

# Morte del socio e tensioni endosocietarie – Tod des Gesellschafters und Konflikte innerhalb der Gesellschaft –

## La soluzione tedesca - Die Lösung in Deutschland

Dr. Martin T. Schwab, Notar in München

Vortrag auf der gemeinsamen Tagung der Notarschule Triveneto und der Notarkammer Bozen zum Thema „*La successione ereditaria nel patrimonio produttivo e nella ricchezza familiare*“ am 28. November 2014 in Bozen

### Inhaltsverzeichnis

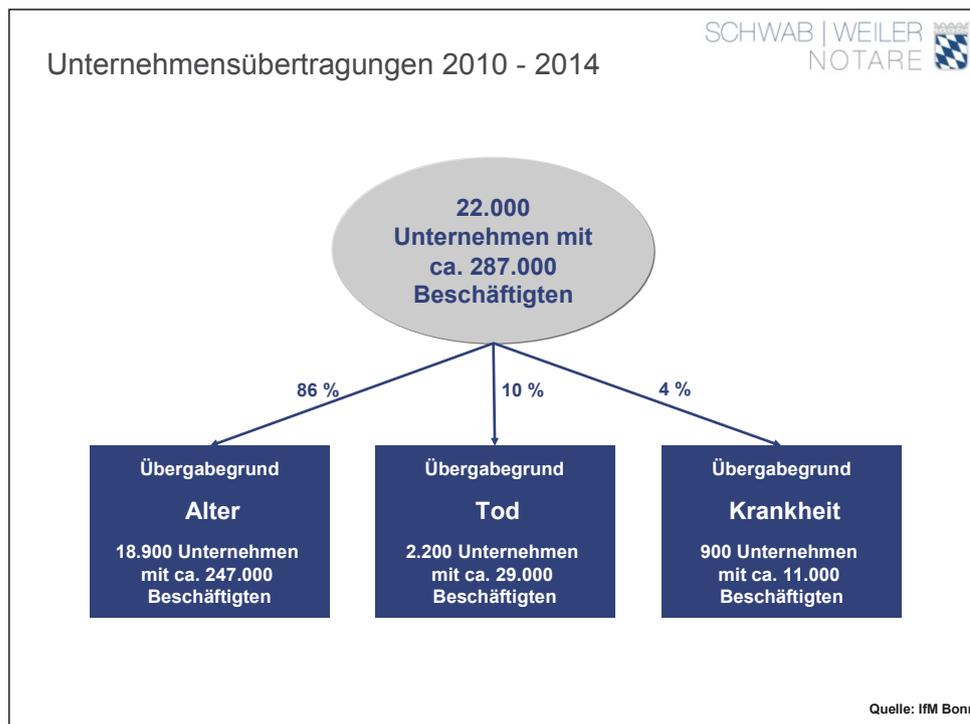
<b>1. Einführung</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Versterben von Gesellschaftern</b> .....	<b>6</b>
<b>2.1. Rechtsfolgen des Ablebens eines Gesellschafters</b> .....	<b>6</b>
2.1.1. Gesellschaften des bürgerlichen Rechts .....	6
2.1.2. Personenhandelsgesellschaften.....	7
2.1.3. Stille Gesellschaften.....	8
2.1.4. Gesellschaften mit beschränkter Haftung .....	8
2.1.5. Aktiengesellschaften .....	9
<b>2.2. Gestaltungsmöglichkeiten</b> .....	<b>10</b>
2.2.1. Personengesellschaften .....	10
2.2.2. Gesellschaften mit beschränkter Haftung .....	15
2.2.3. Aktiengesellschaften .....	16
2.2.4. Poolvereinbarungen .....	17
<b>3. Übertragungen unter Lebenden</b> .....	<b>19</b>
<b>3.1. Anteilsvinkulierung</b> .....	<b>19</b>
3.1.1. Einschränkung der Übertragbarkeit .....	19
3.1.2. Zwecke, Anwendungsbereich.....	20
3.1.3. Fernwirkungen der Anteilsvinkulierung? .....	20
3.1.4. Zustimmungsverfahren.....	22
3.1.5. Interessenabwägung .....	23
<b>3.2. Einziehungs- und Ausschlussklauseln</b> .....	<b>24</b>
3.2.1. Voraussetzungen der Einziehung .....	25

3.2.2. Ausübung .....	27
3.2.3. Rechtsfolgen .....	28
3.2.4. Satzungsgestaltung .....	30
3.2.5. Ausschlussklauseln .....	31
<b>4. Sicherung der Kontrolle .....</b>	<b>32</b>
<b>4.1. Geschäftsführungsrechte .....</b>	<b>32</b>
<b>4.2. Beirat und Aufsichtsrat .....</b>	<b>33</b>
4.2.1. Aufsichtsrat .....	33
4.2.2. Einrichtung eines Beirats .....	33
4.2.3. Zusammensetzung, Bestellung .....	34
4.2.4. Kontrollbefugnisse .....	35
4.2.5. Muster einer Aufsichtsratsklausel .....	36
<b>5. Testamentsvollstreckung und Gesellschaftsvertrag .....</b>	<b>38</b>
<b>5.1. Einführung .....</b>	<b>38</b>
<b>5.2. Einzelunternehmen .....</b>	<b>39</b>
5.2.1. Vollmachtlösung .....	39
5.2.3. Treuhandlösung .....	40
5.2.3. Umwandlungsklausel .....	41
<b>5.3. Testamentsvollstreckung bei Personenhandelsgesellschaften .....</b>	<b>43</b>
<b>5.4. Testamentsvollstreckung bei GmbH und AG .....</b>	<b>45</b>
<b>6. Schlussbetrachtung .....</b>	<b>48</b>



## 1. Einführung

Die rechtzeitige Planung und Gestaltung der Übergabe von Unternehmen an einen Nachfolger ist für die deutsche Wirtschaft von eminenter Bedeutung. Nach Schätzungen des Instituts für Mittelstandsforschung betrifft die Unternehmensnachfolge in Deutschland jährlich etwa 22.000 Unternehmen mit ca. 287.000 Arbeitsplätzen.<sup>1</sup> Bei etwa 10% der Unternehmen kommt es zu einem Wechsel im Gesellschafterkreis infolge des Versterbens eines (Haupt-)Gesellschafters.



Kleinere und mittelständische Unternehmen sind in der Regel gekennzeichnet durch **einen personalistisch strukturierten Gesellschafterkreis**. Das unerwartete Versterben eines Gesellschafters führt daher zu einem Wechsel in dessen Person, die meist nicht gewünscht ist. So kann das Versterben zu einer Auflösung der Gesellschaft, zu einer Fortsetzung unter den verbleibenden Gesellschaftern oder auch zu einer Weiterführung mit allen oder einzelnen Erben führen. Dies hängt von der jeweiligen Gesellschaftsform und den besonderen Regelungen in der Satzung des Unternehmens ab.

Nicht selten wollen die Gesellschafter aufgrund mangelnder Qualifikation, mangelnden Lebensalters oder auch persönlichen Befindlichkeiten mit den Erben die Gesellschaft nicht fortsetzen. Im Gesellschaftsvertrag besteht daher die Notwendigkeit der Vorsorge zu einem ungewolltem Aus- und Eintritt von Gesellschaftern als Folge des Versterbens.

<sup>1</sup> Hauser/Kay/Boerger, Unternehmensnachfolgen in Deutschland 2010 bis 2014, 2010, in: IfM Bonn (Hrsg.): IfM-Materialien Nr. 198, zitiert nach [www.ifm-bonn.de/index.php?id=855](http://www.ifm-bonn.de/index.php?id=855).

Allgemein kann dies sowohl gesellschaftsrechtlich als auch testamentarisch gestaltet werden. Zudem können begleitende, moderierende Regelungen überlegt werden.

Ähnliche Rechtsfragen stellen sich aber nicht nur bei einem Wechsel der Gesellschafter durch Erbfolge, sondern auch im Rahmen von Übertragungen der Gesellschafter zu Lebzeiten an dritte Personen, sei es etwa an Abkömmlinge im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder auch an fremde Dritte. Auch hier wünschen die Mitgesellschafter häufig einen Schutz vor dem Wechsel des Gesellschafters oder auch Regelungen zur Sicherung einer fortbestehenden Kontrolle. Dieses Thema soll daher hier auch ergänzend beleuchtet werden.

## 2. Versterben von Gesellschaftern

Literatur: *Heckschen*, Demographie und Vertragsgestaltung – Auswirkungen der Altersentwicklung auf die Gestaltungspraxis bei Übertragungs- und Gesellschaftsverträgen, NZG 2012, 10; *Kaya*, Erbengemeinschaft und Gesellschafterversammlung, ZEV 2013, 593.

### 2.1. Rechtsfolgen des Ablebens eines Gesellschafters

Beim **Tod eines Gesellschafters** hängt die Frage eines Übergangs seiner Beteiligung von der jeweiligen Rechtsform und ggf. der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags ab.

Dabei unterscheidet das deutsche Recht nach der Art der Gesellschaftsform: je enger das Zusammenwirken der Gesellschafter angelegt ist, desto eher führt das Versterben eines Gesellschafters zur Auflösung des Unternehmens. Umgekehrt gilt: je weiter entfernt das persönliche Engagement nach der Rechtsform ist, desto eher kommt es zu einer Rechtsnachfolge in der Gesellschafterstellung.

#### 2.1.1. Gesellschaften des bürgerlichen Rechts

Das Versterben eines Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts („GbR“ bzw. „BGB-Gesellschaft“) nach den §§ 705 ff. BGB<sup>2</sup> führt grundsätzlich zur Beendigung und damit Auflösung der Gesellschaft.

§ 727 Abs. 1 BGB bestimmt hierzu:

*„Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag etwas anderes ergibt.“*

Ratio der Norm ist, dass aufgrund der regelmäßigen Prägung der Gesellschaft durch die personalen Beziehungen der Tod eines Mitgesellschafters die BGB-Gesellschaft auflöst. Die überlebenden Gesellschafter sollen nicht gegen ihren Willen gezwungen werden, das Gesellschaftsverhältnis mit den Erben des Gesellschafters fortzusetzen.<sup>3</sup>

Mit der Auflösung der Gesellschaft wandelt sich die BGB-Gesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft nach den §§ 730 ff. BGB um. Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters fällt ungeteilt in den Nachlass<sup>4</sup>. Die Erben nehmen an der Auseinandersetzung der Gesellschaft als Erbengemeinschaft teil. Eine Sonderrechtsnachfolge, in der

<sup>2</sup> §§-Angaben sind grundsätzlich solche des deutschen Rechts, soweit nicht anders angegeben.

<sup>3</sup> BeckOK BGB/Schöne, Edition 32, § 727 Rdnr. 1.

<sup>4</sup> BGHZ 98, 48 = NJW 1986, 243.

Art, dass bei einer Mehrheit von Erben nicht die Erbengemeinschaft, sondern jeder Erbe eine eigene Mitgliedschaft in der BGB-Gesellschaft erhält, erfolgt nicht.<sup>5</sup>

Die Regelung des § 727 Abs. 1 BGB ist jedoch dispositiv. In der Praxis finden sich in den Gesellschaftsverträgen für den Todesfall eines Gesellschafters regelmäßig Klauseln zur **Fortsetzung der Gesellschaft**; ebenso kann sich aus dem Gesellschaftszweck bzw. einer Gesamtschau des **Gesellschaftsvertrages** ergeben, dass der Tod eines Gesellschafters nicht zur Auflösung der Gesellschaft führen soll. Dies war etwa der Fall bei einer Gesellschaft, deren Gesellschaftszweck sich in einem bereits begonnenen, kurz vor dem Abschluss stehenden Projekt erschöpft. In diesem Fall hat die Rechtsprechung aufgrund einer Auslegung des Gesellschaftsvertrags angenommen, dass die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters nicht vorschnell aufgelöst werden soll.<sup>6</sup> Damit wird der Fortbestand der Gesellschaft zumindest unter den verbliebenen Gesellschaftern und damit auch die mit der Auflösung einhergehende Zerschlagung des Gesellschaftsvermögens verhindert.

### 2.1.2. Personenhandelsgesellschaften

Eine beliebte Unternehmensform kleiner und mittelständiger Unternehmen ist die Personenhandelsgesellschaft, sei es in der Form einer offenen Handelsgesellschaft („oHG“) nach den §§ 105 ff. HGB oder einer Kommanditgesellschaft („KG“) nach den Regelungen der §§ 161 ff. HGB.

Die oHG ist durch die persönliche Vertretung der Gesellschaft durch alle Gesellschafter und deren jeweils persönliche Haftung gekennzeichnet. Demgegenüber ist bei der KG die Geschäftsführung dem Komplementär vorbehalten, der wie ein oHG-Gesellschafter persönlich und beschränkt haftet. Die weiteren Gesellschafter der KG können jedoch sich auf die Rolle eines Kommanditisten beschränken, der von der Geschäftsführung der KG regelmäßig ausgeschlossen ist (§ 164 Satz HGB). Daher ist auch die Haftung auf die Höhe der Einlage nach §§ 171, 172 HGB beschränkt.

Bei Ableben eines **persönlich haftenden Gesellschafters** einer Personenhandelsgesellschaft ist § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB maßgeblich. Danach führt mangels abweichender vertraglicher Regelungen das Ableben zum **Ausscheiden des Gesellschafters**. Sein Anteil wächst den übrigen Gesellschaftern an, § 738 BGB. Die Gesellschaft wird von den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt. Anders als bei der GbR kommt es also nicht zu einer Auflösung der Gesellschaft. Dies gilt gleichermaßen für den persönlich haftenden Gesellschafter einer oHG als auch den Komplementär einer KG.

Aufgrund der eingeschränkten Rolle eines **Kommanditisten** hinsichtlich Haftung und Geschäftsführung führt dessen Ableben nicht zu einem Ausscheiden aus der Kom-

<sup>5</sup> BeckOK BGB/Schöne, Edition 32, § 727 Rdnr. 4.

<sup>6</sup> RG DJZ 1906, 878, 879.

manditgesellschaft. Das Gesetz ordnet vielmehr in § 177 HGB die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Kommanditisten an, soweit keine abweichende vertragliche Bestimmung besteht.

### 2.1.3. Stille Gesellschaften

Die stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Form einer **Innen-gesellschaft**, die zwischen dem Inhaber eines Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter geschlossen wird. Sie ist geregelt in den §§ 230 ff. HGB.

Die stille Gesellschaft kann auf eine lange Rechtstradition zurückblicken.<sup>7</sup> Bei dieser beteiligt sich der stille Gesellschafter mit einer Vermögenseinlage, die in das Vermögen des **Geschäftsinhabers** übergeht, § 230 Abs. 1 HGB. Ein gesondertes gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen entsteht nicht; auch ist der stille Gesellschafter nicht am Vermögen des Handelsgeschäfts dinglich beteiligt. Im Gegenzug erhält der stille Gesellschafter (zwingend) eine Beteiligung am Gewinn, und bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung auch am Verlust, § 231 Abs. 2 HGB. Nach Auflösung der stillen Gesellschaft ist die Einlage gemäß § 235 Abs. 1 HGB, vorbehaltlich einer Verlustbeteiligung, zurückzubezahlen

Aufgrund der ergänzenden Anwendbarkeit des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf die stille Gesellschaft sind die Rechtsfolgen des Versterbens eines Gesellschafters ähnlich wie bei der BGB-Gesellschaft bzw. der Personenhandelsgesellschaft. Für den Fall, dass es sich bei dem Geschäftsinhaber um eine natürliche Person handelt (stille Beteiligung an Einzelkaufmann), ordnet § 727 Abs. 1 BGB die Auflösung der stillen Gesellschaft bei **Tod des Geschäftsinhabers** an. Die Auflösung tritt unabhängig davon ein, ob die Erben das Handelsgeschäft fortführen oder nicht.<sup>8</sup> Umgekehrt führt der **Tod des stillen Gesellschafters** nach der gesetzlichen Regelungen in § 234 Abs. 2 HGB nicht zur Auflösung der stillen Beteiligung. An die Stelle des bisherigen stillen Gesellschafters treten dessen Erbe bzw. mehrere Erben in Erbengemeinschaft. Eine Sondererfolge wie bei der OHG oder KG besteht nicht.<sup>9</sup>

### 2.1.4. Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind als Kapitalgesellschaften grundsätzlich vom Bestand ihrer Gesellschafter unabhängig. Sie entstehen nach § 11 Abs. 1

<sup>7</sup> Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung *Bezenberger/Keul* in Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 2, § 72 Rdnr. 3 ff.

<sup>8</sup> Anderes gilt bei Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag. Hierzu *Singhof/Seiler/Schlitt*, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, Rdnr. 229 f.

<sup>9</sup> *Blaurock*, Handbuch der stillen Gesellschaft, Rdnr. 15.52 f. A. A. für atypische stille Gesellschaft mit Geschäftsführungsbeteiligung oder Verbandscharakter *Polzer* in Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 2, § 91 Rdnr. 26.

GmbHG mit Eintragung im Handelsregister erst und sind als juristische Person selbständiger Träger von Rechten und Pflichten (vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG).

Der Anteil an einer GmbH sind **frei vererblich**, vgl. § 15 Abs. 1 GmbHG. Der Geschäftsanteil eines verstorbenen Gesellschafters geht nach Maßgabe des Erbrechts mit allen Rechten und Pflichten auf den oder die Erben über. Anders als bei den Personengesellschaften kommt eine unmittelbare Sonderrechtsnachfolge nicht in Betracht, der Geschäftsanteil fällt vielmehr stets in den Nachlass.<sup>10</sup> Der Übergang auf mehrere Erben erfolgt daher auf eine Erbengemeinschaft in gesamthänderischer Verbundenheit, deren Mitglieder (Miterben) nach §§ 2040 ff. BGB grundsätzlich nur gemeinsam über den Geschäftsanteil verfügen können.

