörige fehlen auch hier gänzlich.

In § 11 Abs. 2 dieser Mustersatzung wird sodann ein Vorerwerbsrecht für die übrigen Gesellschafter statuiert, das es diesen gestattet, den Geschäftsanteil als gemeinschaftlichen Anteil in Anlehnung an § 18 I GmbHG zu erwerben. Der Nachteil dieses generellen Vorerwerbsrechts liegt auf der Hand: Will ein Gesellschafter seinen Anteil an seine Nachkommen weitergeben, so kann er dies zu Lebzeiten allein durch die Abtretung des Geschäftsanteils erreichen. Mangels Ausnahmeregelung in der Vinkulierungsklausel ist dafür die schriftliche Zustimmung aller Mitgesellschafter erforderlich. Außerdem können darüber hinaus die übrigen Gesellschafter von ihrem Vorerwerbsrecht Gebrauch machen und so die Übertragung des Anteils an die Nachkommen verhindern.

⁵¹³ Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, S. 17

Die Überleitung der Mitgliedschaft eines Gesellschafters auf seine Nachkommen ist damit zu Lebzeiten nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich. Auch eine grundsätzlich sinnvolle einfache Konzernklausel enthält dieses Muster nicht.

Wie bei der Mustersatzung im Münchener Vertragshandbuch lassen auch diese Regelungen sowohl in der Vinkulierungs- als auch bei der Einziehungsklausel jegliche Berücksichtigung von Tochtergesellschaften oder Change of Control-Konstellationen vermissen. Angesichts der in dieser Arbeit gefundenen zahlreichen Motive und Gründe für die Installation derartiger Gesellschafterstrukturen, kann dies nicht nachvollzogen werden. Stellt man folglich an eine Musterklausel den Anspruch neben der Freiheiten der Gesellschafter vor allem auch den Schutz des Gesellschafterkreises zu berücksichtigen, muss die übliche einfache Vinkulierungsklausel um eine Change of Control-Klausel erweitert werden.

III. Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht

„§ 9 Verfügungen über Geschäftsanteile

(1) Jede Verfügung über Geschäftsanteile oder Teile von solchen (insbesondere Übertragungen, Verpfändungen, Nießbrauchsbestellungen) bedarf der schriftlichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung.

(2) Ein Gesellschafter, der seine Geschäftsanteile ganz oder teilweise veräußern will, hat sie zunächst den übrigen Gesellschaftern schriftlich zum Erwerb anzubieten. Hierfür gilt:

(...)

(3) Die Gesellschafterversammlung entscheidet zu Abs. 1 und Abs. 2b) mit einer Mehrheit von 75% der abgegebenen Stimmen unter Ausschluss des verfügungswilligen Gesellschafters.

(4) Die Verfügungsbeschränkung nach Abs. 1 und das Erwerbsrecht nach Abs. 2 gelten nicht für Verfügungen zu Gunsten von anderen Gesellschaftern sowie Ehegatten oder Abkömmlingen von Gesellschaftern“⁵¹⁴

§ 11 dieses Formulierungsvorschlags regelt im Anschluss die Einziehung von Geschäftsanteilen.

⁵¹⁴ Haasen, in: Lorz/Pfisterer/Gerber, Formularbuch, S. 150

Dieser Formulierungsvorschlag stellt eine deutlich genauere und bessere Regelung des Gesellschafterverhältnisses dar, als die beiden vorhergehenden Beispiele.

Die Klausel spricht von einer Verfügung über Geschäftsanteile und nennt dafür drei Beispiele. Wie das Wort „insbesondere“ zeigt, handelt es sich hierbei nicht um eine abschließende Aufzählung. Da jedoch alle drei Arten der hier erwähnten Verfügungen über einen Geschäftsanteil zweifelsfrei eine Verfügung über denselben darstellen, kann auf diese Aufzählung in der hier zu entwickelten erweiterten Vinkulierungsklausel verzichtet werden.

Die Musterklausel regelt darüber hinaus die Entscheidungszuständigkeit der Gesellschafterversammlung und in seinem Abs. 3 auch die in dieser Arbeit favorisierte $\frac{3}{4}$ -Mehrheit, allerdings unter Ausschluss⁵¹⁵ des verfügungswilligen Gesellschafters. Auch hier fehlt es jedoch an einer Ausübungsfrist sowie an der Beschreibung der Erteilungszuständigkeit.

Abs. 4 nimmt richtigerweise Ehegatten und Abkömmlinge des Gesellschafters vom Zustimmungsvorbehalt aus. Nicht anzuraten ist die hier vorgeschlagene Ausnahme von der Vinkulierung für Mitgesellschafter. Ähnlich wie das Erwerbsrecht des Abs. 2 dieses Formulierungsvorschlages wird hierbei die innergesellschaftliche Quotengleichheit als zu schützendes Gut außer Acht gelassen. Einer Gesellschaft droht schließlich nicht nur Gefahr von außen. Auch das Machtstreben oder der Expansionswille eines Mitgesellschafters kann für die übrigen Gesellschafter zu großen Problemen führen. Wird das Macht- und Stimmrechtsgleichgewicht einer Gesellschaft zerstört, kann dadurch die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich gemacht werden. Von einer derartigen Regelung ist folglich stets abzuraten.

Negativ fällt auch hier auf, dass die Problematik eines Change of Controls vollständig unbeachtet blieb. Weder die Vinkulierung, noch die Einziehungsklausel nehmen hierauf Bezug. Zwar statuiert § 11 Abs. 1 f) ein Einziehungsrecht dann, wenn eine Beteiligungsgesellschaft aufgelöst wird, wie zu verfahren ist, wenn sich Dritte über diese Gesellschaft Zutritt zum Gesellschafterkreis verschaffen, wird jedoch nicht erwähnt.

Den Mustersatzungen wie sie sich in den großen kautelarjuristischen Literaturwerken finden scheint eines stets gemein zu sein: Zwar schwanken sie untereinander stark in ihrer jeweiligen

⁵¹⁵ Vgl. hierzu Gliederungspunkt E. I. 4.

Ausgestaltung, ihrer Regelungsart und –dichte, sowie auch in ihren verschiedenen Qualitäten, einig sind offensichtlich jedoch alle darüber, dass es einer Regelung der Change of Control-Konstellation in der Beteiligungsgesellschaft nicht bedarf. Diese Arbeit hat gezeigt, dass dies im Lichte des Schutzes des Gesellschafterkreises so nicht hinnehmbar ist. Die zunehmende Zahl von Beteiligungsgesellschaften in der Praxis in Verbindung mit den immensen Gefahren für den Schutzbereich der einfachen Vinkulierungsklauseln durch einen Change of Control in der Beteiligungsgesellschaft sorgen dafür, dass die einfache Vinkulierungsklausel für einen echten Schutz der Gesellschaft nicht nur optimal formuliert, sondern vor allem auch um eine Change of Control-Klausel erweitert werden muss. Die hier untersuchten Formulierungsmuster gehen in diesen Konstellationen fehl und vermögen letztendlich nicht den Gesellschafterkreis wirksam zu schützen. Vertragsmuster, die über eine Change of Control-Klausel in diesem Zusammenhang verfügen, wurden bei der Durchsicht nahezu aller bekannten Formularbücher nicht entdeckt. Der Nachholbedarf der Verfasser von Mustersatzungen in diesem Problemfeld ist angesichts des großen Gefährdungspotentials derartiger Umgehungsmöglichkeiten für die Gesellschaft doch erheblich.

