Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft – Neue Folge 69

Marcel Scholz

Vinkulierungsklauseln in Zwangsvollstreckung und Insolvenz

Eine Untersuchung zum GmbH- und Aktienrecht

Nomos

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge

herausgegeben von

Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Ingo Saenger
Prof. Dr. Fabian Wittreck

Band 69

Marcel Scholz

Vinkulierungsklauseln in Zwangsvollstreckung und Insolvenz

Eine Untersuchung zum GmbH- und Aktienrecht

Nomos

Die Veröffentlichung erfolgt mit Unterstützung des
Freundeskreises Rechtswissenschaft, Verein zur Förderung
der juristischen Ausbildung an der Universität Münster e. V.
www.freundeskreis-rechtswissenschaft.de

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Ingo Saenger
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Johann Kindl
Dekan: Prof. Dr. Matthias Casper
Tag der mündlichen Prüfung: 25.01.2022

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2022

ISBN 978-3-8487-8778-4 (Print)
ISBN 978-3-7489-3345-8 (ePDF)

Onlineversion
Nomos eLibrary

D6

1. Auflage 2022
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis einschließlich Januar 2022 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zu allererst meinem Doktorvater, Herrn *Prof. Dr. Ingo Saenger*. Er hat mich sowohl bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt, als auch über die Jahre als studentische Hilfskraft und wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl stets gefördert. Neben den gewonnenen Einblicken in die Wissenschaft werde ich insbesondere die vielen Begegnungen und entstandenen Freundschaften in meiner Zeit am Institut in bester Erinnerung behalten.

Dank gebührt ferner Herrn *Prof. Dr. Johann Kindl* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn *Prof. Dr. Michael Heghmanns*, Herrn *Prof. Dr. Ingo Saenger* und Herrn *Prof. Dr. Fabian Wittreck* danke ich für die Aufnahme dieser Arbeit in die Fakultätsschriftenreihe. Dem Freundeskreis Rechtswissenschaft e.V. und dem Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V. (ZIS) danke ich für die großzügigen Druckkostenzuschüsse.

Für die Unterstützung bei der Durchsicht und Korrektur des Manuskripts möchte ich mich bei *Katharina Adolph*, *Dr. Niklas Gustorff*, *Maria Henke*, *Sebastian Kunzmann*, *Janine Pietsch*, *Matthias Rajhanov*, *Tim Schieferstein*, *Johanna Tönnies* und insbesondere bei *Andrea Freund* bedanken. Dieser Dank soll auch stellvertretend für viele mehr sein, die mich während meines Studiums und meiner Tätigkeit am Lehrstuhl auf vielfältige Art und Weise unterstützt haben.

Zu guter Letzt möchte ich mich bei meinen Eltern *Gertrude* und *Ralf Scholz*, meiner Schwester *Melanie* und meinen Großeltern besonders bedanken. Während meines gesamten Studiums und der darauffolgenden Zeit konnte ich mich stets auf den notwendigen Rückhalt meiner Familie verlassen.

Münster, im Februar 2022 Marcel Scholz

Inhaltsübersicht

Einleitung 19

§ 1 Problemstellung 20

§ 2 Gang der Untersuchung 23

1. Teil: Gesellschaftsrechtliche Vinkulierungsklauseln 25

§ 3 Vinkulierungsklauseln im Dienste der Konfliktprävention 25

A. Schutzfunktion 26

B. Kontrollfunktion 28

C. Konfliktprävention 33

§ 4 Rechtsnatur von Vinkulierungsklauseln 35

A. Gegenstand der Vinkulierungsklauseln 36

B. Vinkulierungsklauseln im System der Verfügungsbeschränkungen 51

C. Ergebnis 78

§ 5 Gestaltungsmöglichkeiten 79

A. Rechtslage bei der GmbH 79

B. Rechtslage bei der AG 95

2. Teil: Pfändung und Beschlagnahme 100

§ 6 Rechtslage bei der GmbH 100

A. Pfändung in der Einzelzwangsvollstreckung 100

B. Beschlagnahme in der Insolvenz 117

§ 7 Rechtslage bei der AG 124

A. Pfändung in der Einzelzwangsvollstreckung 125

B. Beschlagnahme in der Insolvenz 138

3. Teil: Verwertung 139

§ 8 Rechtslage bei der GmbH 139
A. Verwertung in der Einzelzwangsvollstreckung 140
B. Verwertung in der Insolvenz 201

§ 9 Rechtslage bei der AG 228
A. Verwertung in der Einzelzwangsvollstreckung 228
B. Verwertung in der Insolvenz 242

4. Teil: Zustimmungsentscheidung 244

§ 10 Ermessen im Rahmen der Zustimmungsentscheidung 245
A. Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen 245
B. Ermessensfaktoren 246
C. Ermessensreduzierung in Zwangsvollstreckung und Insolvenz 278
D. Ergebnis 289

§ 11 Prozessuale Aspekte der Ermessensentscheidung 290
A. Statthafte Klageart 290
B. Prozessführungsbefugnis 300
C. Darlegungs- und Beweislast 303
D. Einstweiliger Rechtsschutz 303

5. Teil: Schluss 308

§ 12 Vorschläge für gesetzgeberisches Handeln 308
A. Regelungsbedarf bezüglich der Anteilspfändung 308
B. Regelungsbedarf bezüglich der Verwertung 309

§ 13 Zusammenfassung in Thesen 313

Literaturverzeichnis 321

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 19

§ 1 Problemstellung 20

§ 2 Gang der Untersuchung 23

1. Teil: Gesellschaftsrechtliche Vinkulierungsklauseln 25

§ 3 Vinkulierungsklauseln im Dienste der Konfliktprävention 25

A. Schutzfunktion 26

B. Kontrollfunktion 28

I. Kontrolle der Beteiligungsverhältnisse 28
II. Kontrolle der Leistungsfähigkeit 29
III. Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben 30
IV. Ermöglichung eines kontrollierten Desinvestments 32

C. Konfliktprävention 33

§ 4 Rechtsnatur von Vinkulierungsklauseln 35

A. Gegenstand der Vinkulierungsklauseln 36

I. Wesen der Mitgliedschaft in Gesellschaften 36
1. Die Mitgliedschaft im Regelungsgefüge des Gesellschaftsvertrages 37
2. Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis 39
3. Mitgliedschaft als subjektives Recht 42
4. Zwischenergebnis 46
II. Folgerungen aus dem Wesen für die Übertragung 46
III. Zwischenergebnis 51

B. Vinkulierungsklauseln im System der Verfügungsbeschränkungen 51

I. Verfügungsbeschränkungen im Allgemeinen 52
1. Begriff der rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung 53
2. Verfügungsbeschränkungen im Spannungsfeld der Privatautonomie 55
II. Normzweck des § 137 BGB 59
1. Normhistorischer Hintergrund 60

2. Freiheitssichernde Dimension 61
3. Sicherung der Funktionsfähigkeit der Zwangsvollstreckung 63
4. Verkehrsschutz 64
III. Gesellschaftsrechtliche Vinkulierungsklauseln 65
1. Literaturansichten 66
a) Vinkulierung als Rechtsinhaltsbestimmung 67
b) Vinkulierung als gesetzlich zugelassene Ausnahme zu § 137 BGB 69
2. Schwachpunkte der Literaturansichten 70
3. Vinkulierung als Inhaltsbestimmung und Beschränkung der Verfügungsbefugnis 72
a) Inhaltsbestimmendes Moment 73
b) Befugnisbeschränkendes Moment 74
4. Zwischenergebnis 77
C. Ergebnis 78

§ 5 Gestaltungsmöglichkeiten 79

A. Rechtslage bei der GmbH 79
I. Zustimmungsabhängigkeit 80
1. Zustimmung der Gesellschaft 80
2. Zustimmung der Gesellschafterversammlung 82
3. Zustimmung der Gesellschafter 82
4. Zuständigkeit sonstiger Organe oder Dritter 83
5. Zustimmungsmodalitäten 86
II. Abhängigkeit von weiteren Handlungen 88
III. Beschränkung auf Eigenschaften des Gesellschafters 89
IV. Gänzlicher Ausschluss der Übertragbarkeit 89
1. Wortlaut und systematische Erwägungen 90
2. Teleologische und historische Erwägungen 91
3. Verkehrsschutzgesichtspunkte 93
4. Ergebnis 94
B. Rechtslage bei der AG 95
I. Erklärungszuständigkeit 95
II. Entscheidungszuständigkeit 96
III. Verweigerungsgründe 98

2. Teil: Pfändung und Beschlagnahme 100

§ 6 Rechtslage bei der GmbH 100

A. Pfändung in der Einzelzwangsvollstreckung 100
I. Wirksamkeit des Pfändungsbeschlusses 101
II. Umfang der Pfändung 103
1. Geschäftsanteil 103
2. Vermögensrechte 106
3. Verwaltungsrechte 108
III. Kein Pfändungsschutz 111
1. Einfluss des § 851 ZPO 111
a) Bedeutung des § 851 Abs. 1 ZPO 111
b) Interessenausgleich durch § 851 Abs. 2 ZPO 112
2. Rechtsprechung zur rechtsgeschäftlichen Verpfändung 114
IV. Ergebnis 116

B. Beschlagnahme in der Insolvenz 117
I. Zusammensetzung der Insolvenzmasse 118
II. Beeinflussung der Gesellschaftsinteressen 118
1. Folgen der Beschlagnahme 119
2. Stellung des Insolvenzverwalters 120
3. Berücksichtigung der Gläubigerinteressen durch den Insolvenzverwalter 121
4. Keine Aus- oder Absonderungsrechte 123
III. Ergebnis 124

