

Dr. Hans-Jochen Otto

Gesellschafterstreit und Anteilsfungibilität in der gesellschaftsrechtlichen Vertragspraxis

Die Gesellschaftsverträge von Familiengesellschaften bzw. sonstigen personalistisch strukturierten mittelständischen Unternehmen enthalten regelmäßig weitgehende Beschränkungen der Anteilsfungibilität ihrer Gesellschafter, dergestalt, daß Veräußerungen nur mit Zustimmung aller oder einer bestimmten Mehrheit der Mitgesellschafter zulässig sind oder veräußerungswillige Gesellschafter ihre Anteile den Mitgesellschaftern zu einem bestimmten, i. d. R. deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Wert anzubieten haben. Diese Vinkulierungstechnik führt zumindest bei dauerhaften, unternehmensstrategisch begründeten Gesellschafterkonflikten zu ungewollten Schicksalsgemeinschaften, die eine für das Unternehmen

existenzgefährdende Selbstblockade zur Folge haben können. Der Verfasser stellt aus der anglo-amerikanischen Vertragspraxis entlehnte Vertragsgestaltungen wie wechselseitige Bietungsverfahren zur Trennung von Gesellschafterstämmen und Ersatz von schlichten Zustimmungserfordernissen für Anteilsverkäufe durch Einräumung von sogenannten Mitverkaufsrechten vor, die zu einer Flexibilisierung erstarrender Beteiligungsstrukturen unter Wahrung eines fairen Interessenausgleichs aller Beteiligten beitragen.

Dr. Hans-Jochen Otto ist Rechtsanwalt und Steuerberater in Stuttgart.

I. Zur bisherigen Praxis der Anteilsvinkulierung in mittelständischen Unternehmen

Auf die Frage, wie man es mit der Verfügungsbefugnis von Gesellschaftern mittelständischer Unternehmen, insbesondere von Familiengesellschaften, über ihre Gesellschaftsanteile halten soll, gibt es bis heute eine klare „herrschende Meinung“: Uneingeschränkte Priorität hat danach die Verhinderung des „Eindringens“ fremder, insbesondere familienfremder Gesellschafter. Dieser Zielsetzung habe sich das Interesse veräußerungswilliger Gesellschafter an einer Realisierung des im Laufe der Jahre geschaffenen Marktwertes ihrer Beteiligung unterzuordnen. Die zur Zielerreichung angewandte Vertragstechnik läßt sich dabei ungeachtet aller einzelfallbezogenen Modifizierungen auf folgende Grundmuster zurückführen:

1. Bindung der Zulässigkeit und (dinglichen) Wirksamkeit der Anteilsabtretung an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung

Die mit Abstand am weitesten verbreitete Abtretungsbeschränkung besteht in der gesellschaftsvertraglichen Statuierung eines Zustimmungserfordernisses in Form eines mit bestimmter Mehrheit zu fassenden Gesellschafterbeschlusses.

Handelt es sich um eine Gesellschaft mit zwei oder mehreren gleich hoch beteiligten Gesellschaftern/Gesellschafterstämmen, wird die für den Zustimmungsbeschluß gesellschaftsvertraglich vorgesehene Mehrheit regelmäßig so festgelegt, daß der Beschluß faktisch nur mit den Stimmen aller übrigen Gesellschafter/Gesellschafterstämme ergehen kann. Gibt es bedeutsame Minderheitsgesellschafter, insbesondere wenn diese bereits bei Gründung

der Gesellschaft beteiligt waren, gilt häufig genug das gleiche, nicht zuletzt weil diese sich auf solche Weise dagegen absichern wollen, im Falle einer Veräußerung der Beteiligung des/der Mehrheitsgesellschafter(s) „sitzengelassen“ zu werden.

Hinsichtlich der notwendigen Bindung der dinglichen Wirksamkeit von Anteilsabtretungen an den Zustimmungsbeschluß ergeben sich zwischen Unternehmen in der Rechtsform der GmbH und der GmbH & Co. dabei zwar rechtstheoretische, aber kaum praktische Unterschiede. GmbH-Anteile sind im Grundsatz frei übertragbar, können jedoch entsprechend der gängigen Praxis gem. § 15 Abs. 5 GmbHG gesellschaftsvertraglich in der vorbeschriebenen Weise vinkuliert werden; die Kommanditanteile an einer GmbH & Co. sind dagegen schon von Gesetzes wegen nur mit Zustimmung aller Gesellschafter übertragbar, wobei der Gesellschaftsvertrag jedoch unter Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes auch die zustimmende Beschlußfassung einer näher zu bezeichnenden Gesellschaftermehrheit ausreichen lassen oder in bestimmten Fällen (in der Praxis häufig: Abtretungen an Ehegatten oder gesetzliche Erben) freie Verfügungsbefugnis vorsehen kann¹. Inhaltliche Unterschiede der in der Vertragspraxis anzutreffenden Abtretungsbeschränkungen bei GmbH und GmbH & Co. sind denn auch, von der Besonderheiten der „Verzahnungstechnik“ bei den sog. identischen GmbH & Co. einmal abgesehen, kaum feststellbar.

Auch hinsichtlich rechtlicher Zulässigkeitsgrenzen für die Ausübung des den Mitgesellschaftern eingeräumten Vetorechts sind die Unterschiede zwischen GmbH und

¹ Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 1089.

