

destens zwei Sitzungen statt. Über die Sitzungen errichtet der Vorsitzende ein Protokoll.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden auf fünf Jahre bestellt. Wiederbestellung ist zulässig. Jedes Aufsichtsratsmitglied hat Anspruch auf eine angemessene Vergütung und Auslagenersatz, die von der jährlichen Gesellschafterversammlung, die über die Ergebnisverwendung beschließt, festgesetzt werden.

4.2.3. Vinkulierungsregelungen

4.2.3.1. Vinkulierung der Mitgliedschaft durch Abtretungsbeschränkungen, Vorkaufs- und Ankaufsrechte und Vererbungsbeschränkungen

Nicht nur die Familien-GmbH ist durch ihre personalistischen Elemente gekennzeichnet. Die personalistisch strukturierte, durch einen kleinen Gesellschafterkreis und persönliches Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander gekennzeichnete GmbH ist heute der praktische Regelfall. Besondere Bedeutung hat die satzungsmäßige Vorsorge für denkbare Konfliktfälle.

147

Zu Konflikten bis hin zur Bestandsgefährdung der GmbH können führen

- das Eindringen von Außenstehenden in die Gesellschaft durch rechtsgeschäftlichen Erwerb von Anteilen,
- das Eindringen von Gläubigern in die Gesellschaft bei Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil, Gesellschafterinsolvenz oder Vergleich,
- der erbrechtliche Anteilserwerb durch unerwünschte Erben,
- Störungen durch einen ungeeigneten oder sich gesellschaftsschädigend verhaltenden Gesellschafter und
- die Majorisierung eines austrittswilligen Gesellschafters.

Sachgerechte Vertragsgestaltung zur Lösung dieser Konfliktfälle ist möglich und, da das Gesetz insofern unzulänglich ist und die Rspr. nur teilweise, wie zB beim Austrittsrecht aus wichtigem Grund, Auswege entwickelt hat, auch erforderlich. Dabei ist der Zusammenhang und das Zusammenspiel von Regelungszielen und Regelungsmöglichkeiten zu erkennen und in die Vertragsgestaltung umzusetzen. Die Notwendigkeit der Vinkulierung ist heute unbestritten.

Zunächst können in die Satzung Abtretungs- und Belastungsbeschränkungen aufgenommen werden. Sie verhindern die Abtretung und Belastung von Geschäftsanteilen ohne Zustimmung oder gegen den Willen der übrigen Gesellschafter. Jedoch kann und sollte man einen austrittswilligen Gesellschafter nicht halten. Als Ergänzung zur Genehmigungspflicht der Abtretung können deshalb Vorkaufsrechte oder Ankaufsrechte normiert werden. Vorkaufsrechte iSv. §§ 463 ff. BGB haben den Nachteil, dass sie nur zum vereinbarten Kaufpreis aus-

geübt werden können. Günstiger für die Gesellschaft und die verbleibenden Gesellschafter, aber natürlich auch einschränkend für den austrittswilligen Gesellschafter sind deshalb Ankaufsrechte zu einem bestimmten, etwa der Abfindungsregelung entsprechenden Preis, die durch den Verkaufsfall oder die Anzeige der Abtretung ausgelöst werden können. Austrittsrechte geben dem Gesellschafter über die allgemein von der Rspr. zugestandenen Austrittsrechte hinaus oder in deren Konkretisierung die Möglichkeit, die GmbH zu verlassen. Ihnen stehen Ausschlussrechte der Gesellschaft gegenüber, die ebenfalls der vertraglichen Konkretisierung bedürfen. Die Praxis bevorzugt hier die Einziehung bzw. Abtretungsverpflichtungen bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Einziehung.

Bei der Vertragsgestaltung ist das Zusammenspiel der verschiedenen Möglichkeiten zu beachten. Das Eindringen von Außenstehenden durch rechtsgeschäftlichen Erwerb verhindert die Abtretungsbeschränkung in der Form des Genehmigungserfordernisses. Entsprechende Belastungsbeschränkungen verhindern das Mitregieren von Gläubigern in der Gesellschaft. Lässt sich die Abtretung nicht vermeiden, so verhindern Vor- oder Ankaufsrechte das Eindringen Dritter. Gegen das Eindringen von Gläubigern in die Gesellschaft hilft letztlich nur die Einziehung. Abtretungspflichten, die neben der Einziehungsmöglichkeit immer vorgesehen werden sollten, wirken hier nicht.

4.2.3.2. Abtretungsbeschränkungen

- 148 Nach § 15 Abs. 1 GmbHG sind GmbH-Geschäftsanteile frei veräußerlich. Nach § 15 Abs. 5 GmbHG kann die Abtretung von Geschäftsanteilen an weitere Voraussetzungen geknüpft, insbes. von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Verlangt der Gesellschaftsvertrag eine derartige Genehmigung, ist die Abtretung von Geschäftsanteilen nur wirksam, wenn die Gesellschaft der Abtretung vor, bei oder nach dem Abschluss des Abtretungsvertrags zustimmt.¹ Dies gilt auch für die Belastung durch Pfandrecht und Nießbrauch.² Wird im Gesellschaftsvertrag nicht näher bestimmt, wer die Zustimmung für die Gesellschaft zu erklären hat, obliegt dies im Außenverhältnis – dh. gegenüber den Parteien des Abtretungsvertrags – den Geschäftsführern in vertretungsberechtigter Zahl. Im Innenverhältnis ist jedoch regelmäßig ein Gesellschafterbeschluss erforderlich.³ Die praktische Alternative besteht in der Statuierung der Zustimmungskompetenz für die Gesellschafter, also die beschließende Gesellschafterversammlung einerseits oder für alle Gesellschafter andererseits. Bei klei-

1 *Seibt* in Scholz, GmbHG¹¹, § 15 Rz. 132 mwN.

2 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁸, § 15 Rz. 64.

3 *Seibt* in Scholz, GmbHG¹¹, § 15 Rz. 123.

nen Gesellschaften empfiehlt sich, die Zustimmung aller Gesellschafter zu verlangen. Soll die Gesellschaftsversammlung und damit eine Gesellschaftermehrheit entscheiden dürfen, so ist die Mehrheit genau zu bezeichnen. Der Veräußerungswillige kann in diesem Fall mitstimmen,¹ soweit nicht die Satzung sein Stimmrecht ausschließt.

4.2.3.3. Vorkaufs- und Ankaufsrechte

Als Ergänzung zu den Abtretungsbeschränkungen können Vorkaufs- oder Ankaufsrechte in die Satzung aufgenommen werden. Sie spielen in der Praxis eine erhebliche Rolle. Die Weigerung der Mitgesellschafter, der Übertragung einer Beteiligung durch einen veräußerungswilligen Partner zuzustimmen, kann mit Rücksicht auf eine vertrauensvolle Zusammenarbeit in der Gesellschaft ohne eine Beeinträchtigung der Unternehmensinteressen häufig nicht auf unbestimmte Zeit durchgehalten werden.² Einen Lösungsansatz bieten insoweit vertraglich festgelegte Ankaufsrechte zugunsten der Gesellschafter. Im Fall derartiger Ankaufsrechte müssen verkaufswillige Gesellschafter ihre Anteile zunächst den Mitgesellschaftern andienen. Sollten die Mitgesellschafter von ihrem Recht keinen Gebrauch machen, sieht der Vertrag üblicherweise flankierend vor, dass in diesem Fall eine vertraglich erforderliche Zustimmung zur Abtretung der Anteile des verkaufswilligen Gesellschafters an einen Dritten entweder zu erteilen ist oder als erteilt gilt.³ Es empfiehlt sich in jedem Fall, ausdrücklich in dem Gesellschaftsvertrag zu regeln, ob im Fall der Nichtausübung des An- oder Vorkaufsrechts die Zustimmung zu der Veräußerung des Geschäftsanteils zu erteilen ist oder ob die Erteilung der Zustimmung auch dann weiterhin im freien Ermessen der Mitgesellschafter steht.

