

Stimmgleichheit kraft Gesetzes eine zweite Stimme zusteht, ist er berechtigt, aber nicht verpflichtet, von dieser Gebrauch zu machen.

Die wesentlichen gesetzlichen Charakteristika des obligatorischen paritätisch besetzten Aufsichtsrats und die verbliebenen Satzungsspielräume können wie folgt zusammengefasst werden:

Obligatorischer paritätisch besetzter Aufsichtsrat (MitbestG)

	gesetzliche Regelung	Satzungsautonomie (Beispiele)
Mitgliederzahl, Zusammensetzung	<ul style="list-style-type: none"> • Sollmitgliederzahl je nach Mitarbeiterzahl (§ 7 Abs. 1 MitbestG) • Halbbesetzung durch Arbeitnehmervertreter in bestimmter Zusammensetzung (§ 7 Abs. 2 MitbestG) 	<ul style="list-style-type: none"> • Zulässigkeit höherer Mitgliederzahl (§ 7 Abs. 1 S. 2, 3 MitbestG)
Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder	<ul style="list-style-type: none"> • Wahl der Anteilseignervertreter durch Gesellschafterversammlung (§§ 8, 6 Abs. 2 MitbestG iVm § 101 Abs. 1 S. 1 AktG) • Wahl der Arbeitnehmervertreter durch Arbeitnehmer (§§ 9-8 MitbestG, WahlO) 	<ul style="list-style-type: none"> • Zulässigkeit Entsendungsrecht für Gesellschafter bis zu $\frac{1}{3}$ sämtlicher Mitglieder
Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder	<ul style="list-style-type: none"> • Höchstdauer: Beendigung der Gesellschafterversammlung, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach Amtszeitbeginn beschließt (§ 6 Abs. 2 S. 1 MitbestG iVm § 102 Abs. 1 AktG) 	<ul style="list-style-type: none"> • Zulässigkeit kürzerer Amtszeit für alle Aufsichtsratsmitglieder • Zulässigkeit turnusmäßigen Ausscheidens der Anteilseignervertreter
Innere Ordnung	<ul style="list-style-type: none"> • Aktienrechtliche Grundregelungen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG iVm §§ 107–110 AktG) • Wahlverfahren für Vorsitzenden (§ 27 MitbestG) • Zweitstimme des Vorsitzenden bei Patt-Situationen (§ 29 Abs. 2 MitbestG) 	<ul style="list-style-type: none"> • Zulässigkeit bestimmter qualifizierter Anforderungen für Beschlussfähigkeit
Kompetenzen	<ul style="list-style-type: none"> • Zuständigkeit für Bestellung/Abberufung von Geschäftsführern • Zuständigkeit für Abschluss, Änderung, Beendigung von Geschäftsführeranstellungsverträgen • Zuständigkeit für Kreditgewährungen der Gesellschaft an Aufsichtsratsmitglieder • Recht zur Berichterstattung durch Geschäftsführer (§ 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG iVm § 90 Abs. 3, 4, 5 S. 1, 2 AktG) • Überwachungspflicht gegenüber Geschäftsführern neben Gesellschafterversammlung mit Pflicht 	<ul style="list-style-type: none"> • Zulässigkeit der Kompetenzerweiterung (Grenze: Letztentscheidungsrecht der Gesellschafterversammlung bei Geschäftsführungsmaßnahmen)

	gesetzliche Regelung	Satzungsautonomie (Beispiele)
	zur Regelung von Zustimmungsvorbehalten bei bestimmten Geschäften (§ 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG iVm § 111 AktG)	
	<ul style="list-style-type: none"> • Prüfungspflicht Jahresabschluss, Lagebericht, Vorschlag für Ergebnisverwendung (§ 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG iVm § 171 AktG) 	
Geschäftsführung	<ul style="list-style-type: none"> • Arbeitsdirektor als Geschäftsführungsmitglied mit geschütztem Kompetenzbereich (§ 33 Abs. 1 S. 1 MitbestG) • mindestens zwei Geschäftsführer 	

