

Prozessführung im Gesellschaftsrecht

Corporate Litigation

von
Dr. Erich Waclawik

2. Auflage

Prozessführung im Gesellschaftsrecht – Waclawik

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62368 4

Im Gegensatz zu der seit jeher grundsätzlich freien Veräußerung war die **Teilung** von Geschäftsanteilen durch § 17 GmbHG a. F. von vornherein **nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig**. Dem lag der Gedanke zugrunde, eine den Gesellschafterinteressen häufig zuwider laufende Zersplitterung des Anteilsbesitzes zu vermeiden. Nach § 17 Abs. 1 GmbHG konnte die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils nur mit Genehmigung der Gesellschaft stattfinden. Außer in den Fällen der Zustimmung durch die Gesellschaft sowie in den Fällen der Teilung eines durch Erbfall übergebenen Geschäftsanteils unter den Erben fand keine Teilung von Geschäftsanteilen statt, § 17 Abs. 6 Satz 1 GmbHG a. F. Selbst für diese Fälle konnte sie in dem Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden, § 17 Abs. 6 Satz 2 GmbHG a. F. Für den Fall der Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils an andere Gesellschafter sowie für die Teilung von Geschäftsanteilen verstorbener Gesellschafter unter den Erben konnte der Gesellschaftsvertrag bestimmen, dass keine Genehmigung der Gesellschaft erforderlich ist, § 17 Abs. 3 GmbHG a. F. Auch in den Fällen der Teilung von Geschäftsanteilen konnte daher streitig werden, ob die einschlägigen gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen vorliegen.

Dieses recht restriktive System der Teilung von Geschäftsanteilen wurde zunehmend als unpassend empfunden. Der Gesetzgeber des MoMiG hat sich daher entschlossen, den **§ 17 GmbHG a. F. ersatzlos** (mit Wirkung zum 1.11.2008) **aufzuheben**. Die Streichung der Vorschrift erfolgte vor dem Hintergrund, dass das MoMiG die Teilung und die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen generell liberalisiert hat. Es ist nunmehr Sache der Gesellschafter zu entscheiden, welche Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen sie zulassen wollen. Durch die Ergänzung des § 46 Nr. 4 GmbHG um den Tatbestand der Zusammenlegung von Geschäftsanteilen wurde die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung entsprechend ausgedehnt. Inzwischen dürften die „Altfälle“, in denen unbeschadet der Reform durch das MoMiG § 17 GmbHG a. F. weiter zu beachten war, allmählich auch in der forensischen Praxis aussterben.

bb) Der Streit um die Übertragung von Geschäftsanteilen

Der Streit um die Übertragung von Geschäftsanteilen tritt typischerweise in **zwei Grundvarianten** auf: Zum einen in Gestalt der Klage eines Gesellschafters auf Erteilung der Zustimmung. Dieser Fall gliedert sich in zwei Unterfälle auf. Zum einen ist denkbar, dass der Gesellschafter einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung hat oder zumindest meint, die Voraussetzungen hierfür seien gegeben. Zum anderen kann der Gesellschaft bei der Erteilung der Zustimmung ein Ermessensspielraum zustehen, den der übertragungswillige Gesellschafter als überschritten ansieht. Der zweite Unterfall besteht darin, dass die Gesellschaft die Zustimmung zwar erteilt hat, ein Mitgesellschafter jedoch der Auffassung ist, die erteilte Zustimmung sei rechtswidrig. Im Folgenden wird auf beide Varianten eingegangen.

(1) **Die Klage auf Zustimmung zur Übertragung**. Unzweifelhaft ist, dass der veräußerungswillige Gesellschafter **Klage auf Zustimmung zu der Übertragung des Geschäftsanteils** erheben kann. Sein subjektives Recht auf Zustimmung, mithin seine Aktivlegitimation, folgt aus dem Gesellschaftsvertrag. Neben dem veräußerungswilligen Gesellschafter ist der Erwerber dann aktiv legitimiert, wenn er ein Mitgesellschafter ist. Auch er kann sich auf den Gesellschaftsvertrag berufen und die Einhaltung der gesellschaftsvertraglichen Zustimmungsregeln gerichtlich überprüfen lassen. Das ist allenfalls dann anders, wenn der Gesellschaftsvertrag das Recht zur Einforderung der Zustimmung ausschließlich dem veräußerungswilligen Gesellschafter zuweist. Erwerbsinteressenten, die bislang nicht Gesellschafter der GmbH sind, sind hingegen nicht klageberechtigt. Allerdings hat der in diesem Sinne „außenstehende“ Erwerbsinteressent regelmäßig ein rechtliches Interesse im

Sinne des § 66 Abs. 1 ZPO an der Beteiligung am Rechtsstreit. Er kann sich daher durch Nebenintervention an dem Prozess beteiligen.