Gesellschafterstreit und Anteilsfungibilität

GmbH & Co. nicht bedeutsam: Bei der GmbH & Co. mildert ein für die Zustimmungserteilung gesellschaftsvertraglich vorgesehenes Mehrheitserfordernis lediglich das gesetzlich vorgegebene Einstimmigkeitserfordernis ab. Eine Versagung der Zustimmung kann daher nur ganz ausnahmsweise treuwidrig sein, zumal jedem Personengesellschafter ein unentziehbares Recht auf Ausscheiden im Wege der Kündigung des Gesellschaftsvertrages zusteht. Ebenso wird von der ganz herrschenden Meinung bei der GmbH die Zulässigkeitsgrenze für eine Zustimmungsverweigerung nach § 15 Abs. 5 GmbHG erst bei Vorliegen von Rechtsmißbrauch gezogen², der bei einer Versagung der Zustimmung zwecks Aufrechterhaltung des Familiencharakters oder der sonstigen personenbezogenen Struktur der Gesellschaft so gut wie nie anzunehmen ist. Im Unterschied zur GmbH & Co., in welcher jedem Gesellschafter ein ordentliches Kündigungsrecht entsprechend § 723 Abs. 3 BGB zusteht, kann allerdings der GmbH-Gesellschafter trotz einer mittels einer Abtretungsbeschränkung quasi der Rechtslage bei der Personengesellschaft angenäherten „Immobilität“ seiner Beteiligung ein Austritts- und Abfindungsrecht nach den hierzu praeter legem entwickelten Rechtsgrundsätzen³ nur dann geltend machen, wenn über die bloße Abtretungsbeschränkung hinaus ein wichtiger Grund vorliegt, der dem Gesellschafter einen Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar macht⁴. Allerdings kann ein solches unentziehbares Austrittsrecht aus wichtigem Grund nicht wiederum faktisch durch gesellschaftsvertragliche Abfindungsbeschränkungen, die zu einem groben Mißverhältnis zwischen Abfindungsanspruch und Verkehrswert der Beteiligung führen, entzogen werden⁵.

2. Freie Verfügungsbefugnis erst nach vorherigem erfolglosem Anbieten gegenüber den übrigen Gesellschaftern

Diese Variante, die dem veräußerungswilligen Gesellschafter eine Beteiligungsveräußerung an Dritte immerhin dann ermöglicht, wenn die übrigen Gesellschafter von einem ihnen vorher anzubietenden Erwerb der zur Veräußerung stehenden Beteiligung innerhalb bestimmter Frist keinen Gebrauch gemacht haben (Andienungspflicht)⁶, ist zwar scheinbar weniger rigoros als das auf ein schlichtes Veto-Recht hinauslaufende Zustimmungserfordernis i. S. von vorstehend 1. Jedoch sieht die ganz überwiegende Mehrzahl der in der Praxis anzutreffenden Gesellschaftsverträge vor, daß das Angebot an die übrigen Gesellschafter zu einem deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Preis zu erfolgen hat. Häufig wird insoweit auf denjenigen Wert verwiesen, der im Falle eines sonstigen Ausscheidens (z. B. bei Kündigung, im Todesfall etc.) nach der gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklausel zu zahlen ist. Aufgrund der absoluten Priorität des Schutzes der verbleibswilligen Gesellschafter vor einem von ihnen nicht gewollten Eintritt eines Dritten soll diesen die Übernahme der zur Disposition stehenden Beteiligung zu einem Vorzugspreis und zu günstigen Zahlungskonditionen (meist mehrjährige Ratenzahlung) ermöglicht werden. Für die Frage, inwieweit der Wert, zu welchem die Anteile den Mitgesellschaftern anzudienen sind, unter dem Verkehrswert liegen darf, gelten die gleichen Grundsätze, wie sie die Rechtsprechung für Abfindungsklauseln in Personengesellschafts- und GmbH-Verträgen aufgestellt hat⁷.

3. Zustimmungsbedürftigkeit i. S. von oben 1. bei gleichzeitiger Konzedierung von Kündigungs- bzw. Austrittsrechten des veräußerungswilligen Gesellschafters

In diesem Falle wird dem ausscheidenswilligen Gesellschafter, der seine Beteiligung mangels Zustimmung der Mitgesellschafter nicht an Dritte veräußern kann, vertraglich das Recht auf Ausscheiden aus der Gesellschaft gegen Abfindung ermöglicht. Eine solche Klausel enthebt insbesondere den veräußerungswilligen GmbH-Gesellschafter der Notwendigkeit, einen wichtigen Grund für ein etwaiges Austrittsbegehren nach Versagung der Veräußerungsgenehmigung nachweisen zu müssen. Aber auch im Falle der Personengesellschaft können die formalen Kündigungsvoraussetzungen (Kündigungsfrist etc.) hierdurch nicht unerheblich erleichtert werden.

Die für einen solchen Fall vorgesehene Abfindung liegt allerdings regelmäßig deutlich unter dem im Veräußerungsfall unter Umständen erzielbaren Marktwert. Insofern gleicht diese Variante derjenigen gem. oben 2., mit dem Unterschied, daß die Zahlung nicht durch erwerbswillige Gesellschafter, sondern aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgt.

Vertragliche Abfindungsbeschränkungen sind nur dann unwirksam – mit der Folge, daß an ihre Stelle der Verkehrswert der Beteiligung tritt – wenn bereits bei Vertragsschluß ein grobes Mißverhältnis zwischen vorgesehener Abfindung und Verkehrswert der Anteile bestanden hat. Ergibt sich ein solches grobes Mißverhältnis erst im Laufe der Zeit aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft nach Vertragsschluß, ist die Abfindungsklausel nicht unwirksam, sondern lediglich der Abfindungsbetrag entsprechend §§ 157, 242 BGB den geänderten Umständen anzupassen⁸. Der BGH hat sich bislang

2 Vgl. *Scholz/Winter*, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 15 Rn. 94 m. w. N.

3 Vgl. BGH, GmbHR 1992, 257 (260 ff.); OLG München, GmbHR 1990, 221.

4 Ein solcher wichtiger Grund kann u. a. vorliegen bei nachweislichem Mißbrauch der Mehrheitsmacht (z. B. durch „Aushungern“ mittels Vorenthaltung von an sich möglichen Gewinnausschüttungen) oder auch im Falle eines schweren Zerwürfnisses unter den Gesellschaftern, welches eine erforderliche Zusammenarbeit dauerhaft beeinträchtigt und im übrigen durch Einzelmaßnahmen (z. B. Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen) nicht behoben werden kann; vgl. hierzu *Scholz/Winter*, aaO, § 15 Rn. 119; *Hachenburg/Ulmer*, 8. Aufl. 1992, Anh. § 34 Rn. 44 ff.; teilweise weniger restriktiv *Lutter/Hommelhoff*, 14. Aufl. 1995, § 15 Rn. 44.

