
Datum: 03.06.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 101/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:0603.18U101.03.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 22 O 524/02

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 5.6.2003 verkündete Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts Köln (22 O 524/02) abgeändert.

Es wird festgestellt, dass die Übertragung der Gesellschaftsanteile an der Klägerin durch die Beklagten zu 1) a) – c) auf die Beklagte zu 2. im Zusammenhang mit dem notariellen Vertrag vor Notar G M X, L, vom 27.12.2001, UR-Nr. xx1/01, unwirksam ist und dass die Beklagten zu 1), nicht aber die Beklagte zu 2) Gesellschafter der Klägerin sind.

Von den Kosten der 1. Instanz trägt die Klägerin 36% der Gerichtskosten sowie die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3). Die Beklagten zu 1) a) bis c) und 2) tragen jeder die Gerichtskosten sowie die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu jeweils 16%.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagten zu 1) a) bis c) und 2).

Im übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten jeweils selber.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung des Prozessgegners gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht der jeweilige Prozessgegner vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe erbringt.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e

I.

Die Klägerin ist ein mittelständisches Familienunternehmen, das seit über 130 Jahren im Verkehrswegebau tätig ist. Zwischen einzelnen Gesellschaftern und der Klägerin gab und gibt es eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten. Im vorliegenden Fall geht es um die Wirksamkeit der Übertragung von Gesellschaftsanteilen durch die Beklagten zu I.) a - c) auf die Beklagte zu 2) vor dem Hintergrund der Satzungsregelungen der Klägerin über die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an Dritte und die Einräumung eines Vorkaufsrechts für die verbliebenen Gesellschafter.

In der Satzung der Klägerin, wegen deren weiteren Inhalts auf Anlage 1 zur Klageschrift verweisen wird, heißt es u.a. in § 5: "Verkauft ein Gesellschafter einen Geschäftsanteil oder den Teil eines Geschäftsanteils an andere Personen als einen Gesellschafter oder den Ehegatten oder Abkömmling eines Gesellschafters, so haben die übrigen Gesellschafter ein Vorkaufsrecht innerhalb eines Monats, nachdem der Gesellschaft der Kaufvertrag abschriftlich zugestellt worden ist. ... Der Geschäftsanteil kann dem dritten Erwerber frühestens nach fruchtlosem Ablauf der für die Ausübung des Vorkaufsrechtes bestimmten Frist übertragen werden."

Die Beklagten zu 1) a - c) sind als Abkömmlinge der früheren Gesellschafterin N H Gesellschafter der Klägerin mit insgesamt 13% am Stammkapital der Klägerin (5 Millionen DM) beteiligt,

- O, E 150.000,00 Nennbetrag sowie 61.600,00 DM

- C, S 150.000,00 Nennbetrag sowie 66.600,00 DM

- H, I 150.000,00 Nennbetrag sowie 66.800,00 DM,

insgesamt also mit 645.000,00 DM (329.783,26 €).

Am 27.12.2001 schlossen die Beklagten zu I) a - c) vor dem Notar X einen Gesellschaftsgründungs- und Übertragungsvertrag ab, wegen dessen Inhalts auf Anlage 3 zur Klageschrift Bezug genommen wird.

In Abschnitt A. wurde die H Verwaltungs GmbH (Beklagte zu 2) mit einem Stammkapital in Höhe von 25.500 € errichtet, der Beklagte zu 3.) zum Geschäftsführer bestimmt und im Rahmen einer Gesellschafterversammlung eine Erhöhung des Stammkapitals um 1.500,00 € auf 27.000 € beschlossen. Die Beklagten zu I) a - c) sollten je einen Erhöhungsbetrag von

500,00 € übernehmen und ihre Stammeinlage jeweils als Sacheinlage erbringen, und zwar in Form der Einbringung ihrer Geschäftsanteile an der Klägerin.

In § I des Abschnittes D (Einbringungsvertrag) ist die Erklärung der Beklagten zu I) a) - c) enthalten, dass sie zur Belegung der Stammeinlagen "mit sofortiger Wirkung" ihren jeweiligen Geschäftsanteil an der Klägerin an die Beklagte zu 2) abtreten. 12

Im § 4 des Abschnittes D versichern die Beklagten zu I) a) - c), dass nach dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin keine Zustimmung der Gesellschaft pp. erforderlich sei zur Einbringung der Anteile in die Beklagte zu 2), dass sie ohne Beschränkung frei seien, die Anteile an Dritte zu übertragen und dass die Einbringung der Geschäftsanteile in die Beklagte zu 2) kein Recht der Mitgesellschafter der Klägerin zum Vorkauf oder Ankauf begründe. In diesem Zusammenhang heißt es weiterhin: 13