- 497 Die Antwort auf die **Frage nach dem richtigen Beklagten** ist von der Regelung im Gesellschaftsvertrag abhängig. Bedarf die Übertragung des Geschäftsanteils der Zustimmung der Gesellschaft, was der Regelfall sein dürfte, so ist sie zu verklagen. Sie wird hierbei durch ihre Geschäftsführer vertreten. Eine Doppelvertretung in entsprechender Anwendung des § 246 Abs. 2 Satz 2 AktG findet bei der GmbH nicht statt. Dies gilt auch dann, wenn ein Aufsichtsrat vorhanden ist. Die GmbH ist ferner die richtige Beklagte, wenn in dem Gesellschaftsvertrag die Entscheidung über die Zustimmung einem ausdrücklich benannten Gesellschaftsorgan (z. B. der Geschäftsführung, dem Aufsichtsrat oder dem Beirat) zugewiesen ist⁴⁵¹. Das Organ entscheidet über die Zustimmung nicht „losgelöst“ von der Gesellschaft, sondern als deren Organ und damit für die GmbH. Sind im Gesellschaftsvertrag „die Gesellschafter“ für die Erteilung der Zustimmung zuständig, so ist das grundsätzlich dahin auszulegen, dass die Gesellschafterversammlung zuständig ist. Es bleibt dann bei der Passivlegitimation der GmbH. Anders ist dies allerdings dann, wenn in dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmt ist, dass jeder einzelne Gesellschafter der Übertragung des Geschäftsanteils zustimmen muss. In diesem Fall ist die Klage auf Zustimmung zur Anteilsübertragung gegen jeden Gesellschafter zu richten, der die Zustimmung verweigert hat. Im Einzelfall kann das zu einer **Vervielfältigung der Beklagtenstellung** sowie insbesondere zu Schwierigkeiten bei der Zustellung führen. Im Interesse einer praktikablen Handhabung des Zustimmungsprozesses sollte daher der Gesellschaftsvertrag von dem Erfordernis einer Individualzustimmung absehen und die Passivlegitimation der GmbH vorsehen.

- 498 Die **Antragstellung** hängt davon ab, wie die Gesellschaft auf die Bitte des Gesellschafters reagiert hat, ihm die Zustimmung zur Anteilsübertragung zu erteilen. Hat die GmbH überhaupt nicht reagiert, so muss er Leistungsklage auf Erteilung der Zustimmung erheben. Der Klageantrag lautet daher auf Verurteilung zur Erteilung der Zustimmung zur geplanten oder bereits vorgenommenen Abtretung des Geschäftsanteils.

Beispiel: „Die . . .-GmbH wird verurteilt, die Zustimmung zur Anteilsabtretung zwischen Frau . . . und Herrn . . . gemäß dem Abtretungsvertrag vom . . . (UR-Nr. des Notars . . .) zu erteilen.“

- 499 Etwas komplexer liegen die Verhältnisse dann, wenn die GmbH die Zustimmung verweigert hat. Auch in diesem Fall ist zwar eine Leistungsklage auf Erteilung der Zustimmung durch die Gesellschaft zu erheben. Liegt jedoch der Verweigerung der Zustimmung ein ablehnender Beschluss der Gesellschafterversammlung zu Grunde, so ist richtigerweise⁴⁵² neben der Leistungsklage zugleich eine Beschlussanfechtungsklage auf Nichtigerklärung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung zu erheben.

Beispiel: „Der Beschluss der Gesellschafterversammlung der . . .-GmbH vom . . . über die Versagung der Zustimmung zur Anteilsabtretung zwischen Frau . . . und Herrn . . . gemäß dem Abtretungsvertrag vom . . . (UR-Nr. des Notars . . .) wird für nichtig erklärt.“

Die . . .-GmbH wird verurteilt, ihre Zustimmung zu der Anteilsabtretung zwischen Frau . . . und Herrn . . . gemäß dem Abtretungsvertrag vom . . . (UR-Nr. des Notars . . .) zu erteilen.“

- 500 Dagegen mag man zwar einwenden, dass der Gesellschafterbeschluss „nur“ ein Akt der internen Willensbildung der GmbH ist und als solcher keine Außenwirkung entfaltet. Andererseits bindet der Gesellschafterbeschluss alle Gesellschafter. Die Bindung erfasst auch den Gesellschafter, der die Klage auf Zustimmung zur Anteilsübertragung erheben will. Es ist daher geboten, diese Bindungswirkung mit der Klage zu beseitigen. Im Übrigen erscheint die Erhebung einer Beschlussanfechtungsklage auch deshalb sachgerecht, da es in

⁴⁵¹ Vgl. OLG Koblenz DB 1989, 672, 673.