J. Eigene Formulierungsbeispiele

Die folgenden Vorschläge zur Formulierung einer erweiterten Vinkulierungsklausel und von Vererblichkeitsbeschränkung können nicht pauschal für alle Formen, Arten und individuellen Ausbildungen von Personen- und Kapitalgesellschaften einfach übernommen werden. Angesichts der zahlreichen verschiedensten Gesellschaften, die geprägt durch ihre Gesellschafterstruktur und den unterschiedlichsten Regelungen in den Gesellschaftsverträgen in ihren Ausformungen nie vollkommen gleich sind, kann dieser Formulierungsvorschlag zwar als Grundgerüst für eine individuelle Regelung im jeweiligen Gesellschaftsvertrag genutzt werden, er bedarf jedoch stets einer Abstimmung auf die individuellen Ansprüche und Interessen der Gesellschafter im Einzelfall. Des Weiteren ist zu beachten, dass sich die in dieser Arbeit neu entwickelten Formulierungsvorschläge in erster Linie mit der Vermeidung von Gefahren durch Beteiligungsgesellschaften befassen und diese durch die Aufnahme von Change of Control-Klauseln zu regeln versuchen. Weitere, mit dem Gegenstand dieser Untersuchung nicht verbundene Sachverhalte und Problemfelder, die jedoch auch einer Regelung in der Satzung bedürfen, werden von den hier erstellten Formulierungsvorschlägen nicht erfasst und sollten den gängigen, allgemeinen Formularbüchern⁵¹⁶ entnommen werden.

I. Vinkulierungsklausel

Angesichts der unterschiedlichen Möglichkeiten die § 15 V GmbHG und § 68 II AktG den Gesellschaftern bei der Vinkulierung ihrer Geschäftsanteile bzw. ihrer Aktien zugestehen, bedarf es auch bei den jeweiligen Formulierungsvorschlägen einer Trennung dieser beiden Gesellschaftsformen.

1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Fasst man alle Erkenntnisse zusammen, die in dieser Arbeit gefasst worden sind, so ergibt sich für den Hauptanwendungsfall der erweiterten Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer personalistisch geprägten Gesellschaft mit beschränkter Haftung folgender Formulierungsvorschlag:

⁵¹⁶ Einen Überblick aller sonstigen erforderlichen Regelungen bietet Meister/Klöcker, in: Münchener Vertragshandbuch, S. 439 ff., Langenfeld, in Wurm/Wagner/Zartmann, S. 2198 ff., Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses, S. 363 ff.; für einen Familien –GmbH-Vertrag: David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/Teichmann, Gesellschaftsrecht, S. 96 ff.

„§ ... Verfügungen über Geschäftsanteile

- 1. Die Verfügung über einen Geschäftsanteil bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Sie erfolgt durch Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen und wird durch die Geschäftsführung dem Antragsteller mitgeteilt. Der verfügungswillige Gesellschafter ist berechtigt, dabei von seinem Stimmrecht Gebrauch zu machen. Ohne die erforderliche Zustimmung kann ein Geschäftsanteil nur wirksam an den Ehegatten, an die Abkömmlinge des veräußerungswilligen Gesellschafters oder an verbundene Unternehmen i. S. v. § 15 AktG abgetreten werden. Trifft die Gesellschafterversammlung nicht innerhalb von drei Monaten seit Beantragung der Zustimmung eine Entscheidung, so gilt die Zustimmung als verweigert.*
- 2. Einer Zustimmung zur Abtretung bedarf es auch dann nicht, wenn ein Gesellschafter seine Geschäftsanteile an eine Gesellschaft (Beteiligungsgesellschaft) abtritt, in der er die beherrschende Stellung einnimmt. Von einer beherrschenden Stellung ist dann auszugehen, wenn er selbst, sein Ehegatte oder seine Abkömmlinge einzeln oder gemeinsam über die beherrschende Einflussnahmemöglichkeit auf die Beteiligungsgesellschaft verfügen. In der Regel liegt eine beherrschende Einflussnahmemöglichkeit des Gesellschafters dann vor, wenn er in Besitz der Anteils- oder Stimmrechtsmehrheit in der Beteiligungsgesellschaft ist, die ihm die entscheidende Einflussnahme über die Geschäftspolitik der Beteiligungsgesellschaft gestattet. Die Bestimmung der Anteils- bzw. Stimmrechtsmehrheit erfolgt nach § 16 II, III, IV AktG analog.*
- 3. Den Verlust seiner beherrschenden Stellung in der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft hat der Gesellschafter der Gesellschaft unverzüglich und schriftlich anzuzeigen. Ein Verlust der beherrschenden Stellung wird dann widerleglich vermutet, wenn er nicht mehr über die Anteils- oder Stimmrechtsmehrheit i. S. von Abs. 2 in der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft verfügt. Kommt der Gesellschafter dieser Anzeigepflicht nicht unverzüglich nach, so kann dessen Geschäftsanteil auch ohne seine Zustimmung umgehend eingezogen werden. Das in Nr. 4 dieses Paragraphen geregelte Einziehungsverfahren ist dabei entsprechend anzuwenden.*

4. Verliert der Gesellschafter seine beherrschende Stellung in der Beteiligungsgesellschaft, so ist er verpflichtet, seinen Geschäftsanteil an die Gesellschaft abzutreten. Kommt er dieser Verpflichtung zur Abtretung innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten ab Anzeige des Kontrollwechsels oder sonstiger Kenntniserlangung der Ausgangsgesellschaft nicht nach, so kann die Gesellschafterversammlung die zwangsweise Einziehung des Geschäftsanteils beschließen. Hierfür genügt die einfache Mehrheit. Der betroffene Gesellschafter darf von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch machen. Die Einziehung wird mit Zugang des Gesellschafterbeschlusses bei dem Gesellschafter unabhängig von der Leistung von Entschädigungszahlungen wirksam. Sowohl für den Fall der Abtretung als auch im Falle der Zwangseinziehung steht dem Gesellschafter jedoch eine Entschädigung nach den §§ ... zu.“

2. Aktiengesellschaft

Für die erweiterte Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer personalistisch geprägten Aktiengesellschaft ergeben sich zur Fassung für die GmbH einige Unterschiede. Soweit in einzelnen Punkten bei beiden Kapitalgesellschaften jedoch die gleichen Gefährdungslagen gegeben sind, kann dahingehend auch auf die Regelungsmechanismen der GmbH zurückgegriffen werden.

„§ ... Verfügungen über Aktien

1. Verfügungen über Namensaktien bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung der Hauptversammlung. Sie entscheidet mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Der verfügungswillige Aktionär ist berechtigt, dabei von seinem Stimmrecht Gebrauch zu machen. Ohne die erforderliche Zustimmung können Namensaktien nur wirksam an den Ehegatten, an die Abkömmlinge des veräußerungswilligen Gesellschafters oder an verbundene Unternehmen i. S. v. § 15 AktG abgetreten werden. Trifft die Hauptversammlung nicht innerhalb von drei Monaten seit Beantragung der Zustimmung eine Entscheidung, so gilt die Zustimmung als verweigert.

2. Einer Zustimmung zur Übertragung bedarf es auch dann nicht, wenn ein Gesellschafter seine Aktien an eine Gesellschaft (Beteiligungsgesellschaft) überträgt, in der er die beherrschende Stellung einnimmt. Von einer beherrschenden Stellung ist dann auszugehen,

wenn er selbst, sein Ehegatte oder seine Abkömmlinge einzeln oder gemeinsam über die beherrschende Einflussnahmemöglichkeit auf die Beteiligungsgesellschaft verfügen. In der Regel liegt eine beherrschende Einflussnahmemöglichkeit des Gesellschafters dann vor, wenn er in Besitz der Anteils- oder Stimmrechtsmehrheit in der Beteiligungsgesellschaft ist, die ihm die entscheidende Einflussnahme über die Geschäftspolitik der Beteiligungsgesellschaft gestattet. Die Bestimmung der Anteils- bzw. Stimmrechtsmehrheit erfolgt nach § 16 II, III, IV AktG.