5 BGH, GmbHR 1992, 257 (260 ff.); zur Frage, wann eine solche Abfindungsbeschränkung zu einer unzulässigen Einschränkung des Austrittsrechts führt, vgl. unten zu I. 3.

6 Eine solche Andienungspflicht kann rechtswirksam auch dadurch vereinbart werden, daß (Familien-)Aktionäre – selbst ohne gleichzeitige Einbringung ihrer Aktien – eine Schutzgemeinschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingehen und sich hierin Verfügungsbeschränkungen über ihren Aktienbesitz in Form einer vorherigen Andienungspflicht gegenüber ihren Mitgesellschaftern bei Bestehen einer Veräußerungsabsicht unterwerfen. Hierin liegt keine gesetzwidrige Beschränkung des Kündigungsrechts i. S. des § 723 Abs. 3 BGB, vgl. BGH, WM 1994, 1523 ff. Insbesondere besteht auch keine Rechtspflicht, den Schutzzweck (Schutz gegen „Überfremdung“) statt durch Andienungspflichten nur durch Vorkaufrechte als dem milderen Mittel zu verwirklichen, vgl. BGH, aaO, S. 1527.

7 Vgl. BGH, WM 1994, 1523 (1524, 1528 ff.).

8 BGH, WM 1994, 1523.

Gesellschafterstreit und Anteilsfungibilität

stets dagegen ausgesprochen, für die Frage des Vorliegens eines solchen „groben Mißverhältnisses“ von starren Wertgrenzen auszugehen. Zu berücksichtigen sei insbesondere das Interesse der Gesellschaft, Liquidität und Fortbestand des Unternehmens nicht durch unerträglich hohe Abfindungen zu gefährden, wobei ein solches Anliegen erst dort seine Grenzen finde, wo die Differenz zwischen Abfindungsbetrag und Verkehrswert des Anteils für den ausscheidenden Gesellschafter unzumutbar wird. Ferner komme es auch auf die gesamten sonstigen Umstände des konkreten Falles, wie z. B. Dauer der Mitgliedschaft und Anlaß des Ausscheidens (z. B. Ausschluß aus wichtigem Grund oder Kündigung wegen eines von der Gesellschaft gesetzten wichtigen Grundes) an⁹.

4. Vorkaufsrechte

Nur höchst selten sehen Gesellschaftsverträge eine grundsätzlich freie, allein durch die mögliche Ausübung von Vorkaufsrechten der Mitgesellschafter eingeschränkte Anteilsverfügungsbefugnis vor. Da die Mitgesellschafter bei Ausübung des Vorkaufsrechts den von einem erwerbswilligen Dritten gebotenen, in der Regel am Marktwert orientierten Preis würden zahlen müssen, stünde eine solche Regelung den oben zu 2. erläuterten Erwägungen entgegen. So finden sich in den meisten Gesellschaftsverträgen Vorkaufsrechte der Mitgesellschafter nur als eine zusätzliche, kaum aber als alleinige Form der Abtretungsbeschränkung.

II. Fehlentwicklungen

Die überkommene Vertragspraxis hat die Frage der Anteilsfungibilität nahezu ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Abschirmung der Gesellschaft gegen (familien-) fremde Dritte betrachtet und zur Verfolgung dieser Zielsetzung die individuelle Verfügungsbefugnis kurzerhand geopfert. Die Fixierung auf äußere Abwehr hat jedoch vielfach zu einer völligen Vernachlässigung der Probleme geführt, die der Gesellschaft von innen heraus drohen, wenn die durch die beschriebenen gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen geradezu schicksalhaft aneinandergeketteten Gesellschafter in wesentlichen Fragen uneins sind oder sich gar gegenseitig befehden.

Wie naheliegend die Gefahr einer durch Gesellschafterstreit verursachten wechselseitigen Blockade zum Schaden des gemeinsamen Unternehmens ist, haben nicht erst die schlagzeilenträchtigen Auseinandersetzungen von Traditionsunternehmen wie 4711 oder Bahlsen verdeutlicht. Durch offenen oder unterschweligen Gesellschafterstreit bedingte Beeinträchtigungen der Handlungsfähigkeit sind heute in vielen mittelständischen Unternehmen an der Tagesordnung.

Das vermehrte Auftreten von Gesellschafterauseinandersetzungen kann eigentlich auch kaum verwundern. Einerseits beruht insbesondere in vielen traditionsreichen Unternehmen die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises nicht – wie im Zeitpunkt der Gründung und Abfassung des Gesellschaftsvertrags – auf einvernehmlicher, freier Entscheidung seiner Mitglieder, sondern ist erbfolgebedingt eher vom Zufall geprägt. Gleichzeitig werden aber heute gerade dem Mittelstand, der nicht mehr wie früher noch in mehr oder weniger abgeschirmten und überschaubaren nationalen Märkten agieren kann, weitreichende unternehmensstrategische Entscheidungen abverlangt, die oft genug auf die Alternativen Eigenkapitalaufnahme zum Zwecke des Wachstums in kritische Größen-

ordnungen oder aber rechtzeitiger Verkauf an Dritte hinauslaufen. Zusätzlich ist von den Gesellschaftern aufgrund von Erbgängen häufig noch die Frage der unternehmerischen Nachfolge zu klären.

In einem solchen Szenario erscheint das Auftreten von Meinungsverschiedenheiten über drängende Sachfragen eher als der Normalfall, ohne daß bei den Beteiligten eine besondere Disposition zur Streitlust vorliegen müßte. Da die zu entscheidenden Schicksalsfragen aber gerade bei Familienunternehmen hochgradig emotional besetzt sind, ist die Gefahr auch tiefgreifender persönlicher Zerwürfnisse offensichtlich.

