

aufwand bagatellisiert wurde, um die politische Akzeptanz des Vorhabens nicht zu gefährden. Zumindest bei deutlichen Defiziten des Umsetzungsprozesses zur Zielerreichung dürfte daher eine Anfechtbarkeit der Entlastung möglich sein, etwa wenn nach der Zielsetzung überhaupt nichts unternommen wurde oder wenn ersichtlich sachfremde Erwägungen den Entscheidungsprozess dominierten.

Abzulehnen ist hier, wie auch bei § 161 AktG, ein Durchschlagen eines fehlerhaften Wahlvorschlags nach § 124 III AktG auf die Aufsichtsratswahl. Eine Anfechtung käme nur dann in Betracht, wenn ein Beschlussvorschlag, der im Widerspruch zu den festgesetzten Zielgrößen steht, als nicht ordnungsgemäß bekanntgemacht iSd § 124 IV 1 AktG nF anzusehen wäre.⁷⁷ Dagegen spricht jedoch, dass § 124 III AktG nF nur Angaben zur Erfüllung der harten Mindestquote nach § 96 II AktG verlangt. Auf § 111 V AktG wird nicht Bezug genommen. Das lässt darauf schließen, dass das Gesetz die Frage, inwieweit die Zielvorgaben aus § 111 V AktG beachtet wurden, nicht als essenziell für die Information der Aktionäre ansieht. Daher scheidet eine Auswirkung auf die Aufsichtsratswahl aus.

IV. Zusammenfassung

1. Das Inkrafttreten der Frauenquote hat Auswirkungen auf die Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat.

2. Im Hinblick auf die umstrittene Verfassungs- und Europarechtskonformität der so genannten harten Quote müssen

sich Vorstand und Aufsichtsrat hinsichtlich der Anwendung der Regelung positionieren. Da es sich um eine unsichere Rechtslage handelt, kann nicht mehr gefordert werden, als dass sie auf informierter Grundlage eine vertretbare Entscheidung treffen.

3. Von größerer praktischer Relevanz sind die Regelungen zur Festlegung von Zielgrößen für die Frauenbeteiligung im Unternehmen, auch weiche Quote genannt. Dabei ist eine Verpflichtung abzulehnen, die Zielgröße stets oberhalb des aktuellen Frauenanteils festzusetzen.

4. Die Berichtspflicht nach § 289 a HGB ist nicht die einzige Sanktion einer Verfehlung der Zielgrößen. Die jeweils betroffenen Organe sind verpflichtet, die Zielgrößen nicht nur festzusetzen, sondern sich auch für eine Zielerreichung einzusetzen. Das bedeutet die Verpflichtung, das selbst gesetzte Ziel bei jeder Personalentscheidung mit zu berücksichtigen. Jedoch indiziert die Zielverfehlung keine Pflichtverletzung.

5. Ähnlich wie im Falle des Verstoßes gegen die Erklärung nach § 161 AktG kann die mangelnde Bemühung bei der Umsetzung der Zielvorgaben eine Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses begründen. Weitergehende Rechtsfolge, wie Schadensersatzpflichten oder eine Anfechtbarkeit von Wahlbeschlüssen, sind abzulehnen. ■

77 Siehe zur parallelen Problematik bei § 161 AktG MüKoAktG/Goette, 3. Aufl. 2013, § 161 AktG Rn. 88; Koch in Hüffer, § 161 AktG Rn. 31 ff.

Rechtsanwälte Professor Dr. Mark K. Binz und Iris Rosenbauer*

Beurkundungspflicht bei der Veräußerung von Anteilen an einer GmbH & Co. KG?

Das nach § 15 IV 1 GmbHG bestehende Formerfordernis erstreckt sich bei der Veräußerung von Anteilen an einer GmbH & Co. KG grundsätzlich auch auf die Verpflichtung zur Übertragung der Kommanditanteile. Um dem Wunsch der Beteiligten nach einer möglichst einfachen und kostengünstigen Abwicklung dennoch Rechnung zu tragen, hat die Praxis verschiedene Lösungsansätze entwickelt, deren vermeintliche Risiken – ähnlich wie die von Auslandsbeurkundungen – bezeichnenderweise gerade von Notaren immer wieder betont werden. In der Praxis herrscht deshalb bis heute oft Unsicherheit. Der nachfolgende Beitrag untersucht die eingewandten Bedenken und zeigt auf, wie sich überflüssige Beurkundungen vermeiden lassen.

I. Ausgangspunkt: „Einheitslösung“ bzw. „Vollständigkeitsgrundsatz“

Die „Rechtsform“ der GmbH & Co. KG ist geprägt durch die Verbindung zweier, nach ihrem gesetzlichen Leitbild grundlegend verschiedener Gesellschaftsformen zu einem einheitlichen Rechtsgebilde. Die Berechtigung an der Unternehmensträgerin (KG) soll im Regelfall zugleich mit der Beteiligung an der Komplementär GmbH als Geschäftsführungsorgan und „Machtzentrum“ verknüpft sein. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einer „Verzahnung“ der Beteiligungsverhältnisse, die durch eine ausgeklügelte gesellschaftsvertragliche Gestaltung sichergestellt wird.¹ Sind die Gesellschafter exakt im selben Verhältnis, also kongruent, an

beiden Gesellschaften beteiligt,² spricht man von einer beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG. Im Veräußerungsfall bedeutet dies, dass zwei Übertragungsakte erfolgen müssen, wobei Schrifttum und Rechtsprechung aus der Verzahnung der Beteiligungsverhältnisse folgern, dass der für das Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) über den Geschäftsanteil an der Komplementär GmbH aus § 15 IV 1 GmbHG folgende Formzwang sich auch auf den Kaufvertrag über die Kommanditanteile erstreckt.³ Grundlage hierfür ist der von der Rechtsprechung entwickelte „Vollständigkeitsgrundsatz“, vielfach auch als „Einheitslösung“ bezeichnet. Hiernach erfasst das Beurkundungserfordernis stets den gesamten Vertrag, also auch alle Nebenabreden, die nach dem Willen der

* Die Autoren sind Partner der auf die Beratung von großen Familienunternehmen spezialisierten Stuttgarter Anwaltssozietät Binz & Partner.

1 Vgl. dazu Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 8 Rn. 41 ff.; MünchHdbGesR II/Gummert, 4. Aufl. 2014, § 50 Rn. 55.

2 Eine abweichende Gestaltung der Beteiligungsverhältnisse kann insbesondere durch § 4 MitbestG motiviert sein. Hiernach wird der Anwendungsbereich der paritätischen Mitbestimmung auf die Komplementär GmbH einer GmbH & Co. KG erstreckt, wenn die Mehrheit der Kommanditisten auch an der Komplementärin nach Anteilen oder Stimmen mehrheitlich berechtigt ist.

3 MünchHdbGesR II/Gummert, § 50 Rn. 56; Altmeyden/Roth, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn. 93; Sieveking, MDR 1984, 989; Wiesbrock, DB 2002, 2311 (2313); Binz/Mayer, NJW 2002, 3054 (3059); Schultze, NJW 1991, 1936; BGH, GmbHR 1986, 258; OLG Düsseldorf, NZG 2005, 507 = GmbHR 2005, 769 (770), aA Sigle/Maurer, NJW 1984, 2657 (2661).