Um die Gesellschaft vor etwaigen internen Auseinandersetzungen der Mitglieder der Erbengemeinschaft abzuschirmen, empfiehlt es sich daher, die Ausübung von Gesellschafterrechten durch eine Erbengemeinschaft davon abhängig zu machen, dass die Erben einen **gemeinsamen Vertreter** benannt haben oder ein Testamentsvollstrecker diese wahrnimmt.<sup>11</sup> Solange dies nicht erfolgt ist, kann das Ruhen der Gesellschafterrechte (mit Ausnahme des Gewinnbezugsrechts) angeordnet werden.

Formulierungsvorschlag:

*„Mehrere Erben oder Vermächtnisnehmer sind verpflichtet, sich durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten vertreten zu lassen. Der Bevollmächtigte muss selbst Gesellschafter oder zur Berufsverschwiegenheit verpflichtet sein, wenn er nicht selbst Gesellschafter ist. Solange der Bevollmächtigte nicht bestellt ist, ruhen die Gesellschafterrechte mit Ausnahme des Gewinnbezugsrechts.“*

Die Erteilung der Vollmacht innerhalb der Erbengemeinschaft bedarf i. Ü. keiner Einstimmigkeit, sondern erfolgt durch Mehrheitsbeschluss, da es sich um ein Geschäft der laufenden Nachlassverwaltung i.S.v. §§ 2038 Abs. 1 S. 2 HS. 2, Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB handelt.<sup>12</sup>

### 2.1.5. Aktiengesellschaften

Die Aktien an Aktiengesellschaft sind **frei vererblich** und im Erbfall erfolgt der Übergang auf die Erben eines Aktionärs im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach den §§ 1922, 1967 BGB. Wie bei der GmbH findet eine Sonderrechtsnachfolge nicht statt. Bei Ausgaben von Inhaberaktien ist dies zweifelsfrei.

<sup>10</sup> Baumbach/Hueck/Fastrich, § 15 Rdnr. 9.

<sup>11</sup> Eingehend jüngst Kaya, ZEV 2013, 593.

<sup>12</sup> Vgl. OLG Jena ZIP 2012, 2108, wonach i.Ü. eine reine Vertreterklausel die gemeinschaftliche Rechtsausübung durch die Miterben nach § 18 Abs. 1 GmbHG nicht ausschließt.

Ob dies auch bei **Namensaktien** gilt, die nach § 67 Abs. 1 AktG in das von der Aktiengesellschaft geführte Aktienregister einzutragen sind, ist höchststrichterlich bisher nicht entschieden. Grundsätzlich gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Aktionär, der auch im Aktienregister eingetragen ist (§ 67 Abs. 2 Satz 1 AktG). Nach überwiegender Meinung sollen jedoch auch ohne Eintragung im Aktienregister alle Rechte und Pflichten aus den Aktien auf den bzw. die Erben des im Aktienregister eingetragenen Aktionärs übergehen.<sup>13</sup> Nach anderer Ansicht stehen die Rechte aus Namensaktien erst mit Eintragung im Aktienregister den Erben zu.<sup>14</sup>

## 2.2. Gestaltungsmöglichkeiten

### 2.2.1. Personengesellschaften

#### 2.2.1.1. Fortsetzungsklauseln

Aufgrund der gesetzlichen Auflösungsfolge in der BGB-Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters empfiehlt sich in der Praxis daher regelmäßig die Aufnahme einer **Fortsetzungsklausel**, um eine Liquidation der Gesellschaft zu vermeiden. Eine solche einfache Fortsetzungsklausel kann wie folgt formuliert werden.

*„Stirbt ein Gesellschafter, so scheidet er aus der Gesellschaft aus; die Gesellschaft wird von den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt. Der Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters wächst den verbleibenden Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung an der Gesellschaft.“*

Die Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters haben dabei regelmäßig einen **Abfindungsanspruch**, der im Gesellschaftsvertrag jedoch beschränkt oder auch ganz ausgeschlossen werden kann.

**Problematisch ist die Fortsetzungsklausel** jedoch, wenn nur ein Gesellschafter alleine verbleibt, da dieser das gesamte Unternehmen im Rahmen der Anwachsung nach § 738 BGB übernimmt und damit im Rahmen einer Gesamtrechtsnachfolge auch sämtliche Verbindlichkeiten auf ihn übergehen. Dies gilt insbesondere auch bei einer **Kommanditgesellschaft**, sodass der alleinige Kommanditist etwa bei Versterben des Komplementärs einer unbeschränkten Haftung ausgesetzt wäre.

Dies gilt gleichermaßen auch im Fall der Insolvenz des persönlich haftenden Gesellschafters. Hier führt die Insolvenz des Komplementärs zu dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft. Der BGH hat zwar für diesen Fall jedoch entschieden, dass die Haftung des Kommanditisten auf das übergangene Vermögen beschränkt sei und damit eine

<sup>13</sup> Kölner Kommentar/Lutter, § 67 Rdnr 34; zust. OLG Brandenburg NZG 2002, 476, 478; OLG Jena AG 2004, 268, 270.

<sup>14</sup> MünchKommAktG/Bayer, § 67 Rdnr. 64.

Teilinsolvenz hinsichtlich des übergangenen Unternehmens möglich ist.<sup>15</sup> Idealerweise sollte die Fortsetzungsklausel für das Ausscheiden bei einem nur mehr zweigliedrigen Gesellschafterkreis eine Auflösung vorsehen und dem verbleibenden Gesellschafter ein **Übernahmerecht** einräumen.<sup>16</sup>

Formulierungsvorschlag:

*„Stirbt ein Gesellschafter, so scheidet er aus der Gesellschaft aus; die Gesellschaft wird von den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt. Der Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters wächst den verbleibenden Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung an der Gesellschaft.*

*Falls nur ein Gesellschafter verbleiben würde, wird die Gesellschaft stattdessen aufgelöst. Der verbliebene Gesellschafter hat jedoch das Recht, das Vermögen der Gesellschaft mit allen Aktiven und Passiven gegen Zahlung einer Abfindung an die Erben des verstorbenen Gesellschafters zu übernehmen. Die Erklärung ist innerhalb von drei Monaten nachdem der verbliebene Gesellschafter Kenntnis vom Tod des anderen Gesellschafters erhalten hat, schriftlich gegenüber den Erben abzugeben. Der Zugang bei einem Erben genügt.*

*Die Höhe der Abfindung richtet sich nach den Bestimmungen dieses Vertrages. [alternativ:<sup>17</sup> Abfindungsansprüche weichender Erben oder Vermächtnisnehmer werden in vollem Umfange ausgeschlossen. Dieser Abfindungsausschluss beruht auf dem wechselseitigen, etwa gleich hohen Risiko des Vorversterbens und ist im Interesse des Fortbestehens des Unternehmens vereinbart, stellt also nach Einschätzung der Beteiligten keine Schenkung dar.]“*

#### 2.2.1.2. Nachfolgeklauseln

Soll daher der Anteil des Gesellschafters auf einen oder mehrere Erben übergehen, ist die Aufnahme einer Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsvertrag erforderlich. Bei der **einfachen Nachfolgeklausel** wird die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt. Soweit eine Erbengemeinschaft besteht, erfolgt bei Personenhandelsgesellschaften hier der Übergang im Wege der **Sondererbfolge** unmittelbar auf den jeweiligen Erben, ohne dass es einer Erbauseinandersetzung bedürfte.

<sup>15</sup> BGH, ZIP 2004, 1047.

<sup>16</sup> Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 4190.

<sup>17</sup> Nach Krauß, Vermögensnachfolge, Rdnr. 4195.

Formulierungsvorschlag:

*„Beim Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft seinen gesetzlichen oder durch letztwillige Verfügung eingesetzten Erben fortgesetzt.“*

Die einfache Nachfolge ist für **Kommanditbeteiligungen** als gesetzlicher Normalfall vorgesehen, § 177 HGB.

Alternativ ist es auch möglich, im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, dass die Gesellschaft nur mit bestimmten Erben fortgesetzt wird, sog. **qualifizierte Nachfolgeklausel**. Nachfolger wird dann nur, wer im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist und Erbe wird.

**Praxishinweis:** Weder wird derjenige Nachfolger, der im Gesellschaftsvertrag zugelassen wäre, aber nicht Erbe ist, noch derjenige Erbe, der im Gesellschaftsvertrag nicht zugelassen ist. Es ist stets daher auf eine exakte Abstimmung von Gesellschaftsvertrag und letztwilliger Verfügung zu achten.

Formulierungsvorschlag:

*„Durch den Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit dessen Erben oder Vermächtnisnehmern fortgesetzt, vorausgesetzt, der jeweilige Erbe oder Vermächtnisnehmer ist ein Abkömmling von \*\*\* oder ein Mitgesellschafter.“*

*Für die Übertragung des Gesellschaftsanteils vom Erben auf den Vermächtnisnehmer, dem der Erblasser den Gesellschaftsanteil ganz oder teilweise vermacht hat, bedarf es keiner der Zustimmung der anderen Gesellschafter.*

*Soweit ein Gesellschafter seine Beteiligung einem zugelassenen Nachfolger vermächtnisweise zuwendet, gilt: Der Erblasser scheidet mit dem Tod aus der Gesellschaft aus; seinen Anteil halten die übrigen Kommanditisten zunächst treuhänderisch für den Nachfolger, der einen Anspruch auf Aufnahme in die Gesellschaft hat. Ein Anspruch auf Abfindung besteht nicht.*

*Der Nachfolger hat 6 Monate nach dem Tod des Erblassers Zeit, der Gesellschaft und den Gesellschaftern gegenüber, letztere ebenfalls vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, schriftlich seinen Beitritt zu erklären. Im Falle der fristgerechten Erklärung geht die Beteiligung mit allen Rechten und Pflichten des verstorbenen Gesellschafters, soweit diese nicht an die Person des Verstorbenen gebunden waren, und unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung in das Handelsregister auf den Vermächtnisnehmer über. Rein schuldrechtlich sind die Wirkungen des Eintritts auf den Todestag des Verstorbenen zu beziehen.*

*Der Vermächtnisnehmer hat die Gesellschaft von allen eventuellen Ansprüchen der Erben bezüglich der Beteiligung freizustellen.*

*Wird die Erklärung nicht fristgerecht abgegeben, so wächst der Anteil des Verstorbenen den verbliebenen Kommanditisten an. Der Anteil ist nach den Vorschriften dieses Vertrages abzufinden.“*

Die **nicht-nachfolgeberechtigten Erben** folgen daher nicht in die Gesellschafterstellung nach und haben, soweit nicht erbrechtlich etwa durch ein Vorausvermächtnis ausgeschlossen, einen **Anspruch auf Wertausgleich** gegenüber dem Nachfolger, soweit die Beteiligung dessen Erbquote wertmäßig übersteigt.

Die qualifizierte Nachfolgeklausel erlaubt zwar eine gezielte Steuerung der Nachfolge. Sie birgt wegen des **automatischen Ausschlusses** bestimmter Erben aber auch das Risiko, dass eine Nachjustierung nach dem Erbfall nicht mehr möglich ist – und dies, obwohl die Klausel ja lange Zeit vor dem Erbfall vereinbart wurde.

### 2.2.1.3. Eintrittsklauseln

Da Nachfolgeklauseln zu einem sofort wirksamen Übergang der Beteiligung führen, besteht daneben, insbesondere zur Absicherung eines möglichen Scheiterns einer qualifizierten Nachfolgeklausel, die Möglichkeit, bestimmten Personen gesellschaftsvertraglich ein Eintrittsrecht einzuräumen oder die Gesellschaftsbeteiligung bereits mittels Rechtsgeschäft unter Lebenden zu übertragen, **Eintrittsklausel**.

Formulierungsvorschlag:

*„Scheidet der Gesellschafter A durch Tod aus der Gesellschaft aus, kann sein Sohn S die Aufnahme in die Gesellschaft unter Übertragung des Kapitalanteils des Verstorbenen verlangen.“*

Zu regeln ist in diesem Fall, welche Voraussetzungen das Eintrittsrecht hat, insbesondere ob ein Vermächtnis vorausgesetzt wird, wer in welcher Reihenfolge begünstigt ist, welche Gegenleistung der Eintretende erbringen muss und wer eine eventuell an die Erben zu zahlende Abfindung trägt.

Wird die Gesellschaftsbeteiligung bereits mittels Rechtsgeschäft unter Lebenden an den Wunschnachfolger übertragen, so erfolgt dies typischerweise aufschiebend bedingt auf den Tod des Gesellschafters. Da die Abtretung schon zu Lebzeiten erklärt wird, gilt die Übertragung als vollzogen, so dass die Formvorschrift des § 2301 Abs. 1 BGB nicht eingreift.

Nachteil der Gestaltung ist eine **frühe beiderseitige Bindung**. Der Erblasser-Gesellschafter kann die Übertragung nicht mehr zurücknehmen und der Wunschnachfolger kann sie nicht mehr ablehnen, obwohl sich beispielsweise persönliche Umstände oder der Wert des Gesellschaftsanteils bis zum Bedingungseintritt erheblich verändern können. Der Vorteil liegt zum einen in der Gestaltung auf einer einzigen rechtlichen Ebene. Kollisionen zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht werden vermieden. Auch

können bestehende erbrechtliche Bindungen aus Erbverträgen oder gemeinschaftlichen Testamenten umgangen werden.

#### 2.2.1.4. Umwandlungsklauseln

Der Nachfolger eines persönlich haftenden Gesellschafters einer oHG und KG wird zusätzlich durch die **Umwandlungsmöglichkeit** des § 139 HGB geschützt. Danach hat beim Tod eines Gesellschafters jeder Erbe bzw. Miterbe das Recht, die Einräumung der Kommanditistenstellung zu verlangen und so seine Haftung auf den Nachlass zu beschränken. Die verbleibenden Gesellschafter können die Kommanditistenstellung zwar ablehnen. In diesem Fall ist der betroffene Erbe aber zum fristlosen Ausscheiden berechtigt.

Gesellschaftsrechtlich kann einem Erben die gesetzliche Wahlmöglichkeit nicht genommen werden. Wenn man die Umwandlung in eine Kommanditistenstellung dennoch ausschließen möchte, kann dies aber durch eine entsprechend bedingte Erbeinsetzung testamentarisch erreicht werden.

#### 2.2.1.5. Exkurs: Reparatur verunglückter Nachfolgesituationen

In der Praxis ist immer wieder festzustellen, dass eine gesellschaftsrechtliche qualifizierte Nachfolgeklausel bei der Testamentsgestaltung nicht berücksichtigt wurde. Für die beteiligten Berater kann dies ein erhebliches Haftungsrisiko darstellen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine **gesetzliche Erbfolge** eingreift, die **qualifizierte Nachfolgeklausel** aber nur die Abkömmlinge begünstigt. Zwar stellt die Nachfolgeklausel hier sicher, dass der Gesellschaftsanteil nur an die bezeichneten Nachfolger im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergeht. Dies gilt jedenfalls, soweit diese zumindest Miterben sind. Anderenfalls hilft nur eine denkbare Umdeutung der Nachfolgeklausel in eine entsprechende Eintrittsklausel.

Der nichtberufene Miterbe, etwa der Ehegatte, hat indes aber einen Anspruch auf eine Ausgleichszahlung, was zu steuerlichen Problemen und naturgemäß auch zu einer Liquiditätsbelastung führen kann.

Zur Lösung empfiehlt sich dann mitunter eine **Flucht in die Ausschlagung**. Schlägt nämlich der nicht zum Nachfolger berufene Miterbe seine Erbschaft – ggf. auch gegen Abfindung – aus, verbleibt der Gesellschaftsanteil allein bei den anderen, nachfolgeberechtigten Erben.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Scherer, NJW 2011, 3498, 3499.

### 2.2.2. Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Fallbeispiel: *M ist an einer großen GmbH beteiligt. Der Wert des Anteils beträgt € 5 Mio. Da er keine eigenen Kinder hat, setzt M seinen tüchtigen Stiefsohn als Erben ein. Im Gesellschaftsvertrag der GmbH ist allerdings geregelt, dass die verbleibenden Gesellschafter beim Tod eines Gesellschafters dessen Anteil gegen Zahlung einer minimalen Abfindung einziehen können, wenn er nicht an leibliche Kinder des Verstorbenen fällt. Von dieser Möglichkeit machen die anderen Gesellschafter nach dem Tod des M gerne Gebrauch.*

Die dargestellten **Nachfolgeklauseln** wie bei Personengesellschaften sind bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht zulässig; eine abweichende gesellschaftsrechtliche Regelung ist **unwirksam**.<sup>19</sup> Eine dennoch enthaltene Nachfolgeklausel ist ggf. in eine Verpflichtung zur Abtretung des betreffenden Gesellschaftsanteils umzu-  
deuten.<sup>20</sup>

Einschränkungen in der Nachfolgeberechtigung eines Gesellschafters lassen sich daher erst nach einer erfolgten Erbfolge und nur durch entsprechende Möglichkeiten der **Zwangsabtretung** oder **Einziehung** sicherstellen.