"Für den Fall, daß Mitgesellschafter der Gebr. von der Y GmbH ein nach deren Ansicht bestehendes Vorkaufs- oder Ankaufsrecht anlässlich der Einbringung der Geschäftsanteile in die H Verwaltungs GmbH geltend machen, sind die die Geschäftsanteile einbringenden Gesellschafter der H Verwaltungs GmbH nicht einseitig berechtigt, die Rückübertragung der eingebrachten Geschäftsanteile von der H Verwaltungs GmbH zu verlangen. Sie sind vielmehr verpflichtet, die H Verwaltungs GmbH von allen Ansprüche der Mitgesellschafter der Gebr. von der Y GmbH freizustellen." 14

Abschnitt D § 4 enthält eine Haftungsfreistellungsklausel zugunsten des Notars bezogen auf die Einbringung der Geschäftsanteile an der Klägerin und wegen evtl. Ansprüche von deren Mitgesellschaftern aus Vorkaufs-/Ankaufrechten. 15

Aus dem Gesellschaftsvertrag der Beklagten zu 2) ergibt sich, dass diese berechtigt ist, andere ihr ähnliche Unternehmen zu erwerben oder sich an solchen zu beteiligen sowie stille Beteiligungen einzugehen und stille Gesellschafter aufnehmen kann. 16

Am 10.1.2002 zeigte der Beklagte zu 3) der Klägerin die Übertragung der Gesellschafteranteile an. Einzelne Mitgesellschafter der Klägerin erklärten daraufhin binnen Monatsfrist (vorsorglich) die Ausübung ihres Vorkaufsrechts. 17

Am 24.6. 2002 beschloss die Gesellschafterversammlung der Klägerin, diese zu beauftragen, gerichtlich feststellen zu lassen, dass die Übertragung der Geschäftsanteile an die Beklagte zu 2) unwirksam sei. 18

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass die Übertragung der Geschäftsanteile der Beklagten zu 1) a) - c) auf die Beklagte zu 2) unwirksam sei; sie stelle ein unzulässiges Umgehungsgeschäft dar, weil versucht werde, die in § 5 der Satzung der Klägerin vorgesehene Vorkaufsregelung zugunsten der übrigen Mitglieder zu unterlaufen. 19

Insoweit liege ein Verstoß gegen die Satzung der Klägerin schon darin, dass nach § 5 Übertragungen frühestens nach Ablauf der für die Ausübung des Vorkaufsrechts bestimmten Frist möglich seien, der Übertragungsvertrag aber die sofortige Wirkung der Übertragung feststelle. 20

Die Klägerin hat gegenüber den Beklagten zu 1) a) – c) und zu 2) beantragt, 21

festzustellen, dass die Übertragung der Geschäftsanteile an der Klägerin durch die Beklagten zu I.) a) - c) auf die Beklagte zu 2) im Zusammenhang mit dem notariellen Vertrag vor Notar G M X, L, vom 27. Dezember 2001, UR-Nr. xx1/01 unwirksam ist. 22

Den ursprünglichen weiteren Antrag auf Feststellung, dass der Beklagte zu 3. nicht befugt sei, die Beklagten zu 1) a) – c), hilfsweise, die Beklagte zu 2. gegenüber der Klägerin zu vertreten, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 6.3.2003 (Bl. 126 GA) zurückgenommen.	23
Die Beklagten zu 1) und 2) haben beantragen,	24
die Klage abzuweisen.	25
Sie haben vorgetragen, Motivation für ihr Vorgehen sei allein die vereinfachte Verwaltung ihrer Anteile sowie Realisierung der steuerlichen stillen Reserven gewesen.	26
Eine Umgehung des § 5 der Klägersatzung liege nicht vor und sei auch nicht die Intention der gewählten Gestaltung gewesen.	27
Die Geschäftsanteile an der Klägerin seien von den Beklagten zu 1. a - c) im Privatvermögen gehalten worden. Da es sich um Minderheitsbeteiligungen handele, habe eine einheitlich orientierte Bündelung der Interessen in einer Verwaltungsgesellschaft im Interesse aller drei Gesellschafter gelegen.	28
Ein weiterer Beweggrund sei eine steuerliche Änderung Anfang 2002 gewesen - da die Wesentlichkeitsgrenze auf 1 % gesenkt worden sei, seien die Beteiligungen der Beklagten zu 1. a - c) "wesentlich" geworden und damit der Wertzuwachs der Beteiligungen nicht mehr steuerfrei realisierbar gewesen. Aus steuerlicher Sicht habe der Zwang zur sofortigen Realisierung per 31. Dezember 2001 bestanden; Zielrichtung sei nicht die Umgehung des Vorkaufsrechts gewesen, zumal den Mitgesellschaftern – was unstreitig ist - die Beteiligungen an der Klägerin Ende 2001 zum Erwerb angeboten worden seien.	29
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und ausgeführt, sie sei sowohl unzulässig als auch unbegründet. Zum einen	30
stehe der Klägerin kein Rechtsschutzbedürfnis zu, zum anderen sei sie selber auch nicht aktivlegitimiert.	31
Da § 5 der Satzung eine "Überfremdung" der Gesellschaft verhindern solle, könnten allein die Mitgesellschafter die aus der Verletzung der Satzungsregelung folgende Unwirksamkeit geltend machen. Ein eigenes Interesse der Gesellschaft am Erhalt ihrer familienbezogenen Struktur sei daneben – mangels Aufnahme eines Zustimmungsvorbehalts der Gesellschafterversammlung o.ä. in der Satzung – nicht ersichtlich. Soweit die Klägerin sich darauf berufe, die Abtretung löse den Vorkaufsfall aus, seien allein die Mitgesellschafter berechtigt, so dass es der Klägerin an der Aktivlegitimation fehle. Rechtsfolge wäre zudem allein die Ausübung des Vorkaufsrechts, nicht die Feststellung der Unwirksamkeit der Übertragung. Insoweit würde die Frage der Wirksamkeit der Übertragung nur inzidenter geprüft (Bl. 231 d.A.). Selbst wenn die Übertragung der Anteile selbst unwirksam sei, habe die Klage keinen Erfolg, da auch die Beurteilung der Übertragung als Umgehung nicht die Nichtigkeit zur Folge habe, sondern ein nur von den Mitgliedern auszuübendes und einzuklagendes Vorkaufsrecht begründe.	32
Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Antrag weiter. Die Parteien wiederholen im wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags aus beiden Instanzen wird auf die im Verfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	33