Parteien Bestandteil der Vereinbarung über die Verpflichtung zur Abtretung sein sollen.⁴ Wegen des bestehenden rechtlichen wie wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen beiden Veräußerungsvorgängen ist bei der Veräußerung einer GmbH & Co. KG oder Anteilen hieran regelmäßig von einer untrennbaren Einheit im Sinne dieser Judikatur auszugehen. Wird die Verpflichtung zur Übertragung eines mit einem GmbH-Anteil „verzahnten“ Kommanditanteils nicht beurkundet, ist der Vertrag deshalb nach ganz herrschender Meinung gem. § 125 S. 1 BGB⁵ in toto nichtig.

Neben die Beurkundungspflicht für den gesamten schuldrechtlichen Vertrag (Kaufvertrag) tritt die aus § 15 III GmbHG resultierende Beurkundungspflicht für die Abtretung der GmbH-Anteile. Ob darüber hinaus auch die Verfügung über die Kommanditanteile nach der herkömmlichen „Einheitslösung“ formbedürftig ist, ist streitig. Diskutiert wird diese Frage regelmäßig im Zusammenhang mit der Reichweite einer Heilung nach § 15 IV 2 GmbHG. Dies dürfte daran liegen, dass ein Verzicht auf die Beurkundung der Verfügung über den Kommanditanteil für die Beteiligten praktisch regelmäßig nur dann interessant ist, wenn auch die Beurkundung des schuldrechtlichen Kaufvertrags unterbleibt. Werden der schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag und das dingliche Vollzugsgeschäft in einem beurkundet, handelt es sich um einen Beurkundungsgegenstand iSv § 109 I GNotKG. Die Gebühr wird in diesem Fall nur einmal nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet (§ 94 II GNotKG). Bei getrennter Beurkundung privilegiert das GNotKG (KV 21101 Nr. 2, wenn die Beurkundung durch denselben Notar erfolgt, andernfalls KV 21102 Nr. 1) den Vollzug des bereits beurkundeten Kausalgeschäfts dergestalt, dass neben der bereits angefallenen zweifachen Gebühr nur noch eine halbe (gleicher Notar) bzw. eine (anderer Notar) Gebühr für die Beurkundung des dinglichen Rechtsgeschäfts anfällt.

II. Die Beurkundungspflicht als „Last“

Die aus der „Einheitslösung“ resultierende Pflicht zur umfassenden notariellen Beurkundung bei der Veräußerung von Anteilen an einer GmbH & Co. KG ist für die Beteiligten lästig. Die Gründe hierfür lassen sich mit den Stichworten „Mehrkosten“ und „Verlust an Flexibilität“ auf den Punkt bringen. Jeder, der schon einmal die Nacht durchverhandelt hat, bis endlich alle Dealbreaker ausgeräumt werden konnten, versteht die Frustration der Beteiligten, wenn anschließend der Kaufvertrag nur paraphiert, aber nicht rechtswirksam abgeschlossen werden kann. Bis man sich dann auf einen möglichst kurzfristigen Notartermin verständigt hat, ist schon manche Transaktion an der Wankelmütigkeit der Akteure gescheitert. Diese Erfahrung lässt den Wunsch nach einer privatschriftlichen und überdies kostengünstigen Lösung verständlich erscheinen. Dies gilt umso mehr, als das Beurkundungserfordernis für die Übertragung von GmbH-Anteilen auch rechtspolitisch immer wieder als die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH gefährdend in der Kritik steht.⁶ Während die Politik Forderungen nach einer Deregulierung des GmbH-Rechts an anderer Stelle aufgegriffen hat, blieb der Wunsch nach einer Abschaffung des Formzwangs für Anteilsübertragungen unerhört. Insbesondere der Berufsstand der Notare hatte entsprechende Forderungen zurückgewiesen.

1. Kosten

Gemäß § 3 GNotKG richten sich die Gebühren bei einer Beurkundung durch einen deutschen Notar⁷ nach dem Wert

des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht. Dabei gilt im Falle der Beurkundung von Anteilsübertragungen nicht die für die Beurkundung von Gesellschaftsverträgen in § 107 I 1 GNotKG geregelte Begrenzung des Geschäftswertes auf 10 Mio. Euro.⁸ Es gilt vielmehr allein die in § 39 IV GNotKG geregelte allgemeine Höchstgrenze von 60 Mio. Euro. Die Erstreckung des Beurkundungserfordernisses auch auf die Kommanditanteile hat vor diesem Hintergrund erhebliche kostenmäßige Auswirkungen. Während nämlich der (hier beispielhaft mit 100 Mio. Euro unterstellte) Wert des Unternehmens einer GmbH & Co. KG, an der die Komplementär GmbH (mit dem üblichen Stammkapital von 25.000 Euro) kapitalmäßig nicht beteiligt ist, sich ausschließlich im Kommanditanteil widerspiegelt, entspricht der Wert der zu übertragenden Anteile an der Komplementär GmbH im Regelfall seinem (niedrigen) Nominalwert. Die Einbeziehung des Verpflichtungsgeschäfts über den Kommanditanteil führt damit zu einer überproportionalen Erhöhung der am Ende auszufertigenden Kostenrechnung des Notars. So verursacht der Kaufvertrag über einen GmbH-Anteil mit einem Nominalwert von angenommen 25.000 Euro nach §§ 34, 3 II GNotKG in Verbindung mit KV 21100 lediglich Beurkundungskosten iHv 230 Euro, während die Beurkundung des Kaufvertrags über einen Kommanditanteil mit dem oben unterstellten Geschäftswert von 100 Mio. Euro⁹ eine Gebühr iHv 53.170 Euro auslöst, also mehr als das Zweihundertfache! Diese doch beträchtliche Differenz kann für kostenbewusste Parteien Motivation genug sein, ihre Berater nach alternativen Lösungsansätzen zu fragen.

2. Verlust an Flexibilität

Zur Kostenbelastung gesellt sich der mit dem Beurkundungserfordernis für die Beteiligten einhergehende Verlust an Flexibilität, der in mehrfacher Hinsicht zum Tragen kommt.

So gibt es einerseits immer wieder Konstellationen, bei denen es im Interesse beider Vertragsparteien liegt, einen u. U. nach nächtelangen Verhandlungsrunden erzielten Konsens möglichst sofort und an Ort und Stelle zu besiegeln, etwa, um zu verhindern, dass ein mühsam austariertes Verhandlungsergebnis durch nachgeschobene Forderungen oder nachträglichen Sinneswandel der einen oder anderen Seite wieder in

4 BGH, NJW 1983, 1843; NJW 2002, 142 (143) = NZG 2001, 940 (941). Dies entspricht der zu § 311 b I 1 BGB ergangenen Rechtsprechung, die insoweit Vorbild gewesen sein dürfte, vgl. dazu Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl. 2015, § 311 b Rn. 25, 32.

5 Bisweilen wird zur Begründung der Nichtigkeitsfolge unter Berufung auf ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1986 auf § 139 BGB rekurriert, vgl. etwa Kempermann, NJW 1991, 684. Tatsächlich betont der BGH in dem genannten Urteil zu Recht, dass der tatbestandliche Anwendungsbereich des § 139 BGB nicht eröffnet ist und bemüht lediglich den Rechtsgedanken der Vorschrift, um das zuvor formulierte Postulat einer umfassenden Formbedürftigkeit einzuschränken, vgl. GmbHR 1986, 258. Abtrennbare Teile, welche nach dem Willen der Parteien für sich genommen Gültigkeit beanspruchen sollen, seien danach von der Nichtigkeitsfolge nicht erfasst.