3. Den Verlust seiner beherrschenden Stellung in der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft hat der Gesellschafter der Gesellschaft unverzüglich und schriftlich anzuzeigen. Ein Verlust der beherrschenden Stellung wird dann widerleglich vermutet, wenn er nicht mehr über die Anteils- oder Stimmrechtsmehrheit in der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft entsprechend den §§ 20 IV, 16 I AktG verfügt. Kommt der Gesellschafter dieser Anzeigepflicht nicht unverzüglich nach, so kann dessen Geschäftsanteil auch ohne seine Zustimmung umgehend nach § 237 AktG eingezogen werden. Das in Nr. 4 dieses Paragraphen geregelte Einziehungsverfahren ist dabei entsprechend anzuwenden.

4. Verliert der Gesellschafter seine beherrschende Stellung in der Beteiligungsgesellschaft, so kann die Gesellschafterversammlung die zwangsweise Einziehung des Geschäftsanteils nach § 237 AktG innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten ab Anzeige des Kontrollwechsels oder sonstiger Kenntniserlangung der Ausgangsgesellschaft beschließen. Hierfür genügt die einfache Mehrheit. Der betroffene Gesellschafter darf von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch machen. Die Einziehung wird mit Zugang des Gesellschafterbeschlusses bei dem Gesellschafter unabhängig von der Leistung von Entschädigungszahlungen wirksam. Im Falle der Zwangseinziehung steht dem Gesellschafter jedoch eine Entschädigung nach den §§ ... zu.“

3. Personengesellschaften

Auf Grund des personalistisch und individuell geprägten Charakters von Personengesellschaften ist eine Vinkulierung der Gesellschaftsanteile grundsätzlich nicht erforderlich. Es ist allgemein anerkannt, dass die Übertragung von Anteilen an einer Personengesellschaft stets und auch ohne gesellschaftsvertraglicher Regelung zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf. Abgeleitet wird dies von der

grundsätzlichen Unübertragbarkeit der Gesellschafterstellung als Ausdruck des höchstpersönlichen Charakters der Personengesellschaften.⁵¹⁷

Soll jedoch diese grundsätzliche Individualvinkulierung zum Beispiel durch das Zustimmungserfordernis einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit ersetzt werden oder etwaige Ausschließungsrechte der Mitgesellschafter in das Zustimmungsverfahren mit eingearbeitet werden, besteht auch für die Gesellschafter einer Personengesellschaft die Möglichkeit, ein gesellschaftsvertragliches Zustimmungserfordernis zu statuieren. Für diesen Fall einer gewünschten modifizierten Vinkulierung unter Berücksichtigung der Change of Control-Problematik bei den Personengesellschaften soll folgendes Formulierungsbeispiel als Grundlage dienen.

„§ ... Verfügungen über Gesellschaftsanteile

- 1. Die Verfügung über einen Gesellschaftsanteil bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung der Gesellschaft. Sie erfolgt durch Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Der verfügungswillige Gesellschafter ist berechtigt, dabei von seinem Stimmrecht Gebrauch zu machen. Ohne die erforderliche Zustimmung kann ein Gesellschaftsanteil nur wirksam an den Ehegatten, an die Abkömmlinge des veräußerungswilligen Gesellschafters oder an verbundene Unternehmen i. S. v. § 15 AktG abgetreten werden. Trifft die Gesellschaft nicht innerhalb von drei Monaten seit Beantragung der Zustimmung eine Entscheidung, so gilt die Zustimmung als verweigert.*
- 2. Einer Zustimmung zur Abtretung bedarf es auch dann nicht, wenn ein Gesellschafter seine Gesellschaftsanteile an eine Gesellschaft (Beteiligungsgesellschaft) abtritt, in der er die beherrschende Stellung einnimmt. Von einer beherrschenden Stellung ist dann auszugehen, wenn er selbst, sein Ehegatte oder seine Abkömmlinge einzeln oder gemeinsam über die beherrschende Einflussnahmemöglichkeit auf die Beteiligungsgesellschaft verfügen. In der Regel liegt eine beherrschende Einflussnahmemöglichkeit des Gesellschafters dann vor, wenn er in Besitz der Anteils- oder Stimmrechtsmehrheit in der Beteiligungsgesellschaft ist, die ihm die entscheidende Einflussnahme über die Geschäftspolitik der Beteiligungsgesellschaft gestattet. Die Bestimmung der Anteils- bzw. Stimmrechtsmehrheit erfolgt nach § 16 II, III, IV AktG analog.*

⁵¹⁷ Semler, in: Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, S. 593

3. *Den Verlust seiner beherrschenden Stellung in der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft hat der Gesellschafter der Gesellschaft unverzüglich und schriftlich anzuzeigen. Ein Verlust der beherrschenden Stellung wird dann widerleglich vermutet, wenn er nicht mehr über die Anteils- oder Stimmrechtsmehrheit i. S von Abs. 2 in der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft verfügt. Kommt der Gesellschafter dieser Anzeigepflicht nicht unverzüglich nach, so kann dessen Geschäftsanteil auch ohne seine Zustimmung umgehend eingezogen werden. Das in Nr. 4 dieses Paragraphen geregelte Einziehungsverfahren ist dabei entsprechend anzuwenden.*
4. *Verliert der Gesellschafter seine beherrschende Stellung in der Beteiligungsgesellschaft, so ist er verpflichtet, seinen Geschäftsanteil an die Gesellschaft abzutreten. Kommt er dieser Verpflichtung zur Abtretung innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten ab Anzeige des Kontrollwechsels oder sonstiger Kenntniserlangung der Ausgangsgesellschaft nicht nach, so kann die Gesellschaft die Ausschließung des Gesellschafters beschließen. Hierfür genügt die einfache Mehrheit. Der betroffene Gesellschafter darf von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch machen. Die Ausschließung wird mit Zugang des Gesellschafterbeschlusses bei dem Gesellschafter unabhängig von der Leistung von Entschädigungszahlungen wirksam. Sowohl für den Fall der Abtretung als auch im Falle der Ausschließung steht dem Gesellschafter jedoch eine Entschädigung nach den §§ ... zu.“*

II. Vererblichkeitsbeschränkung

Bezüglich der erweiterten Vererblichkeitsbeschränkungen bedarf es einer Differenzierung der Klausel zwischen der Gemeinschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft. In beiden Fällen ist zwar die Modifikation der Universalsukzession nicht möglich, sodass in beiden Fällen allein schuldrechtliche Vereinbarungen getroffen werden können, die über den Verbleib der Anteile nach dem Anfall der Erbschaft Regelungen treffen.

Bei der Aktiengesellschaft ist jedoch das so genannte Belastungsverbot zu berücksichtigen. Dieser allgemeine gesellschaftsrechtliche Grundsatz besagt, dass einem Mitgesellschafter ohne dessen Zustimmung keine schuldrechtliche Verpflichtung auferlegt werden darf. Das

Verbot ist allgemein im Aktienrecht anerkannt und wird aus dem Grundsatz der Privatautonomie und dem Verbot verpflichtender Verträge zu Lasten Dritter abgeleitet.⁵¹⁸

Somit hat auch bei den Vererblichkeitsbeschränkungen eine Differenzierung nach den einzelnen Gesellschaftsformen zu erfolgen.

1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

„§ ... Erbfolge

1. Geht der Anteil an der Gesellschaft kraft Erbrechtes nicht ausschließlich auf die Abkömmlinge oder den Ehegatten des Gesellschafters über, so kann die Gesellschaft die Übertragung des Anteils von den Erben verlangen. Kommen diese der Übertragungspflicht nicht innerhalb von drei Monaten ab Anzeige der Erbenstellung gegenüber der Gesellschaft oder sonstiger Kenntniserlangung der Ausgangsgesellschaft nach, so kann die Gesellschaft innerhalb weiterer drei Monate die Zwangseinziehung der Anteile beschließen.

Sie erfolgt durch Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Der oder die Erben sind dabei nicht berechtigt, von seinem bzw. ihrem Stimmrecht Gebrauch zu machen. Die Einziehung wird mit Zugang des Gesellschafterbeschlusses bei den Erben unabhängig von der Leistung von Entschädigungszahlungen wirksam. Sowohl für den Fall der Abtretung als auch im Falle der Zwangseinziehung steht den Erben jedoch eine Entschädigung nach den §§ ... zu.