11. Wettbewerbsverbot; Verschwiegenheitspflicht

- 273 a) **Wettbewerbsverbot der Gesellschafter.** Es ist allgemein anerkannt, dass trotz des Fehlens einer entsprechenden Bestimmung im GmbHG sowohl der GmbH-Geschäftsführer – und zwar unabhängig davon, ob er Gesellschafter ist oder nicht – als auch der Gesellschafter einer GmbH – dieser indes nur wenn er einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben vermag³⁸⁹ – einem Wettbewerbsverbot unterliegt. Dabei leiten Rspr. und Lit. das Wettbewerbsverbot für Gesellschafter aus der **allgemeinen gesellschaftlichen Treuepflicht** her.³⁹⁰ Einen das Wettbewerbsverbot auslösenden bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführung wird jedenfalls bei einer Mehrheitsbeteiligung angenommen, ggf. aber auch schon dann, wenn die Gesellschaftsbeteiligung ins Gewicht fällt (zB 40 %) oder durch sonstige Umstände oder Rechtszuweisungen ein maßgeblicher Einfluss ausgeübt werden kann. Der sachliche Umfang des Wettbewerbsverbots richtet sich zunächst nach dem tatsächlich ausgeübten Unternehmensgegenstand der Gesellschaft und erstreckt sich ggf. auf deren Geschäftschancen (sog. **Geschäftschancen-Lehre**).³⁹¹
- 274 Ob ein Wettbewerbsverbot für Gesellschafter tatsächlich in der Satzung verankert werden sollte, hängt im besonderen Maße von der Gesellschafterstruktur und der Branchenzugehörigkeit der Gesellschaft ab. Entscheidet man sich für eine Inkorporation des Wettbewerbsverbots, sind die Geschäftsbereiche von Gesellschaft und Gesellschafter hinreichend bestimmt abzugrenzen. Das entspricht jedenfalls auch den **steuerlichen Anforderungen** zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung bei Befreiung vom Wettbewerbsverbot von beherrschenden Gesellschaftern, Gesellschafter-Geschäftsführern und Geschäftsführern, die einem beherrschenden Gesellschafter nahe stehen.³⁹²
- 275 Aus steuerlicher Sicht ist weiter folgendes zu beachten: Erfolgt eine Befreiung vom Wettbewerbsverbot in der Gründungssatzung, so führt dies nicht zu einer Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung, sofern nur die Geschäftsabgrenzung klar und eindeutig vorgenommen ist. Demgegenüber werden nachträgliche Befreiungen vom Wettbewerbsverbot von der Finanzverwaltung im Anschluss an die Rspr. des Bundesfinanzhofes als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt, es sei denn, (i) die Befreiung erfolgt im Voraus, (ii) beim beherrschenden Gesellschafter durch satzungsändernden Beschluss und beim Minderheitsgesellschaftler-Geschäftsführer im Anstellungsvertrag mit Zustimmung der Gesellschafter-

³⁸⁹ BGH NJW 1984, 1351; BGH GmbHR 1988, 334 (335 f.) = NJW 1988, 2737 (2738); OLG Frankfurt a. M. DB 1992, 2489 (2490); OLG Köln BB 1991, 859 (860); OLG Karlsruhe GmbHR 1999, 539 f.

³⁹⁰ BGHZ 89, 162 (166) = NJW 1984, 1351 (1352).

³⁹¹ BGH GmbHR 1977, 129 = BeckRS 1977, 31003329; BGH ZIP 1989, 986 (987); MHdB GesR III/Böhm § 34 Rn. 16; Scholz/Seibt GmbHG § 14 Rn. 113 f.