Dabei ist es nach h. M. auch zulässig, die **Abfindung** der Erben ganz auszuschließen oder jedenfalls erheblich zu beschränken.<sup>21</sup>

Formulierungsvorschlag:

*„Falls im Fall des Todes eines Gesellschafters dessen Geschäftsanteil auf einen Erben oder Vermächtnisnehmer ganz oder zum Teil übergeht, der weder Mitgesellschafter [ggf.: noch Ehegatte oder volljähriger Abkömmling des verstorbenen Gesellschafters] ist, können die übrigen Gesellschafter beschließen, dass der Anteil des verstorbenen Gesellschafters ganz oder geteilt an die Gesellschaft, an einen oder mehrere Gesellschafter oder an einen Dritten abzutreten ist oder eingezogen wird.*

*Die Erben bzw. Vermächtnisnehmer sind entsprechend den Bestimmungen dieser Satzung abzufinden. [alternativ: Eine Abfindung an die Erben bzw. Vermächtnisnehmer ist ausgeschlossen. alternativ: Die Abfindung ist auf 70% des danach ermittelten Wertes beschränkt.]“*

<sup>19</sup> Palandt/*Edenhofer*, § 1922 BGB Rdnr. 23 f.; Scholz/*Winter*, § 15 GmbHG Rdnr. 21.

<sup>20</sup> *Wartenburger*, Nachfolgeplanung, Rdnr. 6.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 20.12.1976 – II ZR 115/75, DNotZ 1978, 166, 169; *Goette*, DStR 1997, 336, 338; MünchKomm-GmbHG/*Strohn*, § 34 Rdnr. 246.

### 2.2.3. Aktiengesellschaften

Anders als Personengesellschaften oder bei GmbH kann der Gesellschaftsvertrag der AG nicht beliebig von den Gesellschaftern gestaltet werden. Nach dem Grundsatz der **Satzungsstrenge** sind alle Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen unzulässig, soweit sie nicht ausnahmsweise ausdrücklich zugelassen sind, § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG. Dies gilt auch für Ergänzungen, die über die gesetzlichen Regelungen hinausgehen, soweit diese im Aktiengesetz bereits abschließend geregelt sind. Hierzu gehört auch die freie Vererblichkeit von Aktien, sodass die Satzung diese nicht ausschließen kann.

Bei Einsatz von Namensaktien kann zwar in der Satzung die Übertragung der Aktien von der Zustimmung der Gesellschaft nach § 68 Abs. 2 AktG abhängig gemacht werden. Die Möglichkeit der **Vinkulierung** besteht indes nur bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen über Aktien, nicht jedoch soweit Gesellschaftsanteile an der AG kraft Gesetzes übergehen. Dies betrifft zum einen Fälle der Vererbung, aber auch die Vereinbarung einer Gütergemeinschaft oder Umwandlungsvorgänge nach dem Umwandlungsgesetz.<sup>22</sup>

Zur **Beschränkung der Vererblichkeit** und für sonstige Übertragungen der Aktien von Gesetzes wegen ist daher entsprechende Vorsorge durch die Aufnahme der Möglichkeit einer zwangsweisen Einziehung nach §§ 237 ff. AktG erforderlich. Dabei ist zwischen der **gestatteten Zwangseinziehung** und der **angeordneten Zwangseinziehung** zu differenzieren.

Soweit die Satzung die Zwangseinziehung nach § 237 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 AktG gestattet, ist zur Einziehung ein Beschluss der Hauptversammlung erforderlich. Die **Voraussetzungen der gestatteten Einziehung** müssen dabei in der Satzung konkret niedergelegt werden, was insbesondere für die betroffenen Aktionäre die Vorhersehbarkeit erleichtert. Bei der Fassung des Einziehungsbeschlusses ist die Hauptversammlung an das Gleichbehandlungsgebot (§ 53a AktG) und die Interessen der Gesellschaft gebunden.<sup>23</sup> Eine Einziehung lediglich aufgrund der Interessen eines bestimmten Aktionärs oder einer Aktionärsgruppe ist daher problematisch.<sup>24</sup>

Alternativ kann daher die Satzung eine Zwangseinziehung anordnen, § 237 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AktG, bei der sämtliche **Details der Einziehung und ihrer Durchführung** so ausreichend in der Satzung bestimmt sein müssen, dass sie vom Vorstand nur mehr im Rahmen seiner Verwaltung umzusetzen sind. Ein Hauptversammlungsbeschluss ist dann nicht mehr erforderlich. Die Zwangseinziehung wird wirksam mit Beschluss des Vorstands, § 237 Abs. 6 AktG. Eine derartige **angeordnete Zwangsein-**

<sup>22</sup> MünchKommAktG/Bayer, § 68 Rdnr. 111; Hüffer, § 68 AktG Rdnr. 11.

<sup>23</sup> MünchKommAktG/Oechsler, § 237 Rdnr. 54 ff.

<sup>24</sup> Rothärmel, BB 2012, 716, 717.

**ziehung** ermöglicht daher insbesondere auch eine Einziehung, wenn Aktien auf familienfremde Personen, etwa im Wege der Erbfolge übergehen würden.<sup>25</sup>

Zu beachten ist gleichwohl, dass nach überwiegender Meinung ein Anspruch des betroffenen Aktionärs auf **Abfindung** für dessen eingezogene Aktien nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>26</sup> Einen Ausschluss des Einziehungsentgelts nur für die Fälle der Insolvenz oder Pfändung dürfte unzulässig sein.<sup>27</sup>

Formulierungsbeispiel:

- „1. Die Einziehung von Aktion durch die Gesellschaft ist zulässig.*
- 2. Eine Zwangseinziehung von Aktien ist der Gesellschaft gestattet, wenn diese Aktien von Todes wegen auf andere Personen als den Ehegatten oder Abkömmlinge des Aktionärs übergehen und die Aktien nicht innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach dem Tod dieses Aktionärs auf eine der vorbezeichneten Personen übertragen werden.*
- 3. Die Festsetzung der Bedingungen der Einziehung einschließlich der Zahlung eines angemessenen Entgelts bleibt der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung vorbehalten.“*

#### 2.2.4. Poolvereinbarungen

Die vorstehend aufgezeigten Möglichkeiten zur Beschränkung der Vererblichkeit von Gesellschaftsanteilen an Kapitalgesellschaften in der Satzung sind häufig nicht zufriedenstellend. Dies hängt auch mit der damit verbundenen Publizität der Satzung im Handelsregister zusammen. Als Alternative besteht daher die Möglichkeit, vergleichbare wirtschaftliche Ergebnisse im Rahmen einer schuldrechtlichen Gesellschafter- oder Aktionärsvereinbarung, auch **Beteiligungs-** oder **Poolvereinbarung** genannt, umzusetzen.<sup>28</sup>

So können im Rahmen einer **schuldrechtlichen Vereinbarung** die GmbH-Gesellschafter/Aktionäre untereinander sich zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, wobei jeder Gesellschafter/Aktionär weiterhin Inhaber seiner Geschäftsanteile/Aktien bleibt.<sup>29</sup> Auf diese Weise ist es möglich, für den Erbfall Rückübertragungsvereinbarungen an Mitgesellschafter bzw. Mitaktionäre zu begründen. Derartige Vereinbarungen sind grundsätzlich ohne weiteres zulässig. Ihre Durchsetzbarkeit kann jedoch allenfalls durch Vertragsstrafen sanktioniert werden.

<sup>25</sup> Rothärmel, BB 2012, 716, 717; Hüffer, § 237 AktG Rdnr. 12, MünchKommAktG/Oechsler, § 237 AktG Rdnr. 29.

<sup>26</sup> MünchKommAktG/Oechsler, § 237 Rdnr. 65 f.; für Möglichkeit zum Ausschluss Hüffer, § 237 AktG Rdnr. 17.

<sup>27</sup> Hüffer, § 237 AktG Rdnr. 17.

<sup>28</sup> Eingehend D. Mayer, MittBayNot 2006, 281 (mit Formulierungsbeispielen).

<sup>29</sup> Muster bei Lorz, Beck'sches Formularbuch Aktienrecht, C.II.

Alternativ dazu können insbesondere Aktionäre ihre Aktien in eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** einbringen (auch **Schutzgemeinschaft** genannt). Da die Aktien somit gesamthänderisch gebundenes Vermögen der BGB-Gesellschaft sind, ist eine isolierte Übertragung der Aktien auf Dritte nicht mehr möglich. Die Aktionäre sind nur noch mittelbar an der Aktiengesellschaft beteiligt. Zugleich können jedoch auf dieser zweiten gesellschaftsrechtlichen Ebene der BGB-Gesellschaft flexible Gestaltungen und Abreden getroffen werden, die mit der Satzungsstrenge bei der Aktiengesellschaft etwa nicht vereinbar wären oder aus Gründen der Publizität nicht in der Satzung einer GmbH geregelt sein sollen.

### 3. Übertragungen unter Lebenden

#### 3.1. Anteilsvinkulierung

Ein Schutz gegen unerwünschte **Wechsel im Gesellschafterkreis** durch Übertragungen unter Lebenden kann durch die Einschränkung der Verfügbarkeit über die Gesellschaftsanteile erreicht werden, sog. **Vinkulierung**.

##### 3.1.1. Einschränkung der Übertragbarkeit

Bei **Personengesellschaften** sind Gesellschaftsanteile kraft Gesetzes bereits vinkuliert, da diese grundsätzlich nicht frei übertragbar sind. Für eine Übertragung ist entweder eine Zulassung im Gesellschaftsvertrag oder unmittelbar durch Zustimmung aller Mitgesellschafter im konkreten Einzelfall erforderlich. Soweit ein Gesellschaftsvertrag die Übertragung unter bestimmten Kriterien für zulässig erklärt, sind diese Gründe eng auszulegen.<sup>30</sup>

Bei **Kapitalgesellschaften** kann eine Vinkulierung in der Satzung geregelt werden. Für die GmbH ermöglicht dies § 15 Abs. 5 GmbHG, wonach eine Abtretung der Geschäftsanteile von **weiteren Voraussetzungen**, insbesondere von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden kann. Bei Aktiengesellschaften ist eine Vinkulierung nur bei **Namensakten** nach näherer Maßgabe des § 68 Abs. 2 AktG möglich. Eine Vinkulierung bei Inhaberaktien ist im Gesetz nicht vorgesehen und kann allenfalls durch lediglich schuldrechtlich wirkende Aktionärsvereinbarungen vergleichbar wirtschaftlich geregelt werden.<sup>31</sup>

Weitergehend als eine Beschränkung der Übertragbarkeit kann ein völliger **Ausschluss der Abtretung** eines Gesellschaftsanteils geregelt werden. Bei Personengesellschaften ist dies die gesetzliche Grundregel. Bei einer GmbH ist ein völliger Ausschluss der Übertragbarkeit als Inhaltsbestimmung des Anteilsrechts zulässig.<sup>32</sup> Anders ist die Rechtslage hingegen bei Aktiengesellschaften: Da diese sich gerade durch die **Fungibilität ihrer Aktien** auszeichnen, ist ein Ausschluss der freien Übertragbarkeit nach allgemeiner Meinung unzulässig.<sup>33</sup>

Zu beachten ist, dass eine Vinkulierung zu einer Einschränkung der Gesellschafterrechte führt. Veräußerungswillige Gesellschafter finden daher häufig – unabhängig von einem etwaigen Anspruch auf Zustimmung zu einer Übertragung – Mittel und Wege die Mitgesellschafter zu zermürben, um letztendlich nach einer längeren Phase der Auseinandersetzung eine Übertragung an einen Dritten oder aber innerhalb des Gesellschaf-

<sup>30</sup> BGH, GmbHR 1986, 345, 347.

<sup>31</sup> Hierzu *D. Mayer*, MittBayNot 2006, 281.

<sup>32</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 15 GmbHG Rdnr. 38.

<sup>33</sup> MünchKommAktG/Bayer, § 68 Rdnr. 39.

terkreises dennoch zu erreichen. Die Anteilsvinkulierung ist wegen der widerstreitenden Interessen daher ein „**zweischneidiges Schwert**“.<sup>34</sup>

### 3.1.2. Zwecke, Anwendungsbereich

Die Vinkulierung von Gesellschaftsanteilen dient der **Einschränkung der freien Übertragbarkeit**. Damit soll insbesondere sichergestellt werden, dass kein externer Dritter in den typischerweise eher überschaubaren und von einem persönlichen Miteinander gekennzeichneten Gesellschafterkreis eines Familienunternehmens eintritt. Der Unternehmer wünscht häufig, dass die Gesellschaft als sein Lebenswerk auf Dauer in der Familie verbleibt. Familienfremde Dritte einschließlich etwaiger Mitbewerber sollen vom Unternehmen ferngehalten werden. Der **Charakter der Gesellschaft als Familienunternehmen** soll dauerhaft erhalten bleiben.<sup>35</sup> Häufig wird daher vorgesehen, dass eine Übertragung nur an Mitgesellschafter oder Abkömmlinge möglich ist.

Die Veräußerungsbeschränkung wirkt grundsätzlich nur bei Verfügungen über die Beteiligung, insbesondere also bei einer Abtretung infolge Verkaufs, Schenkung oder Einbringung, oder bei Belastungen wie etwa einem Nießbrauch. Nicht erfasst von einer Vinkulierung werden hingegen Übertragungen **im Wege der Gesamtrechtsnachfolge** von Todes wegen nach § 1922 BGB.<sup>36</sup> Zur Steuerung dieser Gesellschafterwechsel ist eine Vinkulierungsklausel daher nicht geeignet.

### 3.1.3. Fernwirkungen der Anteilsvinkulierung?

Eine im Gesellschaftsvertrag geregelte Veräußerungsbeschränkung wirkt grundsätzlich nur auf Ebene der unmittelbaren Gesellschafter. Nicht erfasst werden Veränderungen auf Ebene eines Gesellschafters. Dies betrifft etwa Fälle, in denen der Gesellschaftsanteil von einer zwischengeschalteten Holdinggesellschaft, etwa in Form einer vermögensverwaltenden Familiengesellschaft gleich welcher Rechtsform gehalten wird, und sich in deren Gesellschafterkreis Veränderungen ergeben. Dies kann sowohl eine Einzelrechtsnachfolge in Form einer rechtsgeschäftlichen Übertragung auf einen Dritten als auch eine umwandlungsrechtliche Maßnahmen wie eine Abspaltung oder Ausgliederung sein (**mittelbare Gesellschafterwechsel**). Eine Fernwirkung der Übertragungsbeschränkung auf die zwischengeschaltete Beteiligungsgesellschaft im Wege einer ergänzenden Auslegung ist daher nicht möglich.<sup>37</sup>

Auch im Falle einer Verschmelzung oder Spaltung nach dem **Umwandlungsgesetz** beschränkt eine Vinkulierung nicht den Übergang der Beteiligung durch Gesamtrechts-

<sup>34</sup> Binz/G. Mayer, NZG 2012, 201, 209 f.; dort auch zu Lösungsstrategien für den „lästigen Gesellschafter“.

<sup>35</sup> Binz/G. Mayer, NZG 2012, 201, 204.

<sup>36</sup> MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 439.

<sup>37</sup> Binz/G. Mayer, NZG 2012, 201, 209; Loritz, NZG 2007, 361, 366 f.; weitergehend Liebscher, ZIP 2003, 825, 829; Scholz/Winter/Seibt, § 15 GmbHG Rdnr. 111a.

nachfolge. Dies gilt insbesondere seit der ersatzlosen Streichung des § 132 UmwG a.F. durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes<sup>38 39</sup>.

Von einer Vinkulierung ebenfalls nicht erfasst wird eine lediglich **wirtschaftliche Veränderung**, etwa bei Vereinbarung eines Treuhandverhältnisse oder einer Unterbeteiligung.

Da eine **Unterbeteiligung** lediglich schuldrechtliche Beziehungen zwischen dem Unterbeteiligten und dem Gesellschafter begründet, die ohne Auswirkung auf das Hauptgesellschaftsverhältnis bleiben, ist eine **Genehmigung** des Unterbeteiligungsvertrags durch die Hauptgesellschaft oder eine **Zustimmung** durch die Mitgesellschafter nicht erforderlich. Eine Verfügung über einen Gesellschaftsanteil liegt nicht vor; der Unterbeteiligte wird nicht Gesellschafter der Hauptgesellschaft.<sup>40</sup> Dies gilt selbst dann, wenn die Übertragung der Hauptbeteiligung genehmigungsbedürftig wäre, wie dies bei Anteilen an einer Personengesellschaft der Fall ist.<sup>41</sup> Ein **Verbot von Unterbeteiligungen** im Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft hat ebenfalls keinen Einfluss auf die Wirksamkeit eines dennoch abgeschlossenen Unterbeteiligungsvertrages.<sup>42</sup>

Die Einräumung einer Unterbeteiligung trotz bestehender Vinkulierung der Gesellschaftsanteile genügt daher nicht ohne weiteres zum Ausschluss des betreffenden Gesellschafters.<sup>43</sup> Der BGH hatte über die Einräumung einer Unterbeteiligung an einen Konkurrenten der Gesellschaft zu urteilen, der über einen längeren Zeitraum bereits sich an der Gesellschaft beteiligen oder zumindest mit ihr kooperieren wollte. Nach Ansicht des Gerichts genügt die abstrakte Gefahr, dass es wegen der Konkurrenzsituation zu Treupflichtverletzungen kommen kann, nicht für einen Ausschluss aus der Gesellschaft. Die Gefahr müsste sich vielmehr konkretisiert haben, was erst dann der Fall sei, wenn der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten geheimhaltungsbedürftige Tatsachen mitteile oder zum Schaden der Gesellschaft allein dessen Interesse verfolge oder dem Konkurrenten unmittelbar schädigenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft einräume.<sup>44</sup>

Anders ist die Rechtslage bei der **Treuhand**: Auch wenn bei einem Wechsel des wirtschaftlich Berechtigten keine Verfügung über den Gesellschaftsanteil selbst erfolgt, soll der Abschluss einer **Vereinbarungstreuhand** einer Zustimmung der Gesellschafter unterliegen, da anderenfalls Vinkulierungsklauseln und der allgemeine Schutz der Ge-

<sup>38</sup> BGBl. 2007 I S. 542.