149

Wird im Gesellschaftsvertrag ein derartiges Andienungsrecht vorgesehen, auch Vorhand genannt, muss insbes. auch die Berechnung des Kaufpreises genau geregelt werden. Häufig wird auf die Abfindungsregelung der Satzung zurückgegriffen. Ein Ankaufsrecht des Inhalts, dass der Geschäftsanteilsinhaber auf jederzeitiges Verlangen der Mitgesellschafter diesen seinen Anteil zu übertragen hat, auch wenn er selbst gar nicht veräußern will, läuft im Ergebnis auf die jederzeitige Ausschließbarkeit des Gesellschafters ohne wichtigen Grund hinaus und ist deshalb grundsätzlich unzulässig.⁴

Nicht zu empfehlen ist es, das Ankaufsrecht in Anlehnung an die entsprechenden gesetzlichen Regelungen in §§ 463 ff. BGB als Vorkaufsrecht auszugestalten.

1 BGH v. 29.5.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163.

2 Vgl. *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201 mwN.

3 Vgl. *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201 (210) mwN.

4 Vgl. BGH v. 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103 zum unbefristeten Angebot.

Schwachpunkte des gesetzlichen Vorkaufsrechts sind, dass das Vorkaufsrecht nur an einen Kauf und nicht an andere Vertragstypen wie Tausch, Schenkung, Einbringung und vorweggenommene Erbfolge anknüpft, was Umgehungsgeschäfte herausfordert. Weiterhin ist die Wochenfrist des § 469 Abs. 2 BGB für die Ausübung des Vorkaufsrechts zu kurz. Schließlich findet sich in der Praxis regelmäßig kein Erwerbsinteressent, der bereit ist, die Vertragsverhandlungen mit dem Risiko zu führen, dass der Veräußerer aufgrund des Vorkaufsrechts unter Umständen zu den mit dem Interessenten ausgehandelten Bedingungen an den Vorkaufsberechtigten verkaufen muss.

Formulierungsbeispiel: Veräußerungsbeschränkung, Ankaufsrecht

Die Abtretung eines Geschäftsanteils oder eines Teils desselben bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung aller übrigen Gesellschafter.

Vor Abtretung eines Geschäftsanteils gleich aus welchem Rechtsgrund hat der abtretungswillige Gesellschafter den Geschäftsanteil zunächst den übrigen Gesellschaftern schriftlich zum Erwerb als gemeinschaftlichen Anteil anzubieten. Die übrigen Gesellschafter oder 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.

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.

4.2.3.4. Vererbungsbeschränkungen

- 150 Nach § 15 Abs. 1 GmbHG sind Geschäftsanteile einer GmbH vererblich. Der Gesellschaftsvertrag kann die Vererblichkeit nicht ausschließen oder eine mit dem Tod automatisch wirkende Einziehung des Geschäftsanteils vorsehen. Auf mehrere Erben geht der ererbte Geschäftsanteil in Erbengemeinschaft über, nicht wie bei Personengesellschaften in Teilen im Wege der Sonderrechtsnachfolge. Der Vermächtnisnehmer, dem ein Geschäftsanteil zugewendet wurde, hat gem. § 2174 BGB einen Anspruch gegen die Erben auf dessen Übertragung. Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil ist zulässig.

Vererbungsbeschränkungen kann der GmbH-Vertrag nur in dem Sinne enthalten, dass das Behaltendürfen des Geschäftsanteils durch den oder die Erben geregelt wird. So kann bestimmt werden, dass in jedem Erbfall der ererbte Geschäftsanteil der Einziehung unterliegt oder an die Gesellschaft oder die Gesellschafter abzutreten ist. Weiterhin kann bestimmt werden, dass nur bestimmte Erben,

etwa Ehegatten und Abkömmlinge oder Erben mit bestimmter beruflicher Qualifikation, den Erbteil behalten dürfen.

Bei einer erbrechtlichen Nachfolgeklausel in dem Sinne, dass nur bestimmte nachfolgeberechtigte Erben den ererbten Geschäftsanteil behalten dürfen, während sonstige Erben die Einziehung dulden müssen oder zur Abtretung verpflichtet sind, können sich Auslegungsprobleme ergeben, wenn der Geschäftsanteil einer Erbengemeinschaft anfällt, der teils nachfolgeberechtigte, teils nicht nachfolgeberechtigte Erben angehören. Es dürfte sich empfehlen, in der Satzung zuzulassen, dass der im Nachlass befindliche Geschäftsanteil im Wege der Erbauseinandersetzung auf die nachfolgeberechtigten Erben übertragen wird und die Einziehung bzw. Abtretungsverpflichtung nur dann eintritt, wenn eine solche Erbauseinandersetzung innerhalb angemessener Frist nicht zustande kommt.¹ Es empfiehlt sich, im Gesellschaftsvertrag auch zu regeln, welches Entgelt im Fall einer Abtretung aufgrund einer Abtretungsverpflichtung vom Abtretungsempfänger für die Übertragung des Geschäftsanteils zu zahlen ist – ohne eine entsprechende Regelung ist dies im Zweifel der volle Verkehrswert.²

Formulierungsbeispiel: Erbfolgebeschränkungen

Abkömmlinge eines Erblassers dürfen den ererbten Geschäftsanteil behalten. Alle anderen Erben sind verpflichtet, nach Wahl der Gesellschaft die Einziehung zu dulden oder gegen ein Entgelt in Höhe des bei einer Einziehung von der Gesellschaft zu zahlenden Abfindungsbetrags³ den Geschäftsanteil an von der Gesellschaft bestimmte Personen abzutreten. Wird der Geschäftsanteil an Abkömmlinge und andere Personen in Erbengemeinschaft vererbt, so unterliegt der Geschäftsanteil insgesamt der Einziehung oder Abtretungsverpflichtung. In diesem Fall kann die Erbengemeinschaft den Geschäftsanteil auf Abkömmlinge übertragen, um die Einziehung oder Abtretung zu vermeiden.

4.2.3.5. Austrittsrecht

Eine Kündigung der Gesellschaft wie bei den Personengesellschaften⁴ kennt das Recht der GmbH nicht. Die Satzung kann die Kündigung als einen Auflösungsgrund iSv. § 60 Abs. 2 GmbH vorsehen (Auflösungskündigung), was aber unzweckmäßig ist.⁵ Wird in der Praxis im Gesellschaftsvertrag eine Kündigungsmöglichkeit vorgesehen, wird deshalb regelmäßig zugleich festgelegt, dass die

151

¹ Vgl. dazu *Seibt* in Scholz, GmbHG¹¹, § 15 Rz. 32 sowie BGH v. 5.11.1984 – II ZR 147/83, BGHZ 92, 386.

² *Seibt* in Scholz, GmbHG¹¹, § 15 Rz. 33 mwN.

³ Vgl. zum Abfindungsanspruch die Ausführungen unter Rz. I 155.

⁴ § 723 BGB, § 132 HGB.

⁵ *Lenz*, GmbHR 2001, 1032.

