

79. **Wieweit geht die Verpflichtung der Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H., die sich dem Erwerber gegenüber verbindlich gemacht haben, die Abtretung eines Teiles eines Geschäftsanteils zu genehmigen?**

GmbHG. § 17.

II. Zivilsenat. Urt. v. 20. Juni 1918 i. S. F. und S. (Bell.) w. Erben Dr. Sem. (Kl.). Rep. II 489/15.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 28. Dezember 1903 trat der Beklagte F. als Mitgesellschafter der Gesellschaft m. b. H. „Kontorhaus Friedrichshof“ an den Rechtsvorgänger der Kläger Dr. Sem. „einen Teil von 12000 M von seinem Geschäftsanteil“

ab. Die Abtretung geschah in Ausführung des gleichfalls notariell beurkundeten Vertrags zwischen Dr. Sem. und den beiden Beklagten vom 9. Dezember 1903, wonach F. sich dem Sem. gegenüber verpflichtet hatte, diesem seinen ursprünglichen Geschäftsanteil von 4000 *M* sowie von einem von dem Mitbeklagten S. hinzuzuerwerbenden Anteil von 32000 *M* fernere 8000 *M* zu übertragen. Zu dieser Übertragung hatten in demselben Vertrage vom 9. Dezember 1903 die beiden Beklagten sich verpflichtet, als Gesellschafter, soweit erforderlich, die Genehmigung zu erteilen. Durch den Vertrag vom 28. Dezember 1903 ist Dr. Sem. in Ermangelung der nach § 17 Abs. 1 und 2 GmbHG. vorgeschriebenen Genehmigung der Gesellschaft Gesellschafter der Gesellschaft m. b. H. nicht geworden, wie auf Klage des Dr. Sem. gegen die Gesellschaft m. b. H. rechtskräftig festgestellt ist (vgl. das Urteil des erkennenden Senats RGZ. Bd. 85 S. 46).

Nach § 6 des Gesellschaftsvertrags der Gesellschaft m. b. H. kann kein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil oder einen Teil davon an Nichtgesellschafter ohne Genehmigung der Gesellschaft veräußern. Die hiernach zu gewährende Genehmigung hat der Aufsichtsrat zu erteilen. Diese Bestimmung ist unstreitig bereits während des Vorprozesses dahin geändert worden, daß zu einer Abtretung von Geschäftsanteilen und von Teilen von solchen die Genehmigung der Gesellschaft und des Aufsichtsrats erforderlich ist.

Die Kläger als Rechtsnachfolger des Dr. Sem. haben in erster Linie mit der gegenwärtigen Klage beantragt, beide Beklagte als Gesamtschuldner zu verurteilen, die schriftliche Genehmigung des „Kontorhaus Friedrichshof“, Gesellschaft m. b. H., sowohl wie des Aufsichtsrats dieser Firma zu der in dem notariellen Vertrage vom 28. Dezember 1903 beurkundeten Abtretung zu beschaffen. Außerdem haben die Kläger mehrere Hilfsanträge gestellt. Das Landgericht gab nur dem ersten Hilfsantrage statt, wonach beide Beklagte in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der Gesellschaft m. b. H. ihre Zustimmung zu der Abtretung vom 28. Dezember 1903 geben sollen; im übrigen wies es die Klage ab. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beklagten zurück, änderte aber auf Berufung der Kläger das Urteil dahin ab, daß es beide Beklagte, außer zur Abgabe der Willenserklärung, auch noch dazu verurteilte, daß die Gesellschaft m. b. H.

„Kontorhaus Friedrichshof“ und der durch den Gesellschaftsvertrag bestellte Aufsichtsrat über die Erteilung der Genehmigung zu dem notariellen Abtretungsvertrage vom 28. Dezember 1903 Beschluß faßten. Im übrigen verwarf es auch die Berufung der Kläger.

Hiergegen legten beide Teile Revision ein. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen, der Revision der Kläger wurde stattgegeben aus folgenden

Gründen:

„Was den Hauptantrag der Kläger anbelangt, die beiden Beklagten zu verurteilen, die Genehmigung zu der Abtretung vom 28. Dezember 1903 zu beschaffen, so haben sich durch den notariellen Vertrag vom 9. Dezember 1903 beide Beklagte dem Rechtsvorgänger der Kläger Dr. Sem. gegenüber verpflichtet, als Gesellschafter der Gesellschaft m. b. H., „soweit erforderlich“, die Genehmigung zu der Abtretung, zu welcher sich der Beklagte F. in demselben Vertrage gegenüber Dr. Sem. verpflichtete, zu erteilen. Abtreten sollte danach der Beklagte F. seinen Stammgeschäftsanteil von 4000 *M* und 8000 *M* von seinem ihm vom Beklagten S. zu übertragenden Geschäftsanteile. Durch Vertrag vom 28. Dezember 1903 hat nun aber F. dem Dr. Sem. in Ausführung des Vertrags vom 9. Dezember 1903 etwas anderes abgetreten, nämlich einen Teil von 12000 *M* von seinem Geschäftsanteile, d. h. von dem zu seinem Stammgeschäftsanteile von 4000 *M* von S. hinzu erworbenen Geschäftsanteile von 82000 *M*. Aus welchem Grunde der Gegenstand der Leistung im Abtretungsvertrage ein anderer geworden ist als in dem Vertrage vom 9. Dezember 1903, steht nicht fest. Wohl aber steht fest, daß der Beklagte F. und Sem. sich dahin geeinigt haben, die Abtretung vom 28. Dezember 1903 sollte als Erfüllung des Vertrags vom 9. Dezember 1903 gelten.

Es erhebt sich zunächst die Frage, ob die von dem Beklagten S. in dem Vertrage vom 9. Dezember 1903 übernommene Verpflichtung zur Erteilung seiner Genehmigung sich trotz der Verschiedenheit der abgetretenen Beteiligung auf die Abtretung vom 28. Dezember 1903 erstreckt. Das Berufungsgericht hat diese Frage ohne Rechtsirrtum bejaht. Es begründet die Bejahung damit, daß beiden Verträgen der Wille gemeinsam war, den Dr. Sem. zu einem Betrage von 12000 *M* als Gesellschafter zu beteiligen, und daß trotz der ver-

schiedenen Ausgestaltung dieser Beteiligung in beiden Verträgen wirtschaftlich der gewollte Erfolg derselbe war, daß insbesondere für S. die Abtretung, so wie sie in Wirklichkeit durch den Vertrag vom 28. Dezember 1903 vorgenommen ist, im Falle ihrer Rechtswirksamkeit keine anderen rechtlichen oder wirtschaftlichen Folgen herbeiführt, als es der Fall gewesen wäre, wenn die Abtretung so erfolgt wäre, wie sie nach dem ursprünglichen Vertrage vom 9. Dezember 1903 erfolgen sollte. Das Berufungsgericht entnimmt dies ohne Gesetzesverletzung insbesondere auch daraus, daß S. auf Befragen, welches Interesse er daran gehabt habe oder noch habe, wegen der abweichenden Gestaltung der Beteiligung seine Genehmigung zu verweigern, keine Aufklärung zu geben vermocht hat. Ob S., wie er in seiner Revision hervorhebt, ein Interesse daran hatte, daß Sem. überhaupt nicht als Gesellschafter aufgenommen werde, ist für die hier zu beantwortende Frage unerheblich, da S. ja durch den Vertrag vom 9. Dezember 1903 sich verpflichtet hatte, zu einer solchen Aufnahme mitzuwirken, einerlei, ob sie in seinem Interesse lag oder nicht. Nach diesem Vertrage war aber infolge der vom Berufungsgerichte festgestellten Umstände der Beklagte S. nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB. zur Genehmigung der Abtretung vom 28. Dezember 1903 in derselben Weise mitzuwirken verpflichtet, wie er dies hinsichtlich der im Vertrage vom 9. Dezember 1903 vorgesehenen Abtretung versprochen hatte. Eine Verneinung dieser Verpflichtung würde zu dem unbilligen Ergebnis führen, daß Dr. Sem., um die Erfüllung des in Geltung gebliebenen Vertrags vom 9. Dezember 1903 gegen S. zu erzwingen, erst die Abtretung vom 28. Dezember 1903 rückgängig machen und dann den F. zu einer Abtretung dem Vertrage vom 9. Dezember gemäß veranlassen müßte, ein Ergebnis, an dem der Beklagte S. nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein anderes Interesse haben könnte, als Dr. Sem. zu schädigen; diesem Interesse versagt die Rechtsordnung die Berücksichtigung. Die von der Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe sind verfehlt. . . .

Ist demnach davon auszugehen, daß beide Beklagte aus dem Vertrage vom 9. Dezember 1903 verpflichtet sind, als Gesellschafter der Gesellschaft m. b. H. „soweit erforderlich“, ihre Genehmigung zu der Abtretung vom 28. Dezember 1903 zu erteilen, so fragt es sich

weiter, wie weit diese Verpflichtung geht, ob nur dahin, wie das Landgericht annimmt, daß die Beklagten ihre Zustimmung zu der Abtretung geben, oder auch dahin, daß sie, wie das Berufungsgericht annimmt, auf eine Beschlußfassung der Gesellschaft und des Aufsichtsrats über die Erteilung der Genehmigung hinwirken, oder weiter, wie die Revision der Kläger geltend macht, dahin, daß die beiden Beklagten die schriftliche Genehmigung der Gesellschaft und des Aufsichtsrats beschaffen.