<sup>39</sup> *Schmitt/Hörtigel/Stratz*, UmwG/UmwStG, 6. Aufl. 2013, § 131 Rdnr. 40 m.w.N.

<sup>40</sup> *Tebben*, GmbHR 2007, 63, 65; *Ulmer/Winter/Löbbe*, § 15 GmbHG Rdnr. 207; *Reichert/Weller*, GmbH-Geschäftsanteil, § 15 Rdnr. 253.

<sup>41</sup> BGHZ 50, 316, 325; OLG Frankfurt a. Main, Urt. v. 07.09.1991 – 11 U 21/91, DB 1992, 2489 = GmbHR 1992, 668 = DStR 1992, 1661; der BGH, Beschl. v. 12.10.1992 – II ZR 245/91, hat die Revision nicht angenommen. Siehe auch *Baumbach/Hopt*, § 105 HGB Rdnr. 38; *Blaurock*, Handbuch der stillen Gesellschaft, Rdnr. 30.27.

<sup>42</sup> LG Bremen, Urt. v. 10.05.1990 – 2 O 221/90, NJW-RR 1992, 98 = GmbHR 1991, 269; *Bärwaldt* in Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, § 14 Rdnr. 10; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 230 Rdnr. 221.

<sup>43</sup> OLG Frankfurt a. Main, DB 1992, 2489.

<sup>44</sup> OLG Frankfurt a. Main, DB 1992, 2489; hierzu auch *Singhof/Seiler/Schlitt*, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, Rdnr. 380.

sellschaft vor Einfluss Fremder leicht umgangen werden könnte.<sup>45</sup> Ist ein Treuhandverhältnis unter **Missachtung einer Vinkulierung** nach § 15 Abs. 5 GmbHG bzw. § 68 AktG begründet worden, ist in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung der Treuhänder als Gesellschafter nicht stimmberechtigt.<sup>46</sup>

**Gestaltungshinweis:** Wenn eine strikte personalistische Bindung gewünscht ist, sollte im Gesellschaftsvertrag vorsorgend die Begründung von Unterbeteiligungen, Treuhandschaften oder ein mittelbarer Gesellschafterwechsel durch Klauseln zur Vinkulierung, zur Unveräußerlichkeit oder zur Unzulässigkeit von Treuhandvereinbarungen ausgeschlossen oder zumindest als Ausschließungsgrund geregelt werden.<sup>47</sup>

Formulierungsvorschlag für mittelbaren Kontrollwechsel:

*„Beteiligt sich an einem Gesellschafter, in welcher Form auch immer, eine natürliche oder juristische Person mit mehr als 25% („change-of-control“), so muss dies den anderen Gesellschaftern innerhalb von zehn Tagen nach Eintritt schriftlich angezeigt werden.*

*Tritt ein solcher change-of-control bei einem Gesellschafter ein, sind die anderen Gesellschafter berechtigt, von diesem Gesellschafter durch schriftliche Erklärung binnen vier Wochen nach Zugang der Mitteilung gemäß Absatz 1, den Erwerb seiner Geschäftsanteile Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Kaufpreises, der gemäß den Bestimmungen dieser Satzung zur Abfindung berechnet wird, zu verlangen; der Anspruch auf Verkauf und Abtretung des Geschäftsanteils, Zug-um-Zug gegen Zahlung des Kaufpreises, ist binnen vier Wochen ab Festlegung des Kaufpreises zu erfüllen („Put-Option“).*

*Diese Bestimmungen gelten nicht für bei einem Beteiligungserwerb durch Angehörige im Sinne des § 15 der Abgabenordnung.“*

### 3.1.4. Zustimmungsverfahren

Häufig ist das Verfahren zur Erteilung einer Zustimmung bei einer Übertragung eines Gesellschaftsanteils in der Satzung unklar bestimmt.<sup>48</sup> Soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist, ist die Zustimmung der Gesellschaft oder deren Nicht-

<sup>45</sup> RG, Urt. v. 23.12.1938 – II 102/38, RGZ 159, 272, 280 f.; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 7.9.1991 – 11 U 21/91, GmbHR 1992, 668; OLG Hamburg, Urt. v. 30.04.1993 – 11 W 13/93, GmbHR 1993, 567; MünchKommHGB/K. Schmidt, vor § 230 Rdnr. 54; Scholz/Winter/Seibt, § 15 GmbHG Rdnr. 111; von einer Zustimmungspflicht bei einer Vereinbarungstreuhand scheint nun auch der BGH, ZIP 2006, 1343 auszugehen. A. A. Armbrüster, GmbHR 2001, 941, 947; Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, Rdnr. 516; differenzierend nach dem Umfang der Treuhandbindung Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 84.

<sup>46</sup> OLG Köln, Urt. v. 26.03.2008 – 18 U 7/07, ZIP 2008, 1683; Liebscher, ZIP 2003, 825.

<sup>47</sup> Eingehend Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, Rdnr. 520; Schmitz, Festschrift Wiedemann, 2002, S. 1223, 1230 ff.; Tebben, GmbHR 2007, 63, 69 (Formulierungsvorschlag mit Vertragsstrafe und Einziehungssanktion).

<sup>48</sup> K. Schmidt, GmbHR 2011, 1289, 1290; Binz/G.Mayer, NZG 2012, 201, 202.

Einwilligung durch den **Geschäftsführer** zu erklären. Alternativ kann die Entscheidung über die Zustimmung auch einem anderen Organ als der Gesellschafterversammlung übertragen werden, etwa einem Aufsichtsrat bzw. Beirat oder der Geschäftsführung.<sup>49</sup> Wird die Zustimmung nicht binnen angemessener Frist erklärt, gilt nach allgemeiner Meinung die Zustimmung als verweigert.<sup>50</sup> Offen ist, ob eine **Erklärungsfiktion** im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden kann, wonach bei Ausbleiben einer Erklärung binnen einer bestimmten Frist, die Zustimmung als erteilt gilt.<sup>51</sup>

Für die Erteilung der Zustimmung ist regelmäßig ein **Gesellschafterbeschluss** erforderlich, wobei offen ist, ob einer solcher Beschluss mit einfacher Mehrheit oder einstimmig durch alle Gesellschafter zu erklären ist. Jedenfalls ist ein veräußerungswilliger Gesellschafter grundsätzlich stimmberechtigt.<sup>52</sup>

Für die Genehmigung gelten die §§ 182 ff. BGB, sodass die Erteilung einer nachträglichen Zustimmung auf den Zeitpunkt der Verfügung zurück wirkt, § 184 Abs. 1 BGB. Möglich ist auch, die Zustimmung zur Übertragung vorab im Wege der Einwilligung zu erteilen. Eine solche Einwilligung ist allerdings bis zur Vornahme der Abtretung, regelmäßig der Beurkundung der Abtretung, nach Maßgabe des § 183 BGB **frei widerruflich**. Umgekehrt ist eine einmal erteilte Zustimmung nicht mehr widerruflich, da mit Zugang der Erklärung die Verfügung wirksam geworden ist.<sup>53</sup>

### 3.1.5. Interessenabwägung

Die Zustimmung selbst ist aufgrund einer **Interessenabwägung** abzugeben, soweit nicht nähere Kriterien im Gesellschaftsvertrag bestimmt sind, nach denen sich die Entscheidung zu richten hat. Dabei können Verweigerungsgründe oder auch Zustimmungspflichten sowohl abschließend als auch lediglich beispielhaft genannt werden.<sup>54</sup> In Familiengesellschaften wird von der Aufnahme solcher Kriterien in der Regel kein Gebrauch gemacht.<sup>55</sup>

Sind keine Anhaltspunkte im Gesellschaftsvertrag, auch nicht im Wege der Auslegung, gegeben, ist die Entscheidung nach **Ermessen des Zustimmungsberechtigten** zu treffen. Hier ist bisher nicht höchstrichterlich entschieden, ob die Entscheidung **nach freiem Ermessen** zu treffen ist, also nur dem Willkürverbot unterliegt.<sup>56</sup> Nach anderer Ansicht sei hingegen aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht **plichtgemäß**

<sup>49</sup> Zum Verfahren bei einer Aktiengesellschaft, siehe § 68 Abs. 2 Sätze 1 bis 4 AktG.

<sup>50</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 15 GmbHG Rdnr. 46; MünchKommAktG/Bayer, § 68 Rdnr. 89.

<sup>51</sup> Ablehnend Binz/G. Mayer, NZG 2012, 201.

<sup>52</sup> Scholz/Winter/Seibt, § 15 GmbHG Rdnr. 123; MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 422.

<sup>53</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 15 GmbHG Rdnr. 47.

<sup>54</sup> K. Schmidt, GmbHR 2011, 1289, 1290.

<sup>55</sup> Binz/G. Mayer, NZG 2012, 201, 204.

<sup>56</sup> Hierfür Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 15 GmbHG Rdnr. 46; Scholz/Winter/Seibt, § 15 GmbHG Rdnr. 127; K. Schmidt, GmbHR 2011, 1289, 1293.

**Des Ermessen** anzuwenden.<sup>57</sup> Folgt man letzterem, ist unter sorgfältiger Prüfung des Einzelfalls und ggf. nach Anhörung der Beteiligten eine Abwägung der Interessen des veräußerungswilligen Gesellschafters mit dem Interesse der Gesellschaft an der Vinkulierung erforderlich. Ein wichtiger Grund für die Verweigerung der Zustimmung ist jedenfalls nicht notwendig;<sup>58</sup> auch sind die Interessen des Erwerbsinteressenten grundsätzlich unbeachtlich.<sup>59</sup> Entscheidend für die Abwägung sind daher die mit der Anteilsvinkulierung **verfolgten Zwecke, Aspekte der Gleichbehandlung** und der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Dies führt in der Regel dazu, dass die Zustimmung zur Abtretung nur verweigert werden darf, wenn dies erforderlich und verhältnismäßig ist.<sup>60</sup> Insbesondere der Charakter der Gesellschaft als Familienunternehmen soll dabei eine Verweigerung begründen, wenn nicht der Veräußerer schwerwiegende Gründe für eine Veräußerung vortragen und nachweisen könne.<sup>61</sup>

Lediglich für ein Familienunternehmen in der Rechtsform einer **Aktiengesellschaft** mit vinkulierten Namensaktien hat der BGH bisher entschieden, dass zwar der Charakter als Familiengesellschaft das Unternehmen zu bewahren, ein gerechtfertigtes Interesse der Mitgesellschafter begründe. Gleichwohl dürfe eine Vinkulierung nicht zu einer „grundsätzlichen Unveräußerlichkeit“ der Aktien auf Dauer führen, da niemand auf unabsehbare Zeit in einer AG festgehalten werden könne.<sup>62</sup> Diese Entscheidung betraf jedoch einen besonderen Ausnahmefall einer ansonsten mittellosen Aktionärin und dürfte daher nicht verallgemeinerungsfähig sein, insbesondere nicht auf Familienunternehmen in anderer Rechtsform.<sup>63</sup>

Zu beachten ist schließlich, dass eine dauerhafte Versagung der Zustimmung zu einer Anteilsveräußerung ggf. zu einem Austritts- bzw. Kündigungsrecht des Gesellschafters führen kann.<sup>64</sup>

**Gestaltungshinweis:** Aufgrund der nicht geklärten Rechtslage empfiehlt sich die Aufnahme beispielhafter Kriterien in den Gesellschaftsvertrag, die eine Verweigerung zur Zustimmung hinsichtlich einer Anteilsübertragung begründen.

### 3.2. Einziehungs- und Ausschlussklauseln

Klauseln zur Vinkulierung von Gesellschaftsanteilen umfassen nicht alle möglichen Fälle eines Gesellschafterwechsels. Insbesondere durch Vererbung<sup>65</sup>, Pfändung oder

<sup>57</sup> Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 15 GmbHG Rdnr. 71; MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 409; Ulmer/Winter/Löbke, § 15 GmbHG Rdnr. 242; so wohl auch OLG Hamm, NJW-RR 2001, 109, 111,

<sup>58</sup> MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 409.

<sup>59</sup> MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 413.

<sup>60</sup> Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 15 GmbHG Rdnr. 71; MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 412.

<sup>61</sup> Binz/G. Mayer, NZG 2012, 201, 204, dort auch zu näheren Differenzierungskriterien nach der Art und Größe der Familiengesellschaft.

<sup>62</sup> BGH, NJW 1987, 1019.

<sup>63</sup> Binz/G. Mayer, NZG 2012, 201, 204 f.

<sup>64</sup> Eingehend hierzu Binz/G. Mayer, NZG 2012, 201, 205 ff.; M. Schwab, DStR 2012, 707.

<sup>65</sup> Hierzu bereits eingehend auch oben.

Insolvenz kann ebenfalls ein unerwünschter Zugriff Dritter auf die Gesellschaftsbeteiligung erfassen. Hier ist daher eine zusätzliche Vorsorge im Gesellschaftsvertrag erforderlich, insbesondere durch Einziehungsklauseln bei der GmbH nach § 34 GmbHG. Bei Personengesellschaften sind stattdessen **Ausschlussklauseln** vorzusehen. Bei der Aktiengesellschaft gilt § 237 AktG; die Einziehung von Aktien soll hier aber nicht weiter erörtert werden.

### 3.2.1. Voraussetzungen der Einziehung

Eine Einziehung ist nur zulässig, soweit sie **in der Satzung** eine Grundlage findet, § 34 Abs. 1 und 2 GmbHG. Die Einziehung mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters ist in der Praxis regelmäßig unproblematisch. Wichtiger im hier vorliegenden Fall der Vorsorge gegen ungewollte Gesellschafterwechsel ist die Zwangseinziehung nach § 34 Abs. 2 GmbHG. Hierfür sind in der Satzung die Voraussetzungen für die Einziehung ohne Zustimmung bereits vor dem Anteilserwerb (§ 34 Abs. 2 Hs. 2 GmbHG) in gerichtlich überprüfbarer Weise festzulegen.<sup>66</sup>

**Gestaltungshinweis:** Zu beachten ist, dass für die Einführung einer Zwangseinziehung nach der Gründung eine Satzungsänderung erforderlich ist, die der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, § 53 Abs. 3 GmbHG.<sup>67</sup>

Für die Formulierung der Zwangseinziehung ist eine **konkrete Bestimmung des Einziehunggrundes** dergestalt erforderlich, dass der Gesellschafter sich hierauf einstellen kann. Notwendig ist ein sachlicher Grund, der aber nicht zwingend zugleich ein „wichtiger Grund“ zu sein hat. Ohne einen solchen Grund, d.h., allein etwa aufgrund einer entsprechenden Willensbildung der Mitgesellschafter, ist eine Einziehung – ebenso wie ein Ausschluss – nicht zulässig.<sup>68</sup> Ausreichend (und generell zu empfehlen)<sup>69</sup> sind jedoch allgemeine Formulierungen wie „wichtiger Grund in der Person“, auch wenn diese eng auszulegen sind.<sup>70</sup>

In der Rechtsprechung wurden als Gründe einer Zwangseinziehung etwa anerkannt:

- die Veräußerung oder Pfändung eines Geschäftsanteils,<sup>71</sup>

<sup>66</sup> BGH, NJW 1977, 2316.

<sup>67</sup> BayObLG, DNotZ 1979, 49; BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780; BGHZ 116, 359 = DStR 1992, 652; Ring/Grziwotz/*Nagel*, § 34 GmbHG Rdnr. 7; Ring/Grziwotz/*Schwab*, § 53 GmbHG Rdnr. 25; MünchKommGmbHG/*Strohn*, § 34 Rdnr. 15.

<sup>68</sup> BGH v. 9.7.1990, II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, NJW 1990, 2622; Ulmer/*Westermann*, § 34 GmbHG Rdnr. 13 ff.; eingehend MünchKommGmbHG/*Strohn*, § 34 Rdnr. 57.

<sup>69</sup> *Goette*, Die GmbH, § 5 Rdnr. 77.

<sup>70</sup> BGH v. 19.9.1977, II ZR 11/76, NJW 1977, 2316; v. 24.2.2003, II ZR 243/02, DStR 2003, 745; OLG Hamburg v. 26.4.1996, 11 U 189/95, ZIP 1996, 962; v. 5.6.1989, II ZR 227/88, BGHZ 107, 351, NJW 1989, 2681; MünchKommGmbHG/*Strohn*, § 34 Rdnr. 42.

<sup>71</sup> BGH v. 12.6.1975, II ZB 12/73, BGHZ 65, 22, NJW 1975, 1835; OLG Hamburg 26.4.1996, 11 U 189/95, BB 1997, 431.