Gesellschaft im Fall der Kündigung vorbehaltlich eines Auflösungsbeschlusses durch die verbleibenden Gesellschafter fortgesetzt wird (Austrittskündigung). Flankierend wird zumeist geregelt, dass die Gesellschafterversammlung entscheidet, ob der Geschäftsanteil des kündigenden Gesellschafters eingezogen wird oder von dem kündigenden Gesellschafter gegen ein Entgelt in Höhe der Abfindung bei einer Einziehung auf einen durch die Gesellschaft benannten Dritten zu übertragen ist. Solange der/die Geschäftsanteil(e) des kündigenden Gesellschafters noch nicht eingezogen oder an einen Dritten abgetreten wurde(n), bleibt der kündigende Gesellschafter weiter Gesellschafter.¹

Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes hat jeder Gesellschafter ein Austrittsrecht, das zu seinen zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten gehört und nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt werden darf.² Die Satzung kann nur vorsichtige Konkretisierungen wie Fristen und Termine vorsehen.

4.2.3.6. Ausschluss

- 152 Als Gegenstück zum Austrittsrecht eines Gesellschafters aus wichtigem Grund hat die Gesellschaft auch ohne ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag das Recht, Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschließen. Ohne Satzungsregelung erfolgt die Ausschlussklage, bei entsprechender Satzungsbestimmung durch Gesellschafterbeschluss.³ Einen Sonderfall bildet die praktisch bedeutungslose Kaduzierung nach §§ 21–25 GmbHG. Der Gesellschaftsvertrag regelt die Ausschluss aus wichtigem Grund zweckmäßigerweise in der Form der Einziehung mit hilfsweiser Abtretungsverpflichtung.⁴

4.2.3.7. Einziehung

- 153 Die Einziehung (Amortisation) von Geschäftsanteilen darf nur erfolgen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist (§ 34 Abs. 1 GmbHG). Dies gilt auch für Einziehungen mit Zustimmung des jeweiligen Anteilsberechtigten – um sich diese Gestaltungsoption für ein einvernehmliches Ausscheiden von Gesellschaftern aus der Gesellschaft zu bewahren, sollte dies im Gesellschaftsvertrag deshalb von Anfang an gestattet werden.

Die Einziehung ohne Zustimmung des Anteilsberechtigten findet nach § 34 Abs. 2 GmbHG nur bei Festsetzung ihrer Voraussetzungen im Gesellschaftsvertrag statt. Anerkannt sind als Entziehungsgründe erbrechtlicher Anfall an gesell-

1 BGH v. 2.12.1996 – II ZR 243/95, GmbHR 1997, 501.

2 BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, GmbHR 1992, 257.

3 BGH v. 10.6.1991 – II ZR 234/89, GmbHR 1991, 362.

4 Vgl. zum Fragenkreis *Lutter* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁸, § 34 Rz. 67.

schaftsvertraglich nicht erbberechtigte Personen, Zwangsvollstreckung in den GmbH-Anteil, Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gesellschafters, Austritt des Gesellschafters sowie ein sonstiger wichtiger Grund in der Person des Gesellschafters, der seinen Ausschluss rechtfertigen würde.

Die Einziehung erfolgt durch Gesellschafterbeschluss und vernichtet den Anteil unmittelbar.¹ Die Vernichtung des Geschäftsanteils lässt sämtliche Mitgliedschaftsrechte untergehen. Der betroffene Gesellschafter nimmt deshalb an der Gewinnverteilung für ein vor Wirksamwerden der Einziehung abgeschlossenes Geschäftsjahr nicht mehr teil, wenn der Gewinnfeststellungs- und Gewinnverwendungsbeschluss nach Wirksamwerden der Einziehung gefasst wird.²

Die Stammkapitalziffer und das zu erhaltende Stammkapital bleiben unberührt (§§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG). Die Summe der Geschäftsanteile entspricht nicht mehr der Stammkapitalziffer. Mit dem eingezogenen Geschäftsanteil gehen auch die mit ihm verbundenen Stimmrechte unter. Die verbleibenden Stimmrechte erfahren eine Aufwertung, außerdem kann sich der Beteiligungsmaßstab für die gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten der verbleibenden Gesellschafter ändern, da der untergegangene Geschäftsanteil insoweit nicht mehr zu berücksichtigen ist.³ Der ausscheidende Gesellschafter hat Anspruch auf Abfindung in Höhe des wirklichen Werts seiner Beteiligung, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag eine andere zulässige Abfindungsregelung enthält.

Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG idF des MoMiG muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Aus dieser Bestimmung wurde in Literatur und Rspr. verbreitet gefolgert, dass ein Einziehungsbeschluss nichtig sei, wenn nicht gleichzeitig mit dem Beschluss durch eine Kapitalherabsetzung, eine nominelle Aufstockung des Stammkapitals oder die Bildung eines neuen Geschäftsanteils die Übereinstimmung der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital sichergestellt werde.⁴ Der BGH hat diese Bedenken jedoch zurückgewiesen und entschieden, dass ein Einziehungsbeschluss – wie auch vor Inkrafttreten des MoMiG – auch dann wirksam und nicht nichtig oder anfechtbar ist, wenn die Summe der Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile und das Stammkapital durch die Einziehung auseinanderfallen.⁵ Allerdings ist dem Urteil des BGH nicht zu entnehmen, dass die Differenz zwischen der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und dem Stammkapital dauerhaft zulässig wäre – lediglich die Wirkung der Einziehung wird durch diese Differenz nicht in Frage gestellt. Vielmehr wird es auch nach

1 BGH v. 19.9.1977 – II ZR 11/76, GmbHR 1978, 131.

2 BGH v. 14.9.1998 – II ZR 172/97, NJW 1998, 3646 = DStR 1998, 1688 m. Anm. Goette.

3 H.P. Westermann in Scholz, GmbHG¹¹, § 34 Rz. 66 mwN.

4 Ua. OLG München v. 21.9.2011 – 7 U 2413/11, juris mwN.

5 BGH v. 2.12.2014 – II ZR 322/13, GmbHR 2015, 416.

dem Urteil langfristig erforderlich sein, eine Konvergenz zwischen dem Stammkapital und der Summe der Nennbeträge herzustellen. Nach der Entscheidung des BGH ist es aber zulässig, zB den Ausgang eines Anfechtungsprozesses über die Wirksamkeit der Einziehung abzuwarten.¹

Der betroffene Gesellschafter ist beim Einziehungsbeschluss grundsätzlich stimmberechtigt, nicht jedoch bei der Zwangseinziehung aus in seiner Person liegenden Gründen.² Auch dann hat er jedoch ein Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung, die über die Einziehung beschließt.³

Voraussetzung der Einziehung ist neben ihrer Zulassung im Gesellschaftsvertrag die Volleinzahlung des Anteils und ein Bilanzvermögen der Gesellschaft, das die Zahlung des Einziehungsentgelts ohne Antastung des Stammkapitals erlaubt, also ein entsprechender Bilanzüberschuss.⁴ Wenn bereits bei der Beschlussfassung klar ist, dass das Einziehungsentgelt nicht aus dem iSd. § 30 GmbHG ungebundenen Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann, ist ein trotzdem gefasster Einziehungsbeschluss nichtig.⁵ Zweckmäßig ist es daher immer, alternative Abtretungspflichten neben der Einziehungsbefugnis vorzusehen, falls die gesetzlichen Voraussetzungen der Einziehung nicht vorliegen oder die Einziehung unzumutbar ist.⁶ Auch derartige Abtretungsverpflichtungen sind richtiger Ansicht nach insolvenzfest.⁷ Das Abtretungsverfahren kann dadurch beschleunigt werden, dass die Satzung die übrigen Gesellschafter zur Abtretung des GmbH-Anteils des ausgeschlossenen Gesellschafters ermächtigt.⁸