⁴⁵² Zweifelnd *Happ* Die GmbH im Prozess, § 15 Rn. 60 m. w. N.

dem Zustimmungsprozess im Kern darum geht, ob ein bei der GmbH ein Willensbildungs-mangel vorliegt. Diese Willensbildung manifestiert sich in dem Gesellschafterbeschluss. Auch die anwaltliche Vorsicht, in Zweifelsfällen den sichersten Weg zu gehen, spricht für die **Verbindung von Leistungs- und Beschlussanfechtungsklage**.

Die Verbindung der beiden Klagen ist unabhängig davon geboten, ob nach dem Gesellschaftsvertrag „die Gesellschaft“ oder „die Gesellschafterversammlung“ zur Entscheidung über die Zustimmung berufen ist⁴⁵³. Hat die Gesellschafterversammlung zwar über die Zustimmung zur Übertragung beschlossen und diese versagt, wurde aber das Beschlussergebnis nicht förmlich festgestellt, so ist an Stelle der Beschlussanfechtungsklage eine **(allgemeine) Feststellungsklage** zu erheben. Sie ist auf die Feststellung der Unwirksamkeit des (Ablehnungs-)Beschlusses gerichtet. Auch in diesem Fall sollte jedoch zugleich auf die Erteilung der Zustimmung geklagt, also Leistungsklage erhoben werden. Erfordert die Anteilsübertragung nach dem Gesellschaftsvertrag die Zustimmung aller Mitgesellschafter, so hat der die Zustimmung einfordernde Gesellschafter diejenigen (Mit-)Gesellschafter auf Zustimmung zu verklagen, die sie versagen. Die für diese Prozesskonstellation passende Klageart ist die Leistungsklage. Sie ist auf die auf Erteilung der Zustimmung zu richten.

Die **Verteilung der Darlegungs- und Beweislast** entspricht bei der Klage auf Zustimmung zur Anteilsübertragung den allgemeinen Grundsätzen. Der klagende Gesellschafter hat die Voraussetzungen seines Anspruchs darzulegen. Er muss daher die gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen, die an die Übertragung geknüpft sind, vortragen und notfalls beweisen. Insbesondere muss der Kläger nachweisen, dass ihm auf Grund der gesellschaftsvertraglichen Regelung oder – mangels einer näheren Regelung im Gesellschaftsvertrag – des gesellschaftsvertraglichen Gleichbehandlungsgebots und/oder der Treuepflicht ein Anspruch auf Zustimmung zusteht. Der Anspruch kann bspw. bei Vorhandensein entsprechender Präjudizien darauf gestützt werden, dass anderen Gesellschaftern unter gleichen Voraussetzungen die Zustimmung zur Anteilsübertragung erteilt wurde. Ferner kann der Kläger sein Begehren darauf stützen, dass sein Interesse an einer Veräußerung seines Geschäftsanteils schutzwürdig ist und diesem Interesse keine beachtlichen Gegengründe der Gesellschaft und/oder der Mitgesellschafter entgegenstehen, welche die Versagung der Zustimmung zur Anteilsübertragung gerechtfertigt erscheinen lassen.

Die **Urteilswirkungen der Klage** auf Zustimmung zur Anteilsübertragung hängen zum einen von dem Prozessausgang und zum anderen von der konkreten Angriffsrichtung der Klage ab. Unterliegt der Kläger, so bindet das Urteil nur die Prozessparteien, also den Kläger sowie i. d. R. die beklagte GmbH. Differenzierter liegen die Verhältnisse, wenn der Klage stattgegeben wird. Ist „nur“ Leistungsklage auf Erteilung der Zustimmung erhoben worden, so ersetzt das stattgebende Urteil mit dem Eintritt seiner Rechtskraft nach § 894 ZPO die nach dem Gesellschaftsvertrag der GmbH erforderliche Zustimmung zur Anteilsübertragung. Der Geschäftsanteil kann dann wirksam abgetreten werden. Ist die Abtretung bereits erfolgt, so konvalesziert die bis dahin schwebend unwirksame Anteilsübertragung. Das setzt voraus, dass die Versagung der Zustimmung durch die Gesellschaft keine endgültige, unheilbare Nichtigkeit der Anteilsübertragung herbeiführt⁴⁵⁴.