- Insolvenz des Gesellschafters<sup>72</sup> – zweckmäßig bereits bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder Ablehnung der Eröffnung mangels Masse –,
- Vererbung an nicht qualifizierte Gesellschafter-Erben,<sup>73</sup>
- Tod des Gesellschafters,<sup>74</sup>
- Prüfungszeit für einen Neugesellschafter<sup>75</sup> oder Kooperationspartner<sup>76</sup>,
- Ausscheiden als Kommanditist bei der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG,

Bisher wenig beachtet wurden auch Vorkehrungen für den Fall der **Beendigung der aktiven Tätigkeit** von Mitgesellschaftern aus anderem Gründen, insbesondere wegen Erreichen einer Altersgrenze oder Demenz. Grundsätzlich stellt die Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses keinen wichtigen Grund für Ausschluss oder die Einziehung des Geschäftsanteils des Mitgesellschafters dar.<sup>77</sup> Ebenso wie für den Fall des Versterbens eines Gesellschafters ist es aber zulässig, das **Erreichen einer Altersgrenze** oder die **Beendigung der Mitarbeit** als Einziehungsgrund zu vereinbaren.<sup>78</sup> Auch für den Fall der Geschäftsunfähigkeit (besser für den Zeitpunkt der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts) dürfte es zulässig sein, die Einziehung des Geschäftsanteils anzuordnen.<sup>79</sup>

Letzteres wird naturgemäß von betroffenen Gesellschaftern wenig goutiert. Hier könnten entweder entsprechend höhere Abfindungen für diese Fälle vorgesehen werden, insbesondere im Hinblick auf die Versorgung im Alter. Alternativ wäre zu überlegen, als milderes Mittel die Rechte betroffener Gesellschafter (ggf. schrittweise) einzuschränken, etwa durch Aufgabe von Sonderrechten, Verringerung des Stimmrechts oder ähnlichem.

Nicht für zulässig gehalten wurden die Einziehung wegen Nichtgenehmigung eines Jahresabschlusses<sup>80</sup>, Widerstand gegen die Aufnahme neuer Gesellschafter<sup>81</sup> oder Meinungsverschiedenheiten über die Abberufung als Geschäftsführer.<sup>82</sup>

<sup>72</sup> OLG Frankfurt v. 27.3.1998, 10 U 56/97, NZG 1998, 595; MünchKommGmbHG/*Strohn*, § 34 Rdnr. 53; eingehend *Heckschen*, NZG 2010, 521.

<sup>73</sup> BGH v. 9.12.1976, II ZB 6/76, NJW 1977, 383 (Familiengesellschaft); OLG München 6.7.1984, 23 U 1899/84, ZIP 1984, 1349.

<sup>74</sup> BGH v. 19.9.1988, II ZR 329/87, BGHZ 105, 213, NJW 1989, 834; MünchKommGmbHG/*Strohn*, § 34 Rdnr. 55.

<sup>75</sup> BGH v. 8.3.2004, II ZR 165/02, NJW 2004, 2013 (Praxisgemeinschaft von Laborärzten); v. 7.5.2007, II ZR 281/05, DStR 2007, 1216: Frist bis zu drei Jahren.

<sup>76</sup> BGH v. 14.3.2005, II ZR 153/03, DStR 2005, 798.

<sup>77</sup> *Heckschen*, NZG 2012, 10, 12.

<sup>78</sup> BGH v. 20.6.1983, II ZR 237/82, NJW 1983, 2880.

<sup>79</sup> So auch *Heckschen*, NZG 2012, 10, 14.

<sup>80</sup> OLG Celle v. 6.8.1997, 9 U 224/96, NZG 1998, 29; OLG Karlsruhe v. 31.7.2003, 9 U 200/02, NZG 2004, 335.

<sup>81</sup> OLG Dresden v. 5.2.2001, 2 U 2422/00, NZG 2001, 809.

<sup>82</sup> OLG Dresden v. 17.8.1998, 2 U 569/98, NZG 1999, 29.

Weitere Voraussetzung für die Einziehung ist die **Volleinzahlung des betroffenen Geschäftsanteils**, da anderenfalls mit der Einziehung die noch offene Einlagepflicht entfallen würde.<sup>83</sup>

Erforderlich ist schließlich, dass die aufgrund der Einziehung zu zahlende Abfindung der Gesellschaft **nicht aus gebundenem Vermögen** erfolgt, § 34 Abs. 3 i.V.m. § 30 GmbHG. Sollte die geschuldete Abfindung nicht aus freiem Vermögen möglich sein, ist der Beschluss über die Einziehung nichtig.<sup>84</sup> Dies ist der Fall, wenn infolge einer Unterbilanz bzw. einer darüber hinausgehenden bilanziellen Überschuldung bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung feststeht, dass die Gesellschaft eine geschuldete – sofort fällige – Abfindung nicht aus freiem Vermögen aufbringen kann.

Bisher nicht entschieden ist, welche Folgen für den Einziehungsbeschluss eintreten, wenn sich erst **nach Beschlussfassung** herausstellt, dass die **Abfindung nur unter Verstoß gegen die Kapitalerhaltung** bezahlt werden kann.<sup>85</sup> Nach einer Ansicht stehe die Einziehung insoweit unter einer aufschiebenden Bedingung der Leistung der Abfindung ohne Beeinträchtigung des Stammkapitals.<sup>86</sup> Nach anderer Ansicht sei hingegen die Einziehung sofort wirksam, stehe aber unter der auflösenden Bedingung, dass die Abfindungszahlung gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoße.<sup>87</sup> Um dies zu vermeiden, sollte – wie bei Austritt und Ausschluss – in der Satzung vorgesehen werden, dass die Abfindung auch von einem Mitgesellschafter oder Dritten geleistet werden kann, an den der Geschäftsanteil auf Beschluss der Gesellschafterversammlung abzutreten ist (**Zwangsabtretung**).

Aus Gründen des Insolvenzschutzes ist schließlich zu beachten, dass die Abfindungszahlung an den Gesellschafter nicht zur **Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft** führt, § 64 Satz 3 GmbHG. Dies gilt auch für Zahlungen an einen ausscheidenden Gesellschafter.<sup>88</sup>

### 3.2.2. Ausübung

Die Einziehung ist durch die **Gesellschafterversammlung**<sup>89</sup> zu beschließen, § 46 Nr. 4 GmbHG. Der betroffene Gesellschafter ist zwar teilnahmeberechtigt und anzuhö-

<sup>83</sup> Ring/Grziwotz/Nagel, § 34 GmbHG Rdnr. 18; Wicke, § 34 GmbHG Rdnr. 6; Goette, Die GmbH, § 5 Rdnr. 69; MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 30.

<sup>84</sup> BGH v. 1.4.1953, II ZR 235/52, BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780; v. 19.6.2000, II ZR 73/99, BGHZ 144, 365 = DStR 2000, 1443; v. 17.9.2001, II ZR 245/99, DStR 2001, 1898; v. 17.7.2006, II ZR 313/05, DStR 2006, 1900 m. Anm. Goette; v. 8.12.2008, II ZR 263/07, DStR 2009, 439; Goette, Die GmbH, § 5 Rdnr. 70 f.; MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 31, 72; a. A. lediglich Löwe/Thoß, NZG 2003, 1005.

<sup>85</sup> Eingehend Wicke, § 34 GmbH Rdnr. 9; Reymann, DNotZ 2006, 306.

<sup>86</sup> OLG Düsseldorf v. 23.11.2006, 6 U 283/05, NZG 2007, 278; OLG München v. 11.12.2007, 31 Wx 048/07, NZG 2008, 199, 200; OLG Koblenz v. 8.6.2005, 1 U 1343/04, BeckRS 2006, 1858.

<sup>87</sup> Ulmer/Ulmer, § 34 GmbHG Rdnr. 63.

<sup>88</sup> MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 32.

<sup>89</sup> Zur Übertragung auf andere Gremien: Goette, Die GmbH, § 5 Rdnr. 82; MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 24.

ren,<sup>90</sup> unterliegt aber bei der Einziehung aus wichtigem Grund einem Stimmrechtsausschluss, § 47 Abs. 4 GmbHG.<sup>91</sup> Vorsorglich sollte die Satzung dies klarstellen.<sup>92</sup>

Da der Einziehungsbeschluss keine Satzungsänderung darstellt, kann er mit **einfacher Mehrheit** beschlossen werden.<sup>93</sup> Eine notarielle Beurkundung des Beschlusses ist nicht erforderlich.<sup>94</sup>

Die Einziehung ist schließlich gegenüber dem betroffenen Gesellschafter zu erklären.<sup>95</sup> Die Mitteilung der Einziehung ist dabei eine einseitige, **empfangsbedürftige Willenserklärung**, die von der – entsprechend von der Gesellschafterversammlung zu ermächtigenden – Geschäftsführung abzugeben ist.<sup>96</sup> Die Einziehungserklärung bedarf zu ihrer Wirksamkeit also des Zugangs beim Betroffenen; ein Verzicht auf den Zugang ist nicht zulässig.<sup>97</sup> In der Praxis ist dies häufig problematisch, wenn ein Gesellschafter nicht mehr erreichbar ist. Hier bleibt lediglich die Möglichkeit einer öffentlichen Zustellung, § 132 Abs. 2 BGB, §§ 185 ff. ZPO.<sup>98</sup> Bei **geschäftsunfähigen Gesellschaftern** ist stattdessen die Bestellung eines Betreuers mit entsprechendem Aufgabenkreis erforderlich, soweit keine Bevollmächtigter zum Empfang etwa in einer Vorsorgevollmacht ermächtigt wurde.

### 3.2.3. Rechtsfolgen

Soweit satzungsmäßig nicht anders vorgesehen, soll nach bisheriger h. M. die Einziehung erst wirksam mit dem Zeitpunkt der vollständigen Erbringung der Abfindung<sup>99</sup> an den Gesellschafter werden.<sup>100</sup> Bis dahin befindet sich die GmbH in einer **Schwebe-phase**, da der Gesellschafter nach wie vor an Gesellschafterversammlungen zu beteiligen ist; sein Stimmrecht ruht während dieser Phase nicht. Eine Blockade in der Gesellschafterversammlung durch den Gesellschafter wäre aber rechtsmissbräuchlich.<sup>101</sup> Nach anderer Ansicht soll hingegen bei einer Zwangseinziehung durch rechtskräftigen Beschluss der Gesellschafter die Einziehung bereits unabhängig von der Leistung der

<sup>90</sup> BGH, DStR 1997, 1257; OLG München, NZG 1998, 383; Goette, DStR 1997, 1257, 1259.

<sup>91</sup> OLG Celle, NZG 1998, 29; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 34 GmbHG Rdnr. 18; Ulmer/Ulmer, § 34 GmbHG Rdnr. 52; Goette, Die GmbH, § 5 Rdnr. 81; MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 20; weitergehend Ring/Grziwotz/Nagel, § 34 GmbHG Rdnr. 20: genereller Stimmrechtsausschluss.

<sup>92</sup> Heckschen, NZG 2010, 521, 522.

<sup>93</sup> MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 18.

<sup>94</sup> OLG Karlsruhe, GmbHR 2003, 1482; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 34 GmbHG Rdnr. 18.

<sup>95</sup> KG, DNotZ 2006, 304.

<sup>96</sup> MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 35.

<sup>97</sup> KG, DNotZ 2006, 304.

<sup>98</sup> Reymann, DNotZ 2006, 306.

<sup>99</sup> Zur Höhe der Abfindung und gegebenenfalls zulässigen Beschränkungen in der Satzung, vgl. Ring/Grziwotz/Nagel, § 34 GmbHG Rdnr. 8 ff.

<sup>100</sup> OLG Köln, NZG 1999, 1222; OLG Düsseldorf, NZG 2007, 278; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 34 GmbHG Rdnr. 31; Wicke, § 34 GmbHG Rdnr. 10; offen gelassen bei BGH, DStR 2003, 1717.

<sup>101</sup> BGHZ 88, 320 = NJW 1984, 489; OLG Schleswig, NZG 2000, 703; weitergehend nun BGH, DStR 2010, 388 für den Fall des Austritts, der es dem betroffenen Gesellschafter verbiete, nach dem Austritt in Angelegenheiten der Gesellschaft mitzusprechen und auf die künftige Entwicklung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen.

Abfindung wirksam sein.<sup>102</sup> Um hier einen kompensationslosen Verlust des wirtschaftlichen Werts der Beteiligung zu verhindern, sollen zugleich die Mitgesellschafter eine Ausfallhaftung für die Zahlung des Einziehungsentgelts gegenüber dem ehemaligen Gesellschafter tragen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hatte hierzu noch nicht abschließend entschieden.<sup>103</sup>

Der BGH hat sich nun der letztgenannten Ansicht angeschlossen und entschieden, dass die Einziehung bereits mit der **Mitteilung des Beschlusses** an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit der Leistung der Abfindung wirksam werde, soweit nicht der Einziehungsbeschluss wegen Verstoßes gegen die Kapitalerhaltung nichtig sei oder für nichtig erklärt werde.<sup>104</sup> Zur Sicherung des ausscheidenden Gesellschafters hafteten die Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig für die Abfindung, soweit sie nicht dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder sie die Gesellschaft nicht auflösen.<sup>105</sup>

Mit dem Wirksamwerden der Einziehung geht nach ständiger Rechtsprechung der Geschäftsanteil mit allen mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten unter.<sup>106</sup> Eine entsprechend berichtigte Gesellschafterliste ist durch den Geschäftsführer beim Handelsregister elektronisch einzureichen, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.

Die Höhe des Stammkapitals bleibt dadurch jedoch unverändert. Seit dem Inkrafttreten des MoMiG ist daher unklar, wie mit dem **Auseinanderfallen von Stammkapitalziffer und Nennbeträgen der Geschäftsanteile** umzugehen ist. Nach Ansicht der Regierungsbegründung zum MoMiG sei die Übereinstimmungsregelung (sog. Konvergenzgebot) des § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG nicht nur bei Gründung der Gesellschaft sondern auf Dauer zu beachten.<sup>107</sup> Dies hätte zu Folge, dass die Einziehung ohne gleichzeitige Kapitalherabsetzung, Neuausgabe von Geschäftsanteilen oder Aufstockung der verbleibenden Anteile<sup>108</sup> unwirksam wäre.<sup>109</sup> Nach einer jüngeren Ansicht bewirke daher die Einziehung nicht (mehr) die Vernichtung des Geschäftsanteils, sondern führe zu einem Erwerb durch die GmbH selbst<sup>110</sup> bzw. zum Erwerb eines gemeinschaftlichen Geschäftsanteils, § 18 Abs. 2 GmbHG analog.<sup>111</sup> Diese neuen Rechtsfolgen der Ein-

<sup>102</sup> KG, NZG 2006, 437; OLG Hamm, DStR 2008, 1746; OLG Frankfurt, GWR 2011, 447; Goette, FS Lutter, 2000, S. 399, 405 ff.; Goette, Die GmbH, § 5 Rdnr. 87; eingehend MünchKommGmbH/Strohn, § 34 Rdnr. 76 ff.

<sup>103</sup> Offen gelassen bei BGH, DStR 1998, 1688; DStR 2006, 1900; DStR 2009, 439.

<sup>104</sup> BGH, II ZR 109/11, Rdnr. 13 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

<sup>105</sup> BGH, II ZR 109/11, Rdnr. 21.

<sup>106</sup> BGH, DStR 1998, 1688; BayObLG, GmbHR 1992, 42; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, Anhang § 34 GmbHG Rdnr. 20; Lutter/Hommelhoff/Lutter, § 34 GmbHG Rdnr. 2.

<sup>107</sup> Regierungsbegründung, BR-Drucksache 354/07, 69; zustimmend Wachter, GmbHR Sonderheft Oktober 2008, 5, 11; Heckschen, DStR 2009, 166, 169.

<sup>108</sup> BayObLG, GmbHR 1992, 42; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 34 GmbHG Rdnr. 20; Scholz/Westermann, § 34 GmbHG Rdnr. 67; a. A. für automatische Erhöhung der verbleibenden Geschäftsanteile: Lutter/Hommelhoff/Lutter, § 34 GmbHG Rdnr. 2 f.; Priester, FS Kellermann, 1991, 337, 346 ff.

<sup>109</sup> LG Essen, NZG 2010, 867; zustimmend Römermann, DB 2010, 209; ebenso LG Neubrandenburg, ZIP 2011, 1214.

<sup>110</sup> Meyer, NZG 2009, 1201; erwägend auch Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 34 GmbHG Rdnr. 21; ablehnend Blath, GmbHR 2011, 1177.

<sup>111</sup> Wicke, § 34 GmbHG Rdnr. 3.

ziehung überzeugen nicht und sind lediglich Folge des neuen Postulats des immerwährenden Gleichlaufs von Stammkapitalziffer und Nennbeträgen der Geschäftsanteile. Aufgrund der systematischen Stellung des § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG im ersten Abschnitt des GmbHG, der die Errichtung der Gesellschaft betrifft, kann eine Fortgeltung des Konvergenzgebots über die Gründungsphase hinaus entgegen der Gesetzesbegründung aber nicht angenommen werden.<sup>112</sup> Ein Bedarf für ein Fortbestehen des eingezogenen Geschäftsanteils besteht daher nicht.<sup>113</sup>

**Gestaltungshinweis:** Vorsorglich sollte jedoch bis zu einer Klärung durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung durch entsprechende Kapitalherabsetzung, Aufstockung oder Neubildung von Geschäftsanteilen sichergestellt werden, dass der Gleichlauf zwischen der Summe der Nennbeträge und die Stammkapitalziffer auch nach einer Einziehung gewährleistet bleibt. Zu beachten ist, dass eine Aufstockung entsprechend § 57j GmbHG nur verhältnismäßig zulässig ist.

Zu beachten ist schließlich, dass die Einziehung von Geschäftsanteilen eines Gesellschafters regelmäßig auch zu einer **Veränderung der Beteiligungsverhältnisse** der Mitgesellschafter führt.<sup>114</sup> Soweit die Entstehung neuer Mehrheitsverhältnisse vermieden werden soll, empfiehlt sich anstelle der Einziehung eine Zwangsabtretung an einen Dritten oder ggf. an die Mitgesellschafter zu gleichen Teilen. Letzteres ist durch die Aufhebung der Teilbarkeitsvorschriften und die Reduzierung des Mindestnennbetrags auf einen Euro im Rahmen der MoMiG<sup>115</sup> erheblich erleichtert worden.