Nachdem dies lange Zeit umstritten war, hat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 klargestellt, dass bei einem weder nichtigen noch anfechtbaren Einziehungsbeschluss die Einziehung bereits mit der Mitteilung dieses Beschlusses gegenüber dem betroffenen Gesellschafter wirksam wird.⁹ Vor dieser Entscheidung bestand hier eine erhebliche Rechtsunsicherheit, da verschiedene OLG und bedeutende Stimmen in der Literatur erst nach einer vollständigen Zahlung der Abfindung von einer wirksamen Einziehung ausgingen.¹⁰ Bis zu

1 Vgl. BGH v. 2.12.2014 – II ZR 322/13, GmbHR 2015, 416 sowie die Anmerkung von *Strohn*, DB 2015, 675.

2 *Lutter* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁸, § 34 Rz. 2 mwN.

3 *Goette*, DStR 1997, 1257.

4 *H.P. Westermann* in *Scholz*, GmbHG¹¹, § 34 Rz. 51 ff. mwN.

5 BGH v. 24.1.2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236.

6 Vgl. *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2014, 335.

7 *Ulmer*, ZHR 149, 28 (35 ff.).

8 Vgl. BGH v. 20.6.1983 – II ZR 237/82, MDR 1983, 956 zum vergleichbaren Fall der Ausschluss eines Gesellschafters.

9 BGH v. 24.1.2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236.

10 OLG Frankfurt v. 26.11.1997 – 5 U 111/95, GmbHR 1997, 171; OLG Zweibrücken v. 17.5.1996 – 6 U 8/95, GmbHR 1997, 939; *Goette*, DStR 1997, 1336.

dieser Zahlung sollte der betroffene Gesellschafter mit Rücksicht auf sein Abfindungsinteresse Mitgesellschafter bleiben und auch seine Gesellschafterrechte wahrnehmen können. Dieser Auffassung hat der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2012 mit Rücksicht auf die schutzwürdigen Interessen der verbleibenden Gesellschafter eine klare Absage erteilt. Das Interesse des ausscheidenden Gesellschafters an der Abfindungszahlung ist nach dem Urteil des BGH aber dadurch zu schützen, dass die Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig haften, wenn sie bei einer nach Beschlussfassung eintretenden Verschlechterung der Vermögenslage nicht dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann oder sie die Gesellschaft nicht auflösen.¹

4.2.3.8. Hinauskündigungsregelungen

In zwei Urteilen vom 19.9.2005² hat sich der BGH mit der Zulässigkeit von Gesellschafterbeteiligungen auf Zeit im Rahmen von Managermodellen und Mitarbeitermodellen befasst. 154

Nach stRspr. des BGH sind bei Personengesellschaften und GmbH gesellschaftsvertragliche Bestimmungen, die einem Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen (Hinauskündigungsklauseln), grundsätzlich nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig. Gleiches gilt für eine neben dem Gesellschaftsvertrag getroffene schuldrechtliche Vereinbarung, die zu demselben Ergebnis führen soll. Der von diesen Regelungen betroffene Gesellschafter ist in einem Maße schutzwürdig, das die Annahme der Sittenwidrigkeit rechtfertigt. Denn das über ihm hängende Damoklesschwert der jederzeitigen freien Ausschließungsmöglichkeit kann von ihm als Disziplinierungsmittel empfunden werden, das ihn daran hindert, von seinem Mitgliedschaftsrechten nach eigener Entscheidung Gebrauch zu machen und seine Mitgliedschaftspflichten zu erfüllen. Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. Eine Hinauskündigungsklausel ist vielmehr wirksam, wenn sie wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist.³

Eine gerechtfertigte Ausnahme von der Inhaltskontrolle nach § 138 BGB hatte der BGH schon vor dem 19.9.2005 in einzelnen Fällen angenommen. Sie betrafen

1 BGH v. 24.1.2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236.

2 BGH v. 19.9.2005 – II ZR 342/03, GmbHR 205, 1561 (Mitarbeitermodell); v. 19.9.2005 – II ZR 173/04, GmbHR 205, 1558 (Managermodell).

3 Vgl. zu dieser Systematik BGH v. 19.9.2005 – II ZR 342/03, GmbHR 205, 1561 (Mitarbeitermodell).

- ein treuhandähnliches Verhältnis,¹ bei dem einem GmbH-Minderheitsgesellschafter, der die GmbH voll finanziert und einem nahen Angehörigen die Mehrheit der Geschäftsanteile treuhandähnlich überlassen hat, die Möglichkeit zustand, die Anteile des Angehörigen bei dessen Ausscheiden als GmbH-Geschäftsführer jederzeit zu übernehmen,
- die Eignungsprüfung,² zwecks derer den Gesellschaftern einer Freiberufler-GmbH das Recht vorbehalten wurde, einen neu aufgenommenen Partner während einer angemessenen Übergangs- und Erprobungsphase ohne weitere Voraussetzungen wieder aus der Gesellschaft auszuschließen, und
- die Beendigung einer Kooperation,³ bei der die Gesellschafterstellung im Vergleich zu den Rechten und Pflichten aus einem Kooperationsvertrag von gänzlich untergeordneter Bedeutung war und deshalb bei ordentlicher Kündigung des Kooperationsvertrags wieder entzogen werden konnte.

Eine sachliche Rechtfertigung der Gesellschafterbeteiligung auf Zeit sieht der BGH beim Managermodell des Inhalts als gegeben an, dass einem Geschäftsführer im Hinblick auf seine Geschäftsführerstellung eine Minderheitsbeteiligung eingeräumt wurde, für die er nur ein Entgelt in Höhe des Nennwerts zu zahlen hatte und die er aufgrund einer Rückkaufs- und Abtretungsvereinbarung bei Beendigung seines Geschäftsführeramts gegen eine der Höhe nach begrenzte Abfindung zurückzuübertragen hatte.

Die Rückkaufs- und Abtretungsvereinbarung stellt der BGH einer satzungsmäßigen Hinauskündigungsklausel deshalb gleich, weil der Mehrheitsgesellschafter nach § 38 Abs. 1 GmbHG den Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Grund abberufen und damit die Bedingungen für die Rückübertragung seines Geschäftsanteils herbeiführen konnte. Diese Koppelung des freien Widerrufs der Geschäftsführerbestellung und der Beendigung der Gesellschafterstellung sah der BGH aufgrund der besonderen Umstände des Falls als sachlich gerechtfertigt an. Hierzu führt er aus, dass die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des jeweiligen Geschäftsführers nach dem Unternehmenskonzept des Mehrheitsgesellschafters die Funktion hatte, den Geschäftsführer stärker an das Unternehmen zu binden, seine Motivation zu steigern und seine Stellung als geschäftsführender Gesellschafter innerhalb des Betriebs und nach außen aufzuwerten. Dabei stand die wirtschaftliche Teilhabe am Gewinn der Gesellschaft, der immer vollständig ausgeschüttet wurde, im Vordergrund. Damit wurde dem Geschäftsführer eine von seinem Geschick bei der Unternehmensführung mit abhängige und diesen Erfolg widerspiegelnde Einnahmequelle neben seinem Gehalt eingeräumt. Demgegenüber waren Möglichkeiten des Geschäftsführers, in der Gesellschafterversamm-