§ 7 Rechtslage bei der AG 124

A. Pfändung in der Einzelzwangsvollstreckung 125
I. Pfändungsmodalitäten 125
1. Pfändung bei bestehendem Gewahrsam 125
2. Pfändung bei Aktien in Verwahrung 126
3. Rechtspfändung von (Namens-)Aktien 129
a) De lege lata 129
b) De lege ferenda 132
II. Umfang der Pfändung 134
III. Kein Pfändungsschutz 137

B. Beschlagnahme in der Insolvenz 138

3. Teil: Verwertung 139

§ 8 Rechtslage bei der GmbH 139

A. Verwertung in der Einzelzwangsvollstreckung 140
I. Uneingeschränkte Verwertung nach herrschender Meinung 141
II. Herleitung der Geltung von Vinkulierungsklauseln bei der Verwertung 142
1. Rechtsformunabhängige Betrachtung 143
a) Hoheitlicher Charakter der Zwangsvollstreckung 144
b) Zugriffsumfang in der Zwangsvollstreckung 146
aa) Aussagegehalt des § 851 Abs. 2 ZPO 147
bb) Bedeutung des § 851 Abs. 2 ZPO für gesellschaftsrechtliche Vinkulierungsklauseln 148
c) Schlussfolgerungen für gesellschaftsrechtliche Vinkulierungsklauseln 150
aa) Rechtsnatur der Vinkulierungsklauseln 151
bb) Einschränkung des Geltungsbereichs der Vinkulierungsklauseln 153
(1) Übergang kraft Erbfolge 154
(2) Übergang infolge Umwandlung 155
(3) Einlieferung von Aktien in Sammelverwahrung 157
(4) Zwischenergebnis 158
cc) Vergleich zu den Personengesellschaften 158
d) Interessenabwägung 159
aa) Ausgangspunkt 159
bb) Gegenüberstehende Gläubigerinteressen 160
cc) Interessen des Schuldners bzw. Gesellschafters 162
dd) Interessenlage der Gesellschaft 163
e) Zwischenergebnis 164
2. Rechtsformspezifische Betrachtung 165
a) Wortlaut des § 15 Abs. 5 GmbHG 166
b) Historische Auslegung des § 15 Abs. 5 GmbHG 167
c) Systematische Erwägungen 169
aa) Ablösungsrecht der Gesellschaft 170
bb) Zwangseinziehung der Geschäftsanteile 172
cc) Erwerbsrecht und Zwangsabtretung an Dritte 175
dd) Ausschluss des Gesellschafters 177
ee) Zwischenergebnis 177

d) Teleologische Erwägungen 178
aa) Konzeption von AG und GmbH 179
bb) Interessenausgleich in der GmbH 181
cc) Gestaltungsmöglichkeiten der Vinkulierung in der GmbH 182
(1) Unterschiedliche Gestaltungen in der Zwangsvollstreckung 182
(2) Vereinbarkeit mit dem Formalisierungsgedanken der Zwangsvollstreckung 184
e) Zwischenergebnis 185
3. Unterschiedliche Verwertungsarten und Vinkulierung 185
a) Öffentliche Versteigerung 186
b) Freihändiger Verkauf 188
c) Verwertungsanordnung des Gerichts 189
4. Ergebnis 190
III. Folgen der Verwertung ohne Berücksichtigung der Vinkulierung 191
1. Hoheitliche Verwertung in der Zwangsvollstreckung 191
a) Ausgangspunkt der Hoheitlichkeit der Vollstreckung 192
b) Notwendigkeit der Berücksichtigung materiellrechtlicher Wertungen 194
2. (Schwebende) Unwirksamkeit der Übertragung 196
3. Ergebnis 198
IV. Rechtsschutzmöglichkeiten der Gesellschaft 198
1. Rechtsschutz gegen die Verwertung selbst 198
2. Möglichkeiten der Gesellschaft bei Verwertung ohne Zustimmung 200
3. Ergebnis 201

B. Verwertung in der Insolvenz 201
I. Keine Beachtung der Vinkulierungsklauseln nach herrschender Meinung 201
II. Verwertungspflicht im Innenverhältnis 203
III. Verfügungsbefugnis in der Insolvenz 204
1. Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nach § 80 Abs. 1 InsO 205
2. Keine Anwendung des § 80 Abs. 2 S. 1 InsO 207
3. Erweiterte Befugnisse des Insolvenzverwalters 208
4. Befugnisse in der Eigenverwaltung 208
5. Zwischenergebnis 209

IV. Keine teleologische Extension des § 80 Abs. 1 InsO 209
1. Telos des § 80 Abs. 1 InsO 210
2. Berücksichtigung der Gläubigerinteressen 211
3. Berücksichtigung der Gesellschaftsinteressen 212
a) Berücksichtigung von Interessen Dritter in der Insolvenz 213
b) Übertragung auf Gesellschaftsinteressen 214
aa) Verhältnis von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht 214
(1) Einfluss des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) 215
(2) Einfluss des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) 217
(3) Gesamtbewertung 218
bb) Berücksichtigungsfähige Gesellschaftsinteressen 219
4. Ausgleich zwischen Gläubiger- und Gesellschaftsinteressen 220
V. Folgen der Verwertung ohne Zustimmung 220
1. Grundsätzliche schwebende Unwirksamkeit der Übertragung 221
2. Keine abweichende Bewertung durch §§ 166, 168 InsO 221
3. Haftung des Insolvenzverwalters gem. § 60 InsO 223
VI. Behandlung im Insolvenzplan- und Restrukturierungsverfahren 224
1. Insolvenzplanverfahren 224
2. Restrukturierungsverfahren 226
3. Zwischenergebnis 227
VII. Ergebnis 227

§ 9 Rechtslage bei der AG 228

A. Verwertung in der Einzelzwangsvollstreckung 228
I. Art der Verwertung 228
II. Einschränkung der Verwertbarkeit 230
1. Aktienrechtliche Literatur 230
a) Keine Berücksichtigung der Vinkulierung 231
b) Berücksichtigung der Vinkulierung 232
2. Zustimmungsbedürftigkeit der Aktienverwertung 233
a) Wörtliche und historische Auslegung des § 68 AktG 233

b) Systematische Erwägungen 234
aa) Ablösungsrecht der Gesellschaft 235
bb) Zwangseinziehung der Aktien 236
cc) Ausschluss aus wichtigem Grund 237
dd) Zwischenergebnis 237
c) Teleologische Erwägungen 238
aa) Konzeption der Aktiengesellschaft 238
bb) Interessenausgleich 239
d) Zwischenergebnis 240
3. Unterschiedliche Verwertungsarten und Vinkulierung 241
4. Ergebnis 241
III. Rechtsschutzmöglichkeiten 242

B. Verwertung in der Insolvenz 242

4. Teil: Zustimmungsentscheidung 244

§ 10 Ermessen im Rahmen der Zustimmungsentscheidung 245

A. Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen 245

B. Ermessensfaktoren 246
I. Satzungsregelungen 247
II. Vinkulierungszweck 247
III. Gleichbehandlungsgrundsatz 249
IV. Treuepflicht 250
1. Rechtsdogmatische Grundlage 252
2. Schutzrichtungen der Treuepflicht 257
a) Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft 258
b) Treuepflicht der Gesellschafter untereinander 259
c) Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern 260
aa) „Kali und Salz“-Rechtsprechung zur materiellen Beschlusskontrolle 262
bb) Genese der Treuepflicht der Gesellschaft 263
cc) Treuepflichtbindung bei der Zustimmungsentscheidung 267
dd) Zwischenergebnis 268
3. Inhalt und Intensität der Treuepflicht 269
a) Allgemeine Erwägungen 269

b) Ausprägung der Treuepflicht bei der Anteilsübertragung 273
V. Interessenabwägung 274
1. Interessen der Gesellschaft 274
2. Interessen des veräußerungswilligen Gesellschafters 276
3. Interessen der Gesellschafter 277

C. Ermessensreduzierung in Zwangsvollstreckung und Insolvenz 278
I. Möglichkeit der Ermessensreduzierung auf Null 278
II. Rechtsprechung zur Zustimmungsentscheidung außerhalb der Vollstreckung 279
1. Berücksichtigung der Satzungsregelungen 279
2. Interessenabwägung zugunsten der Zustimmung 280
3. Keine Ermessensreduzierung bei rein vertraglicher Bindung 281
4. Zwischenergebnis 282
III. Zustimmungsentscheidung in Zwangsvollstreckung und Insolvenz vor dem Hintergrund der Treuepflicht 282
1. Geltung der Treuepflicht in Zwangsvollstreckung und Insolvenz 283
2. Ermessensreduzierung aufgrund der Vermögenssituation 285
a) Ermessensreduzierung in der Zwangsvollstreckung 286
b) Ermessensreduzierung im Insolvenzverfahren 288

D. Ergebnis 289

§ 11 Prozessuale Aspekte der Ermessensentscheidung 290

A. Statthafte Klageart 290
I. Zuständigkeit der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung 290
1. Anfechtungsklage 291
2. Positive Beschlussfeststellungsklage 292
3. Leistungsklage 294
4. Zwischenergebnis 297
II. Zuständigkeit anderer Organe oder der (Einzel-)Gesellschafter 298