Ist **neben der Leistungsklage eine Beschlussanfechtungsklage** und ggf. **zudem eine positive Beschlussfeststellungsklage** erhoben worden, so entfaltet ein stattgebendes Urteil Gestaltungswirkung *inter omnes*. Es gelten hier die allgemeinen Grundsätze über die Rechtskraftwirkungen von Beschlussanfechtungsklagen⁴⁵⁵. Fraglich ist, ob einer (allgemeinen) Feststellungsklage, die nicht gegen einen förmlich festgestellten Gesellschafter-

⁴⁵³ Differenzierter *Happ* Die GmbH im Prozess, § 15 Rn. 62 ff.

⁴⁵⁴ Vgl. *Happ* Die GmbH im Prozess, § 15 Rn. 83.

⁴⁵⁵ → Rn. 422 ff.

beschluss über die Anteilsabtretung gerichtet worden ist, gleichfalls Gestaltungswirkung und Verbindlichkeit nach dem Modell der §§ 241 Nr. 5, 248 Abs. 1 Satz 1 AktG zukommt⁴⁵⁶. Für eine Rechtskraftwirkung bzw. -erstreckung zumindest auf die (Mit-)Gesellschafter und Organe der GmbH spricht, dass auch in diesen Fällen ein Bedürfnis dafür besteht, eine einheitliche Klärung der Beschlusswirksamkeit herbeizuführen. Als gesichert darf diese Analogie jedoch nicht angesehen werden.

- 505 **(2) Die Klage auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Zustimmung.** Mitunter ist dem übertragungswilligen Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag kein subjektives Recht auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt. Auch in diesen Fällen gibt es doch kein freies Ermessen des zur Zustimmung berufenen Organs bzw. der dazu berufenen Personen. Die bestehenden, entweder in dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich formulierten oder aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Treuepflicht abzuleitenden Bindungen sind bei der Entscheidung über die Zustimmung zu beachten. Die Einhaltung dieser Schranken kann von dem übertragungswilligen Gesellschafter gerichtlich überprüft werden. Im Grundsatz gilt hierbei das im vorangegangenen Abschnitt Dargelegte entsprechend⁴⁵⁷. Unterschiede ergeben sich allerdings bei der Antragstellung. Da der Kläger keinen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung hat, darf der Antrag der Leistungsklage nicht auf die Abgabe der Zustimmungserklärung gerichtet sein. Er muss vielmehr darauf gerichtet werden, den Kläger „ermessensgerecht“ zu bescheiden. Da die Verwendung dieser Leerformel dem Kläger auch im Fall seines Prozesssieges nur wenig nützen würde, sind die **ermessensleitenden Gesichtspunkte in den Klageantrag aufzunehmen**.

Beispiel: „Die . . .-GmbH wird verurteilt, den Antrag des Gesellschafters X auf Erteilung der Zustimmung zur Anteilsabtretung zwischen Frau . . . und Herrn . . . gemäß dem Abtretungsvertrag vom . . . (UR-Nr. des Notars . . .) zu bescheiden. Die Zustimmung ist zu erteilen, wenn die . . .-GmbH innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren seit der Klageerhebung bereits einem anderen Angehörigen der Familie Y die Zustimmung zu einer Anteilsabtretung im Familienkreis erteilt hat.“

- 506 Liegt der Entscheidung der Gesellschaft über die Versagung der Zustimmung ein Gesellschafterbeschluss zu Grunde, so gilt für die Beseitigung der Rechtswirkung dieses Beschlusses das in dem vorangegangenen Abschnitt Dargelegte entsprechend⁴⁵⁸. Bei der Verbindung der Leistungsklage mit einer Anfechtungsklage und/oder einer positiven Beschlussfeststellungsklage ist allerdings zu bedenken, dass auch insoweit der Entscheidungsspielraum des zu der Entscheidung über die Zustimmung berufenen Gremiums zu wahren ist. Ist unklar, ob nach dem Gesellschaftsvertrag ein subjektives Recht des veräußerungswilligen Gesellschafters auf Erteilung der Zustimmung zur Anteilsübertragung besteht, so können die Klage auf Zustimmung einerseits und die Klage auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Zustimmung andererseits mittels Haupt- und Hilfsantrag miteinander verbunden werden.
- 507 **(3) Die Klage gegen die erteilte Zustimmung zur Übertragung.** Neben dem Streit um die Erteilung der Zustimmung zur Anteilsübertragung kann auch das Bedürfnis entstehen, die erteilte Zustimmung anzugreifen. Anders als bei der Klage auf Erteilung der Zustimmung zur Anteilsübertragung ist allerdings der Fall unproblematisch und vorab auszuschließen, in dem nach dem Gesellschaftsvertrag alle Gesellschafter der Anteilsübertragung zustimmen müssen. Hier hat es jeder Gesellschafter, der die Anteilsübertragung verhindern möchte, durch die Verweigerung der Zustimmung in der Hand, sie zu unterbinden. In diesem Sonderfall besteht kein Bedürfnis, die Anteilsübertragung durch die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes zu verhindern.