2. Geht der Geschäftsanteil kraft Erbrechts auf eine Erbengemeinschaft über, der sowohl nachfolgeberechtigte, als auch nicht nachfolgeberechtigte Personen angehören, so muss sich die Erbengemeinschaft innerhalb von drei Monaten derart auseinandersetzen, dass der Geschäftsanteil sich ausschließlich in der Hand von nachfolgeberechtigten Personen befindet. Kommt die Erbengemeinschaft dieser Pflicht nicht nach, so kann die Gesellschaft den Geschäftsanteil nach Maßgabe von Nr.1 dieses Paragraphen zwangsweise einziehen.

3. Geht die beherrschende Stellung des Gesellschafters in der von ihm beherrschten Beteiligungsgesellschaft von Todes wegen auf die Erben über und handelt es sich dabei nicht ausschließlich um den Ehegatten oder die Abkömmlinge des Gesellschafters, so gelten

⁵¹⁸ Klohn, Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche, S. 246

Nr.1 und Nr.2 dieser Regelung sinngemäß. Für die Bestimmung einer beherrschenden Stellung wird auf Nr.2 des § ... (Verfügungen über Geschäftsanteile) verwiesen, der hier entsprechende Anwendung findet.

2. Aktiengesellschaft

Angesichts des oben bereits erwähnten Verbots der Begründung von schuldrechtlichen Sonderpflichten ist es bei der Aktiengesellschaft nicht möglich, den Gesellschaftern gesellschaftsvertraglich eine Abtretungspflicht für den Fall einer statutarisch unerlaubten Vererbung der Aktien aufzuerlegen. Die hier vorgeschlagene Formulierung muss sich aus diesem Grund folglich auf die Möglichkeit der Amortisation beschränken.

„§ ... Erbfolge

1. Geht der Anteil an der Gesellschaft kraft Erbrechtes nicht ausschließlich auf die Abkömmlinge oder den Ehegatten des Gesellschafters über, so kann die Gesellschaft innerhalb von drei Monaten ab Anzeige der Erbenstellung gegenüber der Gesellschaft oder sonstiger Kenntniserlangung die Zwangseinziehung der Anteile beschließen.

Sie erfolgt durch Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Der oder die Erben sind dabei nicht berechtigt, von seinem bzw. ihrem Stimmrecht Gebrauch zu machen. Die Einziehung wird mit Zugang des Gesellschafterbeschlusses bei den Erben unabhängig von der Leistung von Entschädigungszahlungen wirksam. Im Falle der Zwangseinziehung steht den Erben jedoch eine Entschädigung nach den §§ ... zu.

2. Geht der Geschäftsanteil von Todes wegen auf eine Erbengemeinschaft über, der sowohl nachfolgeberechtigte, als auch nicht nachfolgeberechtigte Personen angehören, so muss sich die Erbengemeinschaft innerhalb von drei Monaten derart auseinandersetzen, dass der Geschäftsteil sich ausschließlich in der Hand von nachfolgeberechtigten Personen befindet. Kommt die Erbengemeinschaft dieser Pflicht nicht nach, so kann die Gesellschaft den Geschäftsanteil nach Maßgabe von Nr.1 dieses Paragraphen zwangsweise einziehen.

3. Geht die beherrschende Stellung des Gesellschafters in der von ihm beherrschten Beteiligungsgesellschaft von Todes wegen auf die Erben über und handelt es sich dabei

nicht ausschließlich um den Ehegatten oder die Abkömmlinge des Gesellschafters, so gelten Nr.1 und Nr.2 dieser Regelung sinngemäß. Für die Bestimmung einer beherrschenden Stellung wird auf Nr.2 des § ... (Verfügungen über Geschäftsanteile) verwiesen, der hier entsprechende Anwendung findet.

3. Personengesellschaften

Wie bereits zu Anfang dieser Arbeit festgestellt wurde, ist bei den Personengesellschaften im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften die Vererblichkeit eines Gesellschaftsanteils eines persönlich haftenden Gesellschafters nicht schon von Gesetzes wegen vorgesehen, sondern bedarf einer ausdrücklichen Regelung im Statut.⁵¹⁹ Neben einer so genannten Fortsetzungsklausel ist dann jedoch auch eine Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsvertrag mit aufzunehmen, soll die Personengesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden.

Der größte Unterschied zwischen der Regelbarkeit der erbrechtlichen Steuerung durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung bei den Kapitalgesellschaften und den Personengesellschaften besteht jedoch darin, dass Letztere nicht der generellen Unbeschränkbarkeit der freien Vererblichkeit von Gesellschaftsanteilen unterliegen. Dies bedeutet, dass im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften bei den Personengesellschaften durch eine qualifizierte Nachfolgeklausel bereits im Gesellschaftsvertrag bindend geregelt werden kann, wer dem Gesellschafter als Erbe in die Gesellschafterstellung nach dessen Tod nachfolgt. Die gesellschaftsvertragliche Bestimmung geht dabei einer eventuell anders lautenden erbrechtlichen Regelung des Erblassers in ihrer Wirkung vor.

„§ ... Erbfolge

1. Stirbt ein Gesellschafter, so wird die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt. Nachfolgeberechtigt sind dabei allein die Abkömmlinge des Erblassers sowie dessen Ehegatte. Trifft der Erblasser in seinem Testament keine Aussage darüber, welcher seiner Erben ihm als Gesellschafter nachfolgen soll, so rücken die Erben entsprechend ihrer Erbquote als Nebenerben in die Gesellschaft ein.

⁵¹⁹Weidlich, in: Palandt, BGB, § 1922 Rn. 14

2. Beruft der Erblasser durch eine Verfügung von Todes wegen nicht eine natürliche Person, sondern eine Beteiligungsgesellschaft als seinen Nachfolger in die Gesellschaft, so gelten die unter § ... dieser Satzung (Verfügungen über Gesellschaftsanteile) getroffenen Regelungen über die Vinkulierung, sowie die Abtretungspflicht und die Möglichkeit zur Ausschließung des Gesellschafters sinngemäß.

K. Ergebnisse der Untersuchung

Für das Auftreten von Gesellschaftern als Gesellschafter gibt es zahlreiche und in ihren Motiven unterschiedlichste Gründe. Neben allgemeinen gesellschaftlichen Veränderungen, die auch Einflüsse auf die Unternehmensphilosophie einer Gesellschaft haben können, sind es vor allem wirtschaftliche und steuerrechtliche Erwägungen, die die Attraktivität derartiger Konstellationen fördern. Während diese bei den großen Unternehmen vor allem konzernorganisatorische Schwachzüge darstellen und oftmals auch der Erleichterung eines Investments dienen, werden in mittelständischen und kleinen Unternehmen Gesellschaften als Gesellschafter besonders deshalb installiert, um steuerrechtliche Vorteile bei der Dividendenauszahlung zu nutzen und die Haftungsrisiken der dahinter stehenden natürlichen Person zu minimieren.

Einen Sonderfall stellt hierbei das Motiv dar, bei dem ein Gesellschafter nur deshalb seinen Anteil an eine Beteiligungsgesellschaft überträgt, um dadurch das gesellschaftsvertraglich vereinbarte Zustimmungserfordernis der übrigen Mitgesellschafter zu umgehen. Überträgt dieser nämlich im Anschluss dann nicht die Anteile an der Ausgangsgesellschaft an einen Dritten, sondern allein die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft, wird der wirtschaftliche Übertragungserfolg zwar erreicht, einer Zustimmung hierzu durch die anderen Gesellschafter bedarf diese Verfügung bei alleiniger Absicherung durch eine einfache Vinkulierung jedoch nicht. Angesichts der hier entwickelten erweiterten Vinkulierungsklausel, die die Lücke des Schutzbereichs der Vinkulierung in diesen Fällen schließt, sollte dieser Beweggrund für das Auftreten einer Gesellschaft als Gesellschafterin in Zukunft jedoch nicht mehr relevant sein.