1 BGH v. 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103.

2 BGH v. 8.3.2004 – II ZR 165/02, NJW 2004, 2013.

3 BGH v. 14.3.2005 – II ZR 153/03, GmbHR 2005, 620.

lung seine Vorstellungen durchzusetzen, praktisch ausgeschlossen. Dafür war sein finanzielles Risiko gering. Er brauchte für den Erwerb des Geschäftsanteils nicht mehr als den Nennwert zu zahlen. Im Ergebnis erlangte er auf diesem Weg eine treuhänderische Stellung, deren wirtschaftlicher Wert bei denkbar geringem eigenen Risiko in dem erheblichen Gewinnausschüttungspotenzial während der Dauer seiner organschaftlichen und dienstvertraglichen Bindung an die Gesellschaft lag. Mit deren Beendigung war es selbstverständlich, dass die weitere Beteiligung ihren rechtfertigenden Sinn verlor. Nur durch die Rückübertragungsverpflichtung schließlich wurde dem Mehrheitsgesellschafter die Möglichkeit eröffnet, den Nachfolger im Amt des Geschäftsführers in gleicher Weise zu beteiligen und damit das Geschäftsmodell auf Dauer fortzuführen. Insgesamt war die Beteiligung auf Zeit nur als Annex der Geschäftsführerstellung anzusehen.

Beim Mitarbeitermodell verneint der BGH bereits die freie Hinauskündigungsmöglichkeit und damit das Vorliegen einer Hinauskündigungsklausel, da der Mehrheitsgesellschafter die Gesellschafterstellung der Arbeitnehmer infolge des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes nicht ohne sachlichen Grund beenden könne. Bedeutung für die Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln hat das Urteil dadurch, dass die Beschränkung der dem Mitarbeiter bei der Rückübertragung des Geschäftsanteils zu zahlenden Abfindung auf den Betrag, den er für den Erwerb des Anteils gezahlt hat, als zulässig angesehen wird und dies auch für die Hinauskündigungsklausel gilt.

4.2.3.9. Abfindung ausscheidender Gesellschafter

In allen Fällen des Ausscheidens aus der GmbH – Austritt, Ausschluss, Einziehung, Abtretungsverpflichtung – steht dem ausscheidenden Gesellschafter oder seinen Erben eine Abfindung für den Verlust des Geschäftsanteils zu. Das GmbH-Gesetz enthält keine Abfindungsregelung. Es ist von § 738 BGB auszugehen, wonach die Gesellschafter verpflichtet sind, dem Ausscheidenden dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Rspr. und Lehre haben hierzu Grundsätze aufgestellt, zunächst den, dass nicht die Gesellschafter, sondern die Gesellschaft die Abfindung schuldet. Der ausscheidende Gesellschafter hat Anspruch auf den Anteil am Verkehrswert des Unternehmens der Gesellschaft, der auf seinen Geschäftsanteil entfällt, wobei der Verkehrswert der volle wirtschaftliche Wert ist, der bei einem Verkauf des fortgeführten Unternehmens realisiert würde.¹ Dieser Wert ist in der Praxis üblicherweise nicht ohne

155

¹ BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359 = GmbHR 1992, 257.

weiteres zu ermitteln, idR wird dafür eine Unternehmensbewertung durch einen Sachverständigen erforderlich sein.¹

Die Kautelarpraxis hat allerdings sowohl im Recht der Personengesellschaften als auch der GmbH gesellschaftsvertragliche Abfindungsregelungen in ganz verschiedenen Ausprägungen entwickelt, die für ausscheidende Gesellschafter eine Abfindung unterhalb des Verkehrswerts vorsehen. Angestrebt werden dabei einmal der Schutz des Unternehmens vor betriebswirtschaftlich nachteiligem Kapitalabfluss – Erhaltungsinteresse der Gesellschaft –, zum anderen die Erleichterung, Verbilligung und Beschleunigung des Abfindungsverfahrens – Vereinfachungsinteresse der Gesellschaft und des ausscheidenden Gesellschafters –, beides unter Berücksichtigung des Interesses des ausscheidenden Gesellschafters oder seiner Erben an möglichst vollwertiger Abfindung.

Im Hinblick auf die Beschränkung des Abfindungsanspruchs gibt es einen weiten Gestaltungsspielraum. Weit verbreitet sind insbes. Buchwertklauseln, die eine Abfindung zum Buchwert und damit ohne Berücksichtigung stiller Reserven vorsehen, oder Klauseln, die auf den Verkehrswert einen bestimmten Abschlag vorsehen (zB Abfindung iHv. 70 % des Verkehrswerts). Ein weiteres Gestaltungsmodell ist die Ermittlung der Abfindung aus dem Nennwert der Beteiligung (bzw. einem Vielfachen davon). Wird auf den Verkehrswert – evtl. auch mit einem Abschlag – abgestellt, bietet es sich an, auf die vom Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) aufgestellten Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen zu verweisen (IDW S 1) und für den Fall, dass die Parteien sich nicht einigen, eine für die Parteien als Schiedsgutachten iSd. §§ 315 ff. BGB verbindliche Unternehmensbewertung durch einen Wirtschaftsprüfer vorzusehen.

Ob die in der Praxis verbreiteten Modelle der Abfindungsbeschränkung zulässig sind, kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern muss für die im Einzelfall betroffene Gesellschaft geprüft werden.

Die Rspr. beurteilt Abfindungsbeschränkungen grundsätzlich dabei anhand folgender Leitlinien:

Eine Beschränkung der zu zahlenden Abfindung ist sittenwidrig und damit nach § 138 BGB nichtig, wenn sie bereits bei ihrer Einführung grob unbillig ist, weil die vorgesehene Beschränkung des Abflusses von Gesellschaftskapital vollkommen außer Verhältnis zu der Beschränkung steht, die erforderlich ist, um im Interesse der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter den Fortbestand der Gesellschaft und ihres Unternehmens zu sichern.²

¹ Vgl. H.P. Westermann in Scholz, GmbHG¹¹, § 34 Rz. 25 mit Nachweisen zu denkbaren Bewertungsmethoden.

² BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359.

War die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Beschränkung zum Zeitpunkt ihrer Einführung angemessen, bleibt die Klausel auch dann weiterhin gültig, wenn aufgrund der positiven Geschäftsentwicklung der Gesellschaft im Laufe der Zeit ein Missverhältnis zwischen Anteilswert und Abfindungshöhe entstanden ist.¹ Allerdings soll die Klausel nach der Rspr. des BGH dann nicht in unveränderter Form zur Anwendung kommen. Vielmehr ist im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter angemessener Abwägung der Interessen der Gesellschaft und des ausscheidenden Gesellschafters und unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falls entsprechend den veränderten Verhältnissen eine angemessene Abfindung zu ermitteln.²

Zulässig ist es dabei auch in gewissem Rahmen, die Höhe der Abfindung von dem Grund des jeweiligen Ausscheidens abhängig zu machen und zB einen aus wichtigem Grund ausgeschlossenen Gesellschafter anders abzufinden, als einen im Rahmen einer ordentlichen Kündigung ausgeschiedenen Gesellschafter.³ In eng begrenzten Ausnahmefällen kann nach der Rspr. des BGH ferner auch ein völliger Ausschluss einer Abfindung zulässig sein. Möglich sein kann dies bei einer Gesellschaft, die einen ideellen Zweck verfolgt, bei Abfindungsklauseln auf den Todesfall oder bei auf Zeit abgeschlossenen Mitarbeiter- oder Managerbeteiligungen ohne Kapitaleinsatz. In diesen Ausnahmefällen sieht der BGH einen sachlichen Grund für den Ausschluss der Abfindung darin, dass die ausscheidenden Gesellschafter kein Kapital eingesetzt haben oder bei der Verfolgung eines ideellen Ziels von vornherein auf eine Vermehrung des eigenen Vermögens zugunsten des uneigennützigen Zwecken gewidmeten Gesellschaftsvermögens verzichtet haben.⁴