⁴⁵⁶ Vgl. *Happ* Die GmbH im Prozess, § 15 Rn. 79.

⁴⁵⁷ → Rn. 496 ff.

⁴⁵⁸ → Rn. 499 ff.

Klageberechtigt ist jeder Gesellschafter, da er einen Anspruch auf Einhaltung der gesellschaftsvertraglichen oder gesetzlichen Bindungen hinsichtlich der Anteilsübertragung hat. Ein Bedürfnis – ähnlich wie bei der AG durch § 245 Nr. 4 und 5 AktG – Organen der GmbH die Aktivlegitimation zuzubilligen, besteht grundsätzlich nicht. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist dann angezeigt, wenn bei der GmbH ein (freiwilliger oder obligatorischer) Aufsichtsrat eingerichtet ist. In diesen Fällen wird man dem Aufsichtsrat – als Ausfluss seiner Überwachungsfunktion – ein Klagerecht zubilligen dürfen. Die Klage ist grundsätzlich **gegen die GmbH** zu richten. Dies gilt nicht nur dann, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag „die Gesellschaft“ für die Erteilung der Zustimmung zuständig ist. Auch dann, wenn ein bestimmtes Organ, namentlich die Geschäftsführung oder die Gesellschafterversammlung, zuständig ist, bleibt es bei der Passivlegitimation der GmbH. 508

Von der Klage des Gesellschafters sind seine Mitgesellschafter zu unterrichten. Durch die Unterrichtung werden sie in die Lage versetzt, dem Prozess entweder auf der Seite der GmbH oder des Klägers als **Nebenintervenienten** beizutreten. Das nach § 66 Abs. 1 ZPO hierfür erforderliche rechtliche Interesse ist nicht nur bei dem übertragungswilligen Gesellschafter zu bejahen, sondern auch bei allen übrigen Gesellschaftern. Auch der (potenzielle) Erwerber ist interventionsbefugt. Ein rechtliches Interesse am Streitbeitritt dürfte bei ihm allerdings regelmäßig „nur“ für einen Streitbeitritt zu Gunsten der beklagten GmbH zu bejahen sein. 509

Ist nach dem Gesellschaftsvertrag zur Abtretung von Geschäftsanteilen die **Zustimmung der Gesellschaft** erforderlich, so ist diese durch die Geschäftsführer (in vertretungsberechtigter Zahl) entweder gegenüber dem veräußerungswilligen Gesellschafter oder gegenüber dem Erwerber zu erklären, § 182 Abs. 1 BGB. Die Erklärung ist, falls nicht ausnahmsweise ein Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht vorliegt, auch dann wirksam, wenn die Geschäftsführer gesellschaftsinterne Bindungen – insbesondere das Erfordernis eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung – missachtet haben. Ein solcher Missbrauch der Vertretungsmacht wird dann vorliegen, wenn sich die Geschäftsführer bei der erteilten Zustimmung über ein ablehnendes Veto der Gesellschafterversammlung hinweggesetzt haben. Dieser Umstand wird dem Zustimmungsadressaten regelmäßig bekannt sein. 510

Wesentlich für die prozessuale Vorgehensweise ist, ob die Anteilsabtretung bereits erfolgt ist oder nicht. Ist der Geschäftsanteil bereits abgetreten, so endet mit dem Zugang der Zustimmungserklärung die schwebende Unwirksamkeit der Anteilsübertragung. Sie wird **ex nunc wirksam**. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Zustimmung trotz eines ablehnenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung erteilt wurde. Die Ausnahme von diesem Grundsatz ist wiederum der Missbrauch der Vertretungsmacht. Jenseits dieser Ausnahmefälle hilft es jedoch dem Kläger nicht, den der Erteilung der Zustimmung intern zu Grunde liegenden Gesellschafterbeschluss anzufechten. Selbst wenn es gelänge, diesen Akt der internen Willensbildung für nichtig zu erklären, ist fraglich, ob dies auf das Außenverhältnis durchschlägt⁴⁵⁹. Die nach der Anteilsabtretung und Zustimmung erhobene Klage gegen die erteilte Zustimmung zur Übertragung kommt daher möglicherweise zu spät. Gesellschafter, welche die Anteilsabtretung für rechtswidrig halten, könnten dann allenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen. 511

Soll eine noch nicht erfolgte Anteilsübertragung verhindert werden, muss gegen die Erteilung der Zustimmung durch die Gesellschaft und/oder die Abtretungserklärung durch den veräußerungswilligen Gesellschafter präventiv im Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes** vorgegangen werden. Die Zielrichtung muss es dabei sein, die Erteilung der Zustimmung zumindest vorläufig zu verhindern bzw. es dem übertragungswilligen Gesellschafter zumindest einstweilig zu untersagen, die Abtretung zu erklären⁴⁶⁰. 512

⁴⁵⁹ Dafür *Happ* Die GmbH im Prozess, § 15 Rn. 116 f.