³⁹² BFH BStBl. II 1981, 448; BFH BStBl. II 1983, 487; BFH BStBl. II 1987, 461; BFH BStBl. II 1989, 673; BFH/NV 1996, 645; BFH GmbHR 1997, 315.

mehrheit und (iii) die Befreiung enthält eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung sowie die Vereinbarung einer angemessenen Gegenleistung.³⁹³

Wollen die Gesellschafter über die Wettbewerbsverbots-Befreiung von Gesellschaftern (oder von Geschäftsführern) im Einzelfall entscheiden, so ist eine Öffnungsklausel in die Satzung aufzunehmen, die es der Gesellschafterversammlung erlaubt, Art und Umfang der Befreiung, die Aufgabenabgrenzung sowie die Gegenleistung durch Beschluss zu regeln.³⁹⁴ Hieraus folgt: Soll ein Gesellschafter wegen des ansonsten bestehenden erheblichen Risikopotenzials für die Gesellschaft einem Wettbewerbsverbot unterworfen werden, so ist dieses in der Satzung unter klarer Abgrenzung der Geschäftsbereiche von Gesellschaft und Gesellschafter zu regeln. Das Gleiche gilt, wenn ein Gesellschafter ausdrücklich mit keinem Wettbewerbsverbot belegt werden soll, obwohl er maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben vermag. Wird ein Wettbewerbsverbot für Gesellschafter verankert, sollte ggf. eine Öffnungsklausel vorgesehen werden, um im Einzelfall flexibel von dem umfassenden Wettbewerbsverbot befreien zu können. Zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern kann der Befreiungsbeschluss besonderen Kautelen (insbes. einem qualifizierten Mehrheitsanfordernis) unterworfen werden.

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

Formulierungsvorschlag:

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

³⁹³ BMF-Schreiben BStBl. I 1992, 137.

³⁹⁴ BMF-Schreiben BStBl. I 1993, 556.

279 Schließlich ist zu entscheiden, ob Gesellschafter oder Geschäftsführer einem **nachvertraglichen Wettbewerbsverbot** durch Satzungsbestimmung (Gesellschafter) oder Regelung im Anstellungsvertrag (Geschäftsführer) unterworfen werden soll. Gesetzlich gilt dies nicht,³⁹⁵ und die Grenzen solcher nachvertraglichen Wettbewerbsverbote ergeben sich vor allem aus § 1 GWB³⁹⁶ und aus Art. 2, 12 GG, §§ 138, 242 BGB.³⁹⁷ Hiernach ist ein fortwirkendes Wettbewerbsverbot nur zulässig, soweit es keine spürbare Auswirkung auf die Marktverhältnisse entfaltet (§ 1 GWB), einem berechtigten Interesse der Gesellschaft entspricht und den Verpflichteten nach Dauer, räumlichem Geltungsbereich und Gegenstand nicht unbillig in seinem Fortkommen beschwert (Art. 2, 12 GG, §§ 138, 242 BGB). Wenngleich es für die Ausgestaltung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, wird ein für mehr als zwei Jahre nach Beendigung der Gesellschafterstellung fortwirkendes Wettbewerbsverbot regelmäßig unzulässig sein.³⁹⁸ Umgekehrt ist im Regelfall ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für zwei Jahre nach Ablauf des Dienstverhältnisses zwischen einem GmbH-Geschäftsführer und der Gesellschaft – jedenfalls soweit es sich um eine sog. „Kunden- und Mandantenschutzklausel“ handelt – rechtlich nicht zu beanstanden.³⁹⁹ Ein über die Gesellschafterstellung hinausreichendes Wettbewerbsverbot wird nur in der Satzung zu regeln sein, wenn ein nicht unerhebliches Risiko besteht, dass der Gesellschafter Kenntnisse, die er während seiner Zeit als Gesellschafter erworben hat, nutzt, um mit der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten und jener Schaden zufügen kann.