B. Prozessführungsbefugnis 300

C. Darlegungs- und Beweislast 303

D. Einstweiliger Rechtsschutz 303

5. Teil: Schluss 308

§ 12 Vorschläge für gesetzgeberisches Handeln 308

A. Regelungsbedarf bezüglich der Anteilspfändung 308

B. Regelungsbedarf bezüglich der Verwertung 309

I. Klarstellung der Geltung der Vinkulierung 309

II. Weitergehender Handlungsbedarf zum Schutz der Gläubiger des Gesellschafters? 310

1. Anknüpfen an die Zustimmungsentscheidung 310

2. Befristung des Geltungsbereichs 311

3. Bewertung der Handlungsoptionen 312

III. Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung 313

§ 13 Zusammenfassung in Thesen 313

Literaturverzeichnis 321

Einleitung

Von *Girmes*[1] bis *Suhrkamp*[2] – gerät eine Gesellschaft in die Krise, erregt dies nicht nur die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit, sondern ebnet zugleich den Weg für juristische Diskussionen. Folge solcher Krisen sind nicht selten zahlreiche Probleme im Hinblick auf die Binnenordnung der Gesellschaft oder deren Haftung. Nicht minder schwer wiegt der in dieser Arbeit betrachtete Fall der Krise des Gesellschafters. Denn auch diese kann erhebliche Auswirkungen auf die – an der Krisensituation mitunter unbeteiligte – Gesellschaft haben. Gerade, wenn der betroffene Gesellschafter eine nicht unerhebliche Beteiligung hält, kann der Gesellschaft – bei zwangsweiser Verwertung dieser Beteiligung – nicht zuletzt eine feindliche Übernahme drohen. Während die Gesellschaft sich gegen eine solche ungehinderte Zirkulation von Anteilen mittels Vinkulierungsklauseln nach § 15 Abs. 5 GmbHG bzw. § 68 Abs. 2 AktG versucht abzusichern, kann eine Wirksamkeit dieser Schutzvorkehrung in der Krisensituation – respektive bei der Verwertung im Rahmen der Zwangsvollstreckung oder Insolvenz – in Anbetracht der höchstrichterlichen Rechtsprechung[3] nicht als gesichert gelten. Die Interessen der Gesellschaft und die Interessen der Gläubiger des Gesellschafters sind bei der Frage der Beachtlichkeit der Vinkulierung vermeintlich entgegengesetzte Pole. Letztlich mündet die zugrunde liegende Thematik im Konflikt von Gesellschaftsrecht und Insolvenz- bzw. Zwangsvollstreckungsrecht, die sich im Rahmen des Haftungszugriffes beinahe diametral gegenüberstehen. Dieser Konflikt besteht zum einen im Fall der Haftung der Gesellschaft selbst, aber zum anderen – für die vorliegende Untersuchung entscheidender – ebenso auf der Ebene der Haftung des Gesellschafters. Die Krise des „Einzelnen" wird nicht zuletzt angesichts der aktuellen wirtschafts- und gesellschaftspolitischen

---

1 BGHZ 129, 136 = NJW 1995, 1739; ausführlich dargestellt bei *Schmolke*, in: Gesellschaftsrechts-Geschichten, S. 435.

2 Vgl. dazu nur die – aus einer ganzen Reihe weiterer Entscheidungen entnommenen – Entscheidungen LG Frankfurt a. M. NZG 2013, 1315 sowie NZG 2013, 1064. Ein Kurzüberblick über den Verfahrensverlauf findet sich bei *Schäfer*, ZIP 2015, 1208 (1208 f.).

3 Vgl. nur BGHZ 32, 151 = NJW 1960, 1053 (1053); BGHZ 65, 22 = NJW 1975, 1835 (1836) jeweils für die GmbH; für die AG siehe hingegen BGH NJW 1987, 1019 (1020).

Umstände in Zukunft kein Einzelfall bleiben, sondern zunehmend in den Fokus rücken[4] – mit entsprechend erhöhtem Konsolidierungsbedarf sowohl in wissenschaftlicher als auch praktischer Hinsicht.

§ 1 Problemstellung

Der angesprochene Konflikt und der dadurch bedingt zu schaffende Ausgleich zwischen Gläubiger-, Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen kommt gerade im Fall der vinkulierten Gesellschaftsanteile in der Zwangsvollstreckung und der Insolvenz des Gesellschafters zum Vorschein und bietet Anknüpfungspunkte für grundlegende Fragen des Gesellschafts-, Vollstreckungs- und allgemeinen Zivilrechts. Die Untersuchung beschränkt sich – angesichts deren rechtstatsächlicher Verbreitung[5] – auf vinkulierte Kapitalgesellschaftsanteile bei der GmbH und der AG. Während bei diesen *de iure* zwar die freie Veräußerlichkeit der Gesellschaftsanteile der Grundsatz ist, zeigt sich *de facto* ein anderes Bild: Bei Aktiengesellschaften sind diese immerhin in etwa 40 % der untersuchten Gesellschaften vorhanden.[6] Bei den Gesellschaften mbH sind Vinkulierungsklauseln in etwa 75 %[7] der Satzungen vorzufinden. Der Anteil bei den Gesellschafts-

---

4 Während die Zahlen für Insolvenzen von 2010 bis 2020 rückläufig waren, bleibt abzuwarten, wie sich diese in den Folgejahren entwickeln werden. Der deutliche Rückgang der Insolvenzen im Jahr 2020 wird nicht zuletzt auch auf die Regelungen des COVInsAG (BGBl. I 2020, S. 569), die unter anderem eine zeitweilige Aussetzung der Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO beinhalteten, zurückzuführen sein. Zu den Insolvenzzahlen vgl. https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Tabellen/lrins01.html (zuletzt abgerufen am 1. Februar 2022).

5 Zur rechtstatsächlichen Verbreitung der beiden Gesellschaftsformen *Kornblum*, GmbHR 2021, 681 (682): Zum 1. Januar 2021 gab es demnach ca. 1,37 Millionen Gesellschaften mbH und ca. 13.800 Aktiengesellschaften.

6 Bei den nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften lag der Anteil gar bei ca. 52 %, vgl. insgesamt *Bayer/Hoffmann,* AG 2007, R375 (R376), die im Rahmen einer Untersuchung Satzungen von 399 deutschen Aktiengesellschaften ausgewertet haben, wobei nur Gesellschaften erfasst wurden, die ab dem 1. Januar 2007 neu gegründet und eingetragen worden sind oder eine Satzungsänderung mit Eintragung ab diesem Tag durchgeführt haben.

7 Die Untersuchung von *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, GmbHR 2007, 953 (955) wertete stichprobenartig die Satzung von jeder sechsten zwischen dem 1. Januar 2016 und 30. März 2017 in Thüringen gegründeten GmbH aus. Nach Aussage der Autoren sind, zumindest in Bezug auf Neugründungen, keine größeren Divergenzen

gründungen mit mehr als einer Person betrug sogar 97 %.[8] Die Präsenz von Vinkulierungsklauseln und damit ihre praktische Relevanz ist letztlich weitaus größer, als die gesetzliche Ausgangslage es vermuten ließe.

Die Effektivität von Vinkulierungsklauseln für die jeweils verfolgten Zwecke wird indes spätestens in der Zwangsvollstreckung und Insolvenz auf die Probe gestellt. Ob und wie Vinkulierungsklauseln in diesen speziellen Haftungssituationen Geltung beanspruchen können, ist nicht vollends geklärt – insbesondere da das Meinungsbild zwischen GmbH und AG stark variiert und insgesamt inhaltliche Brüche aufweist. Überraschenderweise wird für die vom Grundtypus eher personalistisch ausgestaltete GmbH – auch höchstrichterlich –[9] davon ausgegangen, dass diese bei der Verwertung in Zwangsvollstreckung und Insolvenz keinen Schutz durch die Vinkulierungsklausel erfährt, während für die „als äußerste[n] Konsequenz des kapitalistischen Prinzips“[10] konstruierte AG das Gegenteil mehrheitlich vertreten wird.[11] Bei der GmbH wird den Gläubigerinteressen letztlich der Vorzug gegenüber den Gesellschaftsinteressen gegeben: Die Haftungsordnung siegt über die Gesellschaftsordnung. Eine eingehende Begründung, die sich von formelhaften Argumenten abhebt, lassen sowohl die Rechtsprechung als auch ein Großteil der Literaturansichten vermissen.

Zu verkürzt ist schließlich eine alleinige Betrachtung der gesellschaftsrechtlichen oder vollstreckungsrechtlichen Gegebenheiten. Die Frage nach der Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Vinkulierungsklauseln findet ihre Grundlage letztlich in allgemeinen zivilrechtlichen Fragestellungen – im Spannungsfeld zwischen dem Schutz des Rechtsverkehrs und dem Schutz der Privatautonomie. Zugleich wurzelt sie in allgemeinen Erwägungen zur Natur der Mitgliedschaft und den sich daraus ergebenden Konsequenzen. Bereits in diesem Punkt mangelt es oftmals an einer genauen Ausarbeitung. Als Folge ist auch die dogmatische Einordnung der gesellschaftsrechtlichen Vinkulierungsklauseln insgesamt nur unzureichend aufgearbeitet. Nicht zuletzt stellt sich im Rahmen der Verwertung die bei der Gestaltung der Wirtschaftsordnung allgegenwärtige Frage

---

zu anderen Bundesländern zu vermuten, sodass sich die Ergebnisse auf die ganze Bundesrepublik übertragen lassen.

8 *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, GmbHR 2007, 953 (955 f.).

