

## Wiederholungs- und Vertiefungskurs zum Gesellschaftsrecht

### 8. Besprechungsfall

A ist einer der Gründungsgesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der M-GmbH. Er hält 40% des Stammkapitals. Da die M-GmbH Kapital für Investitionen benötigt, wendet sich A an den Investor I. Dieser ist zu einer Beteiligung an der M-GmbH nur bereit, wenn A weiterhin als Geschäftsführer für die Gesellschaft tätig ist.

Die Gesellschafter der M-GmbH, die M-GmbH und I schließen daher einen notariellen Beteiligungsvertrag, wonach sich I verpflichtet, einen im Rahmen einer Barkapitalerhöhung neu zu schaffenden Geschäftsanteil an der M-GmbH gegen Zahlung des Nominalbetrages zuzüglich eines Aufgeldes zu übernehmen. In dem Beteiligungsvertrag verpflichtet sich A, seinen Geschäftsanteil an der M-GmbH gegen Zahlung der Anschaffungskosten zuzüglich 4% Zinsen auf I zu übertragen, sollte sein Dienstverhältnis als Geschäftsführer der M-GmbH innerhalb eines Zeitraumes von vier Jahren nach Durchführung der Kapitalerhöhung enden.

Nach Durchführung der Kapitalerhöhung halten I 25,1% und A 30% an der M-GmbH. Nach zwei für die M-GmbH sehr erfolgreichen Jahren kündigt A aus persönlichen Gründen sein Anstellungsverhältnis mit der M-GmbH und legt sein Amt als Geschäftsführer nieder. Hat I einen Anspruch auf Übertragung des Geschäftsanteils des A?

**Zusatzfrage:** Im Rahmen der Kapitalerhöhung übernimmt I eine Bareinlage von 1 Mio. € Zugleich wird vereinbart, dass die GmbH Beratungs- und Werbedienstleistungen von I abrufen kann und für diesen Fall zu einer (marktüblichen) Vergütung von 1 Mio. € verpflichtet ist. Kurz nachdem I zunächst 1 Mio. € an die GmbH gezahlt hat, ruft diese die Dienstleistungen ab und zahlt das vereinbarte Entgelt dafür. Ist die Einlageforderung der GmbH erloschen?

## A. Ausgangsfall

### Anspruch des I gegen A auf Übertragung des Geschäftsanteils

I hat gegen A einen Anspruch auf Übertragung des Geschäftsanteils aus dem Beteiligungsvertrag, wenn dieser Anspruch wirksam begründet wurde.

### I. Begründung des Anspruchs

Da der Beteiligungsvertrag die Verpflichtung des A zur Übertragung seines Geschäftsanteils an I enthält, bedurfte er gemäß § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG der notariellen Beurkundung. Diesem Formerfordernis ist allerdings Genüge getan.<sup>1</sup> Dasselbe gilt, sofern in dem Beteiligungsvertrag zugleich eine Änderung der Satzung zu sehen ist, hinsichtlich des aus § 2 GmbHG folgenden Formerfordernisses.

Der Anspruch auf Übertragung des Geschäftsanteils besteht jedoch nicht, wenn die entsprechende Verpflichtung im Beteiligungsvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist (die Auswirkungen auf den Beteiligungsvertrag im Übrigen richten sich nach § 139 BGB; um sie geht es hier angesichts der Fragestellung indes nicht). Dazu müsste der Beteiligungsvertrag insoweit gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind bei einer GmbH gesellschaftsvertragliche Regelungen, die einem Gesellschafter das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen („Hinauskündigungsklauseln“) grundsätzlich sittenwidrig.<sup>2</sup> Das gleiche gilt für eine neben dem Gesellschaftsvertrag getroffene schuldrechtliche Abrede.<sup>3</sup> Der BGH betont, dass die freie Ausschließungsmöglichkeit von dem hiervon betroffenen Gesellschafter als „Disziplinierungsmittel“ empfunden werden kann, das ihn daran hindert, von seinen Mitgliedschaftsrechten nach eigener Entscheidung Gebrauch zu machen und seine Mitgliedschaftspflichten zu erfüllen.<sup>4</sup> Es soll für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auch unbeachtlich sein, ob der betroffene Gesellschafter eine angemessene Abfindung erhält.<sup>5</sup> Die Ansicht des BGH wird von Teilen des Schrifttums gebilligt.<sup>6</sup>