Bei der gegenseitigen Beteiligungsfähigkeit unterschiedlichster Gesellschaftsformen lässt sich vor allem eines festhalten: Bis auf ganz vereinzelte Ausnahmen, die sich in erster Linie daraus ergeben, dass in der Partnerschaftsgesellschaft nur natürliche Personen als Gesellschafter auftreten dürfen, stehen sämtliche Beteiligungen einzelner Gesellschaften bei allen Personen- und Kapitalgesellschaften keine gesetzlichen Hürden im Wege.

Im Anschluss daran wurden die verschiedenen Beitrittsmöglichkeiten aufgezeigt, den die Beteiligungsgesellschaften auf ihrem Weg in den Gesellschafterkreis nehmen können. Dabei zeigte sich, dass sich die Zutrittsmöglichkeiten einer Gesellschaft keinesfalls darauf beschränken, dass sie vom bisherigen Gesellschafter dessen Anteile rechtsgeschäftlich erwerben. Beteiligungsgesellschaften können ebenso wie natürliche Personen bereits

Gründungsmitglied der jeweiligen Gesellschaft sein oder bei der Veräußerung eines Anteils im Rahmen der Kaduzierung oder Verwertung eines verpfändeten Anteils als Erwerber in den Gesellschafterkreis eintreten.

Die Untersuchung der unterschiedlichen Motive zur Vinkulierung einer Mitgliedschaft hat gezeigt, dass sich diese nicht allein im Schutz des Gesellschafterkreises nach außen erschöpfen. Vor allem auch die Aufrechterhaltung der innergesellschaftlichen Quotengleichheit und die Kontrollmöglichkeiten bezüglich der Fähigkeiten eines infrage kommenden Gesellschafters, die mit einem Zustimmungsbedürfnis einhergehen, machen das Interesse einer Gesellschaft an der Vinkulierung ihrer Anteile aus. In der Folge wurden verschiedenste Regelungsvarianten innerhalb der einfachen Vinkulierungsklausel dargestellt und herausgearbeitet, welcher Regelungsinhalt unbedingter Inhalt der hier zu entwickelnden erweiterten Vinkulierungsklausel sein muss und wie dieser zu gestalten sein wird. Im Ergebnis wurde sich hierbei für die ausdrückliche Forderung nach einem Zustimmungserfordernis der Gesellschafterversammlung entschieden, die ihren Erteilungsbeschluss mit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu fällen hat und bei der zwar der Veräußerer, nicht jedoch der Erwerber stimmberechtigt sein soll.

Sogenannte Vererblichkeitsbeschränkungen, die die freie Vererblichkeit eines GmbH-Geschäftsanteils einschränken würden, sind angesichts der klaren gesetzlichen Regelung nicht zulässig. Insoweit müssen gesellschaftsvertragliche Interessen hinter den Maximen des Erbrechts zurückstehen. Möglich ist es jedoch, schuldrechtliche Vereinbarungen zu treffen, die über den Verbleib eines vererbten Geschäftsanteils bestimmen.

Neben den erfolglosen Versuchen, durch schuldrechtliche Verträge und Vollmachten die Wirkung der Vinkulierung zu umgehen, sind es vor allem Konstruktionen mit Beteiligungsgesellschaften und vorsätzlich herbeigeführten Kontrollwechseln, die es beitrtrittswilligen Dritten erlauben, ohne die Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter Einfluss auf die Ausgangsgesellschaft zu gewinnen. Der ansonsten wirksame Schutz der Vinkulierung der Ausgangsgesellschaft vor fremden Einflüssen oder innergesellschaftlichen Machtübernahmen könnte auf diese Weise umgangen werden.

Gesellschaftsvertraglich vereinbarte Change of Control-Klauseln, die hauptsächlich aus angloamerikanischen Wirtschaftsverträgen bekannt sind, können helfen, die durch die

Beteiligungsgesellschaften gerissenen Lücken im Schutzbereich der Vinkulierung zu schließen. Alle Versuche, den Anwendungsbereich der einfachen Vinkulierung bei diesen Beteiligungskonstellationen über Rechtsinstitute wie dem Umgehungsgeschäft oder dem Zurechnungsdurchgriff zu erweitern, werden zwar in der Rechtslehre rege diskutiert, sind letztendlich jedoch zum Scheitern verurteilt. Selbst wenn wie beim Sonderfall einer reinen Beteiligungsholding die Voraussetzungen dieser Rechtsinstitute vorliegen, scheitert eine Erstreckung der Reichweite auf die Anteile der Beteiligungsgesellschaft stets an § 137 S. 1 BGB. Sowohl die Vinkulierung als auch die Vererblichkeitsbeschränkungen weisen bei Beteiligungsgesellschaften große Lücken in ihren Anwendungsbereichen auf, die letztendlich nur durch die Ergänzung dieser Regelungen unter Aufnahme einer Change of Control-Klausel in den Gesellschaftsvertrag geschlossen werden können.

Unter allen denkbaren Regelungsinstrumenten kristallisierte sich letztendlich eine Kombination aus einer Abtretungsverpflichtung und der Zwangseinziehung als optimale Regelungsvariante heraus. Dadurch konnte erreicht werden, die Vorteile einer freiwilligen Abtretung mit der Durchschlagskraft der Zwangseinziehung zu kombinieren. Auf die Anwendung der Zwangsabtretung, die anstelle der Zwangseinziehung durchaus denkbar ist, wurde angesichts der Probleme dieses Regelungsinstruments bei der Insolvenz und im Vollstreckungsverfahren letztendlich verzichtet. Den Einziehungsbeschluss fasst die Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit. Der veräußerungswillige Gesellschafter darf hierbei von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch machen. Bei der Formulierung der erweiterten Vinkulierungsklausel ist insbesondere darauf zu achten, alle Verfügungen über den Gesellschaftsanteil zu erfassen und eine exakte Regelung für das Vorliegen eines Kontrollwechsels zu treffen. Anzeigepflichten und Ausübungsfristen sind hierbei zum Ausgleich der unterschiedlichen Interessen von Erwerber und Mitgesellschafter unerlässlich.

Da die dingliche Übertragung von Aktien nur an die Zustimmung bestimmter Organe gebunden werden darf, jedoch keine weiteren dinglich wirkenden Voraussetzungen hierfür statuiert werden können, ist die Auswahl der Regelungsvarianten bei der Aktiengesellschaft im Gegensatz zur GmbH begrenzt. Schuldrechtliche Vereinbarungen, die gewisse Sanktionen auslösen, wenn es zu einem unerwünschten Kontrollwechsel in der Beteiligungsgesellschaft kommt, können jedoch auch hier statuiert werden.

Keine großen Besonderheiten bestehen hingegen bei den Vererblichkeitsbeschränkungen. Zwar kann auch hier kein Einfluss auf den Erbgang genommen werden, die Installation einer Change of Control-Klausel in Verbindung mit einer Abtretungspflicht und der nachgeschalteten Möglichkeit zur Zwangseinziehung des Anteils hilft jedoch auch bei den Beteiligungsgesellschaften, veränderten Macht- und Beteiligungsverhältnissen in der Beteiligungsgesellschaft mit der notwendigen Schlagkraft gegenüberzutreten zu können.