9 Vgl. BGHZ 32, 151 = NJW 1960, 1053 (1053); BGHZ 65, 22 = NJW 1975, 1835 (1836), jeweils als *obiter dictum*.

10 So die Formulierung in RT-Drucks. I. Sess. 1890/92, Aktenstück Nr. 660, S. 3728.

11 Zu den Meinungsbildern noch vertieft unter § 8 A. I. und § 8 B. I. sowie § 9 A. II. 1. und § 9 B.

der bestmöglichen Berücksichtigung der tangierten Interessen.[12] Konkret müssen die Interessen der Gläubiger des Gesellschafters mit den Gesellschaftsinteressen in Einklang gebracht werden. Oder pathetischer formuliert: Es bedarf des Ausgleichs von Vollstreckungs- und Gesellschaftsrecht; eine Thematik, die wiederholt auch im Zentrum gesetzgeberischer Reformen[13] steht. Die in der Literatur anzufindenden Erklärungsansätze für die (Nicht-)Berücksichtigung der Vinkulierungsklauseln in Zwangsvollstreckung und Insolvenz leiden indes oftmals darunter, dass eine Rückbindung an die allgemeinen Grundlagen nicht vollzogen wird und die Materie losgelöst von diesen betrachtet wird. Auch im Rahmen der Zustimmungsentscheidung sind – insbesondere mit Blick auf eine Ermessensreduzierung infolge der Treuepflicht – die Grundlagen noch nicht vollständig geklärt. Gerade in Bezug auf eine mögliche Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber dem einzelnen Gesellschafter bedarf es der weiteren Konturierung dieser – in der bisherigen Diskussion vernachlässigten – Schutzrichtung der Treuepflicht. Ebenso sind die prozessualen Aspekte der Zustimmungsentscheidung nur unzureichend aufgearbeitet.

Das Ziel der Arbeit ist daher, die (Nicht-)Geltung von Vinkulierungsklauseln vor dem Hintergrund der allgemeinen Grundlagen und den zugrunde liegenden gesetzlichen Wertungen herzuleiten, um damit einen dogmatischen Ausgangspunkt zu schaffen. Aufbauend auf diesen allgemeinen Grundlagen lassen sich sodann, jeweils rechtsformunabhängig und rechtsformspezifisch, konkrete Schlussfolgerungen für den Geltungsbereich der Vinkulierung ziehen. In Anbetracht der grundlegend gleichen Ausgangssituation bietet sich eine gemeinsame Untersuchung von GmbH und AG an. Unterschiede in Bezug auf die Ausgestaltung der Gesellschafts-

---

12 So formuliert das BVerfG bspw. in BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38): „Mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellt sich dem Gesetzgeber ein Problem praktischer Konkordanz. Am Zivilrechtsverkehr nehmen gleichrangige Grundrechtsträger teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Ziele verfolgen. Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht nur das Recht des Stärkeren gelten. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden."

13 Zuletzt in Form des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I 2011, S. 2582) und durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I. 2020, S. 3256). Zu diesen noch unter § 8 B. IV. 3. b) aa) und § 8 B. VI.

formen und deren rechtliches Umfeld werden zugleich gesondert und jeweils einzeln analysiert. Die dadurch gefundenen rechtsformunabhängigen Grundlagen und Prinzipien dienen letztlich der „Konsolidierung des Gesellschaftsrechts“[14], um die übergreifenden Fragestellungen angemessen handhaben zu können. Stets wird dabei der angemessene Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Beteiligten zu beachten sein, wobei – dies sei vorweggenommen – eine einzelfallbezogene Betrachtung der starren, bisher im GmbH-Recht praktizierten,[15] (Nicht-)Berücksichtigung vorzuziehen ist.

§ 2 Gang der Untersuchung

Zu diesem Zweck werden im 1. Teil der Arbeit die für ein Verständnis der Vinkulierungsklauseln erforderlichen Grundlagen erarbeitet und erörtert. Neben den mit der Vinkulierung verfolgten Zwecken und den Gestaltungsmöglichkeiten bei GmbH und AG bedarf es insbesondere der Erörterung der Rechtsnatur der Vinkulierungsklauseln. Die darauf aufbauende Untersuchung folgt letztlich der zeitlichen Abfolge in Zwangsvollstreckung und Insolvenz; GmbH und AG sollen dabei im Ausgangspunkt getrennt betrachtet werden. Der 2. Teil thematisiert dementsprechend die Pfändung und die Beschlagnahme der Geschäftsanteile bzw. Aktien, wobei insbesondere die Auswirkungen einer Vinkulierung der Gesellschaftsanteile auf dieser Ebene untersucht werden. Die grundsätzlich unbeschränkte Pfändungsmöglichkeit der Gesellschaftsanteile zugrunde gelegt, stellt sich im zentralen 3. Teil unweigerlich die Frage, ob Vinkulierungsklauseln bei der nachfolgenden Verwertung Berücksichtigung finden oder auch hier ohne Auswirkungen auf die Vollstreckung bleiben. Durchaus überraschend spaltet sich in diesem Punkt das Meinungsbild zwischen GmbH-rechtlicher und aktienrechtlicher Literatur. In einer rechtsformunabhängigen Betrachtung, die für GmbH und AG gleichermaßen Gel-

14 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 3 III 2 (S. 53); auch *Habersack*, in: Festschrift Canaris (2017), S. 813 (835) betont die Bedeutung der Herauskristallisierung allgemeiner Strukturprinzipien.

15 Exemplarisch die Formulierung in BGHZ 65, 22 = NJW 1975, 1835 (1836): „§ 15 V GmbHG, wonach der Gesellschaftsvertrag die Abtretung der Anteile von der Genehmigung der Gesellschaft oder anderen Voraussetzungen abhängig machen kann, gilt als Ausnahme von dem Grundsatz des § 137 S. 1 BGB nur für die freiwillige Veräußerung […]. Insofern räumt das Gesetz der Befriedigung des Gläubigers den Vorrang vor dem berechtigten Interesse der Gesellschaft ein“.

tung beansprucht, soll bereits die Ausgangssituation der grundsätzlichen Beachtlichkeit der Vinkulierungsklauseln in der Zwangsvollstreckung herausgearbeitet werden. Anschließend soll spezifisch für die GmbH betrachtet werden, ob deren Ausgestaltung eine andere Bewertung rechtfertigt. Auch für die Insolvenz gilt es, darauf aufbauend die Wirkung der Vinkulierungsklauseln zu verdeutlichen. Nach Abschluss der Untersuchungen für GmbH-Geschäftsanteile stellt sich die Frage der Wirkung der Vinkulierungsklauseln gleichermaßen bei vinkulierten Aktien in Zwangsvollstreckung und Insolvenz. Der abschließende 4. Teil geht sodann auf die im Rahmen der Übertragung vinkulierter Gesellschaftsanteile zu erfolgende Zustimmungsentscheidung ein und soll die Möglichkeit der Ermessensreduzierung für die Fälle der Zwangsvollstreckung in die Anteile und der Insolvenz des Gesellschafters umreißen. Insofern gilt es, die berechtigten Gesellschaftsinteressen in angemessenen Ausgleich mit den Gesellschafter- und mittelbar den betroffenen Gläubigerinteressen zu bringen. Zugleich ist auf die prozessuale Durchsetzbarkeit der Zustimmungsentscheidung einzugehen. Abrunden sollen die Arbeit, neben der Zusammenfassung in Thesen, einige Anregungen zur Anpassung der geltenden Rechtslage.

1. Teil: Gesellschaftsrechtliche Vinkulierungsklauseln

Bevor auf die Funktionen der Vinkulierung (§ 3), die Rechtsnatur gesellschaftsrechtlicher Vinkulierungsklauseln (§ 4) und etwaige Gestaltungsmöglichkeiten (§ 5) eingegangen wird, bedarf es zunächst der Konturierung des Begriffs der Vinkulierung. Im Gesetz selbst wird dieser Begriff nicht verwendet. Es wird vielmehr in § 68 Abs. 2 AktG davon gesprochen, dass die „Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft" gebunden wird, und in § 15 Abs. 5 GmbHG davon, dass die Abtretung „an weitere Voraussetzungen geknüpft" werden kann. Oftmals wird der Begriff der Vinkulierung auf den Inhalt der aktienrechtlichen Regelung reduziert. So wird Vinkulierung als Bindung der Übertragung von Gesellschaftsanteilen an die Zustimmung der Gesellschaft definiert.[16] Indes ermöglicht § 15 Abs. 5 GmbHG ausweislich seines Wortlauts auch weitere Gestaltungen. Unter Vinkulierung soll demnach zunächst allgemein die statutarische Einschränkung der Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen verstanden werden.[17] Inwiefern damit weitere Gestaltungsmöglichkeiten als die reine Zustimmungsabhängigkeit einhergehen, ist eine Frage, die sich nach den gesetzlichen Vorgaben richtet und nicht bereits von vornherein auf rein begrifflicher Ebene eingeschränkt werden soll.[18]

§ 3 Vinkulierungsklauseln im Dienste der Konfliktprävention

Vinkulierungsklauseln werden verbreitet eine Vielzahl von Zwecken bzw. Funktionen zugesprochen, deren Ausprägung je nach Ausgestaltung der Gesellschaft variiert. Angesichts der Unterschiede von Gesellschaften in

16 Siehe nur *Roth*, in: Tilch/Arloth, Deutsches Rechtslexikon Bd. 3, S. 4647 zum Begriff „Vinkulierung"; wohl auch das Verständnis bei *Altmeppen*, in: Altmeppen, GmbHG, § 15 Rn. 97.

17 So auch das überwiegende Verständnis in der GmbH-rechtlichen Literatur, vgl. *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, § 15 Rn. 130; *Pfisterer*, in: Hk-GmbHG, § 15 Rn. 71; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 15 Rn. 37; *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 15 GmbHG Rn. 82; *Weller/Reichert*, in: MüKoGmbHG, § 15 Rn. 361.

18 So schränkt § 68 Abs. 2 AktG die Vinkulierungsmöglichkeit von vornherein auf die Zustimmungsabhängigkeit ein; ähnlich § 12 Abs. 1 WEG und § 5 ErbbauRG.