⁴⁶⁰ → Hierzu auch Rn. 529 ff.

cc) Der Streit um die Teilung von Geschäftsanteilen

- 513 (1) **Vergleich mit der Anteilsübertragung.** Wie bereits dargelegt, ist § 17 GmbHG a. F. im Zuge der Liberalisierung durch das MoMiG aufgehoben worden. Für die beratende Praxis ist daher die Vorschrift inzwischen längst Vergangenheit. Demgegenüber ist es nicht ausgeschlossen, dass Streitigkeiten um Geschäftsanteile hervortreten oder bereits geführt werden, in denen die Teilung noch nach dem bisherigen Recht erfolgte. Das lässt es sinnvoll erscheinen, dass die auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts forensisch tätigen Juristen die Vorschrift – anders als manche Gesetzessammlungen – noch nicht aus ihrem Gedächtnis streichen.
- 514 Die in § 17 GmbHG a. F. geregelte Teilung von Geschäftsanteilen weist in dem Vergleich zu der Anteilsübertragung einige materiell-rechtliche Besonderheiten auf, die sich in dem Prozess um die Teilung von Geschäftsanteilen auswirken können. Anders als bei der Anteilsübertragung bedarf nach § 17 Abs. 1 GmbHG a. F. **grundsätzlich jede Teilung** eines Geschäftsanteils der **Genehmigung der Gesellschaft**. Eine gesellschaftsvertragliche Abweichung von diesem Genehmigungserfordernis ist im Regelfall unzulässig. Ausnahmen von dem Genehmigungserfordernis betreffen nur die in § 17 Abs. 3 GmbHG a. F. geregelten Fälle, die Abtretung eines Teilgeschäftsanteils durch einen Alleingesellschafter⁴⁶¹ sowie die Teilabtretung bei einer zweigliedrigen GmbH durch einen der beiden Gesellschafter an seinen Mitgesellschafter⁴⁶². Der in § 17 GmbHG a. F. verwandte Begriff der „Genehmigung“ ist nicht in dem engen bürgerlich-rechtlichen Sinne einer nachträglichen Zustimmung zu verstehen. Gemeint ist vielmehr die „Zustimmung“ im Sinne des § 184 BGB. Diese kann bereits vor der Teilgeschäftsanteilsabtretung erfolgen.
- 515 Anders als bei der Anteilsabtretung fordert § 46 Nr. 4 GmbHG für den Fall der Teilung von Geschäftsanteilen einen **Beschluss der Gesellschafterversammlung**. Die Vorschrift ist insoweit durch das MoMiG nicht verändert worden. Sie gilt daher auch für Fälle, in denen § 17 GmbHG a. F. keine Anwendung mehr findet. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung ist mit einfacher Mehrheit zu fassen, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht. Der abtretungswillige Gesellschafter ist bei der Beschlussfassung stimmberechtigt. Der Gesellschafterbeschluss dient allerdings „nur“ der internen Willensbildung. Gegenüber dem Gesellschafter ist die Genehmigung grundsätzlich durch die Geschäftsführer der GmbH (in vertretungsberechtigter Zahl) zu erklären. Allerdings dürfte der Weg über die Geschäftsführer dann entbehrlich sein, wenn der abtretungswillige Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung anwesend war. Die Erklärung der Genehmigung durch die Geschäftsführer ist grundsätzlich auch dann wirksam, wenn der in dem Innenverhältnis erforderliche Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht erfolgt ist oder die Gesellschafterversammlung die Genehmigung verweigert hat⁴⁶³. Das Innenverhältnis schlägt nur dann auf das Außenverhältnis durch, wenn die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht eingreifen.
- 516 Abweichend von der Rechtslage bei der Geschäftsanteilsübertragung kann der Gesellschaftsvertrag die Zuständigkeit zur Erteilung der Teilungsgenehmigung im Außenverhältnis nicht auf ein anderes Gesellschaftsorgan als die Geschäftsführung übertragen⁴⁶⁴. Möglich ist demgegenüber, im Innenverhältnis die Zustimmung eines anderen Gesellschaftsorgans als der Gesellschafterversammlung vorzusehen, § 45 Abs. 2 GmbHG. Das ist jedoch praktisch selten und wird im Folgenden nicht näher betrachtet. Für den Streit um die Teilungsgenehmigung ist wesentlich, dass die Entscheidung über die Erteilung oder die

⁴⁶¹ Vgl. BGH ZIP 1988, 1046, 1048.