Man sollte daher Gesellschafterstreit bei Abfassung von Gesellschaftsverträgen nicht als einen auf vorwiegend emotional gefärbten Zwistigkeiten oder dem klassischen Gegensatz von Unternehmensinteresse versus Gesellschafter-Entnahmeinteresse beruhenden, vorübergehenden „Betriebsunfall“ behandeln, der am besten dadurch behoben werden kann, daß die Akteure durch vertraglich vorgeschriebenen Zwang zur Erzielung von Einvernehmen – keiner kann gegen den Willen des/der anderen über seine Anteile verfügen oder sonstige wichtige Entscheidungen treffen – wieder zusammengebracht werden. Genau dies ist aber die eher schlichte Philosophie, die der bisherigen Vertragspraxis häufig zugrunde liegt, soweit sie die Möglichkeit nicht nur punktueller Meinungsverschiedenheiten, sondern dauerhafter und unternehmensstrategisch begründeter Zerwürfnisse überhaupt als Regelungsaufgabe zur Kenntnis nimmt¹⁰.

Am offensichtlichsten ist dies im Falle der oben zu I. 1. erläuterten Vertragsvariante, die Einigungszwang durch Herstellung einer einseitig entweder gar nicht¹¹ oder nur unter Hinnahme erheblicher abfindungsbedingter Vermögensseinbußen auflösbaren Schicksalsgemeinschaft zu erreichen sucht. Aber auch den zu I. 2. und I. 3. erläuterten Varianten liegt im Grundsatz dasselbe Konzept zugrunde,

9 Vgl. BGH, GmbHHR 1993, 806 (808); BGH, GmbHHR 1993, 505; BGH, WM 1994, 1523 (1529); zu beachten ist im übrigen, daß der mit einer noch zulässigen Abfindungsbeschränkung verbundene Abschlag auf einen rechnerisch ermittelten Unternehmenswert oft tatsächlich noch zu weitaus höheren Werteinbußen für den ausscheidenden Gesellschafter führt; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es strategisch an dem Unternehmen interessierte Kaufinteressenten gibt, die z. B. für Marktzutritt, Eröffnung von Vertriebskanälen, erhoffte Synergieeffekte etc. einen weit über dem Ertragswert liegenden Preis zu zahlen bereit sind. In solchen, alle rechnerischen Unternehmensbewertungen zu Makulatur machenden Konstellationen bewahrt sich letztlich immer wieder die eherne Regel, daß ein Unternehmen genau soviel wert ist, wie ein Erwerber hierfür zu zahlen willens und in der Lage ist.

10 Die Sicherstellung funktionsfähiger, unternehmensinterner Entscheidungsabläufe durch Installation von Beiratsgremien, die mit externen Ratgebern besetzt sind, hilft bei tiefgreifenden Gesellschafterkonflikten nur sehr begrenzt und versagt spätestens, wenn grundlegende Strukturmaßnahmen anstehen. Ferner birgt eine Übertragung von wesentlichen Gesellschafterkompetenzen auf solche extern beeinflussten Gremien stets die Gefahr der Selbstentmachtung der Eigentümer, insbesondere wenn externe Beiräte „Koalitionen“ mit Beiratsvertretern einer der streitenden Gesellschaftergruppen eingehen.

11 So z. B. beim GmbH-Gesellschafter, wenn er keinen wichtigen Grund für einen Austritt aus der Gesellschaft nachweisen kann.

Gesellschafterstreit und Anteilsfungibilität

lediglich scheinbar abgemildert durch die Eröffnung eines „Notausganges“, den ein ausscheidenswilliger Gesellschafter unter Inkaufnahme erheblicher Abschläge auf den Wert seiner Beteiligung wählen kann.

Bei Gesellschafterstreit bedeutet dies: Wer als erster des Streits müde ist und den vertraglich vorgesehenen Fluchtweg wählt, stünde ausschließlich in jeder Hinsicht – materiell wie moralisch – als klarer Verlierer da. Dementsprechend wird hiervon in den wirklich problematischen Fällen so gut wie kein Gebrauch gemacht, zumal der mit den vertraglichen Abfindungsregelungen verbundene Wertverlust faktisch ja einen entsprechenden Wertzuwachs bei den Beteiligungen der übrigen Gesellschafter bedeutet, welchen diese später im Veräußerungsfall realisieren können.

Die Folgen solcher Vertragsstrukturen sind zumeist, daß unvermeidbare Zerwürfnisse zu einem vermeidbaren Stellungskrieg ansarten, mit allen schädlichen Konsequenzen für das gemeinsame Unternehmen: Welche Vertragspartei mit ihrer jeweils unterschiedlichen Beurteilung von zentralen Sachfragen zu Unternehmensstrategie, Führungsstruktur, Kapitalbeschaffung etc. auch immer die besseren Argumente auf ihrer Seite haben mag, es wird regelmäßig die schlechteste aller Entscheidungen getroffen, nämlich gar keine. Selbst wenn eine Streitpartei ein Einsehen hat und bereit ist, lieber „loszulassen“ als durch Streitfortsetzung das Unternehmen zu ruinieren, kommt die zu einer Beteiligungsveräußerung erforderliche Einigung zumeist entweder gar nicht oder erst viel zu spät zustande. Regelmäßig besteht nämlich die Bereitschaft zum Verkauf der eigenen Beteiligung nur gegenüber streitunbeteiligten Dritten, nur selten dagegen gegenüber dem Gesellschafter-Kontrahenten, da dies im sozialen Umfeld noch oft genug als Eingeständnis der Niederlage gewertet würde. Der Mitgesellschafter wiederum wird allenfalls mit einer Veräußerung an ihn selbst, nicht aber an einen ihm fremden Dritten einverstanden sein.