Größe, Zusammensetzung, Organisation etc. lassen sich sämtliche verfolgten Funktionen jedoch nicht im Detail darstellen. Vielmehr sollen die geläufigsten Funktionen systematisiert und in einen gemeinsamen Kontext gesetzt werden. Die verfolgten Funktionen bzw. Zwecke sind insofern von Bedeutung, als sie zum einen die Auslegung der jeweiligen Vinkulierungsklausel – und damit deren Reichweite – beeinflussen und zum anderen insbesondere für die Ermessensentscheidung[19] relevant werden.

A. Schutzfunktion

Die wohl am meisten erörterte und prominenteste Funktion ist der Schutz vor Überfremdung: Mit Hilfe von Vinkulierungsklauseln soll verhindert werden, dass unerwünschte Dritte – insbesondere auch potenzielle Konkurrenten – Gesellschaftsanteile an der Gesellschaft (er-)halten und die damit verbundenen Rechte ausüben.[20] Dies gilt insbesondere für das Informationsrecht und das Stimmrecht in der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung.

Das Interesse an einem wirksamen Überfremdungsschutz ist dabei naturgemäß umso größer, je konstitutiver die persönliche Kenntnis und ein darauf aufbauendes Vertrauen für die Zusammenarbeit der Gesellschafter ist.[21] Gerade bei geschlossenen Kapitalgesellschaften und kleineren oder mittleren Unternehmen sind Übertragungsbeschränkungen elementar.[22]

---

19 Vgl. dazu noch § 10 B. II.

20 Vgl. BGHZ 48, 163 = NJW 1967, 1963 (1964 f.); OLG Celle NZG 2005, 279 (280). Auch in der Literatur findet der Überfremdungsschutz am meisten Beachtung, vgl. nur *Bayer*, in: MüKoAktG, § 68 Rn. 36; *Weller/Reichert*, in: MüKoGmbHG, § 15 Rn. 362; *Heckschen*, in: Heckschen/Heidinger, Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 4 Rn. 378; *Scheller*, in: MHdb. GesR IX, § 17 Rn. 7 f.; *Mittermeier*, Beteiligungskontrolle, S. 42 ff.; *Knur*, in: Festschrift Flume Bd. II, S. 173 (182); *A. Sigle*, in: Festschrift W. Sigle, S. 301 (310); *Häger/Wilts*, WiB 1995, 409 (409 f.); *Marquart*, WiB 1994, 537 (538); *Otte*, ZKM 2018, 126 (127); *Ulmer*, ZHR 149 (1985), 28 (28).

21 So *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, § 15 Rn. 130; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 26 IV 1 d (S. 778), § 35 II 1 b (S. 1047); *Asmus*, Vinkulierte Mitgliedschaft, S. 44; *Koch*, Vinkulierung, S. 22; *Reichert*, Zustimmungserfordernis, S. 50; *Fischer*, GmbHR 1953, 131 (135); *Lutter/Grunewald*, AG 1989, 109 (109); *Westermann/Menger*, DWiR 1991, 143 (151).

22 Für geschlossene Kapitalgesellschaften *Fleischer*, NZG 2014, 1081 (1083), der auch auf die fehlende Konturierung des Begriffes der geschlossenen Kapitalgesellschaft verweist; vgl. auch *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 103 f.

Es ist deshalb nicht überraschend, wenn Vinkulierungsklauseln insbesondere für Satzungen von Familiengesellschaften – unabhängig davon, ob sie als AG oder GmbH organisiert sind – empfohlen werden.[23] Auf diese beschränkt sich der Anwendungsbereich jedoch nicht. Vielmehr ist an eine Implementierung stets dann zu denken, wenn eine unkontrollierte Zirkulation der Gesellschaftsanteile verhindert werden soll.[24] Der Überfremdungsschutz ist dabei nicht bloßer Selbstzweck, sondern hat darüber hinaus zugleich einen ökonomischen Nutzen: Oftmals sind es nicht in erster Linie die rechtlichen, sondern die sozialen Normen, die das Verhalten der Beteiligten bestimmen und somit erheblichen Einfluss auf die Erreichung des Unternehmensziels haben.[25] Ein unter den Gesellschaftern bestehendes Vertrauensverhältnis sowie gemeinsame Ziel- und Wertevorstellungen fördern ein effizientes gemeinsames Handeln in der Gesellschaft.[26]

---

23 Ausführlich *Scheller*, in: MHdb. GesR IX, § 17 Rn. 1 ff.; ferner *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 12 Rn. 6; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 26 IV 1 d (S. 778), § 35 II 1 b (S. 1047); *A. Sigle*, in: Festschrift W. Sigle, S. 301 (310); *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201 (204); *Deumling*, DB 1964, 1689 (1689); *Hennerkes/May*, NJW 1988, 2761 (2767); *Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 (1249 f.); *Marquart*, WiB 1994, 537 (538); *Mohr*, GmbH-StB 2003, 329 (331); *Scherer*, BB 2010, 323 (323); *Uhlenbruck*, DB 1967, 1927 (1928); *Wälzholz*, DStR 2004, 779 (781).

24 Dies ist u. a. der Fall bei Start-ups, *Hupka*, notar 2021, 316 (318); bei Mitarbeiterbeteiligungen, *Weitnauer*, GWR 2020, 127 (129); *Weitnauer*, GWR 2017, 391 (391); *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 841 (848); bei Venture-Capital-Finanzierungen, *Weitnauer*, in: Weitnauer, Hdb. Venture Capital, Teil F Rn. 189; *Möllmann/Möllmann*, BWNotZ 2013, 74 (83); ferner *Jasper*, in: MHdb. GesR III, § 24 Rn. 171.

25 Dazu *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 92. Diese positiven Auswirkungen werden unter dem Stichwort „Sozialkapital" zum Großteil in der amerikanischen Literatur untersucht. Siehe bspw. *Bolino/Turnley/Bloodgood*, Academy of Management Review 27 (2002), 505 (506 f.); insgesamt zur Entwicklung des Forschungsfelds „Sozialkapital" in der amerikanischen Literatur *Kwon/Adler*, Academy of Management Review 39 (2014), 412 (412 ff.). Zur Bedeutung in geschlossenen Kapitalgesellschaften siehe *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 89 ff.

26 *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 91; allg. *Lieder*, Rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 180 f.; vgl. auch *Kirchner*, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät HU Berlin, S. 937 (946); ferner *Leana/van Buren*, Academy of Management Review 24 (1999), 538 (548); *Mustakallio/Autio/Zahra*, Family Business Review 15 (2002), 205 (206); *Arregle/Hitt/Sirmon/Very*, Journal of Management Studies 44 (2007), 73 (77); deutlich *Zhang/Guo/Zhao*, International Journal of Production Research 55 (2017), 4304 (4304).

B. Kontrollfunktion

Zugleich kann mit Vinkulierungsklauseln eine Kontrolle in verschiedener Hinsicht gewährleistet werden, die letztlich ebenfalls im Gesamtkontext der Konfliktprävention zu sehen ist.

I. Kontrolle der Beteiligungsverhältnisse

Eng mit dem Überfremdungsschutz verbunden ist die Zwecksetzung, die Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft zu kontrollieren. Dadurch, dass die Übertragung nicht nur dem einzelnen Gesellschafter selbst obliegt, sondern weitere Voraussetzungen hinzutreten, wird eine Kontrollinstanz geschaffen. Es ist somit möglich, die Aufrechterhaltung der aktuellen Beteiligungsverhältnisse zu kontrollieren und zu verhindern, dass es zu einer Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse bzw. zum Erreichen bestimmter Beteiligungsschwellen kommt.[27] Am bedrohlichsten scheint dabei das bereits eingangs skizzierte Szenario einer potenziellen feindlichen Übernahme, zu deren präventiven Abwehr sich auch Vinkulierungsklauseln eignen können.[28] Ohne Vinkulierungsklausel wäre eine Information über einen relevanten Beteiligungserwerb nur gegeben, soweit die Mitteilungspflichten der §§ 20, 21 AktG bzw. § 33 WpHG ausgelöst werden[29] – Vinkulierungsklauseln intensivieren diesen Schutz. Abgesehen von den Auswirkungen veränderter Mehrheitsverhältnisse auf die Willensbildung in der Gesellschaft, können veränderte Mehrheiten zudem zu einer unerwünschten Eingliederung in einen Konzern führen. Durch die Kontrolle

---

27 So auch *Bayer*, in: MüKoAktG, § 68 Rn. 37; *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 15 GmbHG Rn. 82; *Scheller*, in: MHdb. GesR IX, § 17 Rn. 11; *Mittermeier*, Beteiligungskontrolle, S. 46 f.; *Reichert*, Zustimmungserfordernis, S. 50; *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung, S. 84 f.; *Burgi*, in: Festschrift Hüffer, S. 63 (77); *Blasche*, RNotZ 2013, 515 (516); *Ehlke*, DB 1995, 561 (563). Erwähnt von OLG Celle, NZG 2005, 279 (280).

28 Dieses – oft auch medienwirksame – Szenario in den Blick nehmend *Wirth*, DB 1992, 617; *Marquardt*, WiB 1994, 537; *Schanz*, NZG 2000, 337 (341). *Bayer*, ZGR 2002, 588 (591) verweist jedoch darauf, dass aufgrund der Schwierigkeiten einer nachträglichen Einführung der Vinkulierung diese in der konkreten Übernahmesituation nur sehr eingeschränkt Abhilfe schafft.