#### 3.2.4. Satzungsgestaltung

Wegen der in der Praxis meist nicht gewünschte Schwebelage bis zum **Wirksamwerden der Einziehung** nach vollständiger Leistung der Abfindung empfehlen sich – wie bei Austritt und Ausschluss – satzungsmäßige Erleichterungen des Verfahrens. Dies kann zum einen in der Anordnung des Ruhens der Stimmrechte ab Fassung eines Einziehungsbeschlusses liegen.<sup>116</sup> Alternativ – und in der Praxis häufig aus Sicht der Gesellschaft gewünscht – kann auch der Zeitpunkt des Ausscheidens in der Satzung vorverlagert werden. Eine solche Vorverlagerung ist zulässig.<sup>117</sup> Als maßgeblicher Zeitpunkt bietet sich etwa die Bestandskraft des Beschlusses an,<sup>118</sup> die Stellung einer Sicherheitsleistung für die Abfindung, Teilzahlung oder Zahlung eines vorläufig festgesetzten Betrages.<sup>119</sup>

<sup>112</sup> Ablehnend auch Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 5 GmbHG Rdnr. 10; MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 65; Wicke, GmbHG, § 34 Rdnr. 3; Lutter, GmbHR 2010, 1177; Ulmer, DB 2010, 321; eingehend jüngst Blath, GmbHR 2011, 1177.

<sup>113</sup> Im Ergebnis auch Blath, GmbHR 2011, 1177, 1180.

<sup>114</sup> Wicke, § 34 GmbHG Rdnr. 4; Lutter/Hommelhoff/Lutter, § 34 GmbHG Rdnr. 2.

<sup>115</sup> BGBl. I 2008, 2026.

<sup>116</sup> Ring/Grziwotz/Nagel, § 34 GmbHG Rdnr. 23.

<sup>117</sup> BGHZ 32, 17 = NJW 1960, 866; KG, DNotZ 2006, 304; Lutter/Hommelhoff/Lutter, § 34 GmbHG Rdnr. 30; MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 78.

<sup>118</sup> Goette, DStR 2006, 1900, 1901.

<sup>119</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 34 GmbHG Rdnr. 14 a. E.

Insbesondere die **Vorverlagerung** auf den Zeitpunkt der Bestandskraft eines Einziehungsbeschlusses ist aber aus Sicht des betroffenen Gesellschafters häufig nachteilig. Dieser wird damit seiner zentralen Einfluss- und Kontrollrechte verlustig und kann nur in mitunter langwierigen Verhandlungen die Zahlung der ihm zustehenden Abfindung erreichen. Nach der neuen Rechtsprechung des BGH sei der ausgeschiedene Gesellschafter jedoch durch eine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter geschützt. Zudem sei für die Wahrnehmung der Rechte gegen den Einziehungsbeschluss – und damit in einem Streit über die Abfindung – von einer weiteren Rechtsinhaberschaft auszugehen.<sup>120</sup>

**Gestaltungshinweis:** Wegen der unsicheren Rechtslagen im Hinblick auf das Auseinanderfallen von Summe der Geschäftsanteile und der Stammkapitalziffer sollte bei der Einziehungsregelung der Satzung ein Hinweis auf eine Verknüpfung der Einziehung mit entsprechender Aufstockung oder Neubildung des Geschäftsanteils vorgenommen werden.<sup>121</sup>

### 3.2.5. Ausschlussklauseln

Bei Personengesellschaften ist in den für die Gesellschaft wesentlichen Krisenfällen ein **Ausschluss** des betreffenden Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag zu erwägen. Anderenfalls bleibt nur die Durchführung eines gerichtlichen Klageverfahrens nach § 140 HGB.

<sup>120</sup> BGH, II ZR 109/11, Rdnr. 24; BGHZ 189, 32 = DStR 2011, 1237.

<sup>121</sup> *Wicke*, NotBZ 2009, 7.

## 4. Sicherung der Kontrolle

Im Rahmen der Unternehmensnachfolge haben Übergeber häufig das Interesse, auf Lebensdauer oder zumindest bis zu einer bestimmten Altersgrenze noch einen mehr oder minder stark ausgeprägten Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben. Dabei handelt es sich nicht nur um ein psychologisch veranlassetes **Kontrollinteresse** („**Lebenswerk**“), sondern auch darum, dass die künftigen Erträge des Unternehmens ggf. zur Versorgung im Alter erforderlich sind. Auch aus steuerlichen Gründen kann ein Kontrollinteresse für den Übergeber wichtig sein, so etwa im Hinblick auf seine Haftung für etwa nachzuzahlende Steuern. Im Einzelnen bestehen hier verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten.

### 4.1. Geschäftsführungsrechte

Jedenfalls bei **Kapitalgesellschaften** kann der Übergeber weiterhin noch (Mit-) Geschäftsführer des Unternehmens bleiben, auch wenn er selbst nicht mehr Gesellschafter ist (**Grundsatz der Fremdorganschaft**). Bei Personengesellschaften ist dies aufgrund der ausschließlichen Geschäftsführung durch Gesellschafter nicht möglich; hier ist auf **Handlungsvollmachten** bzw. Prokura auszuweichen, die aber naturgemäß nur eine schwächere Stellung vermitteln können.

Die Schwäche derartiger Fremd-Geschäftsführungsrechte ist jedoch, dass die Gesellschafter/Nachfolger jederzeit die Abberufung beschließen können. Auch satzungsmäßige **Sonderrechte auf Geschäftsführung** können jederzeit durch die Gesellschafterversammlung eingeschränkt oder vollständig abgeschafft werden. Abhilfe schaffen hier nur das **Zurückbehalten einer Kleinbeteiligung** an der Gesellschaft, mit der derartige Sonderrechte verbunden und somit gesellschaftsrechtlich abgesichert werden. Jedenfalls bei der GmbH kann nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters ein solches Sonderrecht aufgehoben oder beschränkt werden.<sup>122</sup>

Umgekehrt wird die von der Gesellschafterversammlung abhängige Position eines Geschäftsführers häufig aber auch dazu genutzt, entsprechende Nachfolger an die Familiengesellschaft und die damit verbundene Verantwortung und Führung zu gewöhnen. Die Ernennung zum Prokuristen oder Geschäftsführer ist daher ein wesentliches Baustein von „**gleitenden Unternehmensübergaben**“.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff, § 53 Rdnr. 20; Ring/Grziwotz/Schwab, § 53 GmbHG Rdnr. 25.

<sup>123</sup> Ring/Grziwotz/Wartenburger, Nachfolgeplanung, Rdnr. 37.

## 4.2. Beirat und Aufsichtsrat

Daneben bietet sich im Rahmen der Unternehmensnachfolge insbesondere die Installation eines Beirats oder Aufsichtsrats an.<sup>124</sup> Dabei kann für Fälle, in denen der Übergeber selbst für eine Übergangszeit noch Geschäftsführer ist, auch bestimmt werden, dass ein solches Gremium nach erfolgter Übergabe gebildet werden soll oder dass ein Beirat bis zum Ausscheiden des Übergebers nur beratende Funktionen ausübt.<sup>125</sup>

### 4.2.1. Aufsichtsrat

Der **Aufsichtsrat** dient der Kontrolle und Beratung der Geschäftsleitung. Anders als bei einer AG bedarf es bei einer GmbH – außerhalb des Anwendungsbereichs der Drittelbeteiligung oder Mitbestimmung – grundsätzlich nicht zwingend eines Aufsichtsrats als weiterem Organ neben der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung. Fakultativ kann in der Satzung jedoch ein Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG eingerichtet werden. Für einen solchen Aufsichtsrat, auch **freiwilliger Aufsichtsrat** genannt, bestimmt § 52 Abs. 1 GmbHG die ergänzende Anwendung ausgewählter aktienrechtlicher Vorschriften. Die wesentlichen Rechte und Pflichten ergeben sich aus den entsprechend anwendbaren Vorschriften des Aktienrechts. Abweichende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag bleiben jedoch zulässig.

Die **Zwecke** eines solchen Gremiums müssen sich dabei nicht auf eine Kontrolle und Beratung der Gesellschaft beschränken. Ein Aufsichtsrat kann insbesondere auch für die Übernahme einzelner Aufgaben der Unternehmensleitung, der Vertretung von Gesellschafter-Gruppen oder auch Tätigkeiten konkurrierend neben einem obligatorischen, mitbestimmten Aufsichtsrat vorgesehen werden.<sup>126</sup> Die rechtliche Einordnung im Einzelfall ist schwierig, insbesondere da auch die Bezeichnungen für solche Gremien vielfältig sind: Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss, Firmenrat, Kuratorium, Familienbeirat und dergleichen.<sup>127</sup>

### 4.2.2. Einrichtung eines Beirats

Soweit neben Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung ein zusätzliches Gremium bei einer GmbH eingerichtet wird, ohne Aufsichtsrat zu sein, wird dies regelmäßig als **Beirat**, **Gesellschafterausschuss** oder **Verwaltungsrat** bezeichnet. Im Unterschied zum Aufsichtsrat liegt der Schwerpunkt der Aufgaben eines Beirats nicht in der Überwachung der Geschäftsführer, sondern meist in der **Beratung der Gesell-**

<sup>124</sup> Ausführlich hierzu *Wiedemann/Kögel*, Beirat und Aufsichtsrat in Familienunternehmen, 2008.

<sup>125</sup> Ring/Grizwotz/Wartenburger, Nachfolgeplanung, Rdnr. 37.

<sup>126</sup> Ring/Grizwotz/Schwab, § 52 GmbHG Rdnr. 4.

<sup>127</sup> *W. Müller*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, § 6 Rdnr. 1

**schaft** bzw. der Gesellschafter. Auch als vorbereitendes und begleitendes Instrument einer Unternehmensnachfolge kann ein Beirat eingesetzt werden.<sup>128</sup>

Ein Beirat kann entweder organisationsrechtlich **in der Satzung** verankert oder rein vertraglich **durch Dienstleistungsverträge** mit den Beiratsmitgliedern begründet werden. Ein in der **Satzung verankerter Beirat** erhält die Stellung eines Gesellschaftsorgans, sodass hier die grundlegenden Regeln über die Besetzung des Beirats, seine Aufgaben und die Bestellung und Abberufung in der Satzung enthalten sein müssen.<sup>129</sup> Solche Beiräte können Rechte der Gesellschafterversammlung übernehmen und ggf. Geschäftsführern Weisungen erteilen. **Vertraglich begründete Beiräte** werden demgegenüber kein Organ der Gesellschaft und verfügen daher auch nicht über organ-schaftliche Befugnisse.<sup>130</sup> Letztere eignen sich insbesondere für die bloße Beratung oder Repräsentation der GmbH, da es in diesem Fall auf eine gesellschaftsrechtliche Institutionalisierung meist nicht ankommt.<sup>131</sup>

§ 52 GmbHG ist auf den Beirat nicht anwendbar, auch nicht entsprechend bei Fehlen von Satzungsbestimmungen.<sup>132</sup> Es ist daher empfehlenswert, alle einschlägigen Punkte möglichst eingehend im Gesellschaftsvertrag zu regeln. Hierzu gehören die Zusammensetzung, Aufgaben, Bestellung und Abberufung, insbesondere aber auch Informationsrechte, etwaige Zustimmungsvorbehalte, die Haftung, die Pflicht zur Verschwiegenheit und die Frage einer Vergütung. Soweit das Gesetz Aufgaben zwingend der Gesellschafterversammlung oder den Geschäftsführern zuweist, können diese satzungsmäßig nicht auf einen Beirat übertragen werden;<sup>133</sup> im Übrigen besteht Satzungs-freiheit.

#### 4.2.3. Zusammensetzung, Bestellung

**Mitglieder** können sowohl Gesellschafter als auch externe Dritte, wie Vertreter von Banken, Wissenschaftler oder sonstige Experten, sein. Auch soweit Geschäftsführungsbefugnisse auf einen Aufsichtsrat übertragen werden, können solche Gremien ganz oder überwiegend mit Nicht-Gesellschaftern besetzt werden.<sup>134</sup> Die Satzung kann dabei über die persönlichen Voraussetzungen des § 100 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG hinaus **weitere persönliche Voraussetzungen** aufstellen, wie Alter, Familienzugehörigkeit oder Branchenerfahrung. Hinsichtlich von Altersgrenzen sind ggf. Diskriminierungsverbote des AGG zu beachten, § 6 Abs. 3 AGG. Das gesetzliche Renteneintrittsalter als Höchstgrenze ist jedoch unschädlich, § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG.<sup>135</sup>

<sup>128</sup> Werner, ZEV 2010, 619.

<sup>129</sup> Ulmer/Raiser/Heermann, § 52 GmbHG Rdnr. 316.

<sup>130</sup> Ulmer/Raiser/Heermann, § 52 GmbHG Rdnr. 318.

<sup>131</sup> W. Müller, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, § 6 Rn. 21.

<sup>132</sup> Ulmer/Raiser/Heermann, § 52 GmbHG Rdnr. 327; K. Müller/Wolff, NZG 2003, 751, 754; a.A. Wälzholz, DStR 2003, 511, 512: teilweise anwendbar, „Lückenbüßerfunktion“.

<sup>133</sup> Ulmer/Raiser/Heermann, § 52 GmbHG Rdnr. 328; Wälzholz, DStR 2003, 511, 513.

<sup>134</sup> Ring/Grizwotz/Schwab, § 52 GmbHG Rdnr. 141.

<sup>135</sup> Lutter/Hommelhoff/Lutter, § 52 GmbHG Rdnr. 11; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 52 GmbHG Rdnr. 40.

Die **Mitglieder** eines Aufsichtsrat oder Beirats werden in der Regel von der Gesellschafterversammlung bestellt. Alternativ kann ein Gesellschaftsvertrag auch bestimmen, dass die Bestellung durch Gesellschafterstämme, eine Kooptation neuer Mitglieder durch den Aufsichtsrat selbst oder die Benennung durch das ausscheidende Mitglied erfolgt.<sup>136</sup>

Besonders für die Unternehmensnachfolge empfiehlt sich der Einsatz von **Entsendungsrechten** entsprechend der aktienrechtlichen Regelung des § 101 Abs. 2 AktG. Die für die AG geltenden Beschränkungen des § 101 Abs. 2 AktG gelten dabei nicht, sodass Entsendungsrechte auch für mehr als ein Drittel der Aufsichtsratssitze begründet werden können. Der Entsendungsberechtigte unterliegt allerdings einer Treuepflicht, geeignete Personen zu entsenden.<sup>137</sup>

Ob auch ein **Entsendungsrecht für Nicht-Gesellschafter**, wie z.B. den Unternehmensübergeber, Banken oder Behörden, eingeräumt werden kann, ist strittig. Im Aktienrecht ist dies durch § 101 Abs. 2 Satz 1 AktG ausgeschlossen. Daraus wird ein allgemeiner, körperschaftsrechtlicher Grundsatz abgeleitet, wonach organschaftliche Rechte zugunsten Dritter in der Satzung nicht eingeräumt werden dürften.<sup>138</sup> Nach überwiegender Ansicht werden dagegen bei der GmbH auch Entsendungsrechte zugunsten Dritter als zulässig erachtet; angesichts der personalistischen Ausrichtung der GmbH würden Entscheidungsrechte der GmbH-Gesellschafter nicht ausgehöhlt werden, sodass ein besonderes Schutzbedürfnis nicht bestehe.<sup>139</sup>

#### 4.2.4. Kontrollbefugnisse

Sowohl bei einem Aufsichtsrat als auch bei einem Beirat kann bestimmt werden, dass bestimmte Arten von Geschäfte seiner Zustimmung unterliegen, vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Derartige **Zustimmungsvorbehalte** sind daher das Instrument vorbeugender Kontrolle des Aufsichtsrats.<sup>140</sup>

Die Aufstellung eines entsprechenden Zustimmungskatalogs ist – wenn nicht in der Satzung abbedungen – eine zwingende Pflicht, deren Nichtbeachtung ggf. zu Schadensersatzansprüchen der Mitglieder des Aufsichtsrats führen kann.<sup>141</sup> Daneben kann der Aufsichtsrat auch Entscheidungen im Einzelfall ad hoc seinem Zustimmungsvorbehalt unterstellen.

<sup>136</sup> Ring/Grizwotz/Schwab, § 52 GmbHG Rdnr. 19.

<sup>137</sup> Ulmer/Raiser/Heermann, § 52 GmbHG Rdnr. Rn. 44.

<sup>138</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 52 GmbHG Rdnr. 43.

<sup>139</sup> Lutter/Hommelhoff/Lutter, § 52 GmbHG Rdnr. 6; Scholz/Schneider, § 52 GmbHG Rdnrn. 223; Ulmer/Raiser/Heermann, § 52 GmbHG Rdnr. 43; siehe auch OLG Köln, DB 1996, 466.

<sup>140</sup> Hüffer, § 111 AktG Rdnr. 16.

<sup>141</sup> BGH, NZG 2007, 187; Lange, DStR 2003, 376, 380; Lieder, DB 2004, 2251.