6 Vgl. dazu etwa Hirte, GmbHR 2003, R 421.

7 Ein flexibleres Gebührenrecht hat beispielsweise die Schweiz, weshalb vielfach erwohnen wird, eine erforderliche Beurkundung dort durchzuführen. Ob für die Übertragung von Gesellschaftsanteilen nach Art. 11 I EGBGB zumindest alternativ das Ortsrecht zum Tragen kommt, ist streitig, letztlich jedoch zumindest für die Beurkundung in der Schweiz nach richtiger Auffassung unerheblich, da das nach nationalem Recht bestehende Formerfordernis durch das als gleichwertig zu beurteilende Beurkundungsverfahren in der Schweiz gewährt wird (so genannte Auslandssubstitution). Daran hat sich auch nach Inkrafttreten des MoMiG nichts geändert, vgl. BGHZ 199, 270 = NZG 2014, 219.

8 Bis zum Inkrafttreten des GNotKG am 1.8.2013 war der Geschäftswert bei der Beurkundung von Gesellschaftsverträgen gem. § 39 IV KostO auf 5 Mio. Euro begrenzt.

9 Zur Bestimmung des Geschäftswerts bei der Übertragung von Kommanditanteilen unter Geltung der KostO grundlegend BGHZ 183, 28. Vgl. i. Ü. § 54 GNotKG.

Frage gestellt wird. Diesem Interesse wird die Rechtslage bei Personengesellschaften grundsätzlich gerecht, da Anteilsübertragungen formfrei möglich sind. Anders bei der GmbH & Co. KG. Dort muss auf Grund der „Einheitslösung“ der gesamte schuldrechtliche Vertrag beurkundet werden. Im schlimmsten Fall kostet das nicht nur Zeit und Geld, sondern vereitelt einen erfolgreichen Geschäftsabschluss.

Hinzu kommt die mit dem Formerfordernis einhergehende Verkomplizierung des Prozedere. Zu einem solchen kommt es bereits deshalb, weil neben den mit der Materie vertrauten Beratern, die die Vertragsentwürfe ausgehandelt und ein gemeinsames Grundverständnis des Geben und Nehmen entwickelt haben, ein weiterer Rechtskundiger hinzugezogen werden muss. Dieser ist oft versucht, seinen eigenen „Senf“ dazuzugeben, einerseits, um die durch seine Einschaltung verursachten Kosten zu rechtfertigen, andererseits, um seinen eigenen Erfahrungsschatz (vor allem in Richtung, was so alles passieren kann) unter Beweis zu stellen – nicht immer im Interesse der Sache.

Nicht zuletzt ist an den mit jeder Beurkundung verbundenen zusätzlichen Zeitaufwand zu denken. So sieht § 13 BeurkG die vollständige Verlesung des Vertragstextes nebst aller in Bezug genommener Anlagen vor, was gerade bei Anteilsveräußerungen zB mit Blick auf umfangreiche Gewährleistungskataloge oder umfangreiche Vertragsanlagen die Geduld der Parteien auf eine harte Probe stellen kann. Dies umso mehr, als diese regelmäßig bereits im Vorfeld des Notartermins mit der Durcharbeitung zahlreicher Vertragsentwürfe intensiv befasst waren. Die in § 14 BeurkG vorgesehenen Erleichterungen ändern hieran nur wenig. Gleiches gilt für die Möglichkeit der Wahrnehmung des Notartermins durch einen vollmachtlosen Vertreter mit anschließender Genehmigung der Erklärungen, die die Beurkundung faktisch zu einer sinnentleerten Förmel verkommen lässt.

III. Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis

Um die aus der Beurkundungspflicht resultierenden Belastungen bei der Übertragung von Anteilen an einer GmbH & Co. KG zu vermeiden, jedenfalls gering zu halten, stehen in der Praxis verschiedene Gestaltungen zur Diskussion, die hier untersucht werden sollen.

1. Trennung der Verträge unter Vereinbarung wirtschaftlicher Sanktionen für diejenige Vertragspartei, die eine im Ergebnis beabsichtigte Beteiligungskongruenz vereitelt

Denkbar ist zunächst eine Trennung der Rechtsgeschäfte dergestalt, dass die Parteien sich im ersten Schritt auf eine Veräußerung der Kommanditanteile beschränken, zur Sicherstellung der gewünschten Kongruenz im zweiten Schritt aber zugleich spürbare wirtschaftliche Nachteile (wie zB eine exorbitant hohe Vertragsstrafe, ein Rücktrittsrecht oder einen überproportional hohen Kaufpreis für die Komplementär GmbH) für den Fall vereinbaren, dass eine spätere Veräußerung auch der GmbH-Anteile vom Käufer oder Verkäufer vereitelt wird.¹⁰ Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass ein Kaufvertrag über die Kommanditanteile auch nach der „Einheitslösung“ ausnahmsweise dann formlos wirksam sein kann, wenn anzunehmen ist, dass dieser nach dem Willen der Parteien unabhängig von einer Veräußerung der Geschäftsanteile an Komplementär GmbH Gültigkeit entfalten soll.¹¹ Für eine derartige Annahme genügt eine Vertragsgestaltung in getrennten Urkunden für sich alleine sicher (noch) nicht.¹² Die geschilderte Gestaltung beschränkt sich jedoch nicht auf eine räumliche oder zeitliche Trennung der Verträge, sondern

durchbricht die im Normalfall vorliegende Einheit: Durch die ausdrückliche Vereinbarung wirtschaftlicher Sanktionen bringen die Vertragsparteien nämlich zum Ausdruck, dass die Rechtswirksamkeit des Verkaufs der Kommanditanteile von einem etwaigen Nichtzustandekommen eines Kaufvertrags über die Geschäftsanteile an der Komplementär GmbH gerade unberührt bleiben soll. Bei konsequenter Anwendung der vom BGH formulierten Grundsätze dürfte sich in diesem Falle das Beurkundungserfordernis nicht auf den Vertrag über die Kommanditbeteiligung erstrecken. Dies hätte zur Folge, dass nicht nur die mit der Anteilsübertragung einhergehende Kostenbelastung um ein Vielfaches reduziert, sondern auch das oft als „lästig“ empfundene Beurkundungsprozedere auf die Anteile an der Komplementär GmbH beschränkt, die von den Parteien gewünschte Flexibilität also zumindest teilweise wiederhergestellt wäre.

Bei einer solchen Gestaltung könnte sich allerdings die Frage stellen, ob nicht eine entsprechende Anwendung der zu § 311 b I 1 BGB ergangenen Rechtsprechung geboten ist, wonach auch ein nur mittelbarer Zwang, über ein Grundstück in bestimmter Weise zu verfügen, ausschließlich in notarieller Form begründet werden kann.¹³ Würde diese Auslegung auch für das Formerfordernis nach § 15 IV 1 GmbHG gelten, so wäre der im Kausalgeschäft (Kaufvertrag) über die Kommanditanteile vorgesehene wirtschaftliche Zwang zur Veräußerung auch der Beteiligung an der GmbH ausreichend, um im Zusammenspiel mit der „Einheitslösung“ ein Formerfordernis für den gesamten Vertrag zu begründen.