29 Gegenüber der GmbH können dabei einzig die Mitteilungspflichten aus § 21 AktG relevant werden, die jedoch nur dann einschlägig sind, wenn der Beteiligungserwerb durch eine AG (bzw. KGaA oder SE) erfolgt.

der Beteiligungsverhältnisse mittels Vinkulierung kann die Entstehung einer Abhängigkeit i. S. d. § 17 AktG verhindert werden.[30]

Speziell bei der GmbH & Co. KG bzw. AG & Co. KG können Vinkulierungsklauseln ferner als Verzahnungsinstrument dienen, um einen Gleichlauf der Beteiligungen an der GmbH bzw. AG und der KG zu gewährleisten.[31]

II. Kontrolle der Leistungsfähigkeit

Zudem kann in bestimmten Konstellationen eine Leistungsfähigkeitskontrolle der Gesellschafter notwendig sein. Zum einen besteht eine solche Notwendigkeit dann, wenn die Gesellschafter besondere Nebenleistungspflichten vereinbart haben.[32] Zum anderen besteht ein Bedürfnis zur Leistungsfähigkeitskontrolle, wenn die Einlagepflicht aus § 19 Abs. 1 GmbHG bzw. § 54 Abs. 1 AktG nicht voll erfüllt ist, damit die Gesellschaft vor einem Ausbleiben der Zahlung geschützt wird.[33] Da insbesondere in der Versicherungswirtschaft zur Risikovorsorge von der Möglichkeit der nur

---

30 Zur Gefahr der Konzerneingliederung *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 8.57 f.; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 12 Rn. 6; *Blasche*, RNotZ 2013, 515 (516). Die §§ 15–19 AktG sind dabei aufgrund ihrer rechtsformneutralen Formulierung auf Unternehmen jeglicher Rechtsform anwendbar, vgl. nur *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, Anh. zu § 13 Rn. 41; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 930.

31 *Mayer/Albrecht vom Kolke*, in: Hölters/Weber, AktG, § 68 Rn. 10; *Reichert/Ullrich*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 48 f.; *K. Schmidt*, in: Festschrift Westermann, S. 1425 (1427 f.); siehe auch *Beckmann*, DStR 1995, 296 (299 f.); *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201 (203); *Blasche*, RNotZ 2013, 515 (523); *K. Schmidt*, GmbHR 2011, 1289 (1290). Diese Verzahnung ist insb. in der Einheitsgesellschaft notwendig, zu dieser ausführlich *v. Bonin*, RNotZ 2017, 1.

32 *Cahn*, in: BeckOGK AktG, § 68 Rn. 29; *Weller/Reichert*, in: MüKoGmbHG, § 15 Rn. 363; *Mittermeier*, Beteiligungskontrolle, S. 48 f.; *Völker*, Vinkulierung, S. 33; *Heller/Timm*, NZG 2006, 257 (257); *Liebscher*, ZIP 2003, 825 (826); *Lutter/Grunewald*, AG 1989, 109 (109). Nach § 55 Abs. 1 S. 1 AktG ist eine Vinkulierung gar explizit Voraussetzung zur Auferlegung weiterer Verpflichtungen.

33 Die Möglichkeit der Teilleistung der Einlage eröffnen § 7 Abs. 2 GmbHG und § 10 Abs. 2 AktG. *Lutter/Drygala*, in: KölnKommAktG, § 68 Rn. 57 f.; *Asmus*, Vinkulierte Mitgliedschaft, S. 46; *Burgi*, in: Festschrift Hüffer, S. 63 (77); *Ulmer*, in: Festschrift Schmidt-Rimpler, S. 261 (261); *Heller/Timm*, NZG 2006, 257 (257). Der Schutz der Gläubiger der Gesellschaft wird dabei bereits durch die Regelung des § 9 AktG sichergestellt, vgl. *Drygala*, in: KölnKommAktG, § 54 Rn. 2.

teilweisen Einlagenleistung Gebrauch gemacht wird, sind Vinkulierungsklauseln dort verbreitet.[34]

III. Kontrolle der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben

Die Kontrolle des Gesellschafterkreises kann ferner aus gesetzlichen Gründen erforderlich sein. So fordert § 28 Abs. 5 S. 2, S. 3 WPO (ggf. i. V. m. § 130 Abs. 2 S. 2 WPO) für Wirtschaftsprüfungs- und Buchprüfungsgesellschaften, dass bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH die Übertragung der Anteile an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Das Gleiche gilt nach der aktuell geltenden Fassung des § 50 Abs. 5 S. 2, S. 3 StBerG für Steuerberatungsgesellschaften. Mit der Vinkulierung soll in beiden Fällen durch die Einschränkung der Handelbarkeit der Anteile die Unabhängigkeit der Berufsausübung durch den Vorstand bzw. die Geschäftsführung sichergestellt werden.[35] Mit der ab dem 1. August 2022 geltenden Neufassung des § 55a Abs. 2 S. 1 StBerG n. F.[36] wird die Zustimmung nunmehr der Gesellschafterversammlung vorbehalten, um die Gesellschafter davor zu schützen, mit nicht sozietätsfähigen Personen verbunden zu werden, weshalb auch explizit nicht das Geschäftsführungsorgan entscheidungsbefugt sein soll.[37]

Ein Bedürfnis für Vinkulierung kann bereits nach geltendem Recht zudem bei Rechtsanwalts- bzw. Patentanwaltsgesellschaften bestehen, da eine Zugehörigkeit zur Gesellschaft – als Berufsausübungsgesellschaft[38] – nur

---

34 Vgl. die Satzung der Allianz SE, ausführlich zu dieser *Fleischer/Chatard*, in: Große Gesellschaftsverträge, S. 479 (529); *Bayer*, in: MüKoAktG, § 68 Rn. 35; *Cahn*, in: BeckOGK AktG, § 68 Rn. 29; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 68 Rn. 10; *Sailer-Coceani/Kraft*, in: MHdb. GesR IV, § 14 Rn. 15; *Schinzler*, Namensaktie, S. 33; *Kerber*, WM 1990, 789 (790). Nach einer Untersuchung von *Held*, ZfV 1998, 97 (98 f.) hatten im Jahr 1997 32 von den 36 an der Börse notierten Versicherungs-Aktiengesellschaften vinkulierte Namensaktien.

35 *Gehre/Koslowski*, in: Koslowski, StBerG, § 50 Rn. 20. Für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften siehe *Timmer*, in: Hense/Ulrich, WPO, § 28 Rn. 2.

36 Vgl. Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 7. Juli 2021 (BGBl. I 2021, S. 2363). Die Regelung der WPO wurde hingegen nicht entsprechend geändert und steht nunmehr den anderen berufsrechtlichen Vorschriften in diesem Punkt nach.

37 BT-Drucks. 19/27670, S. 283.

38 BT-Drucks. 13/9820, S. 14; vgl. *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 59e Rn. 1.

Angehörigen der in § 59e Abs. 1 BRAO[39] bzw. § 52e Abs. 1 PAO genannten Berufe vorbehalten ist, sodass mit der Vinkulierung eine diesbezügliche Kontrolle ermöglicht wird.[40] Mit der ab 1. August 2022 in Kraft tretenden Änderung der BRAO bzw. PAO[41] wird nach § 59i Abs. 2 S. 1 BRAO n. F. bzw. § 52i Abs. 2 S. 1 PAO n. F. die Übertragung von Gesellschaftsanteilen bei Berufsausübungsgesellschaften zwingend an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung gebunden sein müssen. Dies soll sicherstellen, dass nur die in § 59c Abs. 1 S. 1 BRAO n. F. bzw. § 52c Abs. 1 S. 1 PAO n. F. genannten Personen Gesellschaftsanteile erwerben können.[42]

Ähnlich der aktuell geltenden berufsrechtlichen Vorschriften sieht § 277 KAGB vor, dass AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften mit den Anlegern zu vereinbaren haben, dass die Anteile oder Aktien nur an professionelle und semiprofessionelle Anleger übertragen werden dürfen.[43] Auch für Luftfahrtunternehmen ist eine Vinkulierung zur Aufrechterhaltung der

---

39 § 59e Abs. 1 S. 1 BRAO verweist zur Bestimmung der zulässigen Berufsträger auf § 59a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BRAO. Dieser wurde vom BVerfG für mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar und teilweise nichtig erklärt, soweit Rechtsanwälten eine gemeinsame Berufsausübung mit Ärzten oder Apothekern im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft untersagt wird, vgl. BVerfGE 141, 82 = NJW 2016, 700; dazu *Ring*, WM 2016, 957. Zur Verfassungswidrigkeit des § 59e Abs. 2 S. 1 BRAO bzw. der Parallelvorschrift des § 52e Abs. 2 S. 1 PAO vgl. BVerfGE 135, 90 = NJW 2014, 613. Durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 7. Juli 2021 (BGBl. I 2021, S. 2363) wird die Verbindung mit anderen Berufen in § 59c Abs. 1 S. 1 BRAO n. F. nunmehr umfassender geregelt, um den Anforderungen des BVerfG zu genügen. Entsprechendes gilt für § 52c Abs. 1 S. 1 PAO n. F.

40 *Merkt*, in: GroßkommAktG, § 68 Rn. 202. Dies gilt zumindest, wenn man nicht schon eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB annimmt, so *Bormann/Strauß*, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anw. BerufsR, § 59e BRAO Rn. 7; *Pfisterer*, in: Hk-GmbHG, § 15 Rn. 3; konkludent *Passarge*, NJW 2005, 1835 (1837); wohl auch BGHZ 161, 376 = NJW 2005, 1568 (1571) unter Hinweis auf eine Sicherstelllung der Einhaltung der Bestimmung des § 59e BRAO durch die Satzung; a. A. (Nichtigkeit nach § 134 BGB) *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 59e Rn. 12; *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 15 GmbHG Rn. 10; *Weller/Reichert*, in: MüKoGmbHG, § 15 Rn. 8.