Das Berufungsgericht nimmt ohne Rechtsirrtum an, daß beide Beklagte durch den Vertrag vom 9. Dezember 1903 dem Dr. Sem. gegenüber sich verpflichtet haben, ihrerseits alles zu tun, was erforderlich ist, um die Rechtswirksamkeit der Abtretung von F. an Dr. Sem., wie sie schließlich in dem Vertrage vom 28. Dezember 1903 zum Vollzuge kam, eintreten zu lassen. Zur Rechtswirksamkeit ist aber erforderlich die namens der Gesellschaft von dem Geschäftsführer in der Form des § 17 Abs. 2 GmbHG. nach Zustimmung der Versammlung der Gesellschafter und des Aufsichtsrats zu erklärende Genehmigung. Im allgemeinen wird nun zwar ein Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H. in dieser Richtung nichts Weiteres tun können, als in der Versammlung der Gesellschafter seine Zustimmung zu der Abtretung zu geben. Die besonderen Verhältnisse der hier fraglichen Gesellschaft m. b. H. „Kontorhaus Friedrichshof“ machten aber den beiden Beklagten als Gesellschaftern eine weitergehende Einwirkung auf die Erteilung der Genehmigung, zu der sie sich beide in ein und demselben Vertrage verpflichtet hatten, möglich. Sie konnten und können noch jetzt die gesetzlich erforderliche Genehmigung durch Ausübung der ihnen als Gesellschaftern zustehenden Befugnisse herbeiführen, wenn sie nur wollen. Sie sind die alleinigen Gesellschafter der Gesellschaft m. b. H. Wenn sie pflichtgemäß beide zusammen die Abtretung genehmigen, liegt eine Genehmigung seitens der Versammlung der Gesellschafter vor. Nun muß zwar nach dem Gesellschaftsvertrage die Genehmigung des Aufsichtsrats hinzukommen. Die beiden Beklagten sind aber in der Lage, wenn sie wollen, den Gesellschaftsvertrag abzuändern, dem Aufsichtsrate die Befugnis zur Genehmigung zu nehmen, oder auch den Aufsichtsrat abuberufen und einen zur Genehmigung bereiten Aufsichtsrat an seine Stelle zu setzen. Der alleinige Geschäftsführer ist seit Begründung der Gesellschaft m. b. H. der Beklagte F. selbst. Sollte er etwa in dieser seiner Eigenschaft

sich weigern, die vorschriftsmäßige Genehmigung zu erteilen, so kann er von der Gesellschaft zur Erteilung angehalten werden.

Es ist deshalb nicht abzusehen, weshalb die Verpflichtung der Beklagten, wenn sie, wie das Berufungsgericht annimmt, dahin ging, ihrerseits alles zu tun, was erforderlich war, um die Rechtswirksamkeit der Abtretung eintreten zu lassen, sich darauf beschränken sollte, als Gesellschafter für die Genehmigung zu stimmen sowie Gesellschaft und Aufsichtsrat zu einer Beschlussfassung über die Frage der Genehmigung zu veranlassen. Der Aufsichtsrat insbesondere ist ein Organ der Gesellschaft, das die beiden Beklagten, solange sie die einzigen Gesellschafter der Gesellschaft m. b. H. sind und wenn sie zusammenhalten, wozu sie in der Frage der Genehmigung verpflichtet sind, nach Belieben ein- und ausschalten können. Ist die Annahme des Berufungsgerichts über den Inhalt der Verpflichtung der Beklagten richtig, so müssen sie, wie es der Hauptantrag der Kläger verlangt, diesen die hier fragliche Genehmigung der Gesellschaft m. b. H. und des Aufsichtsrats beschaffen. Und die Annahme des Berufungsgerichts ist gerechtfertigt bei einer den §§ 133, 157 BGB. entsprechenden Auslegung des Vertrags vom 9. Dezember 1903.