Formulierungsvorschlag:

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

281 **b) Verschwiegenheitspflicht der Gesellschafter.** Die Gesellschafter einer GmbH unterliegen einer **gesellschaftlichen Treuepflicht**, die gegenüber der Bindung in und an einer Personengesellschaft zwar gemindert ist, aus der sich gleichwohl die Pflicht zur vertraulichen Behandlung gesellschaftsinterner Informationen ergibt.⁴⁰⁰ Diese Verpflichtung ist Gegenstück zum Informationsrecht nach § 51a GmbHG. Aus der Verschwiegenheits-Treuepflicht folgt zB, dass ein Gesellschafter seine Kenntnisse über die Gesellschaft nicht ohne weiteres an einen potentiellen Kaufinteressenten für seinen Geschäftsanteil⁴⁰¹ oder an eine kreditgebende Bank weitergeben darf. Kann der Bruch der Verschwiegenheitsverpflichtung der Gesellschafter zu einem erheblichen Schaden bei der Gesellschaft führen und besteht aufgrund der Realstruktur der Gesellschaft ein erhebliches Risikopotential, so kann sich die ausdrückliche Aufnahme der Verschwiegenheitsverpflichtung in der Satzung anbieten. Als Sanktion bei Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung (und damit der Satzungsbestimmung) kann die Verwirkung einer Vertragsstrafe oder die Einziehung der Geschäftsanteile bzw. der Ausschluss des Gesellschafters vorgesehen werden.

³⁹⁵ BGH DB 1986, 214; Scholz/Verse GmbHG § 43 Rn. 196, 245 mwN; zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot bei Geschäftsführern Heller GmbHR 2000, 371 ff.

³⁹⁶ BGHZ 68, 6 (10 ff.) = NJW 1977, 804 (804 f.) mAnm Ulmer; BGHZ 70, 331 (334) = NJW 1978, 1001 (1001 f.); OLG Karlsruhe BB 1986, 2365 (2366).

³⁹⁷ BGH DB 1965, 468; BGH WM 1974, 74 (76); BGHZ 91, 1 (7) = NJW 1984, 2366 (2367); BGH WM 1986, 1282; BGH GmbHR 1990, 77 (79); OLG Hamm ZIP 1988, 1254; OLG Karlsruhe BB 1986, 2365 (2366); OLG Düsseldorf GmbHR 1993, 581; Bauer/Diller GmbHR 1999, 885 (890 ff.).

³⁹⁸ BGH NJW 2004, 66 zu einer Freiberuflersozietät; BGHZ 91, 1 (7) = NJW 1984, 2366 (2367).

³⁹⁹ BGH ZIP 2008, 1379.

⁴⁰⁰ Scholz/Seibt GmbHG § 14 Rn. 73, 115; Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 13 Rn. 28; MHD B GesR III/Böhm § 32 Rn. 23.

⁴⁰¹ Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 51a Rn. 31; Bremer GmbHR 2000, 176 (178); Oppenländer GmbHR 2000, 535 (537 f.).

Formulierungsvorschlag:

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

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

282

12. Verfügungen über Geschäftsanteile

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

Bei der Gestaltung der Satzungsbestimmungen, die Verfügungen über Geschäftsanteile regeln, steht das Interesse der Gesellschafter an einer möglichst unbeschränkten Übertragbarkeit und Belastung ihrer Beteiligung dem Interesse der jeweils anderen Mitgesellschafter auf Kontrolle des Gesellschafterbestandes entgegen. Dabei wird in einigen Fällen bereits bei der Gesellschaftsgründung offensichtlich sein, dass ein Teil der Gesellschafter (zB Finanzinvestoren) eine Beteiligung nur eingehen wird, wenn ihnen jedenfalls nach Ablauf einer bestimmten Periode die unbeschränkte Möglichkeit der Beteiligungsveräußerung zusteht (sog. Exit-Route). Auf der anderen Seite wird in einigen anderen Fällen von den Gesellschaftern erstrebt sein, den Gesellschafterkreis möglichst lange unverändert zu lassen bzw. nur bei Zustimmung aller einen Gesellschafterwechsel zuzulassen (zB Familiengesellschaft). In vielen Fällen wird die Interessenlage der jeweiligen Gesellschafter aber nicht von vornherein klar sein. Darüber hinaus wird regelmäßig entsprechend der Gesellschafterzusammensetzung zu ermitteln sein, welche Verfügungen über Geschäftsanteile der Art nach oder dem Kreis der Begünstigten nach von der Übertragungsbeschränkung ausgeschlossen sein sollen. Weiterhin wird zu entscheiden sein, ob hinsichtlich der Übertragungsbeschränkung jedem Gesellschafter ein Zustimmungsvorbehalt zukommen soll (strenges Gleichbehandlungsgebot) oder ob die Satzungsregelungen Mehrheitsentscheidungen vorsehen sollen; im letzteren Fall werden häufig Minderheiten schützende Begleitregelungen notwendig sein. Ferner ist festzustellen, ob nicht nur passive Veräußerungsbeschränkungen verankert werden sollen, sondern auch aktive Veräußerungspflichten bei Vorliegen bestimmter Umstände (insbes. zur Ermöglichung von 100 %-Verkäufen an Dritte). Schließlich ist die nunmehr bestehende Möglichkeit eines gutgläubigen Anteilerwerbs vom Nichtberechtigten nach § 16 GmbHG zu beachten.⁴⁰²

⁴⁰² Die Vorschrift wurde durch das MoMiG eingeführt; hierzu ausf. Schockenhoff/Höder ZIP 2006, 1841; Bohrer DStR 2007, 995; Götze/Bressel NZG 2007, 894; Harbarth ZIP 2008, 57.

- 285 Den Gesellschaftern stehen zur Umsetzung ihrer Interessen eine Vielzahl möglicher Satzungsregelungen zur Verfügung:
- Zustimmungsvorbehalte als Wirksamkeitsvoraussetzung bei Verfügungen über Geschäftsanteile;
 - Vorkaufsrechte iSd §§ 463 ff. BGB bei Übertragungen von Geschäftsanteilen zugunsten der nicht veräußernden Mitgesellschafter;
 - Andienungsverpflichtung des eine Übertragung von Geschäftsanteilen beabsichtigenden Gesellschafters bzw. Vorerwerbsrechte der übrigen Mitgesellschafter;
 - Andienungs- bzw. Verkaufsrechte (Put-Optionen) zugunsten von Minderheitsgesellschaftern oder von Gesellschaftern, deren Anteilsübertragungswunsch von den übrigen Mitgesellschaftern nachhaltig vereitelt wurde;
 - Mitverkaufsrechte (Tag along-Rechte) und Mitverkaufspflichten (Drag along-Rechte) zugunsten bestimmter Gesellschafter gegenüber den Mitgesellschaftern;
 - Texan-Shoot-out-Verfahren bzw. Auktionsverfahren.
- 286 a) **Zustimmungsvorbehalt bei Verfügungen über Geschäftsanteile.** Eine Kontrolle über den Gesellschafterkreis und eine Beschränkung der Gesellschaftermacht bewirkt die Regelung eines Zustimmungsvorbehalts bei Verfügungen über Geschäftsanteile. Bei der Gestaltung einer derartigen Satzungsbestimmung ist regelmäßig über fünf Regelungskomplexe Einigkeit zwischen den Gesellschaftern zu erzielen:
- Umfang des sachlichen Anwendungsbereichs des Zustimmungsvorbehalts;
 - Ausnahmen vom Zustimmungsvorbehalt bei bestimmten Arten von Geschäften oder bei Verfügungen zugunsten bestimmter Personen;
 - qualitative Vorgaben für die Zustimmungserteilung;
 - Zuordnung der Entscheidungsprärogative, Mehrheitserfordernis und Verfahrensregelungen;
 - Konsequenzen der Zustimmungsversagung.
- 287 Zunächst ist also die Frage zu beantworten, wie weit der Kreis der Verfügungen über Geschäftsanteile oder vergleichbarer Maßnahmen gezogen werden soll, die dann der Zustimmung von einer oder mehreren Personen oder einem Organ unterliegen (**Umfang des sachlichen Anwendungsbereichs**). Begnügt sich die Satzungsbestimmung damit, „Verfügungen über Geschäftsanteile“ dem Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen, so bestehen erhebliche Rechtszweifel, ob die folgenden, wirtschaftlich z. T. vergleichbaren Gestaltungen von dieser Klausel erfasst werden:
- Begründung und Auflösung eines **Treuhandverhältnisses** mit Übertragung eines Geschäftsanteils auf den Treuhänder bzw. Rückübertragung auf den Treugeber sowie Treuhänderwechsel mit Übertragung des Geschäftsanteils von einem Treuhänder auf einen anderen Treuhänder;⁴⁰³
 - Einräumung einer **Unterbeteiligung** an einem Geschäftsanteil und Auflösung der Unterbeteiligung an einem Geschäftsanteil sowie Übertragung der Unterbeteiligung im Wege der Änderung des Unterbeteiligungs-Gesellschaftsvertrages;⁴⁰⁴
 - **Verschmelzung** des einen Geschäftsanteil haltenden Rechtsträgers auf einen Dritten;⁴⁰⁵
 - **Ausgliederung bzw. Abspaltung** eines Geschäftsanteils auf einen Dritten oder Aufspaltung eines Rechtsträgers, wodurch ein GmbH-Geschäftsanteil auf einen Dritten übergeht;⁴⁰⁶