41 Vgl. Art. 1, 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 7. Juli 2021 (BGBl. I 2021, S. 2363).

42 BT-Drucks. 19/27670, S. 192, 257; dazu mit kritischen Anmerkungen *Saenger/Kunzmann*, NZG 2021, 1477, 1480 f.

43 Nach h. M. genügt dabei für die von § 277 KAGB geforderte schriftliche Vereinbarung erst recht eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die § 1 Abs. 6 S. 1 Var. 2

Luftverkehrsbetriebsgenehmigung und der Luftverkehrsrechte gem. § 2 Abs. 1 S. 1 LuftNaSiG erforderlich.[44] Ebenfalls diskutiert wird die Notwendigkeit einer Vinkulierung bei Immobilien-Aktiengesellschaften (REIT-Aktiengesellschaften), die zum Erhalt der steuerrechtlichen Privilegierung des § 16 Abs. 1 S. 1 REITG einen Überblick über die Beteiligungsstruktur haben müssen (vgl. § 11 REITG).[45]

IV. Ermöglichung eines kontrollierten Desinvestments

Die bisher genannten Gründe sprechen tendenziell für möglichst restriktiv wirkende Vinkulierungsklauseln. Sofern in der Literatur nur solche Zwecke betrachtet werden, scheint diese rein protektionistische Betrachtungsweise verkürzt, um das Konglomerat der betroffenen Interessen darzustellen. Bei der Gestaltung der Vinkulierungsklauseln ist gleichzeitig zu beachten, dass jeder Gesellschafter in die Situation kommen kann, aus der Gesellschaft ausscheiden zu wollen. Die Berücksichtigung des Desinvestitionsinteresses ist zwar kein Zweck von Vinkulierungsklauseln im engeren Sinn, muss jedoch nicht, wie vielfach angenommen,[46] mit diesen in Konflikt stehen und sollte zwingend bei der Implementierung einer Vinkulierung berücksichtigt werden. Das Fehlen einer Exit-Option aus der Gesellschaft kann sonst dazu führen, dass Gesellschafter in der Gesellschaft „eingesperrt" werden (sog. *Lock-in*), was zu erheblichen gesellschaftsinternen Konflikten führen kann.[47] Dies wird gerade vor dem Hintergrund

---

KAGB ausdrücklich vorsieht, so *Lorenz*, in: Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, § 277 Rn. 2; *Zirlewagen*, in: Emde/Dornseifer/Dreibus, KAGB, § 277 Rn. 6.

44 Vgl. dazu *Than*, in: Festschrift Nobbe, S. 791 (794 f.), der herausarbeitet, dass die Motivation zur Einführung vinkulierter Namensaktien bei der Lufthansa AG darin bestand, einen Überblick über die Staatsangehörigkeit der Aktionäre zu haben, um somit die Einhaltung der rechtlichen Anforderung zu kontrollieren.

45 Dazu *Hahn*, ZGR 2006, 805 (828 f.). Ablehnend mit Blick auf die ungewollte Einschränkung der Verkehrsfähigkeit *Merkt*, in: GroßkommAktG, § 68 Rn. 207; *Schroeter*, AG 2007, 531 (535); ebenfalls ablehnend mit Blick auf die fehlende Effektivität bei Treuhandkonstruktionen *Wieneke/Fett*, NZG 2007, 774 (776). Offener hingegen *Quass/Becker*, AG 2007, 421 (430); noch vor Beschluss des REITG sprachen sich für eine gesetzlich verpflichtete Vinkulierung *Klühs/Schmidtbleicher*, ZIP 2006, 1805 (1808 f.) aus.

46 *K. Schmidt*, GmbHR 2011, 1289 (1295); *Weller*, ZGR 2012, 386 (393 f.); ausdrücklich a. A. *Loritz*, NZG 2007, 361 (362).

47 So *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 77 ff.; siehe auch *Scheller*, in: MHdb. GesR IX, § 17 Rn. 9; *Immenga*, Personalistische Kapitalgesellschaft, S. 301, der

veränderter Beteiligungsstrukturen deutlich, in denen nicht mehr Privatgesellschafter, sondern institutionelle Akteure wie internationale Fondsgesellschaften oder Banken das Bild dominieren.[48] Eine zu strikte Vinkulierung, die an einen Austritt zu hohe Hürden knüpft, stellt einen nicht zu unterschätzenden negativen Investitionsfaktor dar:[49] Der Wert der Aktie wird durch die Vinkulierung und durch die Möglichkeit der Realisierung nicht unerheblich beeinflusst.[50] Sofern es sich dabei um reine Investments handelt – was nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 BörsZulV auch börsengehandelte Aktien vinkuliert sein können, möglich ist –, ist das Interesse zur Desinvestition naturgemäß hoch.[51] Bei der Gestaltung von Übertragungsbeschränkungen ist somit zugleich das Interesse am Austritt bzw. an Desinvestition zu beachten, sodass diese nicht zu restriktiv gestaltet werden sollten. Vinkulierungsklauseln sollten vielmehr als Chance verstanden werden, die Desinvestition mitbestimmen zu können.

C. Konfliktprävention

Bei Betrachtung der vielfältigen Zwecke, die mit einer Einführung von Vinkulierungsklauseln verfolgt werden können, fällt ins Auge, dass die grundlegende Veranlassung – unter (teilweiser) Ausnahme der speziellen

---

die Gefahr jedoch auch ohne Vinkulierungsklauseln darin sieht, dass bei der personenbezogenen GmbH aufgrund des fehlenden Marktes eine Veräußerung faktisch ausgeschlossen ist; ebenso *Weller*, ZGR 2012, 386 (393 f.).

48 Zu den Entwicklungen bei der AG siehe *Seibert*, AG 2015, 593 (596); zur GmbH vgl. *Loritz*, NZG 2007, 361 (361).

49 So auch *Merkt*, in: GroßkommAktG, § 68 Rn. 245; *Quass/Becker*, AG 2007, 421 (430) weisen darauf hin, dass die Vinkulierung die Attraktivität und damit den Preis von Aktien beeinflussen kann. Auch das OLG Dresden GmbHR 2004, 1080 (1080) erkennt an, dass die freie Veräußerlichkeit dazu dient, dem Gesellschafter „Flexibilität in seinem unternehmerischen oder finanziellen Engagement zu erhalten. Mittelbar erhöht die freie Verfügbarkeit auch den Wert des Geschäftsanteils".

50 Nach BGHZ 153, 47 = NJW 2003, 1032 (1034) – „Macroton" stellt der Verkehrswert wie die Verkehrsfähigkeit einen Teil der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG dar. Zum Einfluss der Vinkulierung auf den Verkehrswert BGHZ 202, 133 = ZIP 2014, 1442 (1448) – „Suhrkamp"; OLG Dresden, GmbHR 2004, 1080 (1080); *Burgi*, in: Festschrift Hüffer, S. 63 (79); *Hahn*, in: ZGR 2006, 805 (829).

51 Dies gilt gerade bei Venture-Capital-Beteiligungen, vgl. *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, S. 704 f.; *Loritz*, NZG 2007, 361 (362); *Möllmann/Möllmann*, BWNotZ 2013, 74 (83).

gesetzlichen Erfordernisse,[52] die mitunter eigenen Regelungszwecken folgen – die Konfliktprävention ist. Ein Gesellschaftsvertrag ist ein unvollständiger bzw. relationaler Vertrag, der auf eine langfristige Kooperation angelegt ist und von Grund auf mit Unsicherheiten bezüglich zukünftiger Entwicklungen und einem dadurch begründeten Konfliktpotenzial belastet ist.[53] Anders als ein reiner Austauschvertrag, der auf eine bzw. mehrere konkrete Handlungen gerichtet ist, steckt der Gesellschaftsvertrag als Organisationsvertrag die Bedingungen für künftige Handlungen ab.[54] Mit Vinkulierungsklauseln wird dabei allgemein der Zweck verfolgt, bereits dem Entstehen von Konflikten durch zukünftige Handlungen entgegenzuwirken: sei es durch die Kontrolle, wer überhaupt Zugang zur Gesellschaft erhält[55] oder wer wie viel Einfluss haben soll[56], sei es durch die Kontrolle der Leistungsfähigkeit[57] oder durch die Beachtung des Interesses an Desinvestition[58]. Die Festlegung einer Vinkulierung führt dazu, dass bereits im Vorfeld gewisse Situationen antizipiert werden. Dies scheint insbesondere deshalb vorzugswürdig, da oftmals sobald ein Konflikt einmal entstanden ist eine Lösung erheblich erschwert ist.[59] Werden die Parameter hingegen bereits zu Beginn in konfliktfreien Zeiten geregelt, ist eine konstruktive Auseinandersetzung leichter möglich, um interessengerechte Lösungen zu

---

52 Siehe § 3 B. III.

53 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 I 1 c (S. 94); *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung, S. 605 ff.; *Habersack*, in: Festschrift Canaris (2017), S. 813 (814); *Hellgart*, in: Festschrift Hopt Bd. I, S. 765 (770); *Fleischer*, NZG 2021, 949 (955) zum Gesellschaftsvertrag der OHG; *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (4 f.); vgl. ferner *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, S. 451. Allg. zu unvollständigen bzw. relationalen Verträgen *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse, 24.1.1 (S. 768 f.); *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, IV.3.1 (S. 167 ff.); *Jickeli*, Der langfristige Vertrag, S. 49 ff. Grundlegend zu unvollständigen Verträgen insb. die Arbeiten von *Oliver Hart*, so bspw. in *Grossman/Hart*, Journal of Political Economy 94 (1986), 691.