Vor dem Hintergrund der oft genug katastrophalen Konsequenzen derartiger, gesellschaftsvertraglich hegründeter Zustände der Selbstblockade besteht aller Anlaß, die weitverbreitete Praxis der schlichten Bindung von Anteilsveräußerungen an die Zustimmung der wesentlichen Mitgesellschafter neu zu überdenken und den wohlverstandenen Interessen der Gesellschafter gerecht werdende, notfalls einseitig durchsetzbare Trennungsmöglichkeiten zu schaffen.

III. Alternative Vertragsgestaltungen

Die Zweckmäßigkeit der nachfolgend erörterten Vertragsgestaltungen hängt weitgehend von den konkret vorliegenden Beteiligungsverhältnissen ab. Die insoweit in Betracht kommenden Möglichkeiten sollen dabei auf zwei Grundkonstellationen beschränkt werden, nämlich einerseits auf den Fall der Gesellschaft mit zwei gleich hoch beteiligten Gesellschaftern/Gesellschafterstämmen (dazu nachstehend 1.) und andererseits auf den Fall der Gesellschaft mit einem dominanten Mehrheitsgesellschafter und einem oder mehreren Minderheitsgesellschaftern (dazu unten 2.).

1. Wechselseitiges Bietungsverfahren bei zwei gleich hoch beteiligten Gesellschaftern (bzw. Gesellschafterstämmen)

Sind zwei Gesellschafter/Gesellschafterstämme zu jeweils 50 % beteiligt, kommen im Streitfalle weder die für wesentliche Geschäftsführungsmaßnahmen noch gar für Strukturmaßnahmen erforderlichen Beschlüsse zustande. Handelt es sich nicht lediglich um eine punktuelle Meinungsverschiedenheit, sondern endete die Abstimmung über wesentliche Beschlußgegenstände mehrfach auf einem Patt, so daß von einem dauerhaften und substantiellen Konflikt auszugehen ist, liegt angesichts der für beide Seiten nachteiligen Konsequenzen einer Fortdauer dieses Zustandes eine Trennung letztlich im wohlverstandenen Interesse jeder Partei.

Allerdings wird die angemessene Lösung dieser Situation nicht etwa in einer Freigabe der Anteilsveräußerung an gesellschaftsfremde Dritte bestehen können, da dem zurückbleibenden Gesellschafter so nur ein neuer Mitgesellschafter aufgedrängt würde, ohne daß sich prinzipiell an der bestehenden Patt-Situation etwas ändert. Überdies ließe sich in einer solchen Konstellation die 50%ige Beteiligung sicherlich nur mit einem erheblichen Abschlag bei Dritten unterbringen.

Die Lösung kann nur darin bestehen, einer der beiden Parteien die Möglichkeit einer zu alleiniger Entscheidungsbefugnis befähigenden Mehrheitsübernahme, also den Erwerb der Beteiligung des Mitgesellschafters, zu verschaffen. In der anglo-amerikanischen Vertragspraxis haben sich hierzu vertraglich festgelegte, wechselseitige Bietungsverfahren eingebürgert, die mit den verschiedensten Modifikationen und zum Teil schillernden Bezeichnungen¹² angewendet werden.

a) Angebotshinterlegungsverfahren

Eine Variante besteht darin, jeder Partei vertraglich das Recht zu geben, durch einseitige Erklärung eine vorgegebene Frist in Lauf zu setzen, innerhalb derer gegenüber einem als Treuhänder fungierenden Dritten (z. B. Notar) beiderseits Angebote zum Erwerb der Beteiligung des jeweils anderen Gesellschafters abgegeben werden können. Derjenige, der innerhalb der Frist das höchste Angebot abgibt, erhält den Zuschlag. Dieses Verfahren hat den Nachteil, daß infolge Unkenntnis beider Parteien von der Höhe des jeweils anderen Gebotes der Ausgang von Zufälligkeiten abhängen kann. Andererseits gewinnt die Wahrung der Geheimhaltung seitens des Treuhänders eine erhebliche Bedeutung.

b) Echtes Bietungsverfahren

Will man dagegen ein echtes Bietungsverfahren durchführen, welches jeder Partei die Möglichkeit gibt, ein von der anderen Seite unterbreitetes Gebot zur Kenntnis zu nehmen und ggf. noch zu überbieten, so müßte die vertragliche Regelung vorsehen, daß der jeweils anderen Partei innerhalb bestimmter Frist nach Erhalt eines Angebotes die Möglichkeit zur Unterbreitung eines höheren Gebotes bleibt, so lange, bis schließlich ein Gebot nicht mehr innerhalb der vorgesehenen Frist vom anderen Gesellschafter überboten wird.

Ein solches Verfahren hat den Vorteil größtmöglicher Chancengleichheit für beide Parteien. Derjenige, der in einer Art Versteigerungsverfahren schließlich den höchsten Preis bietet, erhält den Zuschlag. Der Nachteil eines

¹² Z. B. „Russian roulette clause“, „Chinese option“, „Mexican stand-off“.

Gesellschafterstreit und Anteilsfungibilität

solchen echten Bietungsverfahren besteht jedoch darin, daß sich dessen Abschluß u. U. lange hinauszögern kann. Es wird ein Anreiz geboten, zunächst mit einem verhältnismäßig niedrigen Angebot zu beginnen, um innerhalb des Verfahrens denjenigen, niedrigstmöglichen Preis auszuloten, welchen die andere Seite nicht mehr zu überbieten willens oder in der Lage ist. Die hierdurch begründete Gefahr überlanger Verfahrensdauer setzt das Unternehmen und dessen Mitarbeiter erheblichen Unsicherheiten und Risiken aus, die mittelständisch geprägte Unternehmen wesentlich schwerer verkraften können als etwa große Konzerne, die im Rahmen öffentlicher Übernahmeangebote Gegenstand eines Bietungswettstreits mehrerer Interessenten werden.

c) Kombiniertes Erwerbs- und Verkaufsangebot zu gleichen Konditionen

Angesichts der weitreichenden Konsequenzen, die die Einleitung eines Bietungsverfahrens durch einen der beiden Gesellschafter/Gesellschafterstämme zur Folge hat, ist zu erwägen, ob nicht derjenige Gesellschafter/Gesellschafterstamm, der von dieser Möglichkeit zuerst Gebrauch macht, ein höheres Risiko tragen sollte, seine Beteiligung an den Mitgesellschafter veräußern zu müssen. In Betracht käme insoweit eine vertragliche Regelung, dergestalt, daß der zuerst ein Kaufangebot unterbreitende Gesellschafter/Gesellschafterstamm verpflichtet wird, zu dem von ihm gebotenen Preis auch an den Mitgesellschafter zu verkaufen, falls dieser innerhalb der ihm eingeräumten Reaktionsfrist ein Gegenangebot gleicher Höhe unterbreitet.