⁴⁰³ Bejahend für die Abtretung von Rechten des Treugebers RGZ 159, 272 (281); verneinend für die Rückabtretung eines Geschäftsanteils nach vorausgegangener Sicherungsabtretung unter Zustimmung der Mitgesellschafter BGH NJW 1965, 1376; Noack/Servatius/Haas/Servatius GmbHG § 15 Rn. 55 ff. mwN; Scholz/Seibt GmbHG § 15 Rn. 227 ff.; diff. nach zustimmungspflichtiger Erwerbs- und zustimmungsfreier Vereinbarungstreuhand Schaub DStR 1995, 1634 (1637); Busch RNotZ 2020, 249 (268).

⁴⁰⁴ Zustimmungspflicht verneinend OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1987, 57; DB 1992, 2489; OLG Schleswig GmbHR 2002, 652 (654); Noack/Servatius/Haas/Servatius GmbHG § 15 Rn. 59 mwN; Scholz/Seibt GmbHG § 15 Rn. 224 ff.; Schaub DStR 1995, 1634 mwN.

⁴⁰⁵ Scholz/Seibt GmbHG § 15 Rn. 114; BeckHdB GmbH/Otto/Scholz § 15 Rn. 6; Zustimmungspflicht mit Blick auf § 13 Abs. 2 UmwG bejahend Reichert GmbHR 1995, 176 (179); Lutter/Drygala UmwG § 13 Rn. 28 ff.

⁴⁰⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 402.

- Übergang eines Geschäftsanteils im Wege der **Anwachsung** des Gesellschaftsvermögens nach Austritt (bzw. Anteilsübertragung) des vorletzten Gesellschafters auf den dann alleinigen Gesellschafter gem. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB;⁴⁰⁷
- Übertragung von Geschäftsanteilen im Wege der **Erbauseinandersetzung**;⁴⁰⁸
- Übertragung von Anteilen am Gesellschafter, der die durch die Vinkulierungsklausel belasteten Geschäftsanteile hält (sog. **Change-of-Control-Fall**).⁴⁰⁹