54 Siehe *Ulmer*, in: Festschrift Werner, S. 911 (912); zum Organisationscharakter allg. *Pentz*, in: MüKoAktG, § 23 Rn. 10; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 23 Rn. 7; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 5 I 1 (S. 75 ff.); grundlegend *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 133 ff.; ferner *Kirchner*, in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät HU Berlin, S. 937 (940 f.).

55 Zum Überfremdungsschutz § 3 A. Für die erhebliche Bedeutung des Sozialkapitals zur Konfliktprophylaxe plädiert insb. *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 92 ff.

56 Zur Kontrolle der Beteiligungsverhältnisse § 3 B. I.

57 Dazu § 3 B. II.

58 Dazu § 3 B. IV.

59 Dies gilt insb. für Familiengesellschaften, vgl. *Lange*, in: Festschrift Hennerkes, S. 135 (139 f.).

entwickeln.[60] Zugleich ist jedoch zu beachten, dass Vinkulierungsklauseln ein zweischneidiges Schwert sein können: Sofern sie dem gewollten Austritt eines Gesellschafters entgegenstehen und zu einem *Lock-in* führen, können sie konfliktbegründend wirken.[61] Bei der Gestaltung ist deshalb auch das begründete Interesse an Desinvestition in die Überlegungen einzubeziehen. Vinkulierungsklauseln können indes zur Konfliktprävention keinen vollumfänglichen Schutz bieten, sondern sollten sich in ein auf das Unternehmen angepasstes Gesamtgefüge an Satzungsbestimmungen sowie außerstatutarische Vereinbarungen einfügen. Zu den die Vinkulierung flankierenden Gestaltungen können insbesondere Einziehungs- und Ausschließungsklauseln, Vorerwerbsrechte, Put- und Call-Optionen, Stimmbindungs- und Poolverträge sowie Drag-Along- und Tag-Along-Klauseln in Erwägung gezogen werden.[62]

§ 4 Rechtsnatur von Vinkulierungsklauseln

Neben den Funktionen der Vinkulierung stellt sich insbesondere die Frage der dogmatischen Einordnung von statutarischen Vinkulierungsklauseln. Die Thematik ist nicht nur grundlegend, sondern auch für den Untersuchungsgegenstand von entscheidender Bedeutung. Zugleich weist sie jedoch in ihrer bisherigen Ausarbeitung in Literatur und Rechtsprechung zahlreiche Lücken und Defizite auf. Die zugrunde liegende Diskussion entfaltet sich dabei vornehmlich vor dem Hintergrund des § 137 BGB und der Betrachtung anderer, vermeintlich im Widerspruch stehender, rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen. Die dogmatische Einordnung der Vinkulierungsklauseln hat nicht nur Bedeutung für deren Klassifizierung in der Gesamtschau der rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen, sondern hat darüber hinaus konkrete Folgen für deren Wirkung

60 Für Familienunternehmen *Wälzholz*, in: Sudhoff, Familienunternehmen, § 16 Rn. 1; siehe auch *Ulrich/Vogt*, DS 2009, 305 (308), die sich zwar mit der Mediation durch einen Sachverständigen beschäftigen, aber auch allg. zu den Vorteilen der Konfliktvorbeugung Stellung beziehen. Insgesamt auch *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 85 f., 87.

61 Vgl. dazu auch *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, S. 488 f.; sowie bereits Fn. 47.

62 Im Überblick zu weiteren Vorkehrungen siehe nur *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201 (207 ff.); *Heckschen/Weitbrecht*, NZG 2019, 721 (736 f.); *Thelen*, RNotZ 2020, 121 (134 ff.).

in Zwangsvollstreckung und Insolvenz[63]. Das Verhältnis von Vinkulierungsklauseln zu den dort relevanten Bestimmungen lässt sich nur unter Berücksichtigung der Rechtsnatur der Vinkulierungsklauseln bestimmen.

A. Gegenstand der Vinkulierungsklauseln

Bevor eine systematische Einordnung von gesellschaftsrechtlichen Vinkulierungsklauseln erfolgen kann, bedarf es zuvorderst der Herausarbeitung, welches Recht(-sverhältnis) durch die Vinkulierung tangiert wird. Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 5 GmbHG bezieht sich die Beschränkung auf die Abtretung der Geschäftsanteile. Aus § 68 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 AktG ergibt sich, dass die Zustimmungsabhängigkeit sich auf die Übertragung der Namensaktien bezieht. Sowohl der GmbH-Geschäftsanteil als auch die Aktie verkörpern letztlich die Mitgliedschaft in der Gesellschaft.[64] Insofern beschränken Vinkulierungsklauseln die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft. Die Herausarbeitung des Wesens der Mitgliedschaft (I.) ist dabei nicht nur für einen dogmatisch sauberen Umgang mit dieser notwendig, sondern wirkt sich – neben den aus der Mitgliedschaft resultierenden Rechten und Pflichten[65] – auch konkret auf den Übertragungsmodus (II.) aus.

I. Wesen der Mitgliedschaft in Gesellschaften

Die Mitgliedschaft in den jeweiligen Gesellschaftstypen zeichnet sich durch unterschiedliche Rechte und Pflichten sowie Gestaltungen aus. Indes unterliegt jeder Mitgliedschaft das gleiche Grundkonstrukt, das den einzelnen Gesellschafter mit der Gesellschaft (und den übrigen Gesell-

---

63 Zu den Auswirkungen der Einordnung insb. unter § 8 A. II. 1. c) aa) und § 8 B. III.

64 Nach BVerfGE 100, 289 = NJW 1999, 3769 (3770) vermittelt das Aktieneigentum „die mitgliedschaftliche Stellung in einer Aktiengesellschaft". Für die GmbH formuliert das RG in RGZ 82, 167 (169), dass der Geschäftsanteil die durch die „Beteiligung am Gesellschaftsvermögen […] begründete Rechtsstellung des Gesellschafters und den hierdurch begründeten Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten" bezeichnet. Siehe auch *Dauner-Lieb*, in: KölnKommAktG, § 1 Rn. 25; *Fastrich*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 14 Rn. 3; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 14 Rn. 2, 13; *Kindl*, Gesellschaftsrecht, § 25 Rn. 1; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 11 Rn. 1.

65 Insb. für die Konturierung der Treuepflicht (dazu § 10 B. IV.) können die Erkenntnisse fruchtbar gemacht werden.

schaftern) verbindet.[66] Die Betrachtung der Mitgliedschaft in Gesellschaften erfolgt an dieser Stelle ganzheitlich und bezieht, insoweit über den Untersuchungsgegenstand hinausgehend, auch die Mitgliedschaft in Personengesellschaften ein. Der Mitgliedschaftsbegriff und die Rechtsnatur der Mitgliedschaft sind dabei längst nicht so eindeutig geklärt, wie man es angesichts ihrer Omnipräsenz im Gesellschaftsrecht erwarten würde.[67]

1. Die Mitgliedschaft im Regelungsgefüge des Gesellschaftsvertrages

Die Mitgliedschaft ist stets in Bezug auf die jeweilige Gesellschaft zu verstehen. Das einzelne Mitglied ist Teil einer Gruppe von Personen, die sich zu einem bestimmten Zweck für eine gewisse Dauer zusammenschließen.[68] Auch bei Kapitalgesellschaften sind die Mitglieder zentrales Element der Gesellschaft: keine Gesellschaft ohne Mitglieder, aber auch keine Mitgliedschaft ohne Gesellschaft.[69] Anders als bei der Stiftung, durch die mittels eines gewidmeten Vermögens ein bestimmter Zweck dauerhaft verfolgt

---

66 Zum einheitlichen Verständnis der Mitgliedschaft siehe nur *Leuschner*, in: MüKo-BGB, § 38 Rn. 3; *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 28 ff.; *Merkt*, ZfPW 2018, 300 (301). Zur Entwicklung in Lehre und Rspr. siehe auch *Lutter*, AcP 180 (1980), 84 (95 f.). Zum überholten dualistischen Mitgliedschaftsbegriff vgl. exemplarisch *Flume*, AT I/2 – Juristische Personen, § 8 I (S. 258 ff.); *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 240 ff., 353 ff.

67 Zuletzt mit ähnlicher Beurteilung *Merkt*, ZfPW 2018, 300 (301). Bereits *Müller-Erzbach*, Recht der Mitgliedschaft, S. 23 monierte die fehlende Konturierung des Mitgliedschaftsbegriffs. Die Rspr. setzt sich nur vereinzelt vor dem Hintergrund des deliktischen Schutzes i. R. d. § 823 Abs. 1 BGB mit der Mitgliedschaft auseinander, siehe zum Geschäftsanteil RGZ 100, 274 (278); zur Aktie RGZ 158, 248 (255); zum Mitgliedschaftsrecht im Verein BGHZ 110, 323 = NJW 1990, 2877 (2878) – „Schärenkreuzer".

68 So auch *Lutter*, AcP 180 (1980), 84 (89 f.); *Müller-Erzbach*, Recht der Mitgliedschaft, S. 33; *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 18; *Kindl*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 1; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 7 I 1 b (S. 168); *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung, S. 23; vgl. allg. RGZ 100, 1 (3); sowie insofern auch den Wortlaut des § 705 BGB.

69 *Foerster*, Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 47 statuiert, dass der Verband Voraussetzung für die Existenz der Mitgliedschaft, deren Bezugspunkt und Grundlage ist; siehe auch *Hadding*, in: Festschrift Steindorff, S. 31 (37); *Merkt*, ZfPW 2018, 300 (301); *K. Schmidt*, ZGR 2011, 108 (113 f.).