Die Ermittlung eines fairen Kaufpreises ist hierdurch in mindestens gleicher Weise verfahrensmäßig gewährleistet wie im echten Bietungsverfahren. Da der Erstbieter ggf. zu dem von ihm angebotenen Erwerbspreis auch selbst verkaufsbereit sein muß, wird er nicht zunächst zu taktieren versuchen, sondern schon im ersten Zuge ein aus seiner Sicht ausgewogenes und tragfähiges Angebot vorlegen. Diese Ausgangskonstellation erhöht nicht nur die Hemmschwelle für die Verfahrenseinleitung durch einen trennungswilligen Gesellschafter, sondern kürzt – anders als im echten Bietungsverfahren – zusätzlich die gesamte Verfahrensdauer im Unternehmensinteresse auf den einmaligen Ablauf der dem Mitgesellschafter zustehenden Reaktionsfrist ab. Danach steht endgültig fest, wer an wen zu welchem Preis verkauft hat.

d) Vertragliche Ausgestaltung

aa) Die vertragliche Regelung muß sicherstellen, daß als Ergebnis des Bietungsverfahrens nicht lediglich einem der beiden Gesellschafter/Gesellschafterstämme das vertragliche Recht eingeräumt wird, die Beteiligung des anderen zu dem ermittelten Preis zu erwerben, sondern daß auch bereits die dingliche Abtretung erfolgt ist. Andernfalls müßte n. U. auf Vornahme der Abtretung geklagt werden, was angesichts mehrjähriger Verfahrensdauer zu einem für das Unternehmen nur schwer erträglichen Schwebezustand führen würde. Ferner müssen sämtliche Kaufvertragskonditionen im vorhinein vertraglich festgelegt werden, so daß als einziger Vertragsbestandteil nur noch der im Bietungsverfahren zu ermittelnde Kaufpreis ausfüllungsbedürftig ist. Dies dürfte unschwer möglich sein, da Gewährleistungen wegen der den Gesellschaftern einer GmbH bzw. einer (identischen) GmbH & Co. zustehenden Einsichts- und Informationsrechte nach § 51 a GmbHG weitgehend entfallen können.

Am ehesten lassen sich die vorgenannten Voraussetzungen in einer in Ergänzung zum Gesellschaftsvertrag abgeschlossenen, notariell beurkundeten Gesellschaftervereinbarung zwischen den beiden Hauptgesellschaftern regeln, die in präziser und keinerlei Auslegungsfragen zulassender Weise

- die Voraussetzungen festlegt, welche vorliegen müssen, um das Bietungsverfahren zulässigerweise einleiten zu können,
- den kompletten Inhalt des bei Abschluß des Bietungsverfahrens zustande gekommenen Kauf- und Abtretungsvertrages (z. B. in Form einer Anlage zur notariellen Gesellschaftervereinbarung) mit entsprechenden Erwerbs- und Abtretungsangeboten festlegt,
- die Verfahrensmodalitäten bestimmt, die nach zulässiger Einleitung des Bietungsverfahrens einzuhalten sind.

Bei allen zu treffenden Regelungen ist darauf zu achten, daß das Bietungsverfahren nach einem im vorhinein genau festgelegten Automatismus abläuft und keinerlei Mitwirkungserfordernisse der jeweils anderen Vertragspartei mehr bestehen, die diese eventuell zum Verfahrensboykott befähigen könnten.

bb) Bei der Vorbereitung und Finanzierung eines Kaufangebotes kommt insbesondere dem Zeitpunkt eine herausragende Bedeutung zu. Zum Zwecke der Wahrung der Waffengleichheit muß jede vertragliche Regelung eines wechselseitigen Bietungsverfahrens Vorkehrungen dagegen treffen, daß nicht derjenige Gesellschafter, der zuerst – und möglicherweise überraschend – ein Angebot unterbreitet, dadurch einen entscheidenden Vorteil erlangt, daß der andere Gesellschafter unter unzumutbaren Zeitdruck gesetzt und dadurch in der Zusammenstellung der Finanzierung für ein Gegenangebot behindert wird. Die häufig in Gesellschaftsverträgen für die Ausübung von Vorkaufsrechten vorgesehenen Fristen von 1 bis 2 Monaten erscheinen hierfür ungeeignet. Angemessen dürfte ein Zeitraum von 3 bis 6 Monaten sein.

Zusätzlich zur vertraglichen Festlegung einer ausreichenden Reaktionsfrist des Angebotsempfängers läßt sich auch ein – unerwünschtes – Überraschungsmoment des Erstgebots dadurch vermeiden, daß die vertragliche Regelung dieses erst dann zuläßt, wenn zuvor in Gesellschafterversammlungen hinsichtlich genau bezeichneter Beschlußgegenstände (z. B. Kapitalerhöhung, Genehmigung wesentlicher Geschäftsführungsmaßnahmen, Jahresabschlußfeststellung/Ergebnisverwendung) aufgrund Stimmengleichheit wiederholt (z. B. dreimal innerhalb eines 18-Monats-Zeitraums) Patt-Situationen entstanden sind.

cc) Zur Finanzierung des eigenen Angebotes wird zu meist jeder der beteiligten Gesellschafter auf entsprechende Finanzierungszusagen von Banken oder ggf. auch zusätzliches Eigenkapital bereitstellenden Beteiligungsgesellschaften angewiesen sein. Eventuell wird auch daran gedacht werden, einen möglichen industriellen Interessenten nach Aufkauf der Anteile des Mitgesellschafter zu beteiligen und diesen bereits in die Finanzierungsstruktur des eigenen Angebotes miteinzubeziehen.