Gegen eine solche Analogie spricht die Verschiedenheit der Schutzzwecke von § 311 b I 1 BGB einerseits und § 15 IV 1 GmbHG andererseits.¹⁴ Nach herrschender Auffassung bezweckt das Beurkundungserfordernis für den Kaufvertrag über die GmbH-Anteile in erster Linie, den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen an einer GmbH zu erschweren sowie sekundär, den Beweis der regelmäßig nicht verbrieften Anteilsinhaberschaft zu erleichtern.¹⁵ Demgegenüber soll der in § 311 b I 1 BGB statuierte Beurkundungszwang die Parteien primär auf die Bedeutung des Immobiliengeschäfts hinweisen, vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen schützen sowie eine sachgemäße und neutrale Beratung durch eine Amtsperson gewährleisten.¹⁶ Letztgenannte, vornehmlich auf den Schutz der Parteien eines Immobiliengeschäfts abzielende gesetzgeberische Intention kann es rechtfertigen, den Formzwang auf nur mittelbare Bindungen, die die geschützten Interessen häufig nicht weniger berühren, auszudehnen, nicht zuletzt auch, um Umgehungen vorzubeugen. Indessen wohnen dem Formerfordernis nach § 15 IV 1 GmbHG weder eine Warnfunktion noch ein Übereilungsschutz inne; diese ergeben sich allenfalls in Gestalt bloßer Rechtsreflexe.¹⁷ Den Parteien vor diesem Hintergrund einen vom Gesetz gerade nicht bezweckten Schutz aufzudrängen, würde die Grenzen zulässiger Gesetzesauslegung u. E. überschreiten. Im Ergebnis erfasst das Formerfordernis nach § 15 IV 1 GmbHG – anders

10 Dazu Binz/Mayer, NJW 2002, 3054 (3060 f.).

11 So ausdrücklich BGH, GmbHR 1986, 258 (259 f.); vgl. Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2009, 1. Kap. Rn. 88.

12 Vgl. bereits Binz/Mayer, NJW 2002, 3054 (3059).

13 Vgl. dazu Palandt/Grüneberg, § 311 b Rn. 13 mwN.

14 Vgl. bereits Binz/Mayer, NJW 2002, 3054 (3060 f.).

15 So BGH unter Berufung auf die Gesetzesbegründung in ständiger Rechtsprechung, vgl. nur BGHZ 13, 49 (51 f.) = NJW 1954, 1157; BGHZ 75, 352 (353 ff.) = NJW 1980, 1100; BGH, NZG 2008, 377 (378). Vgl. dazu auch Sigle/Maurer, NJW 1984, 2657 (2658) mwN.

16 Daneben soll der Beweis erleichtert und die Gültigkeit des Geschäfts gewährleistet werden, vgl. dazu MüKoBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2012, § 311 b Rn. 1.

17 Vgl. MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 2. Aufl. 2015, § 15 Rn. 16 ff.

als dasjenige nach § 311 b I 1 BGB – deshalb nur solche Vereinbarungen, die *unmittelbar* zur Abtretung verpflichten.¹⁸

Freilich ist zuzugeben, dass die geschilderte Vorgehensweise bis zu einer höchstrichterlichen Klärung gewisse, letztlich nicht kalkulierbare Risiken in sich birgt, die umso höher sind, als der wirtschaftliche Druck auf den Vertragspartner zunimmt. Auch mit Blick auf die letztlich nicht einklagbare Kongruenz der Beteiligungsverhältnisse und damit einhergehende Unwägbarkeiten scheint jener Weg daher in der Praxis nur eingeschränkt empfehlenswert.

2. Beurkundung nur der Verfügung über den GmbH-Anteil, so genannte „Praktiker-Methode“

Praktikabler und in der Praxis dementsprechend häufiger empfohlen ist eine Nutzung der in § 15 IV 2 GmbHG vorgesehenen Heilungsmöglichkeit. Die Parteien vereinbaren bei dieser Lösung zunächst den Kaufvertrag über die Geschäftsanteile an der GmbH und die Kommanditanteile sowie die Abtretung der Kommanditanteile privatschriftlich. Anschließend werden dann die Anteile an der Komplementär GmbH in notarieller Form abgetreten, um mit Hilfe der in § 15 IV 2 GmbHG angeordneten Heilungswirkung dem gesamten Vertragswerk ex nunc zur Geltung zu verhelfen.¹⁹ Dem liegt die im Schrifttum ganz überwiegend vertretene Auffassung zu Grunde, die Heilung nach § 15 IV 2 GmbHG erstrecke sich nicht nur auf den Formmangel des Kausalgeschäfts über die GmbH-Anteile, sondern auf den Formmangel des gesamten Verpflichtungsvertrags einschließlich aller der Beurkundungspflicht unterliegenden Abreden.²⁰ Diese Lesart deckt sich mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die zur Reichweite der in § 15 IV 2 GmbHG angeordneten Heilung bereits mehrfach ausgeführt hat, dass ihr all diejenigen Vereinbarungen unterlägen, welche Inhalt des formunwirksamen Verpflichtungsgeschäfts sind.²¹ Die Zulässigkeit der geschilderten, im Folgenden als „Praktiker-Methode“ bezeichneten Vorgehensweise wird daher auch nur vereinzelt in Frage gestellt.²² So wird eingewandt, § 15 IV 2 GmbHG stelle seinem Wortlaut nach ausdrücklich nur auf die in § 15 IV 1 GmbHG enthaltene, nicht aber auf eine sich auf einen anderen Vertragsgegenstand erstreckende Verpflichtung ab.²³ Eine vollständige Heilung sei daher nur bei anschließender Beurkundung auch der Verfügung über den Kommanditanteil möglich, wobei deren Formbedürftigkeit aus dem bestehenden rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen beiden Veräußerungsvorgängen resultiere.²⁴ Insoweit wird auch eine (erstaunliche) Parallele gezogen zu der Situation, wie sie sich im Falle des formlosen Verkaufs mehrerer GmbH-Anteile bei nachfolgender Beurkundung der Abtretung nur eines Anteils darstellt.²⁵ Hier entspricht es der ganz herrschenden Auffassung, dass der schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag hinsichtlich des nicht in notarieller Form abgetretenen GmbH-Anteils durch die formwirksame Verfügung über den anderen Anteil gerade nicht geheilt wird.²⁶ Hinzu kommt der Einwand, die in ihrer Bedeutung innerhalb des Gesamtgeschäfts eigentlich nebensächliche Abtretung der GmbH-Anteile ver helfe damit dem für die Beteiligten im Vordergrund stehenden Rechtsgeschäft, nämlich der Verpflichtung zur Übertragung der wertvollen Kommanditanteile, zur Wirksamkeit, was vom Gesetzeszweck, insbesondere von den Überlegungen, die den Heilungsbestimmungen zu Grunde liegen, möglicherweise nicht mehr gedeckt sei.²⁷ Ferner betonen Kritiker der „Praktiker-Lösung“ mitunter das bis zum Eintritt der Heilungswirkung bestehende Nichtigkeitsrisiko.²⁸ Neben diese rechtlichen Überlegungen tritt schließlich das vereinzelt bemühte Miss-