⁴⁶² Vgl. RGZ 130, 39, 45.

⁴⁶³ Vgl. BGHZ 14, 25, 31.

⁴⁶⁴ Vgl. RGZ 85, 46, 47 f.

Versagung der Genehmigung grundsätzlich in dem Ermessen der GmbH bzw. des für sie handelnden Organs steht⁴⁶⁵. Der teilabtretungswillige Gesellschafter hat einen **Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung**. Die Genehmigung darf nicht grundlos oder gar willkürlich versagt werden. In dem Gesellschaftsvertrag können Kriterien oder Fälle festgelegt werden, nach denen bzw. bei deren Vorliegen die Genehmigung zu erteilen ist. Daraus kann sich ein Anspruch des abtretungswilligen Gesellschafters auf Erteilung der Genehmigung ergeben. Fehlt es in dem Gesellschaftsvertrag an einer Regelung, so kann der Anspruch aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht oder aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgen. Denkbar ist das etwa dann, wenn bereits Anteilsabtretungen erfolgt sind, in denen die Genehmigung erteilt worden war. Ferner ist es gestattet, in dem Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Genehmigung versagt werden soll. Das folgt daraus, dass nach § 17 Abs. 6 Satz 2 GmbHG a. F. die Teilung im Gesellschaftsvertrag vollständig ausgeschlossen werden kann.

(2) **Die Klage auf Erteilung der Teilungsgenehmigung.** Da die Genehmigung der Teilung durch die GmbH nicht in ihrem freien, sondern „nur“ in ihrem pflichtgemäßen Ermessen steht, ist die Versagung der Genehmigung der gerichtlichen Überprüfung zugänglich. Das gilt vor wie nach dem MoMiG in gleicher Weise. Klageberechtigt ist derjenige Gesellschafter, der seinen Teilgeschäftsanteil abtreten möchte. Der (potenzielle) Erwerber des Teilgeschäftsanteils ist demgegenüber nur dann aktivlegitimiert, wenn er zum Zeitpunkt der Veräußerung bereits Gesellschafter der GmbH ist. Der nicht an der GmbH beteiligte Erwerbsinteressent kann hingegen nicht selbst auf die Erteilung der Genehmigung klagen. Er kann sich an dem Rechtsstreit aber als Nebenintervenient auf der Seite des Klägers beteiligen. 517

Die **Klage ist gegen die GmbH zu richten**. Der Umstand, dass § 46 Nr. 4 GmbHG grundsätzlich die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung bestimmt, führt nicht dazu, dass auch noch dieses Organ und/oder die genehmigungsunwilligen Mitgesellschafter auf die Erteilung der Genehmigung zu verklagen wären. Ausnahmsweise kann die gegen die GmbH gerichtete Klage zusätzlich noch gegen einen Dritten zu richten sein, wenn der Gesellschaftsvertrag der GmbH diese Person ebenfalls zu der Entscheidung über die Genehmigung bestimmt⁴⁶⁶. Die richtige Klageart hängt davon ab, wessen Zustimmung zu der Teilungsgenehmigung erforderlich ist und ob dem klagenden Gesellschafter ein Anspruch auf Erteilung der Teilungsgenehmigung oder nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zusteht. **Folgende Fälle sind zu unterscheiden:** 518

- Hat die Gesellschaft die Genehmigung versagt und steht dem Kläger „nur“ ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gegenüber der GmbH zu, so hat er die Pflichtwidrigkeit der Verweigerung der Teilungsgenehmigung im Wege der **(allgemeinen) Feststellungsklage** nach § 256 ZPO geltend zu machen. Da ein stattgebendes Feststellungsurteil allerdings noch nicht die Genehmigung beinhalten würde, hat der Gesellschafter **zugleich eine Leistungsklage** auf erneute ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Teilungsgenehmigung zu erheben. Besteht im Einzelfall die Möglichkeit, dass der Gesellschafter doch einen Anspruch auf Erteilung der Teilungsgenehmigung hat, sollte die Klage im Hauptantrag auf eine Erteilung der Teilungsgenehmigung und erst im Hilfsantrag auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Ablehnung sowie auf die Verurteilung zur erneuten Entscheidung über die Teilungsgenehmigung gerichtet werden. 519
- Die Klage auf Feststellung der Pflichtwidrigkeit der Verweigerung der Genehmigung, verbunden mit einer Leistungsklage auf erneute ermessensfehlerfreie Entscheidung, ist

⁴⁶⁵ Vgl. RGZ 88, 319, 325.