Sind Klauseln zur Beschränkung der Abfindungshöhe unwirksam, steht ausscheidenden Gesellschaftern eine Abfindung zum vollen Verkehrswert ihrer Gesellschaftsbeteiligung zu.⁵ Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass im Rahmen einer Einziehung eine unwirksame Abfindungsregelung nicht auch automatisch zur Unwirksamkeit der Einziehungsregelung führt – beides ist vielmehr getrennt zu beurteilen.⁶

Da es keine klaren gesetzlichen Vorgaben gibt, innerhalb welcher Grenzen der gesetzliche Anspruch ausscheidender Gesellschafter auf eine Abfindung zum

1 BGH v. 20.9.1993 – II ZR 104/92, BGHZ 123, 281.

2 BGH v. 20.9.1993 – II ZR 104/92, BGHZ 123, 281.

3 Vgl. *H.P. Westermann* in Scholz, GmbHG¹¹, § 34 Rz. 35 mwN.

4 BGH v. 29.4.2014 – II ZR 216/13, GmbHR 2014, 811 mwN.

5 BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359.

6 BGH v. 19.9.1977 – II ZR 11/76, BGH NJW 1977, 2316.

Verkehrswert begrenzt werden kann, kommt es in der Praxis tatsächlich darauf an, den jeweiligen Einzelfall zu würdigen.

Nach der am 1.1.2009 in Kraft getretenen Erbschaftsteuerreform werden Personen- und Kapitalgesellschaftsanteile mit dem Verkehrswert bewertet, also höher als nach vorheriger Rechtslage. Erhaltenen ausscheidende Gesellschafter weniger als den Verkehrswert, so führt dies bei den verbleibenden Gesellschaftern oder der Gesellschaft möglicherweise zu einer Steuerpflicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 und § 7 Abs. 7 ErbStG. Diese Problematik ist bei der Gestaltung der Abfindungsklausel im Auge zu behalten, wenn ausscheidende Gesellschafter mit einer Abfindung unterhalb des Verkehrswerts ihres Geschäftsanteils abgefunden werden sollen.¹

Formulierungsbeispiel: Abfindung nach IDW-Bewertungsrichtlinien

Kommt beim Ausscheiden eines Gesellschafters eine Einigung über die dem ausscheidenden Gesellschafter oder seinen Rechtsnachfolgern zu zahlende Abfindung nicht zustande, so entscheidet über die Höhe und Zahlungsweise der Abfindung ein Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Schiedsgutachter. Der Schiedsgutachter wird auf Antrag einer der Parteien von der Wirtschaftsprüfer-Kammer in Berlin bestimmt. Die Anteilsbewertung erfolgt auf der Grundlage einer Unternehmensbewertung nach den dann geltenden Bewertungsgrundsätzen des Instituts der Wirtschaftsprüfer, Düsseldorf, oder seines Nachfolgers. Stehen derartige Bewertungsgrundsätze nicht mehr zur Verfügung, so bestimmt der Schiedsgutachter die Bewertungsmethode. Der Schiedsgutachter bestimmt auch Einzelheiten der Konkretisierung der Bewertungsgrundsätze. Von dem ermittelten Unternehmens- bzw. Anteilswert ist ein Abschlag von 30 vom Hundert zum Unternehmensschutz zu machen. Der Schiedsgutachter kann bestimmen, dass der Abfindungsbetrag in zeitlich gestreckten Teilbeträgen bei angemessener Verzinsung zu zahlen ist. Die Kosten des Schiedsgutachters tragen die Gesellschaft zur einen und der ausscheidende Gesellschafter bzw. seine Rechtsnachfolger zur anderen Hälfte.

4.2.3.10. Wettbewerbsverbote, Wettbewerbsklauseln

- 156 Hat eine Gesellschaft mehrere Gesellschafter, ist bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags in jedem Fall zu überlegen, ein Wettbewerbsverbot aufzunehmen. Hintergrund ist letztlich die Befürchtung, dass Gesellschafter unternehmensinterne Informationen, die sie aufgrund der entsprechenden Informationsrechte von Gesellschaftern auch dann erhalten, wenn sie nicht in der Geschäftsführung des Unternehmens tätig sind, zur Realisierung von Geschäftschancen

¹ Milatz/Kämper, GmbHR 2009, 470.

außerhalb der Gesellschaft nutzen und der Gesellschaft sowie ihren Mitgesellschaftern damit schaden könnten. Dieses Risiko besteht grundsätzlich immer, in bestimmten Konstellationen aber verstärkt. Bei Familienunternehmen gilt dies zB dann, wenn bestimmte Familienmitglieder nur kapitalmäßig beteiligt sind, aber nicht für das Unternehmen persönlich tätig sind und außerhalb der Gesellschaft noch ein eigenes Unternehmen betreiben. Auch bei Kapitalgebern, die an mehreren Unternehmen beteiligt sind, besteht ein erhöhtes Risiko. Häufig wird es aber auch nur darum gehen, eventuellen, bei der Gesellschaftsgründung meist noch nicht konkret abschätzbaren Risiken vorzubeugen, ohne dass ein konkreter Anlass bestünde.

Ein Wettbewerbsverbot für Gesellschafter kann sich allerdings unabhängig von der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags zunächst aus dem Gesetz ergeben. Zwar gibt es diesbezüglich keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Im Einzelfall kann sich aber ein Wettbewerbsverbot aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ableiten.¹ So hat der BGH ein derartiges Wettbewerbsverbot für Gesellschafter mit einem beherrschenden Einfluss auf die GmbH bejaht, da die Gesellschaft besonders gefährdet sei, wenn der die Gesellschaft steuernde Gesellschafter außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch tätig ist.² Letztlich ist insoweit im Einzelfall beurteilen, ob sich die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht für alle oder zumindest für einzelne Gesellschafter zu einem Wettbewerbsverbot konkretisiert (die Situation ist insoweit anders als bei Geschäftsführern, die aus allgemeinen Wertungen heraus immer einem ungeschriebenen gesetzlichen Wettbewerbsverbot unterliegen; vgl. Rz. I 171). Keinem aus der Treuepflicht abgeleiteten Wettbewerbsverbot unterliegt ein Alleingesellschafter, der sich ohnehin durch eine Befreiung jederzeit aus dem Wettbewerbsverbot befreien könnte.³

Soweit Gesellschafter rechtssicher an ein Wettbewerbsverbot gebunden werden sollen, muss dieses aber im Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft geregelt werden.