brauchsargument, welches aus dem Lager der Notare bereits den Ruf nach dem Gesetzgeber, nämlich nach Einführung einer dem § 925 a BGB entsprechenden Vorschrift hat laut werden lassen.²⁹

a) Wortlaut des § 15 IV 2 GmbHG und Regelungszusammenhang

Indes spricht bereits der Wortlaut des § 15 IV 2 GmbHG dafür, die durch formwirksame Abtretung des GmbH-Anteils ausgelöste Heilungswirkung auch auf das formnichtige Verpflichtungsgeschäft über den Kommanditanteil zu erstrecken, knüpft dieser doch ausdrücklich an die vorangegangene Formulierung an. Wirksam wird danach nicht nur die Verpflichtung, sondern die von den Parteien getroffene *Vereinbarung* und damit der Vertrag in seiner Gesamtheit, wie er der Beurkundungspflicht zunächst unterliegt.³⁰ Diesen vom Gesetzgeber geschaffenen Regelungszusammenhang durch divergierende Auslegung von Formzwang einerseits und Umfang der Konvaleszenz andererseits aufzulösen, wäre u.E. *contra legem*.³¹

b) Kein Beurkundungserfordernis in Bezug auf die Verfügung über die Kommanditanteile

Eine vollständige Heilung des formunwirksamen Kaufvertrags setzt auch nicht voraus, dass zugleich die Verfügung über den Kommanditanteil – mit entsprechender Kostenfolge – notariell beurkundet wird. Ein solches Erfordernis hätte nämlich nur dann eine sachliche Berechtigung, wenn es sich aus dem Einheitlichkeits- oder Vollständigkeitsgrundsatz ableiten ließe, welcher den Umfang des Formzwangs bestimmt.

18 In diesem Sinne auch HdbGmbH/Schacht, 5. Aufl. 2014, § 12 Rn. 22; Leutner/Stenzel, NZG 2012, 1406 (1410).

19 Vgl. dazu insbes. Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, § 6 Rn. 10.

20 So etwa Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 29 Rn. 59; Hessler in Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 1. Aufl. 2011, § 11 Rn. 254; Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, 20. Aufl. 2009, Anm. zu Muster E des Anhangs, S. 1081; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rn. 118; Altmeyen/Roth, § 15 Rn. 93; Sieveking, MDR 1984, 989; Witt, ZIP 2000, 1033 (1038 f.); Wiesbrock, DB 2002, 2311 (2313 f.); wohl auch Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 15 Rn. 36.

21 BGH, NJW-RR 1987, 807; NJW-RR 1992, 991.

22 Kempermann, NJW 1991, 684; Tiedau, NJW 1984, 1447; ders., DNotZ 1986, 689; Heinze, GmbHR 2013, 515 (517): bejahend demgegenüber Hessler in Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 11 Rn. 254; Altmeyen/Roth, § 15 Rn. 93; Michalski/Ebbing, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 110; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rn. 118; Verse in Henssler/Strohn, GesR, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 81; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 28.1.2002 – 20 W 599/99, BeckRS 2002, 30235452.

23 Kempermann, NJW 1991, 684.

24 Kempermann, NJW 1991, 685; Heinze, GmbHR 2012, 515, (517). Eine Formbedürftigkeit der Verfügung über den Kommanditanteil befürwortet auch MünchHdbGesR IV/Gummert, § 50 Rn. 56, der dies als herrschende Meinung bezeichnet, allerdings hieraus keine Konsequenzen für eine mögliche Heilung des gesamten Vertrags allein durch Übertragung des Anteils an der Komplementär GmbH zieht. Ähnlich argumentiert das KG in seinem Beschluss vom 18.3.2008 als Vorinstanz zu BGHZ 183, 28. In der Begründung führt das Gericht dort – ohne weitere Begründung – aus, dass wegen des Einheitlichkeitsgrundsatzes auch die Vereinbarung der Abtretung sowie die Abtretung der Kommanditanteile der notariellen Form bedürften, eine hieraus resultierende Formunwirksamkeit jedoch allein durch Abtretung des GmbH-Anteils grundsätzlich überwunden werden könne. Mangels Entscheidungserheblichkeit musste sich der BGH in dieser Frage nicht positionieren.

25 Kempermann, NJW 1991, 684; Tiedau, NJW 1984, 1447 (1448).

26 Vgl. dazu MüKoGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rn. 127 mwN.

27 So Tiedau, NJW 1984, 1447 (1448).

28 Vgl. dazu etwa Tiedau, NJW 1984, 1147 (1148); ders., DNotZ 1986, 689 (691); ebenso Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, Anm. zu Muster E des Anhangs, S. 1081.

29 So etwa Huke, BWNotZ 1997, 156 (168).

30 Wie hier Schultze, NJW 1991, 1936.

31 Wie hier Sieveking, MDR 1984, 989 (990), Witt, ZIP 2000, 1033 (1039).

Teile des Schrifttums gehen hiervon aus,³² während überwiegend eine Formbedürftigkeit auch der Verfügung über den Kommanditanteil nicht angenommen bzw. eine Beurkundung der Verfügung über den Kommanditanteil nicht für erforderlich erachtet wird, um eine Heilung des gesamten Veräußerungsgeschäfts anzunehmen.³³

Begründen ließe sich ein Formerfordernis in Bezug auf die Abtretung der Kommanditanteile in zweierlei Weise: zum einen könnte man dieses Ergebnis aus einer Einheit mit dem schuldrechtlichen Vertrag und damit aus § 15 IV 1 GmbHG, zum anderen aus einer Einheit mit der Verfügung über die Beteiligung an der GmbH und damit aus § 15 III GmbHG ableiten. Beide Begründungsansätze sind u.E. nicht tragfähig.

(1) *Kein Formerfordernis aus § 15 IV 1 GmbHG.* Eine Erstreckung des Formerfordernisses nach § 15 IV 1 GmbHG auf die Verfügung über die Kommanditanteile und damit einhergehend die Verknüpfung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft zu einer Einheit im Rechtssinne liefe dem als wesentliches Strukturelement des deutschen Privatrechts geltenden Abstraktionsgrundsatz zuwider und würde zudem den Bedeutungsgehalt von § 15 III GmbHG reduzieren. Erstreckte man nämlich die Formbedürftigkeit der Verpflichtung über einen GmbH-Anteil nicht nur auf die damit einhergehende Verpflichtung über einen Kommanditanteil, sondern auch auf die Verfügung hierüber, müsste dies konsequenterweise auch für die Verfügung über den GmbH-Anteil gelten. Damit verbliebe § 15 III GmbHG in solchen Fällen keine eigenständige Bedeutung. Dieses Ergebnis wird – soweit ersichtlich – von niemandem ernsthaft vertreten. Dennoch gibt es Stimmen, die die Erstreckung des nach § 15 IV 1 GmbHG für den obligatorischen Vertrag geltenden Formerfordernisses auf das dingliche Rechtsgeschäft unter Berufung auf ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1986³⁴ befürworten oder zumindest für möglich halten.³⁵ Tatsächlich führt der BGH in der zitierten Entscheidung aus, dass ein den Umfang des Formerfordernisses bestimmender Zusammenhang im Einzelfall auch zwischen Verpflichtungsabrede und dinglichem Rechtsgeschäft bestehen könne – leider jedoch ohne die Voraussetzungen eines solchen Einzelfalls zu definieren. Jedenfalls gilt festzuhalten, dass allein der jedem Verfügungsgeschäft innewohnende Zusammenhang mit seiner schuldrechtlichen Grundlage nicht genügen kann. Wird dieser Zusammenhang gestört, weil das obligatorische Geschäft an einem Mangel leidet, kommen vielmehr die Vorschriften des Bereicherungsrechts zum Tragen, die eine Kondition des dinglich wirksam vollzogenen Geschäfts ermöglichen.