⁴⁶⁶ Vgl. näher *Happ* Die GmbH im Prozess, § 16 Rn. 30.

auch dann geboten, wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass die Teilung zusätzlich zu der Teilungsgenehmigung der GmbH der Zustimmung einzelner Gesellschafter oder eines Dritten bedarf und diese Zustimmung verweigert worden ist. Die Klage ist dann auch gegen diese Personen zu richten.

- Ist neben der Teilungsgenehmigung der GmbH die Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder eines Aufsichtsrats/Beirats erforderlich, so ist zu unterscheiden: Bei einer bereits erfolgten Abtretung eines Teilgeschäftsanteils ist ein förmlich festgestellter **ablehnender Beschluss** vorrangig mit der **Anfechtungs- und positiven Beschlussfeststellungsklage** anzugreifen. Steht dem klagenden Gesellschafter jedoch nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu, so hat er seine **Anfechtungsklage mit einer Leistungsklage auf erneute Entscheidung** zu verbinden. Fehlt es an einer förmlichen Feststellung des Gesellschafterbeschlusses, ist die richtige Klageart die (allgemeine) Feststellungsklage. Sie ist mit einer Leistungsklage auf erneute ermessensfehlerfreie Entscheidung über die begehrte Genehmigung zu verbinden.

Aus alledem wird erkennbar, dass es für die richtige Wahl der Klageart und der Antragstellung sehr auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.

- 520 Die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass die Genehmigung zu erteilen bzw. ermessensfehlerfrei über sie zu entscheiden ist, liegt bei dem klagenden Gesellschafter. Wird einer Klage auf Erteilung der Genehmigung stattgegeben, so ersetzt das Urteil nach Eintritt seiner Rechtskraft nach § 894 ZPO die Teilungsgenehmigung der GmbH. Besteht kein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung, wurde aber die Genehmigung ermessensfehlerhaft versagt, so hat das Gericht dies festzustellen und die GmbH zu verpflichten, über die Teilungsgenehmigung nochmals unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden. Die Vollstreckung aus einem solchen Urteil erfolgt nach § 888 ZPO. Falls sich die Klage zusätzlich gegen einen ablehnenden Beschluss der Gesellschafterversammlung, des Aufsichts- oder Beirats richtet, und wird der Klage stattgegeben, so erklärt das Gericht den förmlich festgestellten, ablehnenden Beschluss des Gremiums für nichtig oder stellt – bei Fehlen einer Beschlussfeststellung – die Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit des Beschlusses fest. Hat der Gesellschafter (ausnahmsweise) Anspruch auf die Erteilung der Genehmigung, stellt das Gericht auf entsprechende Antragstellung hin fest, dass ein zustimmender Beschluss zu Stande gekommen ist. Auch hier ersetzt die Rechtskraft des Urteils nach § 894 ZPO den Beschluss.

- 521 (3) Die **Klage gegen die erteilte Teilungsgenehmigung**. Zum Streit kann es auch dann kommen, wenn die GmbH die begehrte Genehmigung zur Abtretung des Teilgeschäftsanteils erteilt hat. Insbesondere können andere Gesellschafter der Auffassung sein, dass die Genehmigung (ermessens-)fehlerhaft erteilt wurde. Im Grundsatz gilt hier das Gleiche wie bei der Klage gegen die erteilte Genehmigung zur Anteilsübertragung⁴⁶⁷. Gegen die Erteilung der Teilungsgenehmigung kann **jeder Gesellschafter** Klage erheben – derjenige natürlich ausgenommen, dem sie erteilt wurde. Die Klagebefugnis anderer Personen bzw. Organe ist im Grundsatz abzulehnen. Auch bei Vorhandensein eines Aufsichtsrats dürfte dessen Klagebefugnis gegen die Entscheidung der Geschäftsführung jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn – wie im Regelfall – die Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 4 GmbHG über die Erteilung der Genehmigung entschieden hat.

- 522 Die **Klage ist gegen die GmbH** zu richten. Ist für die Veräußerung von Teilgeschäftsanteilen auch die Zustimmung anderer Personen erforderlich und haben auch diese die Zustimmung erteilt, so ist die Klage auch gegen sie zu richten. Weitere Gesellschafter, die nicht selbst gegen die Genehmigung geklagt haben, können der Klage sowohl auf der Kläger- als auch auf der Beklagenseite als Nebenintervenienten beitreten. Dieses Recht

⁴⁶⁷ → Rn. 507 ff.