Die hierzu erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen setzen unter Umständen die Weitergabe geheimer Unternehmensunterlagen zu Bewertungszwecken an Dritte voraus. Während dies in bezug auf reine Finanzinvestoren bei Abschluß entsprechender Vertraulichkeitsvereinbarungen nicht bedenklich erscheint, wird die Weitergabe solcher Unterlagen an einsteigsinteressierte Konkurrenzunterneh-

Gesellschafterstreit und Anteilfungibilität

men regelmäßig problematisch sein. Als Orientierungsrahmen für die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Weitergabe von Unternehmensinterna wird man dabei diejenigen Kriterien heranziehen können, die nach § 51 a Abs. 2 GmbHG zur Verweigerung der Informationserteilung an Gesellschafter berechtigen. Eventuell wäre aber auch daran zu denken, insoweit von voruherein in der abzuschließenden Gesellschaftervereinbarung verbindliche Regeln festzulegen und Rechtsfolgen für den Fall ihrer Verletzung zu bestimmen.

2. Mitverkaufsrechte

a) Anwendungsbereich

Gänzlich anders als im Falle zweier gleichgewichtiger Gesellschafter(gruppen) ist die Interessenlage der Akteure zu beurteilen, wenn die Gesellschaftsstruktur einen dominanten Mehrheitsgesellschafter und einen oder mehrere Minderheitsgesellschafter aufweist. Oft genug finden sich auch hier in der Praxis vertragliche Vinkulierungsregelungen, die dem Mehrheitsgesellschafter eine Veräußerung seiner Beteiligung nur mit Zustimmung einer die Minderheitsgesellschafter ganz oder teilweise mitumfassenden Gesellschaftermehrheit gestatten, insbesondere wenn der oder die Minderheitsgesellschafter einzeln oder zusammen über die gesetzliche oder vertragliche Sperrminorität verfügen. Hintergrund ist zumeist das Interesse der Minderheitsgesellschafter, im Verkaufsfall nicht mit einer einflußlosen oder (im Falle der Sperrminorität) nur begrenzt einflußreichen Beteiligung „sitzengelassen“ zu werden, wobei der die zur unternehmerischen Führung erforderliche Mehrheitsbeteiligung veräußernde Gesellschafter allein den vom Erwerber für die Kontrollerlangung gezahlten Paketzuschlag einstreicht.

Zum Zwecke der Absicherung berechtigter Minderheitsinteressen erscheint das weitreichende Mittel der Einräumung von Quasi-Vetorechten bei Anteilsveräußerungen des Mehrheitsgesellschafters vielfach als überzogen. Das Ergebnis einer solchen „überschießenden“ Minderheitenschutzregelung sind im Falle von Gesellschafterstreit wiederum „erstarbte“ Beteiligungsstrukturen mit allen sich hieraus ergebenden, potentiell unternehmensschädigenden Konsequenzen.

In solchen Ausgangskonstellationen erscheint es angemessen, den Interessen der Minderheitsgesellschafter dadurch Rechnung zu tragen, daß ihnen im Falle eines Beteiligungsverkaufs des Mehrheitsgesellschafters an einen gesellschaftsfremden Dritten anstelle eines de-facto-Vetorechtes durch Satzungsregelung das Recht eingeräumt wird, den Verkauf auch ihrer Beteiligung an den Erwerber zu gleichen Konditionen zu verlangen (satzungsrechtliches Mitverkaufsrecht)¹³.

b) Gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung

aa) Im Gesellschaftsvertrag tritt in diesem Falle an die Stelle eines schlichten Zustimmungserfordernisses das Recht der Mitgesellschafter, den Mitverkauf ihrer Beteiligungen an den (Nichtgesellschafter-)Erwerber zu gleichen Konditionen zu verlangen. Nur wenn der Erwerber hierzu nicht bereit ist, bedarf sein Beteiligungserwerb als Wirksamkeitsvoraussetzung i. S. des § 15 Abs. 5 GmbHG der

ausdrücklichen (schriftlichen) Zustimmung des/der Minderheitsgesellschafter(s). Eine solche Form der Anteilsvinkulierung ist mit dinglicher Wirkung möglich, weil § 15 Abs. 5 GmbHG die Möglichkeiten der Abtretungsbeschränkung keineswegs auf das in der Praxis fast ausschließlich anzutreffende Erfordernis einer zustimmenden Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung reduziert, sondern auch nahezu beliebige „weitere Voraussetzungen“ für zulässig erklärt. Hierzu gehört insbesondere auch die Übernahme bestimmter Verpflichtungen durch den Erwerber¹⁴. Vorstehende Mitverkaufsregelung betrifft im übrigen lediglich Anteilsverfügungen auf der Grundlage von Kaufverträgen. Alle sonstigen Verfügungen (z. B. Schenkung, Treuhandübertragung, Nießbrauch, Verpfändung etc.) bleiben weiterhin der erforderlichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung unterworfen.

bb) Um mißbräuchlichen, aber letztlich schwer nachzuweisenden Beteiligungsveräußerungen zu einem bewußt zu niedrig angesetzten Preis (der Veräußerer erhält ein zusätzliches Entgelt „inoffiziell“ oder über Kompensationsgeschäfte) vorzubeugen, ist die Ergänzung solchermaßen eingeräumter Mitverkaufsrechte durch satzungsmäßig verankerte Vorkaufsrechte erforderlich. Der nur scheinbar unter Wert veräußernde Mehrheitsgesellschafter riskiert in diesem Fall, daß der Minderheitsgesellschafter ihn über die Ausübung des Vorkaufsrechtes „beim Wort nimmt“. Bei Vorhandensein weiterer Mitverkaufsberechtigter hat im übrigen die Satzungsregelung zu bestimmen, daß die Vorkaufsrechtsausübung Vorrang vor der Ausübung von Mitverkaufsrechten hat, da letztere nur für den Fall des Erwerbs durch einen Nichtgesellschafter gelten sollen, wohingegen die Vorkaufsrechtsausübung gerade zum Erwerb durch Mitgesellschafter führt.