Festzuhalten bleibt, dass die Beteiligung einer Gesellschaft als Gesellschafterin die Regelungswirkung von Vinkulierung und Vererblichkeitsbeschränkungen zwar ins Leere laufen lässt, diese Lücken im Schutzmechanismus des Gesellschaftsvertrages jedoch geschlossen werden können, indem diese Regelungen durch eine abgestimmte Change of Control-Klausel erweitert werden. Dann können die Vorteile, die die Einbringung einer Beteiligungsgesellschaft in eine Ausgangsgesellschaft mit sich bringen, auch gefahrlos genutzt werden, ohne den Verlust des durch die Vinkulierung und die Vererblichkeitsbeschränkungen installierten Schutzes fürchten zu müssen.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. d.	an der
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh	Anhang
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landgerichts
BB	Der Betriebs-Berater
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BörsG	Börsengesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt

DStR	Deutsches Steuerrecht
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EStG	Einkommenssteuergesetz
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-VO	Verordnung Nr. 2137/85 des Rates der EG über die Schaffung der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung vom 25.07.1985
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FA	Fachanwalt
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft des bürgerlichen Rechts
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH & Co	Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie
GmbHR	GmbH-Rundschau
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HGR	Handels- und Gesellschaftsrecht
Hrsg.	Herausgeber
html.	Hypertext Markup Language
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel

KG	Kommanditgesellschaft; Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KölnKomm	Kölner Kommentar
KStG	Körperschaftssteuergesetz
LG	Landgericht
LuftNaSiG	Gesetz zur Sicherung des Nachweises der Eigentümerstellung und der Kontrolle von Luftfahrtunternehmen für die Aufrechterhaltung der Luftverkehrsbetriebsgenehmigung und der Luftverkehrsrechte
mbH	mit beschränkter Haftung
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Münch.	Münchener
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nennungen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PartGG	Gesetz über Partnergesellschaften Angehöriger freier Berufe
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	sogenannt(e)

StBerG	Steuerberatungsgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
U. S.	United States
v.	vor
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkungen
WiB	Wirtschaftliche Beratung (Zeitschrift)
WiPrO	Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
www.	World Wide Web
z. B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung

Literaturverzeichnis

- Albach, Horst/
Corte, Christiane/
Friedewald, Rolf/
Lutter, Markus/
Richter, Wolf* Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell, Gütersloh 1983
(zit.: Albach/Corte/Friedewald/Lutter/Richter, Deregulierung)
- Asmus, Thomas* Die vinkulierte Mitgliedschaft, Köln / Berlin / Bonn / München 2001
(zit.: Asmus, Die vinkulierte Mitgliedschaft)
- Bamberger, Heinz Georg/
Roth, Herbert (Hrsg.)* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band: §§ 1 – 610, 2. Auflage, München 2007
(zit.: Bearbeiter, in: Bamberger/Roth, BGB)
- Baumann, Horst/
Reiß, Wilhelm* Satzungsergänzende Vereinbarungen – Nebenverträge im Gesellschaftsrecht. Eine rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Untersuchung, ZGR 1989, S. 157 ff.
(zit.: Baumann/Reiß, ZGR 1989)
- Bartl, Harald/
Bartl, Angela/
Fichtelmann, Helmar/
Koch, Detlef/
Schlarb, Eberhard* GmbH-Recht, 6. Auflage, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg 2009
(zit.: Bartl/Bartl/Fichtelmann/Koch/Schlarb, GmbH-Recht)
- Battke, Jörg-Dieter* Der Ausschluss von Gesellschaftern aus der GmbH, GmbHR 2008, S. 850 ff.
(zit.: Battke, GmbHR 2007)
- Baumbach, Adolf/
Hopt, Klaus J.* Handelsgesetzbuch Kommentar, 33. Auflage, München 2008
(zit.: Bearbeiter, in: Baumbach/Hopt, HGB)
- Baumbach, Adolf/
Hueck, Alfred* GmbHG, Beck'sche Kurzkommentare, Band 20, 19. Auflage, München 2010
(zit.: Bearbeiter, in: Baumbach/Hueck, GmbHG)
- Bayer, Walter/
Koch, Elisabeth* Das neue GmbH-Recht, Baden-Baden 2008 (zit.: Bearbeiter, in: Bayer/Koch, Das neue GmbH – Recht)
- Biedenkopf, Kurt* Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, Heidelberg 1958
(zit.: Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkungen)

*Bork, Reinhard/
Schäfer, Carsten*

GmbHG-Kommentar zum GmbH-Gesetz, Köln
2010
(zit.: Bork/Schäfer, GmbHG)

*Büchel, Helmut/
von Rechenberg, Wolf Georg*

Handbuch des Fachanwalts – Handels- und
Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, Köln 2009
(zit.: Bearbeiter, in: Büchel/von Rechenberg, FA
– HGR)

*Bürgers, Tobias/
Körber, Torsten*

Aktiengesetz Kommentar, Heidelberg 2008
(zit.: Bearbeiter, in: Bürgers/Körber, AktG)

Cramer, Carsten

Change of Control – Klauseln im deutschen
Unternehmensrecht, Baden-Baden 2009
(zit.: Cramer, Change of Control – Klauseln)

*David, Hans-Joachim/
Dombek, Bernhard/
Friedrichsen, Sönke/
Geschwandtner, Marcus/
Kögler, Helmut/
Kollmorgen, Alexander/
Pauly, Peter/
Rohde, Andreas/
Schmidt, Karl-Michael/
Teichmann, Artur*

Gesellschaftsrecht, Baden-Baden 2009
(zit.: Bearbeiter, in:
David/Dombek/Friedrichsen/Geschwandtner/
Kögler/Kollmorgen/Pauly/Rohde/Schmidt/
Teichmann, Gesellschaftsrecht)

Dreher, Meinrad

Change-of-Control-Klauseln bei
Aktiengesellschaften, AG 2002, S. 214 ff.
(zit.: Dreher, AG 2002)

Ehlke Michael

Vinkulierung bei GmbH-Kapitalerhöhung und
anderen Fällen des Gesellschaftereintritts ohne
Anteilsübertragung, DB 1995, S. 561 ff.
(zit.: Ehlke, DB 1995)

*Emmerich, Volker/
Habersack, Mathias*

Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Auflage,
München 2010
(zit.: Bearbeiter, in: Emmerich/Habersack,
Aktien- und GmbH-Konzernrecht)

*Ensthaler, Jürgen/
Füller, Thomas/
Schmidt, Burkhard*

Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage, Köln 2010
(zit.: Bearbeiter, in: Ensthaler/Füller/Schmidt,
GmbHG)

*Gehling, Christian/
Grunewald, Barbara/
Rodewig, Desirée*

Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, ZIP
2006, S. 685 ff.
(zit.: Gehling/Grunewald/Rodewig, ZIP 2006)

- Giefers, Hans-Werner* Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Unternehmensform, Freiburg im Breisgau 1991
(zit.: Giefers, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts)
- Grunewald, Barbara* Gesellschaftsrecht, 7. Auflage, Tübingen 2008
(zit.: Grunewald, Gesellschaftsrecht)
- Haberstroh, Roland* Gesellschaftsrechtliche Lösungen der vorweggenommenen Erbfolge, Stuttgart 2009
(zit.: Haberstroh, Gesellschaftsrechtliche Lösungen)
- Haberkorn, Kurt* Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Gesellschaftsrecht mit Zivilgerichtsbarkeit, Renningen 2003
(zit.: Haberkorn, Bürgerliches Recht)
- Hachenburg, Max* Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar, Erster Band §§ 1 – 34, 8. Auflage, Berlin / New York 1991
(zit.: Bearbeiter, in: Hachenburg, GmbHG)
- Häger, Michael/
Wilts, Rainer* Kontrolle des Übergangs von Gesellschaftsanteilen auf Dritte bei Familien-Kapitalgesellschaften, WiB 1995, 409 ff.
(zit.: Häger/Wilts, WiB 1995)
- Hamann, Hartmut/
Sigle, Axel* Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, München 2008
(zit.: Bearbeiter, in: Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht)
- Happ, Wilhelm* Aktienrecht, 3. Auflage, Köln / Berlin / München 2007
(zit.: Bearbeiter, in: Happ, Aktienrecht)
- Hauschke, Jörg Henning* Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin, Berlin 2005
(zit.: Hauschke, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts)
- Heckschen, Heribert/
Heidinger, Andreas* Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Auflage, Köln / München 2009
(zit.: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis)
- Heeg, Volker* Die Finanz- und Haftungsverfassung russischer Kapitalgesellschaften, Berlin 2003
(zit.: Heeg, Die Finanz- und Haftungsverfassung)