Eine Hinauskündigungsklausel ist nach der Rechtsprechung des BGH gleichwohl wirksam, wenn sie wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist. Welche Umstände insoweit in Betracht kommen, ist bislang nicht abschließend geklärt. Es kommt stets auf den Einzelfall an. Der BGH hat freie Ausschließungsrechte für wirksam angesehen, wenn

- der ausschließungsberechtigte Gesellschafter mit Rücksicht auf die enge persönliche Beziehung zu seiner Mitgesellschafterin die volle Finanzierung der Gesellschaft übernimmt und der Partnerin eine Mehrheitsbeteiligung und die Geschäftsführung einräumt;<sup>7</sup>
- eine Praxisgemeinschaft von Ärzten einen neuen Gesellschafter aufnimmt und sich dabei eine zeitlich begrenzte Prüfungsmöglichkeit vorbehalten will;<sup>8</sup>
- die Gesellschafterbeteiligung als Annex zu einem Kooperationsvertrag anzusehen ist und sichergestellt werden soll, dass der Gesellschaft nur die Partner des Kooperationsvertrages angehören,<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Zu Beteiligungsverträgen siehe allgemein *Weitnauer*, NZG 2001, 1065 ff.

<sup>2</sup> BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 1292; BGHZ 105, 213 = NJW 1989, 834; BGHZ 112, 103 = NJW 1990, 2622; BGH NJW 2005, 3641.

<sup>3</sup> BGH NJW 2005, 3641, 3642.

<sup>4</sup> Im Anschluss an *Schilling*, ZGR 1979, 419, 426 auch als „Damoklesschwert-Theorie“ bezeichnet.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 09.01.1989 – II ZR 83/88, NJW 1989, 2685, 2686.

<sup>6</sup> Siehe nur *H.P. Westermann*, in: *Scholz, GmbHG*, § 34 Rn. 19.

<sup>7</sup> BGHZ 112, 103 = NJW 1990, 2622.

<sup>8</sup> BGH NJW 2004, 2013.

<sup>9</sup> BGH NZG 2005, 479.

- die Gesellschaft auf die Mitarbeit aller Gesellschafter angelegt ist und die Hinauskündigungsmöglichkeit für den Fall besteht, dass ein Gesellschafter nicht mehr in dem Unternehmen tätig ist;<sup>10</sup>
- die Gesellschaftsbeteiligung als Vergütungskomponente im Rahmen eines Arbeitsvertrags („Mitarbeitermodell“)<sup>11</sup> oder eines Dienstvertrags („Managermodell“)<sup>12</sup> anzusehen ist.

Im vorliegenden Fall liegt keiner der vorgenannten Sachgründe vor. Der von der Hinauskündigungsklausel betroffene Gesellschafter hatte vielmehr bereits vor Abschluss des Beteiligungsvertrages eine bedeutende Gesellschaftsbeteiligung inne, die weder eine Vergütungskomponente darstellt noch als Annex zu dem Beteiligungsvertrag oder einer anderen Vereinbarung angesehen werden kann. Die Hinauskündigungsklausel beinhaltet vielmehr eine Art Sanktion für die Beendigung des Dienstverhältnisses und soll den Geschäftsführer daher zur weiteren Mitarbeit anhalten. Hinauskündigungsklauseln mit Sanktionscharakter, die ohne wichtigen Grund ausgeübt werden können, begründen im besonderen Maße die Gefahr, dass sie als „Disziplinierungsmittel“ verstanden werden können. Folgt man der Ansicht des BGH, wäre die Hinauskündigungsklausel der Beteiligungsvereinbarung mithin nichtig.