(2) *Kein Formerfordernis aus § 15 III GmbHG.* Eine Erstreckung der Formbedürftigkeit auf die Verfügung über den Kommanditanteil kann schließlich auch nicht – ohne auf eine Einheit mit dem zu Grunde liegenden Verpflichtungsgeschäft abzustellen – aus einer Einheit mit dem Verfügungsgeschäft über den GmbH-Anteil und damit aus § 15 III GmbHG hergeleitet werden.³⁶ Nicht nur der von IV verschiedene Wortlaut des III, welcher ausdrücklich nur die Abtretung und nicht die Vereinbarung, welche die Abtretung enthält, nennt, verbietet eine solche Erstreckung. Auch die Abstraktheit der Verfügungsgeschäfte verhindert deren Verknüpfung, wie sie für die zu Grunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen unter Berufung auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang befürwortet wird.³⁷ So kann zwar auch das Formerfordernis nach § 15 III GmbHG im Grundsatz Nebenabreden erfassen,³⁸ richtigerweise gilt dies jedoch nur für solche Nebenabreden, die unmittelbar das dingliche Geschäft

als solches betreffen, wie etwa Bedingungen und/oder Befristungsabreden. Dies bestätigte das OLG Frankfurt a. M. in einem Urteil vom 21.2.2012.³⁹ In dem zu Grunde liegenden Verfahren hatte der Kläger geltend gemacht, die dingliche Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH sei wegen Nichtverlesung von Regelungen eines Sanierungskonzepts mit schuldrechtlichem Charakter ohne Wirkung, da das Beurkundungserfordernis nach § 15 III GmbHG sich auch auf Nebenabreden erstrecke. Zu Recht ist der erkennende Senat dieser Argumentation entgegengetreten und hat festgestellt, dass Nebenabreden der Abtretung von solchen des Verpflichtungsgeschäfts zu unterscheiden sind. Als dem Formerfordernis nach § 15 III GmbHG unterfallende Nebenabreden kommen daher nur solche in Betracht, die sich auf die Verfügung beziehen – sei es, dass sie den Gegenstand derselben unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes festlegen oder den Zeitpunkt bestimmen, in dem die Verfügung wirksam werden soll. Eine Ausdehnung auf die dingliche Übertragung des Kommanditanteils kommt danach nicht in Betracht. Bei dieser handelt es sich um eine rechtlich selbstständige Verfügung, die mit der Verfügung über die Geschäftsanteile an der Komplementär GmbH regelmäßig nur über das zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft verbunden ist. Insbesondere führen auch bestehende gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen zur Wahrung der Beteiligungsidentität bei der GmbH & Co. KG für sich genommen noch nicht dazu, dass die jeweiligen Verfügungsverträge per se und ohne ausdrückliche dahingehende Vereinbarung in einer Weise verknüpft wären, dass die Wirksamkeit der einen Verfügung mit der Wirksamkeit der anderen stehen und fallen soll, die Übertragung des KG-Anteils mithin als „dinglich wirkende Nebenabrede“ zur Verfügung über den GmbH-Anteil anzusehen wäre.⁴⁰ Wollen die Parteien eine solche Verknüpfung, so müssen sie es vereinbaren, etwa in Gestalt einer Bedingung. Aber selbst dann unterläge nur die Vereinbarung über die Bedingung als solche und nicht das Rechtsgeschäft, das zum Bedingungseintritt führt, der Form des § 15 III GmbHG. Schließlich verbietet auch die ratio legis der Formvorschrift des § 15 III GmbHG eine Ausdehnung auf die Verfügung über den Kommanditanteil. Wie

32 So etwa *Kempermann*, NJW 1991, 684 (685); *Heinze*, GmbHR 2012, 515 (517); ebenso MünchHdbGesR II/Gummert, § 50 Rn. 56, der ausführt, die Formbedürftigkeit der Abtretung des Kommanditanteils werde vereinzelt verneint, während die wohl hM von einer Erstreckung der Beurkundungspflicht auf das gesamte Veräußerungsgeschäft über den Kommanditanteil ausgehe.

33 Vgl. nur *Hessler* in Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 11 Rn. 254; *Altmeyers/Roth*, § 15 Rn. 93; *Michalski/Ebbing*, § 15 Rn. 110; *MüKoGmbHG/Reichert/Weller*, § 15 Rn. 118; *Verse* in *Henssler/Strohn*, § 15 Rn. 81; *Wiesbrock*, DB 2002, 2311 (2313 f.); *Wiesner*, NJW 1984, 95 (99); in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, NZG 2005, 507 (507) = GmbHR 2005, 769 (770).

34 GmbHR 1986, 258 (260).

35 So etwa *Kempermann*, NJW 1991, 684 (685); *Tiedau*, DNotZ 1986, 689 (691).

36 So aber *Heinze*, GmbHR 2012, 515 (517).

37 In diesem Sinne OLG Düsseldorf, NZG 2005, 507 (507) = GmbHR 2005, 769 (770), wonach „mit Rücksicht auf die Abstraktheit dinglicher Verfügungsgeschäfte [...] die Übertragungsgeschäfte nur im Einzelfall untrennbar im Sinne eines einheitlichen Rechtsgeschäfts verbunden“ sind, so dass sich „eine Formbedürftigkeit der Abtretung der Kommanditanteile nur im Einzelfall“ ergebe. Ablehnend auch *Wiesbrock*, DB 2002, 2311 (2313 f.), der mit der verschiedenen Zwecksetzung der Beurkundungspflichten nach § 15 III und § 15 IV GmbHG argumentiert.

38 So ausdrücklich BGH, DStR 2000, 1272, bemerkenswerterweise aber unter Berufung auf Entscheidungen (BGHZ 132, 373 = NJW 1996, 1958, und BGHZ 141, 207 = NZG 1999, 656), die jeweils die Formbedürftigkeit von Nebenabreden zum obligatorischen Vertrag nach § 15 IV 1 GmbHG betreffen.

39 NZG 2012, 466 (467) = DB 2012, 739 (740).

40 So aber *Heinze*, GmbHR 2012, 515 (517).

§ 15 IV 1 GmbHG dient auch § 15 III GmbHG nach ganz herrschender Meinung primär dem Ziel, den freien Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen zu erschweren.⁴¹ Diesem spezifisch auf die Rechtsform der GmbH zugeschnittenen Ziel wird die Norm aber uneingeschränkt auch dann gerecht, wenn sich der Formzwang auf den vom Gesetzgeber bestimmten Regelungsgegenstand beschränkt. Dies gilt umso mehr, als gerade bei der hier interessierenden „Rechtsform“ der GmbH & Co. KG die Fungibilität der GmbH-Anteile de facto regelmäßig bereits durch die Verzahnung mit den Kommanditanteilen erheblich eingeschränkt ist. Und schließlich hat der Gesetzgeber für die Abtretung von Anteilen an Personengesellschaften ausdrücklich kein Formerfordernis vorgesehen, so dass die dem Wortlaut des Normtextes zuwiderlaufende Begründung eines Formzwangs hierfür auch vor dem Hintergrund der im Grundgesetz verankerten Privatautonomie einer besonderen, am Normzweck orientierten Rechtfertigung bedürfte. Eine solche ist weit und breit nicht ersichtlich. Sie ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer dem Beurkundungserfordernis auch zugeschriebenen Beweissicherungsfunktion.⁴² Dies bereits deshalb, weil es sich um jeweils zwei selbstständige Verfügungsgeschäfte handelt, die in ihrer Wirksamkeit grundsätzlich nicht voneinander abhängen.