*Hemmer, Karl-Edmund/
Wüst, Achim*

Einkommenssteuerrecht, 6. Auflage, Würzburg
2008
(zit.: Hemmer/Wüst, Einkommenssteuerrecht)

*Henn, Günter/
Frodermann, Jürgen/
Jannott, Dirk*

Handbuch des Aktienrechts, 8. Auflage,
Heidelberg 2009
(zit.: Bearbeiter, in: Henn/Frodermann/Jannott,
Handbuch des Aktienrechts)

*Herrmann, Harald/
Roth, Stefan*

Gesellschafts- und Konzernrecht für
Wirtschaftsjuristen, Berlin 2008
(zit.: Herrmann/Roth, Gesellschafts- und
Konzernrecht)

*Hierl, Susanne/
Huber, Steffen*

Rechtsformen und Rechtsformwahl – Recht,
Steuern, Beratung, Wiesbaden 2008
(zit.: Hierl/Huber, Rechtsformen und
Rechtsformwahl)

Hirte, Heribert

Kapitalgesellschaftsrecht, 6. Auflage, Köln 2009
(zit.: Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht)

Hölters, Wolfgang

Handbuch des Unternehmens- und
Beteiligungskaufs, 5. Auflage, Köln 2002
(zit.: Bearbeiter, in: Hölters, Handbuch des
Unternehmens- und Beteiligungskaufs)

*Hopt, Klaus J./
Wiedemann, Herbert*

Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage,
Berlin 2004
(zit.: Bearbeiter, in: Hopt/Wiedemann, AktG)

*von Horstig, Barbara/
Jaschinski, Susanne/
Ossola-Haring, Claudia*

Die kleine AG, 2. Auflage, München 2009
(zit.: von Horstig/Jaschinski/Ossola-Haring, Die
kleine AG)

Hüffer, Uwe

Aktiengesetz Kommentar, 9. Auflage, München
2010
(zit.: Hüffer, Aktiengesetz)

Jula, Rocco

Der GmbH-Geschäftsführer, 3. Auflage,
Berlin/Heidelberg 2009
(zit.: Jula, Der GmbH-Geschäftsführer)

*Junker, Abbo/
Kamanabrou, Sudabeh*

Vertragsgestaltung, 3. Auflage, München 2010
(zit.: Junker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung)

Kalbfleisch, Eberhard

Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil
an einer GmbH, Hamburg 1990
(zit.: Kalbfleisch, Die Zwangsvollstreckung)

- Kecker, Jan-Peter* Die Fungibilisierung von GmbH-Anteilen, Köln / Berlin / Bonn / München 1991
(zit.: Kecker, Die Fungibilisierung)
- Kellner, Christa* Die Kontrolle der Entscheidung der Gesellschafterversammlung über die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH, Tübingen 1994
(zit.: Kellner, Die Kontrolle)
- Kesselmeier, Barbara* Ausschluss- und Nachfolgeregelung in der GmbH-Satzung, Köln / Berlin / Bonn / München 1989
(zit.: Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelungen)
- Klohn, Lars* Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche, Tübingen 2009
(zit.: Klohn, Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche)
- Koch, Moritz* Die Vinkulierung von GmbH-Anteilen und ihre Auswirkung auf Umwandlungsvorgänge, Berlin 2007
(zit.: Koch, Vinkulierung)
- Kölner Kommentar* Kommentar zum Aktiengesetz, Herausgegeben von Wolfgang Zöllner und Ulrich Noack, 1. Band: §§ 1 – 53, 3. Auflage, Köln 2010
(zit.: Bearbeiter, in: KölnKomm, AktG)
- Kowalski, André* Vinkulierte Geschäftsanteile – Übertragung und Umgehungen, GmbHHR 1992, S. 347 ff.
(zit.: Kowalski, GmbHHR 1992)
- Kranz, Petra* Der GmbH-Geschäftsanteil in Pfändung und Insolvenz, Düsseldorf 1998
(zit.: Kranz, Der GmbH-Geschäftsanteil)
- Krause, Hartmut* Prophylaxe gegen feindliche Übernahmeangebote, AG 2002, S. 133 ff.
(zit.: Krause, AG 2002)
- Kübler, Friedrich* Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 1994
(zit.: Kübler, Gesellschaftsrecht)
- Kübler, Friedrich/
Assmann, Heinz-Dieter* Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, Heidelberg / München / Landsberg / Berlin 2006
(zit.: Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht)

- Langenfeld, Gerrit* GmbH-Vertragspraxis, 6. Auflage, Köln 2009
(zit.: Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis)
- Langner, Olaf/
Heydel, Jens* Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen –
Sicherstellung einer familieninternen Nachfolge,
GmbHHR 2005, S. 377 ff.
(zit.: Langner/Heydel, GmbHHR 2005)
- Lessmann, Herbert* Vinkulierungsklauseln bei der Vererbung von
GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHHR 1986, S. 409
ff.
(zit.: Lessmann, GmbHHR 1986)
- ders.* Vinkulierte Übertragung von GmbH-
Geschäftsanteilen, GmbHHR 1985, S. 179 ff.
(zit.: Lessmann, GmbHHR 1985)
- Liebscher, Thomas* Umgehungsresistenz von Vinkulierungsklauseln,
ZIP 2003, S. 825 ff.
(zit.: Liebscher, ZIP 2003)
- Lohner, Andreas* Die kleine AG im Aktiengesellschaftsrecht,
Regensburg 2002
(zit.: Lohner, Die kleine AG)
- Loritz, Karl-Georg* Die Reichweite von Vinkulierungsklauseln in
GmbH-Gesellschaftsverträgen, NZG 2007, S. 361
ff.
(zit.: Loritz, NZG 2007)
- Lorz, Rainer/
Pfisterer, Benedikt/
Gerber, Olaf* Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht,
München 2010
(zit.: Bearbeiter, in: Lorz/Pfisterer/Gerber,
Formularbuch)
- Lukes, Rudolf* Der Kartellvertrag, Das Kartell als Vertrag mit
Außenwirkungen, München 1959
(zit.: Lukes, Der Kartellvertrag)
- Lutter, Marcus/
Grunewald, Barbara* Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in
Satzungen von Aktiengesellschaften und
Gesellschaften mbH, AG 1989, S. 109 ff.
(zit.: Lutter/Grunewald, Zur Umgehung, AG
1989)
- ders.* Gesellschaften als Inhaber vinkulierter Aktien
und Geschäftsanteile, AG 1989, S. 409 ff.
(zit.: Lutter/Grunewald, Gesellschafter als
Inhaber, AG 1989)

- Lutter, Marcus/
Hommelhoff, Peter* GmbH-Gesetz Kommentar, 17. Auflage, Köln 2009
(zit.: Bearbeiter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz)
- Martens, Klaus-Peter* Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), S. 113 ff.
(zit.: Martens, AcP 177)
- Memento Verlag* Gesellschaftsrecht für die Praxis 2006, 7. Auflage, Freiburg 2005
(zit.: Memento, Gesellschaftsrecht für die Praxis)
- Meyer, Justus* Wirtschaftsprivatrecht, 6. Auflage, Berlin / Heidelberg 2006
(zit.: Meyer, Wirtschaftsprivatrecht)
- Michalski, Lutz* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung GmbHG), 1. Band, München 2002
(zit.: Bearbeiter, in: Michalski, GmbHG)
- Mielke, Werner/
Nguyen-Viet, Thanh-Mai* Änderung der Kontrollverhältnisse bei dem Vertragspartner: Zulässigkeit von Change of Control – Klauseln im deutschen Recht, DB 2004, 2515 ff.
(zit.: Mielke/Nguyen-Viet, DB 2004)
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* Aktiengesellschaft, Herausgegeben von Michael Hoffmann - Becking, Band 4: AG, 3. Auflage, München 2007
(zit.: Bearbeiter, in: Münch. Hdb. AG)
- Münchener Kommentar* Kommentar zum Aktiengesetz, Herausgegeben von Wulf Goette und Mathias Habersack, 1. Band: §§ 1 -75, 3. Auflage, München 2008
(zit.: Bearbeiter, in: MünchKomm, AktG)
- ders.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker, 1. Band: §§ 1 – 240, 5. Band: §§ 705 - 853, 5. Auflage, München 2006
(zit.: Bearbeiter, in: MünchKomm, BGB)
- ders.* Kommentar zum GmbH-Gesetz, Herausgegeben von Holger Fleischer und Wulf Goette, 1. Band: §§ 1 – 34, München 2010
(zit.: Bearbeiter, in: MünchKomm, GmbHG)