Im Schrifttum ist diese Ansicht auf Kritik gestoßen.<sup>13</sup> Die Kritiker verweisen unter anderem darauf, dass es keinesfalls zwingend sei, dass sich ein vom freien Hinauskündigungsrecht betroffener Gesellschafter gehemmt sieht, seine Mitgliedschaftsrechte umfassend wahrzunehmen.<sup>14</sup> Zudem ignoriere der BGH die freie Entscheidung des betroffenen Gesellschafters, der sich auf die Hinauskündigungsklausel mit voller Kenntnis ihrer Voraussetzungen und Wirkungen eingelassen hat.<sup>15</sup>

Für die vorliegende Konstellation ist dem BGH jedenfalls im Ergebnis zu folgen. Die Bestellung des Geschäftsführers einer GmbH kann jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufen werden (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Im Falle eines Widerrufs wird die M-GmbH, vertreten durch ihre Gesellschafter, das im Hinblick auf die Geschäftsführertätigkeit bestehende Dienstverhältnis des A mit der Frist des § 621 BGB kündigen. A kann dies rechtlich nicht verhindern, da er nicht über die hierfür erforderliche einfache Mehrheit in der Gesellschafterversammlung verfügt (vgl. § 47 Abs. 1 GmbHG). Hinzu kommt hier im Rahmen der Gesamtwürdigung Folgendes: Die im Falle der Hinauskündigung geschuldete Zahlung der Anschaffungskosten läuft bei einem Gründungsgesellschafter auf eine Abfindung in Höhe des Nominalwertes der Geschäftsanteils hinaus, der nach zwei für die M-GmbH erfolgreichen Jahren erheblich unter dem Verkehrswert liegen dürfte. Die Hinauskündigungsklausel hat somit sowohl in rechtlicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht enteignende Wirkung und ist damit nach ihrem Gesamtcharakter nicht mehr mit den durch Art. 12 und Art. 14 GG zum Ausdruck kommenden Wertvorstellungen des Grundgesetzes in Einklang zu bringen.<sup>16</sup>

## II. Ergebnis

I kann von A nicht die Übertragung des Geschäftsanteils verlangen.

<sup>10</sup> BGH NJW 1983, 2880.

<sup>11</sup> BGH NJW 2005, 3644.

<sup>12</sup> BGH NJW 2005, 3641.

<sup>13</sup> *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 34 Rn. 40 ff.; *Drinkuth*, NJW 2006, 410, 411 ff.; *Karsten Schmidt*, GesR, S. 1473 f. (zur OHG).

<sup>14</sup> *Drinkuth*, NJW 2006, 410, 411 ff.

<sup>15</sup> *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 34 Rn. 41.

<sup>16</sup> Siehe auch *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 34 Rn. 41 zur Frage, wie die Angemessenheit der Abfindung auf die Beurteilung der Sittenwidrigkeit beeinflusst.

*Hinweis: Ein anderes Ergebnis ist vertretbar. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zu Hinauskündungsklauseln lassen sich die in Beteiligungsverträgen üblichen sog. „Leaver-Klauseln“ nur schwer rechtssicher gestalten.*<sup>17</sup>

### **B. Zusatzfrage (nur Stichworte)**

Im Ergebnis ist die Einlageforderung erloschen. **§ 19 IV 1 (iVm § 56 II) GmbHG** steht Erfüllung nicht entgegen, weil die Verpflichtung zu Dienstleistungen analog § 27 II AktG nicht sacheinlagefähig ist, deshalb handelt es sich nicht um verdeckte Sacheinlage. Auch eine **Analogie zu § 19 IV GmbHG** oder generelles „Verbot“ von entsprechenden Dienstleistungsabreden scheiden aus, weil die (strengere) Behandlung von verdeckten Sacheinlagen nur gerechtfertigt ist, weil eine an sich eröffnete gesetzliche Gestaltung – die „offene“ Sacheinlage – umgangen wird. Auch **§ 19 V 1 (iVm § 56a) GmbHG** steht Erfüllungswirkung nicht entgegen, weil Bar-mittel uneingeschränkt in Geldkreislauf der GmbH eingespeist wurden – GmbH musste Dienst-leitung ja nicht abrufen. Unbedingt dazu lesen: **BGH NZG 2009, 463 ff.!**°Allgemein zu den Voraussetzungen des Hin- und Herzählens (die für das Merkmal „wirtschaftlich einer Rücklage entsprechend“ iSd § 19 V GmbHG noch herangezogen werden kann) lies **BGH NJW 2006, 509**.

---

<sup>17</sup> Zur Beurteilung von „Leaver-Klauseln“ in Venture Capital- und Private Equity Modellen siehe *Drinkuth*, NJW 2006, 410, 413; *Sosnitza*, DStR 2006, 99, 102 f.