Entsprechende vertragliche Regelungen sind grundsätzlich zulässig, unterliegen nach der Rspr. allerdings zwei maßgeblichen Einschränkungen:

Zunächst sind gesellschaftsvertragliche Wettbewerbsverbote am Maßstab von Art. 12 GG, § 138 Abs. 1 BGB zu beurteilen, da sie regelmäßig die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit betroffener Gesellschafter berühren. Vor diesem Hintergrund erkennt der BGH entsprechende Wettbewerbsverbote nur als wirksam an, wenn sie nach Ort, Zeit und Gegenstand nicht über die schützenswerten Interessen des Begünstigten hinausgehen und den Verpflichten-

1 Vgl. *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁸, § 14 Rz. 26 mwN.

2 BGH v. 5.12.1983 – II ZR 242/82, BGHZ 89, 162.

3 *Emmerich* in Scholz, GmbHG¹¹, § 3 Rz. 93 mwN.

ten nicht übermäßig beschränken.¹ Leichter ist dabei die Rechtfertigung von Wettbewerbsverboten, die mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters enden. Solange die Gesellschafterstellung andauert, ist ein an die Gesellschafterstellung geknüpftes vertragliches Wettbewerbsverbot bei einer angemessenen Ausgestaltung regelmäßig durch das Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt, dass der Gesellschafter den Gesellschaftszweck loyal fördert und Handlungen unterlässt, die seine Erreichung behindern könnten.² Wettbewerbsverbote, die nach dem Ausscheiden des Gesellschafters weitergelten sollen, werden durch Gerichte einer besonders strengen Prüfung unterzogen. Der BGH hat insoweit zuletzt eine Kundenschutzklausel als nichtig bewertet, die es einem ausscheidenden Gesellschafter für die Dauer von fünf Jahren untersagte, Kunden der Gesellschaft anzusprechen oder abzuwerben – eine derartige Klausel übersteige das in zeitlicher Hinsicht notwendige Maß, das idR zwei Jahre betrage.³

Darüber hinaus können gesellschaftsvertragliche Wettbewerbsverbote nach § 1 GWB, § 134 BGB kartellrechtswidrig und damit nichtig sein, da sie wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten. Mit § 1 GWB vereinbar sind gesellschaftsvertragliche Wettbewerbsverbote nach der Rspr. des BGH, wenn sie notwendig sind, um eine kartellrechtsneutrale – dh. nicht schon mit dem Zweck der Wettbewerbsbeschränkung gegründete – Gesellschaft in ihrem Bestand und ihrer Funktionsfähigkeit zu erhalten und davor zu schützen, dass ein Gesellschafter sie von innen her aushöhlt und damit einen leistungsfähigen Wettbewerb zugunsten seiner eigenen Konkurrenzfähigkeit ausschaltet.⁴ Nach diesen Grundsätzen können auch Wettbewerbsverbote für Gesellschafter ohne eine Mehrheitsbeteiligung angemessen sein, wenn diese mit ihren Stimmen strategisch wichtige Entscheidungen blockieren können.⁵

Um der Gesellschaft eine gewisse Flexibilität zu erhalten, sollte in der gesellschaftsvertraglichen Regelung zum Wettbewerbsverbot vorgesehen werden, dass Gesellschafter im Einzelfall von den Vorgaben des Wettbewerbsverbots durch einen Gesellschafterbeschluss befreit werden können. Eine Befreiung von geltenden Wettbewerbsverboten ist auch bei gesetzlichen Wettbewerbsverboten möglich, setzt allerdings ebenfalls eine im Gesellschaftsvertrag geregelte Befreiungsmöglichkeit voraus, wenn dies durch einen einfachen Gesellschafterbeschluss erfolgen soll. Im Zusammenhang mit der Befreiungsmöglichkeit sollte auch ausdrücklich geregelt werden, ob der von der Befreiung betroffene Gesellschafter von der Abstimmung ausgeschlossen wird.

1 BGH v. 30.11.2009 – II ZR 208/08, GmbHR 2010, 256.

2 BGH v. 30.11.2009 – II ZR 208/08, GmbHR 2010, 256.

3 BGH v. 20.1.2015 – II ZR 369/13, GmbHR 2015, 308.

4 BGH v. 23.6.2009 – II KZR 58/07, DB 2009, 2539.

5 BGH v. 23.6.2009 – II KZR 58/07, DB 2009, 2539.

Bei der Verletzung von Wettbewerbsverboten können die Gesellschafter bzw. die Mitgesellschafter Unterlassung und Schadensersatz verlangen. Die Gesellschaft hat analog § 113 Abs. 1 HGB ein Eintrittsrecht. Die Verletzung kann beim Gesellschafter ein Ausschluss- oder Einziehungsgrund sein. Der Nachweis konkreter Schäden ist allerdings häufig schwierig. Bei vertraglichen Wettbewerbsverboten ist es deshalb zu empfehlen, für den Fall von Verstößen vom Nachweis konkreter Schäden unabhängige Vertragsstrafen vorzusehen.

Soweit die Gesellschaft nach den vorbezeichneten Grundsätzen einen Anspruch aus Wettbewerbsverletzung gegen den Gesellschafter hat und diesen nicht geltend macht, kann dies zu verdeckten Gewinnausschüttungen führen.¹ Auch in diesem Zusammenhang ist die Möglichkeit der Befreiung sinnvoll, um bei Bedarf das Risiko einer verdeckten Gewinnausschüttung durch eine Befreiung vom Wettbewerbsverbot abwenden zu können – hier ist allerdings dann noch zu prüfen, ob bezogen auf den Einzelfall eine steuerliche Anerkennung der Befreiung nur erfolgen kann, wenn die Gesellschaft für die Befreiung eine Gegenleistung erhält.²

Formulierungsvorschlag: Wettbewerbsverbot, Befreiung

Die Gesellschafter sind verpflichtet, während ihrer Beteiligung an der Gesellschaft weder ein Beschäftigungs- oder Beratungsverhältnis mit einem Konkurrenzunternehmen einzugehen, noch an der Gründung eines solchen Unternehmens in irgendeiner Form mitzuwirken oder sich an einem solchen bestehenden Unternehmen direkt oder indirekt zu beteiligen. Hiervon ausgenommen sind etwaige Beteiligungen der Gesellschafter an Unternehmen, an denen ausschließlich sämtliche Gesellschafter oder neben einzelnen Gesellschaftern ausschließlich diese Gesellschaft beteiligt ist. Der Erwerb von Wertpapieren über Beteiligungsrechte an Konkurrenzunternehmen, die an Börsen notiert werden, ist bis zu einer Beteiligung in Höhe von 5 % gestattet.

Für jeden Fall des Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot gemäß Abs. 1 ist eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR,00 fällig. Die Geltendmachung eines weitergehenden Schadensersatzes bleibt unberührt. Wird eine Zuwiderhandlung gegen dieses Wettbewerbsverbot trotz schriftlicher Abmahnung fortgesetzt, so ist für jeden Zeitraum von einem Monat der Zuwiderhandlung ab diesem Zeitpunkt jeweils eine weitere Vertragsstrafe in Höhe von jeweils EUR,00 zu zahlen. Anstelle der Vertragsstrafe und des Schadenersatzes kann die Gesellschaft verlangen, dass die vom Gesellschafter für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten und dass der Gesellschafter die

¹ Schiessl/Böhm in MünchHdb. GesR, Bd. 3 GmbH⁴, § 34 Rz. 19 ff.

² Schiessl/Böhm in MünchHdb. GesR, Bd. 3 GmbH⁴, § 34 Rz. 24 mwN.

aus den Geschäften für fremde Rechnung bezogenen Vergütungen herausgibt oder seinen Vergütungsanspruch herausgibt.