*Münchener
Vertragshandbuch*

Herausgegeben von Martin Heidenhain und
Burkhardt W. Meister, Band 1:
Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, München 2005
(zit.: Bearbeiter, in: Münchener
Vertragshandbuch)

Ohr, Martin

Der Ausschluss der Abtretbarkeit von
Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag der
GmbH, Neustadt a. d. Weinstraße 1968
(zit.: Ohr, Ausschluss der Abtretbarkeit)

Omlor, Sebastian

Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht,
Berlin 2010
(zit.: Omlor, Verkehrsschutz)

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 70.
Auflage, München 2011
(zit.: Bearbeiter, in: Palandt, BGB)

*Pastor, Walter/
Werner, Ulrich*

Die Verbindung von Vorkaufsrecht und
Genehmigungsvorbehalt bei der Übertragung von
GmbH-Geschäftsanteilen, BB 1969, S. 418 ff.
(zit.: Pastor/Werner, BB 1969)

Pentz, Andreas

Abhängigkeit der Einziehung von
Geschäftsanteilen von der Abfindungsleistung?,
in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70.
Geburtstag, Berlin 2003, S. 451 ff.
(zit.: Pentz, in: FS Ulmer (2003))

Pfaff, Paul

Zur Pfändung eines GmbH-Anteils, GmbHHR
1964, S. 92 ff.
(zit.: Pfaff, GmbHHR 1964)

Putzo, Thomas

Zivilprozessordnung Kommentar, 30. Auflage,
München 2009
(zit.: Bearbeiter, in: Putzo, ZPO)

*Raiser, Thomas/
Veil, Rüdiger*

Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Auflage,
München 2010
(zit.: Raiser/Veil, Recht der
Kapitalgesellschaften)

Ramming, Wolfgang

Wechselseitige Beteiligungen außerhalb des
Aktienrechts, Baden-Baden 2005
(zit.: Ramming, Wechselseitige Beteiligungen)

Reichert, Jochen

Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von
Geschäftsanteilen in der GmbH, Worms 1984
(zit.: Reichert, Das Zustimmungserfordernis)

- Reimann, Wolfgang* Unternehmenssteuerreform und die Nachfolgeregelung in Gesellschaftsverträgen, ZEV 2002, 47 ff.
(zit.: Reimann, ZEV 2002)
- von Reinersdorff, Wolfgang* Musterklauseln für GmbH-Verträge, WiB 1994, S. 374 f.
(zit.: v. Reinersdorff, WiB 1994)
- Reiß, Wilhelm* Die Besetzung des Aufsichtsrates durch das herrschende Unternehmen im (qualifizierten) faktischen Aktienkonzern, Berlin 1991
(zit.: Reiß, Die Besetzung)
- Rittner, Fritz/
Dreher, Meinrad* Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, Heidelberg / München / Landsberg / Berlin 2008
(zit.: Rittner/Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht)
- Rittwage, Ralf* Normen für die rechtssichere Anwendung von Change-of-Control – Klauseln, Berlin 2009
(zit.: Rittwage, Change-of-Control – Klauseln)
- Roth, Günter H./
Altmeyden, Holger* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 6. Auflage, München 2009
(zit.: Bearbeiter, in: Roth/Altmeyden, GmbHG)
- Schlitt, Michael/
Seiler, Oliver/
Singhof, Bernd* Aktuelle Rechtsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Wandelschuldverschreibungen, AG 2003, S. 254 ff.
(zit.: Schlitt/Seiler/Singhof, AG 2003)
- Schmidt, Karsten/
Lutter, Marcus (Hrsg.)* Aktiengesetz Kommentar, Köln 2008
(zit.: Bearbeiter, in: Schmidt/Lutter, AktG)
- Scholz, Franz* Kommentar zum GmbHG, 10. Auflage, Köln 2006
(zit.: Bearbeiter, in: Scholz, GmbHG)
- Seibert, Ulrich* Kleine AG und Umwandlungsrecht von der Wirtschaft begrüßt: Hearing im Deutschen Bundestag, GmbHR 1994, R34 f.
(zit.: Seibert, GmbHR 1994)
- Soufleros, Ilias* Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters, Köln 1983
(zit.: Soufleros, Ausschließung und Abfindung)

- Stache, Ulrich*
GmbH-Recht – Was Geschäftsführer und Manager wissen müssen, Wiesbaden 2006
(zit.: Stache, GmbH-Recht)
- Staib, Gunther*
Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch Kontrolle der mitgliedschaftlichen Übertragungsvorgänge, Tübingen 1997
(zit.: Staib, Die Sicherung des Familieneinflusses)
- von Staudinger, Julius (Hrsg.)*
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1: Allgemeiner Teil §§ 134 – 163, 14. Auflage, Berlin 2003
(zit.: Bearbeiter, in: Staudinger, BGB)
- Ulmer, Peter/
Habersack, Matthias/
Winter, Martin*
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, Band I: §§ 1-28, Tübingen 2005
(zit.: Bearbeiter, in: Ulmer, GmbHG)
- Ulmer, Peter*
Die Sicherung der GmbH gegen das Überfremdungsrisiko in der Insolvenz eines Gesellschafters, ZHR 149 (1985), S. 28 ff.
(zit.: Ulmer, ZHR 149 (1985))
- Wagner, Heidemarie/
Rux, Hans-Joachim*
Die GmbH & Co. KG, 10. Auflage, Berlin 2004
(zit.: Wagner/Rux, Die GmbH & Co. KG)
- Westerman, Harm Peter/
Klingberg, Dietgard*
Vorkaufsrechte im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag, Berlin 1991, S. 545 ff.
(zit.: Westermann/Klingberg, in: FS Quack (1991))
- Wiedemann, Herbert*
Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München / Berlin 1965
(zit.: Wiedemann, Die Übertragung)
- Wiersch, Rachid René*
Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen, Frankfurt am Main 2009
(zit.: Wiersch, Der gutgläubige Erwerb)
- Wurm, Carl/
Wagner, Herrmann/
Zartmann, Hugo*
Das Rechtsformularbuch, 16. Auflage, Köln 2011
(zit.: Bearbeiter, in: Wurm/Wagner/Zartmann)
- Zessel, Marco*
Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, GmbHR 2009, S. 303 ff.
(zit.: Zessel, GmbHR 2009)

Zöllner, Wolfgang

Die Schranken mitgliedschaftlicher
Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen
Personenverbänden, München / Berlin 1963
(zit.: Zöllner, Die Schranken)

Lebenslauf

16.11.1982

Geboren im Kreiskrankenhaus Kelheim

1989 – 1993

Grundschule Riedenburg

1993 – 2002

Donaugymnasium Kelheim

→ *Allgemeine Hochschulreife*

2002 – 2003

Zivildienst am Landratsamt Kelheim, Untere Naturschutzbehörde

2003 – 2008

Studium der Rechtswissenschaften an der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg

→ *1. Juristisches Staatsexamen*

2008 – 2010

Rechtsreferendariat am Landgericht Regensburg und bei der Regierung der Oberpfalz

→ *2. Juristisches Staatsexamen*

November 2010

Zulassung zur Rechtsanwaltschaft durch die Rechtsanwaltskammer Nürnberg und

Gründung der Rechtsanwaltskanzlei Häckl in Prunn

September 2011

Gründung der Rechtsanwaltskanzlei Häckl in Riedenburg