Ferner ist auch darauf zu achten, daß die Fristen für die Ausübung von Mitverkaufs- und Vorkaufsrechten aufeinander abgestimmt sind und der Fristbeginn (regelmäßig: Vorlage eines formgültigen Kaufvertrags durch den veräußerungswilligen Gesellschafter) in beiden Fällen identisch ist.

cc) Schließlich empfiehlt es sich, Vorsorge für den Fall zu treffen, daß der Anteilsveräußerer offen oder verdeckt an einem als Käufer auftretenden Unternehmen beteiligt ist. In diesem Falle könnte ein Anreiz bestehen, die satzungsrechtlichen Mitverkaufs- und Vorkaufsrechte dadurch zu unterlaufen, daß zu einem den Verkehrswert der Beteiligung übersteigenden Preis veräußert, die Kaufpreiszahlung dem erwerbenden Unternehmen jedoch langfristig gestundet wird (z. B. als Gesellschafterdarlehen des Veräußerers an das Erwerberunternehmen). Eine solche Vorgehensweise kann einerseits die Ausübung von konditions gleichen Mitverkaufsrechten wegen der Stundungsabrede als uninteressant, andererseits aber die Ausübung von Vorkaufsrechten wegen des hohen Kaufpreises als zu riskant erscheinen lassen.

Zwar könnte man daran denken, die Veräußerung an ein Unternehmen, an welchem der Veräußerer wiederum (ggf. sogar mehrheitlich) beteiligt ist, abweichend von dem Minderheitenschutz qua Mitverkaufsrecht mittels klassischer Vinkulierungstechnik von einem die Minderheitsgesellschafter einbeziehenden Zustimmungsschluß der Gesellschafterversammlung abhängig zu machen. Dem dürften jedoch praktische Probleme der Beweisführung entgegenstehen, u. a. dann, wenn der Veräußerer eine solche Beteiligung an der Käufergesellschaft erst nachträglich, z. B. auf der Grundlage von zuvor mit deren Anteilseignern vereinbarten Optionsrechten, erwirbt.

¹³ In anglo-amerikanischer Terminologie *sale participation agreement* bzw. *right of co-sale*.

¹⁴ Vgl. z. B. *Scholz/Winter*, aaO, § 15 Rn. 86.

Gesellschafterstreit und Anteilsfungibilität

Sinnvoller erscheint es, derartigen Gestaltungen dadurch Rechnung zu tragen, daß in der Satzung – unter Beachtung von Mitverkaufs- und Vorkaufsrechten – zustimmungsfreie Beteiligungsveräußerungen zusätzlich davon abhängig gemacht werden, daß der Kaufvertrag (zumindest für die Mitverkaufsberechtigten) hinsichtlich Kaufpreisbestimmung, Kaufpreisfälligkeit und bankmäßiger Besicherung eventuell gestundeter Kaufpreisteile konkret bezeichnete Anforderungen erfüllt. Auch einer solchen Regelung kommt als „weitere Voraussetzung“ i. S. des § 15 Abs. 5 GmbHG dingliche Wirkung in bezug auf den Beteiligungserwerb des Käufers zu.

c) Bewährung in der Praxis

Zwar erfordert die Absicherung von legitimen Minderheitsinteressen über Mitverkaufsrechte ein komplexeres gesellschaftsvertragliches Regelungsnetz als dies bei Einräumung schlichter Veto-Rechte gegenüber Anteilsveräußerungen an Dritte der Fall ist. Berücksichtigt man aber die überaus negativen Konsequenzen, die eine insbesondere bei Gesellschafterstreit durch derartige Veto-Rechte drohende „Erstarrung“ ungesunder Beteiligungsstrukturen nach sich ziehen würde, erscheint ein solcher, in begrenztem Umfang erhöhter Komplexitätsgrad als geringerer Preis für die hierdurch erzielte, letztlich den wohlverstandenen Interessen aller Gesellschafter gerecht werdende Flexibilisierung der Anteilsfungibilität.

Im übrigen werden derartige, ihrer Intention nach der anglo-amerikanischen Vertragspraxis entspringende Regelungen auch hierzulande bereits in begrenztem Umfang mit Erfolg angewendet. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Aktivitäten von Beteiligungsgesellschaften im Zusammenhang mit der Beteiligung an mittelständischen Unternehmen zwecks Bereitstellung von Wachstumskapital oder der Durchführung von Management Buy-Outs¹⁵. Bei solchen Beteiligungsformen ist die spätere, nach Ablauf von ca. 5–7 Jahren eingeplante Trennung von den jeweiligen Mitgesellschaftern durch eine den Marktwert der Beteiligung realisierende Anteilsveräußerung von vornherein Geschäftsgrundlage des Beteiligungsverhältnisses, weshalb es naheliegt, daß hier die Aufrechterhaltung der freien Anteilsverfügungsbefugnis bei angemessener Wahrung der Mitgesellschafterrechte in besonderem Maße im Vordergrund steht.

Angesichts der oben zu II. dargestellten Blockaderisiken, welche mit der bei mittelständischen Unternehmen noch vorherrschenden Vinkulierungspraxis verbunden sind, dürften sich solche, erhöhte Flexibilität ermöglichenden Vertragsgestaltungen aber zur Anwendung in einem weitaus größeren Umfang empfehlen, als dies bislang der Fall ist.

¹⁵ Vgl. hierzu *Otto*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 26 „Management Buy-Out“, Rn. 175.