**Gestaltungshinweis:** Eine Bestimmung zustimmungspflichtiger Maßnahmen empfiehlt sich üblicherweise im Rahmen einer Geschäftsordnung, da dies in aller Regel flexibler als eine satzungsmäßige Festlegung ist.<sup>142</sup>

#### 4.2.5. Muster einer Aufsichtsratsklausel

Formulierungsvorschlag:

*„I. Zusammensetzung*

*Die Gesellschaft hat einen Aufsichtsrat, der aus drei Mitgliedern besteht. Ein Mitglied des Aufsichtsrats wird vom Gesellschafter ... entsandt und abberufen. Im Übrigen werden die Aufsichtsratsmitglieder von der Gesellschafterversammlung gewählt.*

*Die Aufsichtsratsmitglieder werden für die Zeit bis zur Beendigung der Gesellschafterversammlung gewählt, die über ihre Entlastung für das zweite Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, wird nicht mitgerechnet. Die Wahl oder Entsendung des Nachfolgers eines vor Ablauf der Amtszeit ausgeschiedenen Mitglieds erfolgt für den Rest der Amtszeit des ausgeschiedenen Mitglieds.*

*Die Mitglieder des Aufsichtsrats können ihr Amt durch schriftliche Erklärung unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen niederlegen.*

*II. Aufgaben und Pflichten*

*Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu beraten und zu überwachen. Er hat sich zu diesem Zweck über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten und hierzu Berichte von der Geschäftsführung zu verlangen.*

*Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluss nebst etwaigem Lagebericht zu prüfen und der Gesellschafterversammlung hierüber zu berichten.*

*Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben ihre Aufgaben und Pflichten sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Sie haben über alle vertraulichen Angaben und Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren.*

*Die Gesellschafterversammlung hat Näheres in einer Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat zu regeln, insbesondere festzulegen, soweit Geschäftsführer zu Rechtsgeschäften der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen.*

*III. Innere Ordnung und Beschlussfassung*

---

<sup>142</sup> Ring/Griziwotz/Schwab, § 52 GmbHG Rdnr. 56.

*Der Aufsichtsrat wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und einen stellvertretenden Vorsitzenden.“*

## 5. Testamentsvollstreckung und Gesellschaftsvertrag

Literatur: Bengel/Reimann (Hrsg.), Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2012; *Bisle*, Testamentsvollstreckung im Handels- und Gesellschaftsrecht, DStR 2013, 1037; *Göz*, Die Nachfolgeregelung bei der GmbH & Co. KG, NZG 2004, 345; *M. Frank*, Die Testamentsvollstreckung über Aktien, ZEV 2002, 389; *ders.*, Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 2003, 5; *ders.*, Verwaltungskompetenz des Testamentsvollstreckers und Organkompetenz - Zur Vereinbarkeit der Befugnisse eines fremdnützigen Vermögensverwalters mit dem Amt des Vorstands und des Aufsichtsrats in der AG, NZG 2002, 898; *Griegas*, Testamentsvollstreckung im Handels- und Gesellschaftsrecht, BWNotZ 2002, 25; *J. Mayer*, Die Testamentsvollstreckung über GmbH-Anteile, ZEV 2002, 209; *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011; *Reimann*, Unternehmensnachfolge und Testamentsvollstreckung, GmbHR 2011, 1297; *Weidlich*, Testamentsvollstreckung an einem Einzelkaufmännischen Unternehmen, NJW 2011, 641.

### 5.1. Einführung

Die Testamentsvollstreckung ist eines der wichtigsten Gestaltungsmittel bei der Gestaltung eines Unternehmertestaments, da mit ihr eine **Vielzahl von Regelungszielen** erreicht werden kann. Diese können u. a. sein:<sup>143</sup>

- Veräußerung oder Umwandlung des Unternehmens im Nachlassfalle,
- Überleitung des Unternehmens auf einen bei Ableben des Unternehmers noch nicht abschließend definierten Nachfolger,
- Moderation zwischen (rivalisierenden) Mitgliedern einer Erbengemeinschaft,
- Abwehr von Dritten, die für minderjährige Erben Rechte geltend machen,
- Klärung von Pflichtteilsansprüchen.

Die Testamentsvollstreckung dient aber auch dem **Schutz des Nachlasses** vor Gläubigern eines Erben, § 2214 BGB. Weiterhin kann ein Testamentsvollstrecker den unmittelbaren Zugriff von Erben auf das zum Nachlass gehörende Unternehmen beschränken. Dies ist beispielsweise angezeigt, wenn der Erstpächter des Nachlasses zunächst eine Erbengemeinschaft ist, die das Unternehmen erst zu einem späteren Zeitpunkt auf einen letztbegünstigten Nachfolger übertragen soll. Die **Intensität der Testamentsvollstreckung** kann dabei von einer externen Funktion, etwa in Form einer Überwachung und Kontrolle des Unternehmens, bis hin zu einer starken Position im Sinne einer Unternehmensführung gestaltet werden.<sup>144</sup>

<sup>143</sup> Nach *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, § 2 Rdnr. 44.

<sup>144</sup> *Reimann*, GmbHR 2011, 1297, 1298.

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung für Unternehmen und Beteiligungen ist mit zahlreichen rechtlichen Problemen verbunden, die insbesondere von der Rechtsform des Unternehmens abhängen. Dies betrifft weniger die **Abwicklungsvollstreckung**, da bei dieser der Testamentsvollstrecker nicht als Unternehmer, sondern nur wie ein Nachlasspfleger oder Insolvenzverwalter handelt.<sup>145</sup> Die Abwicklungsvollstreckung ist daher bei Einzelunternehmen, Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften unproblematisch zulässig.<sup>146</sup> Probleme ergeben sich hingegen bei der **Dauertestamentsvollstreckung** für ein einzelkaufmännisches Unternehmen, § 2209 Satz 1 BGB.

## 5.2. Einzelunternehmen

Nach § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Testamentsvollstrecker nur Verbindlichkeiten für den Nachlass eingehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist. Bei einem Einzelunternehmen kommt es daher zu einem Konflikt zwischen der handelsrechtlichen unbeschränkten persönlichen Haftung des Unternehmers und der erbrechtlichen Möglichkeit der **Beschränkung der Haftung der Erben** auf die Nachlassverbindlichkeiten<sup>147</sup>.

Da somit weder der Testamentsvollstrecker für die von ihm neu begründeten Verbindlichkeiten persönlich haftet, noch die Erben über das Nachlassvermögen hinaus verpflichtet werden können, ist eine **Dauervollstreckung** über ein einzelkaufmännisches Unternehmen im Nachlass grundsätzlich **unwirksam**.<sup>148</sup>

Als Ersatzlösungen bieten sich bei Vererbung eines Einzelunternehmens aus kautelarjuristischer Sicht daher die Vollmachtlösung, die Treuhandlösung sowie die Verwendung von Umwandlungsklauseln an.

### 5.2.1. Vollmachtlösung

Die **Vollmachtlösung** ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erbe dem „Testamentsvollstrecker“ eine Vollmacht zur Führung des Unternehmens erteilt. Der Erbe erhält hier das Unternehmen zum alleinigen Eigentum ohne eine Beschränkung seiner Verfügungsbefugnis.<sup>149</sup> Der Erbe bzw. die Erbengemeinschaft ist daher auch im Handelsregister als neuer Inhaber einzutragen, § 31 Abs. 1 HGB.<sup>150</sup> Damit haftet der Erbe selbst für eingegangene Verbindlichkeiten. Eine Testamentsvollstreckung im eigentlichen

<sup>145</sup> Spiegelberger, Vermögensnachfolge, § 2 Rdnr. 46.

<sup>146</sup> Palandt/Edenhofer, § 2203 BGB Rdnr. 1.

<sup>147</sup> Näher Bamberger/Roth/Lohmann, § 1967 BGB Rdnr. 2 ff.

<sup>148</sup> RGZ 132, 138, 144; BGHZ 12, 100, 102 = NJW 1954, 636; BGHZ 24, 106, 113 = NJW 1957, 1026; kritisch Weidlich, NJW 2011, 641, 643 ff.

<sup>149</sup> MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 25; Weidlich, NJW 2011, 641.

<sup>150</sup> Gutachten, DNotI-Report 2002, 154.

Sinne liegt nicht vor. Ein **Vermerk über die Testamentsvollstreckung** kann im Handelsregister nicht eingetragen werden.<sup>151</sup>

Die Erteilung einer derartigen Vollmacht wird dabei durch eine testamentarische Anordnung des Erblassers erreicht, und zwar entweder in Form einer Auflage oder eines Vermächnisses des Erben, dem Testamentsvollstrecker eine uneingeschränkte Vollmacht zu erteilen, wonach dieser das Einzelunternehmen fortführen kann. Eine solche Vollmachtswiderrufung wird überwiegend für zulässig erachtet.<sup>152</sup>

Ein Schutz des Erben vor Verbindlichkeiten besteht dabei allerdings nicht. Lediglich minderjährige Erben werden vor einer unbeschränkten persönlichen Haftung nach § 1629 a BGB<sup>153</sup> geschützt. Gegen die Vollmachtswiderrufung wird ferner vorgebracht, dass ein Schutz des Erben vor Handlungen des Testamentsvollstreckers nicht bestehe und keine Kontrollmöglichkeit des Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker bestehe. Bei minderjährigen Erben ist ferner zu beachten, dass trotz testamentarischer Anordnung für bestimmte Erfüllungsmaßnahmen die Zustimmung des Betreuungs- bzw. Familiengerichts erforderlich ist.<sup>154</sup> Dies gilt beispielsweise für die Erteilung einer Prokura nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 11 BGB.

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass eine derartige Vollmacht jederzeit nach allgemeinen Regelungen widerrufen werden kann. Eine Ausgestaltung der Vollmacht als unwiderruflich oder mit verdrängender Wirkung ist unzulässig.<sup>155</sup> Hier kann allenfalls eine erbrechtliche Gestaltung helfen, etwa eine auf den Vollmachtswiderruf auflösend bedingte Erbeinsetzung oder die vermächtnisweise Zuwendung des Unternehmens für diesen Fall an den Testamentsvollstrecker. Mit Widerruf der Vollmacht käme es dann zu einer Weiterübertragung des Unternehmens an den Testamentsvollstrecker.<sup>156</sup> Ob solche erbrechtlichen Druckmittel zulässig sind, ist umstritten.<sup>157</sup> In der Praxis empfiehlt sich daher, die Vollmachtswiderrufung zu vermeiden.<sup>158</sup>

### 5.2.3. Treuhandlösung

Bei der Treuhandlösung führt der Testamentsvollstrecker das Einzelkaufmännische Unternehmen **nach außen im eigenen Namen und unter eigener persönlicher Haftung** als Treuhänder fort. Im Innenverhältnis hat der Testamentsvollstrecker einen Befreiungsanspruch gegenüber dem Erben nach §§ 2218, 670 BGB auf Freistellung von einer persönlichen Inanspruchnahme durch etwaige Gläubiger. Offen ist, ob der Erbe

<sup>151</sup> BGHZ 12, 100; Bengel/Reimann/D. Mayer, Testamentsvollstreckung, V Rdnr. 129.

<sup>152</sup> MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 26; Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2205 BGB Rdnr. 28.

<sup>153</sup> Eingeführt durch das Minderjährigengleichstellungsgesetz.

<sup>154</sup> Gutachten, DNotI-Report 2002, 154.

<sup>155</sup> MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 25 f.; Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2205 BGB Rdnr. 28; Weidlich, NJW 2011, 641, 642.

<sup>156</sup> Spiegelberger, Vermögensnachfolge, § 2 Rdnr. 49.

<sup>157</sup> Ablehnend Bengel/Reimann/D. Mayer, Testamentsvollstreckung, V Rdnr. 134; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 26.

<sup>158</sup> Johansson, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, G.IX.2 Anm. 4.

seinerseits seine Haftung auf den Nachlass beschränken kann.<sup>159</sup> Die Rechtsprechung sieht die Treuhandlösung als zulässig an.<sup>160</sup> Soweit testamentarisch keine nähere Regelungen zur Dauertestamentsvollstreckung über ein Einzelunternehmen getroffen sind, gilt im Zweifel die Treuhandlösung als angeordnet.<sup>161</sup>

Für die Treuhand sind zwei Ausgestaltungen möglich: Bei der sog. Verwaltungs- bzw. **Ermächtigungstreuhand** wird dem Testamentsvollstrecker die Verfügungsbefugnis über das Unternehmen nach § 185 BGB übertragen; der Erben bleibt Inhaber des Unternehmensvermögens. Aufwändiger ist hingegen die **Vollrechtstreuhand**, bei der dem Testamentsvollstrecker das Eigentum am gesamten Handelsgeschäft mit allen Aktiva und Passiva vom Erben zu übertragen ist. Der Testamentsvollstrecker wird im Handelsregister als Inhaber des einzelkaufmännischen Unternehmens eingetragen; ein Vermerk über die Testamentsvollstreckung erfolgt nicht. Die Erben haben bei der Anmeldung mitzuwirken, da es sich um eine Übertragung des Unternehmens handelt, auch wenn diese lediglich treuhänderisch erfolgt.<sup>162</sup> Sowohl die Übertragung als auch die Anmeldepflicht sollte testamentarisch durch eine Auflage oder Bedingung abgesichert werden.<sup>163</sup>

Eine besondere **handelsrechtliche Haftungsbeschränkung** ist unter Beachtung des § 27 Abs. 2 HGB (Drei-Monats-Frist!) möglich. Wird nämlich das Unternehmen auf den Treuhänder übertragen, so führt dies zu einer Unternehmenseinstellung durch den Erben; dessen Haftung entfällt nach § 27 Abs. 2 HGB. Für die Haftungsbeschränkung des Testamentsvollstreckers gilt § 25 Abs. 1 HGB, da dieser das Unternehmen unter Lebenden demgemäß erwirbt und seine Haftung durch Eintragung im Handelsregister nach § 25 Abs. 2 HGB ausschließen bzw. auf den Nachlass beschränken kann.<sup>164</sup>

Gleichwohl begegnet auch die Treuhandlösung erheblichen praktischen Bedenken, da der Testamentsvollstrecker einer persönlichen und unbeschränkten Haftung als Inhaber des einzelkaufmännischen Unternehmens ausgesetzt ist.<sup>165</sup> Vielfach wird sich ein Testamentsvollstrecker nur durch eine entsprechende finanzielle Gewinnbeteiligung am Unternehmen zu einem solchen Risiko bereit erklären.

### 5.2.3. Umwandlungsklausel

Die vorstehenden Haftungsrisiken resultieren aus der Fortführung des Unternehmens als Einzelkaufmann und sind daher problembehaftet. Als vorzugswürdig bietet sich

<sup>159</sup> Hierfür Staudinger/*Reimann*, § 2205 BGB Rdnr. 95; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 28; a.A. wohl BGHZ 12, 100; 104; Bengel/*Reimann/D. Mayer*, Testamentsvollstreckung, V Rdnr. 127.

<sup>160</sup> BGH, BB 1969, 773.

<sup>161</sup> BGHZ 24, 106, 112.

<sup>162</sup> Staudinger/*Reimann*, § 2205 BGB Rdnr. 96; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 27; Bengel/*Reimann/D. Mayer*, Testamentsvollstreckung, V Rdnr. 121.

<sup>163</sup> Formulierungsvorschlag bei *Johansson*, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, G.IX.2.

<sup>164</sup> Bengel/*Reimann/D. Mayer*, Testamentsvollstreckung, V Rdnr. 124 f.; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 27.

<sup>165</sup> *Weidlich*, NJW 2011, 641, 642.

daher an, dem Testamentsvollstrecker die **Umwandlung des Unternehmens** in eine **haftungsbeschränkte Rechtsform** seiner Wahl zu ermöglichen, etwa in eine Kapitalgesellschaft oder GmbH & Co. KG. Anschließend kann der Testamentsvollstrecker die Geschäftsführung entweder selbst übernehmen oder einen Dritten zum Geschäftsführer bestellen.

Offen ist, inwieweit derartige Umwandlungen – jedenfalls außerhalb der Drei-Monats-Frist des § 27 Abs. 2 HGB – **ohne Mitwirkung** der Erben möglich sind.<sup>166</sup> Vorsorglich sollte daher der Erblasser bereits eine **postmortale Vollmacht** erteilen, die dies ausdrücklich umfasst. Bei mehreren Erben des Unternehmens bietet sich ferner an, den Gesellschaftsvertrag oder zumindest dessen wesentliche Inhalte bereits festzulegen, um spätere Auseinandersetzungen zwischen Testamentsvollstrecker und Erben zu vermeiden. Im Hinblick auf mögliche Änderungen der Rechtslage sollte der Testamentsvollstrecker zugleich befugt sein, etwa erforderliche Anpassungen des Gesellschaftsvertrages noch vorzunehmen. Zu beachten ist, dass übermäßige Bindungen der Erben oder ein Zwang zur Fortführung des Unternehmens mit unbeschränkter Haftung u. U. sittenwidrig sein können.<sup>167</sup>

Zusammenfassender Formulierungsvorschlag:<sup>168</sup>

*„Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist ferner die **Dauertestamentsvollstreckung** über das im Nachlass befindliche Unternehmen, unabhängig davon, in welcher Rechtsform dieses Unternehmen sich im Todeszeitpunkt befindet. Dies gilt auch, soweit eine eigentliche Testamentsvollstreckung im Rechtssinne nicht zulässig ist. Für diesen Fall, insbesondere für den Fall des Vorhandenseins eines Einzelunternehmens, ist der Testamentsvollstrecker nach seiner Wahl befugt,*

- das Unternehmen entweder aufgrund einer von dem oder den Erben zu erteilenden Vollmacht in deren Namen und für deren Rechnung fortzuführen,*
- oder aufgrund einer Vollrechts- oder Ermächtigungstreuhand im eigenen Namen aber für Rechnung der Erben fortzuführen.*

*Der bzw. die Erben werden mit der Auflage beschwert, dem Testamentsvollstrecker nach seiner Wahl entweder das Unternehmen als **Treuhänder** zu übertragen oder aber dem Testamentsvollstrecker auf dessen Verlangen eine uneingeschränkte umfassende **Vollmacht zur Unternehmensfortführung** zu erteilen. Für den Fall der Ausübung der Vollmachtslösung sind der bzw. die Er-*

<sup>166</sup> Staudinger/Reimann, § 2205 BGB Rdnr. 105; offen Bengel/Reimann/D. Mayer, Testamentsvollstreckung, V Rdnr. 142; ohne Fristbegrenzung Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2205 BGB Rdnr. 35.