(3) *Zwischenergebnis.* Da eine Beurkundungspflicht für die Verfügung über einen Kommanditanteil unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt besteht, kann eine Heilung der zu Grunde liegenden obligatorischen Vereinbarung einer solchen Verfügung auch mit Blick auf den Wortlaut des § 15 IV 2 GmbHG davon nicht abhängen.

c) Keine Vergleichbarkeit mit der Situation bei der formunwirksamen Übertragung mehrerer GmbH-Anteile

Abwegig ist auch die mitunter gezogene Parallele zur Rechtslage bei der Übertragung mehrerer GmbH-Anteile.⁴³ Anders als in der hier zur Diskussion stehenden Konstellation ist in diesem Fall nämlich der schuldrechtliche Übertragungsvertrag hinsichtlich jedes einzelnen Geschäftsanteils für sich genommen formbedürftig, so dass sich im Falle einer Verbindung zu einem Vertrag lediglich eine Kumulation mehrerer Beurkundungspflichten ergibt. Dass bei Missachtung dieser kumulierten Formerfordernisse nicht der Vertrag im Ganzen durch formwirksamen Verfügungsvertrag über nur einen Geschäftsanteil geheilt werden kann, liegt auf der Hand. Hingegen besteht für den Kaufvertrag über den Kommanditanteil als solchen gerade kein Formerfordernis, vielmehr folgt dieses allein aus dem Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Übertragung des Anteils an der Komplementär GmbH. Warum in diesem Falle nicht eine Heilung des gesamten Vertrags durch formwirksames dingliches Rechtsgeschäft über denjenigen Vertragsgegenstand, welcher allein die Beurkundungspflicht des gesamten schuldrechtlichen Vertrags ausgelöst hat, eintreten soll, ist nicht ersichtlich.⁴⁴

d) Wirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Bestandteile des Gesamtgeschäfts

Schlussendlich kann auch die wirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Bestandteile des Gesamtgeschäfts nicht das Kriterium sein, an welchem der Umfang der Heilungswirkung festzumachen ist.⁴⁵ Lässt man nämlich in einem ersten Schritt eine Ausdehnung des Formerfordernisses auf den wirtschaftlich bedeutsamen Bestandteil zu, kann man eine entsprechende Ausdehnung der Heilungswirkung nicht ohne logischen Bruch in Frage stellen.

e) Unwirksamkeitsrisiko

Können hiernach rechtsdogmatische Bedenken gegen die als „Praktiker-Methode“ bezeichnete Vorgehensweise nicht ins Feld geführt werden, bleibt nur noch das in praktischer Hinsicht mitunter bemühte Argument des „Unwirksamkeitsrisikos“. In diesem Punkt muss konzediert werden, dass das Funktionieren der „Praktiker-Methode“ tatsächlich eine bis zur Heilung fortbestehende Willensübereinstimmung der Vertragsparteien über den Inhalt des zunächst formlos abgeschlossenen Kausalgeschäfts (Kaufvertrags) voraussetzt, ohne die dem bereits erzielten Konsens nicht zu einer Verbindlichkeit verholten werden kann. Damit besteht bis zum Vollzug des dinglichen Rechtsübergangs, der durch Bedingungen wie die Bezahlung des Kaufpreises oder die Eintragung der Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister aufgeschoben sein kann, de jure eine Schwebelage, die sich letztlich nicht vermeiden lässt.

De facto handelt es sich hierbei aber um ein „Scheinproblem“.⁴⁶ Der Sachverhalt stellt sich nämlich nicht anders dar, als wenn bei einer beabsichtigten Beurkundung aller Verträge Einvernehmen über den Inhalt der Vertragsentwürfe bereits erzielt ist, dieser Konsens aber nicht bis zum Zeitpunkt der Beurkundung andauert. Die „Praktiker-Methode“ stellt die Parteien also insoweit jedenfalls nicht schlechter, sofern ihnen nur bewusst ist, dass erst die notarielle Beurkundung der Verfügung über die GmbH-Anteile den privatschriftlich abgeschlossenen Vereinbarungen zur rechtlichen Wirksamkeit verhilft. Schließlich lassen sich durch entsprechende Gestaltung des zeitlichen Ablaufs unerwünschte Schwebestände zumindest eingrenzen. So kann etwa die notariell beurkundete Abtretung der Geschäftsanteile an der GmbH der Unterzeichnung der privatschriftlichen Verträge zeitlich unmittelbar nachfolgen oder gar vorausgehen.⁴⁷ Um zu vermeiden, dass bei einem Scheitern der intendierten Heilung Streit über die Wirksamkeit der Abtretung der Kommanditanteile entsteht, empfiehlt es sich außerdem, die privatschriftlichen Vereinbarungen vorsorglich unter der aufschiebenden Bedingung einer späteren formwirksamen Abtretung der Geschäftsanteile an der GmbH abzuschließen. Auch ein klarstellender Vertragszusatz zur Bestätigung des bei Aufnahme in eine Urkunde prima facie bestehenden Einheitlichkeitswillens nach § 139 BGB ist denkbar, allerdings dürfte die ausdrückliche Formulierung einer rechtlichen Bedingung den sicheren Weg darstellen.

f) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bietet die „Praktiker-Methode“ eine gangbare Lösung zumindest zur Reduzierung der Kostenbelastung, deren Risiken gleichzeitig überschaubar sind.

41 Dazu sowie zur gebotenen parallelen Beurteilung der Normzwecke der III und IV des § 15 GmbHG MüKoGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rn. 16 ff.

42 So aber Heinze, GmbHR 2012, 515 (517).

43 Kempfermann, NJW 1991, 684; Tiedau, NJW 1984, 1447 (1448).

44 Vgl. dazu Sieveking, MDR 1984, 989, der zu Recht konstatiert, die Konvaleszenz führe mit Blick auf den Kommanditanteil lediglich die Rechtswirkung herbei, die das formlos vorgenommene Rechtsgeschäft ohne seinen sachlichen Zusammenhang mit der GmbH-Anteilsübertragung ohnehin hätte; ähnlich argumentieren Schultze, NJW 1991, 1936; Witt, ZIP 2000, 1033 (1039).

45 So zutreffend Sieveking, MDR 1984, 989.

46 Vgl. Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, § 6 Rn. 11; zust. MünchHdbGesR III/Gummert, § 50 Rn. 57.

47 Für letzteren Fall empfiehlt sich, das beurkundete Verfügungsgeschäft aufschiebend bedingt durch ein späteres Zustandekommen der in Aussicht genommenen privatschriftlichen Vereinbarungen abzuschließen, vgl. dazu Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, § 6 Rn. 11.