Die Gesellschafterversammlung kann mit einfacher Mehrheit der Stimmen aller stimmberechtigten Gesellschafter einzelne oder alle Gesellschafter unentgeltlich oder entgeltlich von dem Wettbewerbsverbot befreien. Der betroffene Gesellschafter stimmt nicht mit ab. Die Befreiung kann auf bestimmte Fälle oder bestimmte Tätigkeiten beschränkt werden.¹

Formulierungsvorschlag: Befreiung vom Wettbewerbsverbot

Der Gesellschafter ... ist Inhaber der Einzelfirma ..., deren Unternehmensgegenstand ... ist. Er darf dieses Unternehmen im bisherigen Umfang gleich in welcher Rechtsform weiter betreiben und wird insoweit von einem etwaigen Wettbewerbsverbot befreit.

4.2.3.11. Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen

- 157 Zur Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ist nach § 46 Nr. 4 GmbHG jeweils ein Gesellschafterbeschluss erforderlich.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Teilung und Zusammenlegung an höhere oder geringere Voraussetzungen als die Zustimmungspflicht durch einfachen Gesellschafterbeschluss knüpfen.² Eine Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ist nur mit Zustimmung des Betroffenen und ferner nach hM – obwohl dies nach der Begründung des RegE zum MoMiG anders vorgesehen war – nur dann zulässig, wenn die betroffenen Geschäftsanteile nicht mit Rechten Dritter belastet sind und keine Einlagen oder Nachschüsse ausstehen.³ Hier kann es sich empfehlen, dies im Gesellschaftsvertrag klarzustellen.

Formulierungsbeispiel: Zusammenlegung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafterbeschluss

Die Gesellschafterversammlung kann die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen nur beschließen, wenn der Inhaber der Geschäftsanteile einverstanden ist und die Geschäftsanteile voll eingezahlt sind, nicht mit einer Nachschusspflicht oder mit Rechten Dritter belastet sind und nicht mit verschiedenen Rechten und Pflichten ausgestattet sind.

¹ Die Begrenzung auf das erforderliche Maß soll sich hier durch den Bezug auf Konkurrenzunternehmen ergeben. Ob dies ausreicht, ist allerdings im Einzelfall noch zu prüfen – soweit das Wettbewerbsverbot auch nach dem Ausscheiden des Gesellschafters gelten sollte, wären darüber hinaus zusätzliche Regelungen erforderlich.

² Vgl. K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹¹, § 46 Rz. 64 mwN.

³ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁸, § 46 Rz. 20.

Alternativ hierzu kann man dem Gesellschafter die einseitige Zusammenlegung gestatten.

Formulierungsbeispiel: Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ohne Gesellschafterbeschluss

Ist ein Gesellschafter Inhaber mehrerer voll eingezahlter Geschäftsanteile, so kann er diese durch schriftliche Erklärung gegenüber der Gesellschaft zu einem Geschäftsanteil zusammenlegen.

4.2.3.12. Schiedsgerichtsklausel

Häufig wird in Gesellschaftsverträgen vorgesehen, dass Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern oder zwischen den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht vor den Gerichten des ordentlichen Rechtswegs, sondern nach Maßgabe der §§ 1025 ff. ZPO durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen. 158

Für die Gesellschafter hat ein Schiedsgerichtsverfahren insbes. den Vorteil, dass es anders als Verhandlungen vor Zivilgerichten nicht öffentlich ist und Streitigkeiten deshalb diskret und ohne öffentliche Aufmerksamkeit und insbes. ohne die öffentliche Verbreitung von vertraulichen gesellschaftsinternen Informationen abgewickelt werden können. Darüber hinaus können Schiedsgerichtsverfahren regelmäßig schneller durchgeführt werden.

Eine Schiedsvereinbarung iSv. §§ 1025 ff. ZPO kann als Schiedsgerichtsklausel Gegenstand der GmbH-Satzung sein. Die notarielle Beurkundung erfüllt die Schriftform nach § 1031 Abs. 1 Alt. 1 ZPO, eine besondere Urkunde außerhalb der Satzung ist nicht erforderlich.¹

Es war lange umstritten, ob und inwieweit auch Beschlussmängelstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht entschieden werden können. Kernproblem war dabei, ob sich die Rechtskraft einer Schiedsgerichtsentscheidung auf alle Gesellschafter, die Gesellschaftsorgane mitsamt ihren Mitgliedern und die Gesellschaft erstreckt, was sich bei einem Beschlussmängelstreit vor ordentlichen Gerichten aus der entsprechenden Anwendung der §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 AktG ergibt.²

Nachdem der BGH dies in einer früheren Entscheidung aus dem Jahr 1996 noch abweichend beurteilt hatte, entschied er am 6.4.2009, dass Beschlussmängelstreitigkeiten auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung der Wirkungen der §§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG kraft einer dies analog im Gesell-

¹ Vgl. BGH v. 6.4.2009 – II ZR 255/08, BGHZ 180, 221.

² *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁸, Anh zu § 47 Rz. 87.

schaftsvertrag festschreibenden Schiedsvereinbarung oder einer außerhalb des Gesellschaftsvertrags unter Mitwirkung aller Gesellschafter und der Gesellschaft getroffenen Individualabrede schiedsfähig seien, sofern und soweit das schiedsgerichtliche Verfahren in einer dem Rechtsschutz durch staatliche Gerichte gleichwertigen Weise ausgestaltet sei.¹ In der Entscheidung hat der BGH auch näher definiert, wie das Schiedsgerichtsverfahren ausgestaltet werden muss, um einen demjenigen staatlicher Gerichte gleichwertigen Rechtsschutz zu bieten. Schiedsklauseln müssen danach folgenden Mindeststandard aufweisen, um nicht wegen einer im Vergleich zu staatlichen Gerichtsverfahren zu geringen Schutzwirkung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig zu sein:²

- Die Schiedsabrede muss grundsätzlich mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag verankert sein, alternativ ist eine außerhalb des Gesellschaftsvertrags unter Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter und der Gesellschaft getroffene Absprache erforderlich.
- Jeder Gesellschafter muss – neben den Gesellschaftsorganen – über die Einleitung und den Verlauf des Schiedsverfahrens informiert und dadurch in die Lage versetzt werden, dem Verfahren zumindest als Nebenintervenient beizutreten.
- Sämtliche Gesellschafter müssen an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken können, sofern nicht die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolgt. Im Rahmen der Beteiligung mehrerer Gesellschafter auf einer Seite des Streitverhältnisses kann dabei grundsätzlich das Mehrheitsprinzip zur Anwendung gebracht werden.
- Es muss gewährleistet sein, dass alle denselben Streitgegenstand betreffenden Beschlussmängelstreitigkeiten bei einem Schiedsgericht konzentriert werden.

Bei der Ausgestaltung von Schiedsklauseln ist sehr sorgfältig vorzugehen, um Wirksamkeitsrisiken auszuschließen. Für die Praxis empfiehlt es sich, die Durchführung eines Schiedsverfahrens nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) sowie den durch diese herausgegebenen ergänzenden Regelungen für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu vereinbaren. Die DIS stellt auch Musterformulierungen für entsprechende Klauseln zur Verfügung, in denen die jeweils aktuelle Rspr. zur Ausgestaltung von Schiedsklauseln regelmäßig – was im Einzelfall noch geprüft werden sollte – berücksichtigt sein wird.³

159–163 Einstweilen frei.

1 BGH v. 6.4.2009 – II ZR 255/08, BGHZ 180, 221.

2 BGH v. 6.4.2009 – II ZR 255/08, BGHZ 180, 221.

3 Die Musterformulierungen können unter www.dis-hrb.de heruntergeladen werden.