<sup>167</sup> Grigas, BWNotZ 2002, 25, 28 f.

<sup>168</sup> Nach Wälzholz, DAI-Skript Unternehmensnachfolge, 2009, S. 126.

*ben verpflichtet, als Inhaber des Unternehmens das Unternehmen nicht selbst zu führen, sondern dies dem Testamentsvollstrecker zu überlassen.*

*Soweit rechtlich möglich soll der Testamentsvollstrecker das vorhandene Einzelunternehmen in eine haftungsbeschränkte Rechtsform, insbesondere eine GmbH, Aktiengesellschaft oder GmbH & Co. KG **umwandeln** bzw. das Unternehmen in eine entsprechende Rechtsform einbringen. Der bzw. die Erben werden mit der Auflage beschwert, alle hierzu erforderlichen Erklärungen abzugeben und dem Testamentsvollstrecker insoweit uneingeschränkte Vollmacht zu erteilen. Die Gesellschaftsbeteiligungen sollen für jeden Erben gleich ausgestattet und hinsichtlich der Quoten dem Verhältnis entsprechen, indem der bzw. die Erben am Nachlass beteiligt sind. Geschäftsführungssonderrechte werden nicht vorgesehen. Der bzw. die Erben werden mit der Auflage beschwert, den Testamentsvollstrecker auf dessen Verlangen zum Geschäftsführer der Gesellschaft zu bestellen. Die Geschäftsführungstätigkeit ist mit dem Honorar als Testamentsvollstrecker abgegolten. Nach derzeitigem Rechtsstand sollte das Unternehmen in eine GmbH im Wege der Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz eingebracht werden, für die der in der Anlage beigefügte Gesellschaftsvertrag maßgeblich ist. Sollten Änderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages oder der gewählten Rechtsform erforderlich machen, ist der Testamentsvollstrecker hierzu ausdrücklich befugt. Die Testamentsvollstreckung setzt sich an den Gesellschaftsbeteiligungen fort. Der bzw. die Erben haben dem Testamentsvollstrecker insoweit wiederum eine Treuhandübertragung durchzuführen oder eine entsprechende Vollmacht zu erteilen. Insoweit gelten die oben getroffenen Bestimmungen entsprechend als der Testamentsvollstrecker auch insoweit von der Treuhandlösung oder der Vollmachtslösung hinsichtlich der Gesellschaftsbeteiligung Gebrauch machen kann.“*

### 5.3. Testamentsvollstreckung bei Personenhandelsgesellschaften

Bei der Vererbung von Anteilen an einer Personengesellschaft besteht die Besonderheit, dass der Übergang des Gesellschaftsanteils **im Wege der Sondererfolge** auf den als Nachfolger vorgesehenen Erben erfolgen kann (soweit das Ableben des Gesellschafters nicht zu dessen Ausscheiden, § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB bzw. zur Auflösung der Gesellschaft, § 727 Abs. 1 BGB, führt). Gleichwohl gehört der Gesellschaftsanteil zum Nachlass und daher steht aus erbrechtlicher Sicht einer Verwaltungszuständigkeit des Testamentsvollstreckers nichts entgegen.<sup>169</sup>

<sup>169</sup> MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 30; s.a. BGH, ZEV 1996, 111.

Allerdings besteht bei einer Personengesellschaft gleichfalls der bereits dargestellte **haftungsrechtliche Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht**. Ferner stellt sich die Frage, ob der Testamentsvollstrecker in den **Kernbereich der Gesellschaftsrechte** eines Erben eingreifen darf.<sup>170</sup> Schließlich sind bei Verfügung einer Testamentsvollstreckung die gegebenenfalls entgegenstehenden **Rechte der Mitgesellschafter** zu beachten.

Ob eine Dauertestamentsvollstreckung über den **Gesellschaftsanteil eines persönlich haftenden Gesellschafters** zulässig ist, ist (noch) umstritten.<sup>171</sup> Der BGH hat jedenfalls für die „**Außenseite**“ eines Gesellschaftsanteils, also für die laufenden Gewinnansprüche, den Auseinandersetzungsanspruch und die übertragbaren Vermögensrechte, eine Verwaltungsvollstreckung für zulässig erachtet.<sup>172</sup> Demgegenüber würden die **höchstpersönlichen Gesellschaftsrechte** keiner Testamentsvollstreckung unterliegen; dies umfasst also die **Innenseite** der Gesellschaftsbeteiligung, wie das Recht auf Vertretung und Geschäftsführung, das Informationsrecht sowie die Ausübung des Stimmrechtes. Einzelne, ggf. wesentliche, Beschlüsse sind damit nur durch den bzw. die Erben zu fassen.<sup>173</sup>

Aufgrund dieser Abgrenzungsprobleme können für die Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung über die Gesellschaftsbeteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafters die vorstehenden Gestaltungsmittel bei einem einzelkaufmännischen Unternehmen erwogen werden (**Vollmachts- oder Treuhandlösung**). Selbstverständlich besteht daneben die gesetzliche Umwandlungsmöglichkeit in eine Beteiligung mit beschränkter Kommanditistenhaftung nach § 139 HGB.

Diese Einschränkungen gelten nach der Rechtsprechung des BGH nicht für Dauertestamentsvollstreckung an einem **Kommanditanteil**. Bei diesem kann der Testamentsvollstrecker grundsätzlich die mit der Beteiligung verbundenen Mitgliedschaftsrechte ausüben.<sup>174</sup> Lediglich eine persönliche Verpflichtung der Erben ist nicht möglich. Auch ist der Testamentsvollstrecker befugt, den Gesellschafterwechsel zum Handelsregister anzumelden.<sup>175</sup> Anders ist dies bei Anordnung lediglich einer Verwaltungsvollstreckung: Hier ist der Testamentsvollstrecker nicht befugt, den durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsel anstelle des Erben zum Handelsregister anzumelden.<sup>176</sup>

Unabhängig davon bedarf aufgrund der personalistischen Struktur von Personengesellschaften jede Einräumung einer Dauertestamentsvollstreckung der **Zulassung**

<sup>170</sup> Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, § 2 Rdnr. 45.

<sup>171</sup> Für generelle Zulässigkeit MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 36; differenzierend Nieder/Kössinger, Testamentsgestaltung, § 15 Rdnr. 128 ff.

<sup>172</sup> BGHZ 98, 48 = NJW 1986, 2431.

<sup>173</sup> Palandt/Weidlich, § 2205 BGB Rdnr. 17.

<sup>174</sup> BGHZ 108, 187, 192 = NJW 1989, 3152.

<sup>175</sup> BGHZ 108, 187, 192 = NJW 1989, 3152.

<sup>176</sup> OLG München, MittBayNot 2010, 144 mit krit. Anm. Tersteegen; KG, NJW-RR 1991, 835; OLG Hamm, NJW-RR 2002, 729.

**entweder im Gesellschaftsvertrag oder ad hoc** durch (einstimmigen) Beschluss der Mitgesellschafter.<sup>177</sup> Dabei können ggf. auch Beschränkungen hinsichtlich zulässiger Testamentsvollstrecker vorgesehen werden, um einen unerwünschten Fremdeinfluss zu verhindern. Ohne Zustimmung der Gesellschaft kann der Testamentsvollstrecker nur die abspaltbaren Vermögensrechte, also die „Außenseite“ der Beteiligung verwalten.<sup>178</sup> Eine Abwicklungsvollstreckung ist hingegen mangels Verfügungsgewalt des Testamentsvollstreckers auf Gesellschafterrechte zustimmungsfrei möglich.

Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, inwieweit der Testamentsvollstrecker im Rahmen einer Verwaltungsvollstreckung in den **Kernbereich der Gesellschafterrechte**<sup>179</sup> eingreifen darf. Nach bisher überwiegender Meinung soll ein Testamentsvollstrecker im Kernbereich der Gesellschafterrechte nicht verfügungs- und verwaltungsbefugt sein, sodass entweder die Rechte gemeinschaftlich von Erben und Testamentsvollstrecker oder nur vom Erben alleine wahrzunehmen wären.<sup>180</sup> Dieses Problem stellt sich insbesondere etwa bei Umwandlungsvorgängen. Nach neuerer Ansicht gelte die **Kernbereichslehre** für den Testamentsvollstrecker nicht, da dieser die Beteiligung in der Gestalt verwalte, wie er sie vorgefunden habe. Die Beschränkungen seiner Befugnisse würden sich aus dem Gesetz ergeben, soweit nicht der Erblasser zulässigerweise dessen Rechtsmacht eingeschränkt habe. Gesellschaftsrechtliche Beschränkungen würden daher nur insoweit gegen den Testamentsvollstrecker wirken, als diese auch für die Erben Wirkung hätten.<sup>181</sup> Die Rechtsentwicklung ist noch nicht abgeschlossen, sodass vorsorglich weiterhin eine Einbeziehung des Erben bei der Ausübung von Rechten im Kernbereich zu empfehlen ist.

#### 5.4. Testamentsvollstreckung bei GmbH und AG

Die Anordnung von Dauertestamentsvollstreckung über **GmbH-Geschäftsanteile**<sup>182</sup> und **Aktien** ist grundsätzlich zulässig. Soweit durch die Satzung der Gesellschaft keine weiteren Restriktionen vorgesehen sind, ist der Testamentsvollstrecker befugt, sämtliche Rechte der Erben hinsichtlich der Geschäftsanteile wahrzunehmen. Die bei Personengesellschaften und Personenhandelsgesellschaften zu treffende Unterscheidung zwischen dem vermögensrechtlichen Außenverhältnis und dem Innenverhältnis zur Gesellschaft und den Mitgesellschaftern hat daher grundsätzlich bei der GmbH keine Bedeutung.

<sup>177</sup> BGH NJW 1985, 1953; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 38.

<sup>178</sup> BGHZ 108, 187, 192 = NJW 1989, 3152; Palandt/Weidlich, § 2205 BGB Rdnr. 17; Reimann, GmbHR 2011, 1297, 1299; a.A. K. Schmidt, Festschrift Maier-Reimer, 2010, S. 629 ff.

<sup>179</sup> BGHZ 170, 283 = NJW 2007, 1685; BGHZ 179, 13 = NJW 2009, 669.

<sup>180</sup> Eingehend Staudinger/Reimann, § 2205 BGB Rdnr. 129.

<sup>181</sup> Reimann, GmbHR 2011, 1297, 1300 m. H. a. Priester, Festschrift Streck, 2011, S. 891 ff.; MünchKommBGB/Ulmer, § 705 Rdnr. 89; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 139 Rdnr. 51 b.

<sup>182</sup> Vgl. hierzu auch Mohr, Testamentsanordnungen des GmbH-Gesellschafters, GmbH-StB 2004, 374, GmbH-StB 2005, 23 ff.

Dennoch sollen die **Mitwirkungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers** nicht grenzenlos gelten. So soll der Testamentsvollstrecker bei **Satzungsänderungen** dann der Zustimmung der Erben bedürfen, wenn gesellschaftsrechtlich deren Zustimmung nach § 53 Abs. 3 GmbHG erforderlich sei, also wenn ihnen beispielsweise Sonderrechte genommen werden oder deren Leistungspflichten erhöht werden sollen. Der Eingriff in den **Kernbereich der Mitgliedschaft** der Erben soll mithin dem Testamentsvollstrecker nicht möglich sein.

Gleichwohl ist der Testamentsvollstrecker beispielsweise zur Verfügung über Geschäftsanteile, also zur Veräußerung befugt, sofern dies nicht unentgeltlich erfolgt. Die genaue Grenzziehung ist offen und leider unklar. Der Erblasser kann im Testament dem Testamentsvollstrecker bestimmte **Vorgaben hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts** machen. Dies kann beispielsweise für das Gewinnverwendungs- und Thesaurierungsverhalten sinnvoll sein. Gleiches kann für die Bestellung von Erben zu Geschäftsführern gelten oder für die Bestellung des Testamentsvollstreckers zum Geschäftsführer. Insoweit ist stets darauf zu achten, dass entsprechende Regelungen im Testament und im Gesellschaftsvertrag aufeinander abgestimmt sind. Der Testamentsvollstrecker ist als solcher nur befugt, den Nachlass zu verpflichten, nicht aber die Erben mit ihrem Privatvermögen.

Gleichzeitig erfordert das **Kapitalaufbringungsgebot** des Gesellschaftsrechtes die uneingeschränkte Haftung der jeweiligen Gesellschafter mit ihrem gesamten Vermögen für die Kapitalaufbringung. Insoweit ist die **Durchführung einer Kapitalerhöhung** durch den Testamentsvollstrecker problematisch. Eine Ausnahme hiervon soll nur dann gelten, wenn sichergestellt ist, dass der Testamentsvollstrecker das Startkapital aus dem Nachlass erbringt und erbringen kann.

Um in diesen Grenzbereichen Schwierigkeiten zu vermeiden, ist es sinnvoll, die Anordnung von Testamentsvollstreckung über einen GmbH-Geschäftsanteil mit der so genannten **Vollmachtlösung** von Personengesellschaften zu kombinieren. Aus diesem Grunde sollten den Erben zur Auflage gemacht werden, gegebenenfalls mit weiteren Sanktionen verknüpft, dass sie dem Testamentsvollstrecker eine uneingeschränkte Vollmacht erteilen, sie auch persönlich hinsichtlich des Geschäftsanteiles zu verpflichten und alle Stimmrechte auszuüben, auch soweit dies grundsätzlich der Zustimmung der Erben bedarf. Nur dann ist auch in Grenzbereichen der Testamentsvollstrecker zur uneingeschränkten Stimmrechtsausübung befugt.

Der BGH hat diesbezüglich in einem Urteil vom 13.05.2014<sup>183</sup> bekräftigt, dass die Ausübung der Gesellschafterbefugnisse einschließlich des Stimmrechts und der gerichtlichen Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen bei Anordnung der unbeschränkten Testamentsvollstreckung hinsichtlich einer zum Nachlass gehörenden Beteiligung an einer Gesellschaft grundsätzlich dem Testamentsvollstrecker obliegt (§§ 2205, 2211, 2212 BGB). Der Testamentsvollstrecker, der selbst kein

<sup>183</sup> BGH Urt. v. 13.05.2014 - II ZR 250/12, NZG 2014, 945 = GmbHR 2014, 863. Hierzu DNotI-Report 2014, 126.

Gesellschafter ist, unterliegt aber ähnlich wie der Vertreter eines Gesellschafters bei der Ausübung des Stimmrechts aus der seiner Verwaltung unterliegenden Beteiligung an einer Gesellschaft grundsätzlich den gesellschaftsrechtlichen Stimmverboten wie dem Verbot, Richter in eigener Sache zu sein (vgl. § 47 Abs. 4 GmbHG). Der Umstand, dass der Testamentsvollstrecker bei einer Beschlussfassung über einen bestimmten Beschlussgegenstand wegen eines Stimmverbots ausgeschlossen wäre und das Stimmrecht insoweit den Erben zustünde, hat nicht zur Folge, dass auch die Ausübungsbefugnis hinsichtlich des mit der Beteiligung verbundenen Rechts, von dem zuständigen Geschäftsorgan die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zur Beschlussfassung über diesen Gegenstand zu verlangen bzw. diese selbst einberufen zu dürfen, vom Testamentsvollstrecker auf die Erben übergeht; die (aus der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung folgende) Einberufungsbefugnis verbleibt vielmehr beim Testamentsvollstrecker, während die Erben eine Einberufung der Gesellschafterversammlung nur über die ihnen aus ihrem erbrechtlichen Rechtsverhältnis zu dem Testamentsvollstrecker diesem gegenüber zustehenden Rechte, insbesondere aus dem Anspruch auf eine ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB), erreichen können.

Die Satzung kann die **Anordnung von Testamentsvollstreckung beschränken**. Wird beispielsweise die Anordnung von Testamentsvollstreckung als vollständig unzulässig angesehen, so bleibt die Anordnung von Testamentsvollstreckung dennoch zulässig. Die Testamentsvollstreckung erstreckt sich in diesem Fall – entsprechend den Regelungen für Personengesellschaften und Personenhandelsgesellschaften – nur auf den vermögensrechtlichen Außenbereich, also Gewinnansprüche und dem Geschäftsanteil als solchen. Das Stimmrecht sowie die sonstigen Verwaltungsrechte sind in diesen Fällen von den Erben auszuüben. Dieses lässt sich mit der so genannten Vollmachtlösung wiederum vermeiden. Die Vollmachtlösung geht jedoch ins Leere, wenn auch die Erteilung von Vollmachten zur Stimmrechtsausübung und Wahrnehmung von Mitwirkungsbefugnissen beispielsweise in der Gesellschafterversammlung von Beschränkungen der Satzung erfasst ist. Die **Wahrnehmung des Informationsrechts** nach § 51 a GmbHG soll im Übrigen stets zum Kernbereich der Mitgliedschaft jeden einzelnen Gesellschafters gehören, so dass der Gesellschafter-Erbe dieses stets auch persönlich ausüben können muss.<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> Grigas, BWNotZ 2002, 25, 35.

## 6. Schlussbetrachtung