Vor dem Hintergrund der in diesem Bereich noch weitgehend offenen Rechtslage ist im Gesellschafterkreis zu klären, ob tatsächlich jeder rechtliche und wirtschaftliche Übergang von Geschäftsanteilen dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen soll, oder ob nur auf die unveränderte rechtliche Zuordnung der Geschäftsanteile (dh kein Zustimmungserfordernis bei der Einräumung, Aufhebung und Übertragung von Unterbeteiligungen oder in Change-of-Control-Fällen) oder auf die unveränderte wirtschaftliche Zuordnung (dh kein Zustimmungserfordernis bei der Einräumung und Aufhebung von Treuhandverhältnissen sowie bei Treuhänderwechseln) abgestellt werden sollte, oder ob zB Übergänge von Geschäftsanteilen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge vom Zustimmungsvorbehalt ausgenommen werden sollten (um den Übergang größerer Vermögensbestände nicht zu behindern). 288

Formulierungsvorschlag (Zustimmungsvorbehalt nur für rechtsgeschäftliche Verfügungen mit Rechtsinhaberwechsel):

Jede rechtsgeschäftliche Verfügung über einen Geschäftsanteil oder einen Teil eines Geschäftsanteils an der Gesellschaft wie zB und einschließlich einer Veräußerung, Abtretung, Verpfändung oder sonstige Belastung, die Eingehung oder Aufhebung eines Treuhandverhältnisses oder den Wechsel eines Treuhänders über einen Geschäftsanteil (nicht hingegen die Einräumung, Aufhebung oder Übertragung einer Unterbeteiligung) bedarf der Zustimmung [sämtlicher Gesellschafter/durch Gesellschafterbeschluss] [mit einer einfachen Mehrheit/mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen]. Entsprechendes gilt für eine Verfügung über Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, wie insbes. über Gewinn- und Abfindungsansprüche. 289

Formulierungsvorschlag (Zustimmungsvorbehalt bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen und gesetzlichen Anteilsübergängen):

Jede Verfügung über einen Geschäftsanteil oder einen Teil eines Geschäftsanteils an der Gesellschaft wie zB und einschließlich einer Veräußerung, Abtretung, Verpfändung oder sonstige Belastung, die Eingehung oder Aufhebung eines Treuhandverhältnisses oder der Treuhänderwechsel über einen Geschäftsanteil, die Einräumung, Aufhebung oder Übertragung einer Unterbeteiligung, eine Übertragung als Einlage gegen Gesellschafterrechte oder im Rahmen von Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz oder im Wege der Anwachsung bedarf der Zustimmung [sämtlicher Gesellschafter/durch Gesellschafterbeschluss] [mit einer einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen/mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen]. Entsprechendes gilt [für Verfügungen im Rahmen von Erbauseinandersetzungen sowie] für Verfügungen über Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, wie insbes. über Gewinn- und Abfindungsansprüche. 290

⁴⁰⁷ Nach hier vertretener Ansicht liegt keine Zustimmungspflicht vor, Seibt FS Röhrich, 2005, 603 (612 f.); Blasche RNotZ 2020, 515 (518); Busch RNotZ 2020, 249 (268); nicht eindeutig Sudhoff Gesellschaftsvertrag S. 316; Petzoldt GmbH 1976, 82.

⁴⁰⁸ Das Eingreifen einer allgemeinen Vinkulierungsklausel verneinend OLG Düsseldorf GmbH 1990, 504 (507 f.); bejahend Scholz/Seibt GmbHG § 18 Rn. 14; für die Übertragung eines Miterbenanteils, zu dem ein Geschäftsanteil an einer GmbH gehört, Henze/Born/Drescher/Henze, Aktienrecht – Höchststrichterliche Rechtsprechung, 6. Aufl. 2015, 236.

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

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

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

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

- 292 Verfügungen im Rahmen von Erbaueinandersetzungen unterliegen nicht dem Zustimmungsvorbehalt nach vorstehendem Satz

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

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

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

Formulierungsvorschlag:

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

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