3. Einheitsgesellschaft als Idealform der GmbH & Co. KG

Nicht nur reduzieren, sondern vollständig vermeiden lassen sich die mit der Beurkundungspflicht bei Anteilsübertragungen einhergehenden Nachteile in puncto Kosten und Flexibilität schließlich durch die Ausgestaltung der GmbH & Co. KG als so genannte Einheitsgesellschaft. Über die rechtliche Zulässigkeit dieser Variante, bei der die Anteile an der Komplementär GmbH sich sämtlich in der Hand der Kommanditgesellschaft selbst befinden, besteht heute Einigkeit.⁴⁸ Da Veräußerungs- und Verfügungsgegenstand in diesem Fall ausschließlich die Kommanditanteile sind, bietet die Einheitsgesellschaft nicht nur den Vorteil, dass ein unerwünschtes Auseinanderfallen der Gesellschafterstellung per se, also ohne komplizierte gesellschaftsvertragliche Kautelen ausgeschlossen ist, sondern verschafft den Beteiligten gleichzeitig auch die gewünschten Freiheiten bei Anteilsübertragungen, die jederzeit formlos, also ohne notarielle Beurkundung möglich sind. Dabei ist ohne Belang, dass zum Gesellschaftsvermögen der KG auch GmbH-Geschäftsanteile gehören. Insoweit gilt nichts anderes als im Falle einer unstreitig formlos möglichen Übertragung von Anteilen an einer Personengesellschaft, deren Gesellschaftsvermögen auch oder gar im Wesentlichen aus Grundbesitz besteht.⁴⁹ In diesen Vorzügen kommt zum Ausdruck, dass es sich bei der Einheitsgesellschaft um die konsequenteste Weiterentwicklung der GmbH & Co. KG handelt, die den Interessen der Beteiligten im Regelfall in idealer Weise gerecht wird. Freilich gilt dies nur dann, wenn nicht die Beteiligungsverhältnisse bei der KG einerseits und der Komplementär GmbH als eigentliches Machtzentrum andererseits aus strategischen oder gestalterischen Gründen ganz bewusst inkongruent ausgestaltet sein sollen.⁵⁰

IV. Zusammenfassung

1. Das nach § 15 IV 1 GmbHG bestehende Formerfordernis gilt bei der Veräußerung einer GmbH & Co. KG wegen der bestehenden rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit nicht nur für die Komplementär GmbH, sondern erstreckt sich grundsätzlich auch auf die Verpflichtung zur Übertragung der Kommanditanteile. Die umfassende Formbedürftigkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrags beeinträchtigt die Vertragsparteien nicht nur finanziell, sondern schränkt auch deren Flexibilität ein.

2. Um die Kostenbelastung gering zu halten, können die Vertragsparteien den Kaufvertrag sowie die Abtretung der Kommanditanteile zunächst privatschriftlich vereinbaren und anschließend durch formwirksame Abtretung nur der GmbH-Anteile gem. § 15 IV 2 GmbHG die Rechtswirksamkeit der gesamten Vereinbarung herbeiführen. Die gegen diese „Praktiker-Methode“ vereinzelt geäußerten Bedenken sind rechtsdogmatisch nicht haltbar.

3. Vollständig vermeiden lassen sich die mit der Beurkundungspflicht einhergehenden Kosten und der Verlust an Dispositionsfreiheit durch die Ausgestaltung der GmbH & Co. KG als so genannte Einheitsgesellschaft, bei der die KG Alleingesellschafterin ihrer eigenen Komplementär GmbH ist. Gegenstand der Veräußerung und Abtretung sind in diesem Fall ausschließlich die Kommanditanteile. ■

⁴⁸ Auch das Gesetz setzt inzwischen in § 172 VI 1 HGB die Zulässigkeit der Einheitsgesellschaft aus.

⁴⁹ Näher hierzu *Binz/Mayer*, NJW 2002, 3054 (3059).

⁵⁰ Vgl. *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 23 ff.

Rechtsanwälte Dr. Jonas Fischbach und Dr. Cäcilie Lüneborg*

Die Organpflichten bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen im Aktienkonzern

Im Konzern betreffen Organhaftungsfälle nicht selten Organmitglieder von Tochtergesellschaften. Ob die Konzernsituation in solchen Fällen Auswirkungen auf die Pflichten der Organe bei der Durchsetzung der Schadensersatzansprüche gegen die Verantwortlichen hat, wird in der Literatur bislang kaum behandelt. Der Beitrag erörtert diesen Themenkomplex, wobei er sich auf die Rechtslage im Aktienkonzern konzentriert.

I. Einleitung

Vor bald 20 Jahren hat der BGH in seinem Urteil in Sachen „ARAG/Garmenbeck“¹ ausgesprochen, dass dem Aufsichtsrat einer AG bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder kein unternehmerischer Ermessensspielraum zusteht. Wenn eine Prozessrisikolanalyse zu dem Ergebnis gelangt, dass der Gesellschaft voraussichtlich durchsetzbare Ansprüche zustehen, sei der Aufsichtsrat vielmehr grundsätzlich zu deren Geltendmachung verpflichtet und dürfe davon nur ausnahmsweise absehen, wenn es im Interesse der Gesellschaft liegt, den Schaden ersatzlos hinzunehmen.² Obwohl an den in der Entscheidung aufgestellten strengen Grundsätzen in jüngerer Zeit zunehmend Kritik laut geworden ist,³ sind diese für die Praxis nach wie vor prägend.

Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass zahlreiche praxisrelevante Fragen im Zusammenhang mit den Pflichten bei der Durchsetzung von aktienrechtlichen Organhaftungsansprüchen bis heute ungeklärt sind. Einer der in der Rechtsprechung und Literatur bislang kaum beleuchteten Problemkreise betrifft die Besonderheiten, die sich bei Haftungsfällen in Konzernsituationen ergeben. Sowohl in den einschlägigen Praxishandbüchern als auch in der Kommentarliteratur wird kaum diskutiert, wie es sich auf die Organpflichten auswirkt, wenn sich ein Haftungsfall nicht in einer alleinstehenden Gesellschaft, sondern in einer faktisch oder vertraglich konzernierten Tochtergesellschaft ereignet. In solchen Fällen können weder die Auswirkungen der Konzernlage auf die Pflichten des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft noch die Pflich-

* Die Autoren sind Rechtsanwälte bei *SZA Schilling, Zutt & Anschütz* in Frankfurt a. M.

1 *BGHZ* 135, 244 = NJW 1997, 1926; jüngst bestätigt in einem Urteil des BGH zur Zustimmungspflicht der Hauptversammlung bei Übernahme einer Geldstrafe für Vorstandsmitglieder durch die Gesellschaft (*BGHZ* 202, 26 = NZG 2014, 1058 Rn. 19).

2 *BGHZ* 135, 244 (255) = NJW 1997, 1926.

3 *Koch*, AG 2014, 934 (936 ff.); *ders.*, AG 2009, 93 (94 ff.); *Cahn*, WM 2013, 1293 (1296 f.); *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 623 ff.; *Goette*, Liber Amicorum für M. Winter, 2011, S. 153, 164 ff.; *ders.*, ZHR 176 (2012), 588, 591 ff.; *Mertens*, FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1183, 1186 ff.; *Reichert*, FS Hommelhoff, 2012, S. 907, 916; *ders.*, ZHR 177 (2013), 756, 762 ff.; *Paefgen*, AG 2008, 761 (762 ff.).