Der Eintritt des Dr. Sem. als Gesellschafter mit einer Beteiligung von 12000 M war bereits zur Zeit des ebenfalls am 9. Dezember 1903 zwischen den beiden Beklagten erfolgten Abschlusses des Gesellschaftsvertrags von beiden Beklagten gewollt, und zwar sofort nach der Eintragung der Gesellschaft m. b. H. in das Handelsregister, also zu einer Zeit, da die beiden Beklagten die alleinigen Gesellschafter sein mußten. Da ferner nach dem Gesellschaftsvertrage der Beklagte F. der einzige Geschäftsführer wurde und Dr. Sem. selbst Mitglied des Aufsichtsrats war (während von L., dem anderen Mitgliede des Aufsichtsrats, gar nicht behauptet ist, daß er der Erteilung der Genehmigung widerstrebte) und da gemäß § 6 des Gesellschaftsvertrags ohne Zustimmung des Dr. Sem. ein anderer außer den beiden Beklagten nicht Gesellschafter zu werden vermochte, so konnte die von den beiden Beklagten in dem Vertrage vom 9. Dezember 1903 übernommene Verpflichtung nur die Bedeutung haben, die Zulassung des Dr. Sem. als Gesellschafter vollständig zu sichern, weil damals nur die Zustimmung der Gesellschafter unsicher erscheinen konnte. Die von den beiden Beklagten übernommene Verpflichtung,

die Genehmigung zu der Abtretung als Gesellschafter, soweit erforderlich, zu erteilen, kann unter diesen Umständen nach Treu und Glauben nur dahin ausgelegt werden, daß diese Verpflichtung, nachdem die Genehmigung nicht rechtzeitig erteilt und in der Zwischenzeit ein anderer Aufsichtsrat an Stelle des im Gesellschaftsvertrage bestellten eingetreten ist, die Beklagten auch dazu verbindet, durch Ausübung der ihnen als Gesellschaftern zustehenden Befugnisse nicht nur die Zustimmung der Gesellschaft, sondern auch diejenige des Aufsichtsrats herbeizuführen, überhaupt alle der Genehmigung entgegenstehenden Hindernisse zu beseitigen, wozu übrigens der Beklagte F. als der zur Abtretung Verpflichtete schon nach § 433 Abs. 1 Satz 2, § 445 HGB. verbunden war.

Allerdings ist die zu dem Abtretungsvertrage vom 28. Dezember 1903 erforderliche Genehmigung, wie das Berufungsgericht ausführt, eine im freien Ermessen der Gesellschaft stehende Willenserklärung, die von dem einzelnen Gesellschafter nicht erzwungen werden kann. Daraus aber, daß im vorliegenden Falle weder die Gesellschaft m. b. H. noch deren Aufsichtsrat, sei es dem Veräußerer F., sei es dem Dr. Sem. gegenüber verpflichtet ist, die Genehmigung zu erteilen, folgt nicht, daß die beiden Beklagten nicht verurteilt werden dürfen, diese Genehmigung zu beschaffen. Denn unmöglich ist ihnen dies nicht, da sie als Gesellschafter auf die Bildung eines auf die Genehmigung gerichteten Willens der Gesellschaftsorgane einwirken können. Und zu einer solchen Einwirkung sind sie vertraglich verpflichtet. Handeln sie pflichtgemäß, so ist ein Beschluß aller Gesellschafter für die Genehmigung ohne weiteres gegeben. Bezüglich des Aufsichtsrats nimmt das Berufungsgericht selbst an, es stehe nicht fest, daß dieses Gesellschaftsorgan, wenn eine Genehmigung seitens der Gesellschafter vorliege, die Genehmigung versagen werde. Wie aber bereits ausgeführt, sind die beiden Beklagten als die alleinigen Gesellschafter jederzeit in der Lage, statt des bisherigen Aufsichtsrats, falls dieser nicht genehmigen will, einen anderen Aufsichtsrat einzusetzen oder auch das Erfordernis der Genehmigung des Aufsichtsrats zu beseitigen.

Der Verurteilung der Beklagten nach dem Hauptantrage der Kläger steht auch der von den ersteren behauptete, von den letzteren nicht bestrittene Umstand nicht entgegen, daß die Gesellschafterversammlung und der Aufsichtsrat bereits im Jahre 1914 die Ge-

nehmung ausdrücklich versagt haben. Abgesehen davon, daß nicht behauptet ist, es sei auf Grund jener Beschlüsse seitens des Geschäftsführers namens der Gesellschaft den Klägern die Verweigerung der Genehmigung erklärt worden, können sich die Beklagten auf jene Beschlüsse schon deshalb nicht berufen, weil sie den Klägern gegenüber vertraglich verpflichtet und auch in der Lage waren, auf Versagung der Genehmigung lautende Beschlüsse der hier fraglichen Gesellschaftsorgane zu verhindern. Beide Gesellschaftsorgane können ihre früheren Beschlüsse aufheben und ihre Zustimmung zur Erteilung der Genehmigung noch beschließen. Daß es den beiden Beklagten als den alleinigen Gesellschaftern nicht unmöglich ist, einen der Genehmigung zustimmenden Beschluß nicht nur der Gesellschafterversammlung, sondern auch des Aufsichtsrats herbeizuführen, ist bereits ausgeführt.“ . . .