Die Klägerin wiederholt ihren erstinstanzlich gestellten Klageantrag. Die Beklagten zu 1) und 2) beantragen die Zurückweisung der Berufung.

II. 35

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet. 36

A) 37

Die Klage ist zulässig. 38

1. Das Feststellungsinteresse der Klägerin kann nach Auffassung des Senats nicht verneint werden. 39

Mit der Feststellung der Unwirksamkeit der Anteilsübertragung strebt die Klägerin letztlich die sich daraus zwangsläufig ergebende Feststellung an, dass die Beklagten zu 1) noch ihre Gesellschafter sind und nicht die Beklagte zu 2) an deren Stelle. In diesem Sinne war der Antrag auszulegen und der Tenor entsprechend ergänzend zu formulieren. Damit stellt sich der Rechtsstreit als "normaler" Mitgliedschaftsstreit dar, der anerkanntermaßen nicht nur unter den Gesellschaftern, sondern - jedenfalls bei entsprechendem Feststellungsinteresse - auch zwischen der Gesellschaft einerseits und ihren Gesellschaftern bzw. Dritten andererseits ausgetragen werden kann (BGH, GmbHR 1963, 7; BGH, WM 1975, 512, 514; Scholz/Emmerich, GmbHG, 9. Aufl. 2003, § 13 Rn. 54; Rowedder, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 13 Rn. 19). Eine GmbH hat schon aus organisatorischen Gründen ein eigenes Interesse daran, festgestellt zu wissen, ob eine Person Gesellschafter ist oder nicht (etwa wegen Ladungen zu Gesellschafterversammlungen, Gewinnverteilung, Stimmrecht pp.). Das muss vorliegend umso mehr gelten, als die Klägerin hier mit Vorlage des Schreibens des Finanzamtes L-Altstadt vom 21.2.2003 (Bl.174 d.A.) auch aus steuerrechtlichen Gründen ein Interesse an der Klärung ihres Gesellschafterbestandes geltend machen kann. 40

Das Feststellungsinteresse der Gesellschaft entfällt nicht aufgrund der Regelung des § 16 Abs. 1 GmbHG. Zwar greift diese Vorschrift auch dann ein, wenn – wie hier – der Geschäftsführer die Anmeldung "zurückgewiesen" hat (Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl., 2000, § 16 Rn. 20). Es ist aber nicht ersichtlich, dass § 16 GmbHG abschließend in dem Sinne gemeint ist, dass die Gesellschaft nicht von sich aus u.U. unwirksame Anteilsübertragungen überprüfen lassen kann und sich immer unbegrenzt auf § 16 GmbHG verlassen können soll. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie bei einem Streit über die Anmeldung oder den angemeldeten Übertragungsvorgang berechtigt ist, Feststellungsklage zu erheben (Michalski, GmbHG, 2002, § 16 Rd. 13; Scholz/Winter, a.a.O., § 16 Rd. 8). Zudem muss gerade hier die Möglichkeit zur Klage bestehen, weil – wie bereits erwähnt - Interessen der Gesellschaft gegenüber dem Finanzamt berührt sind und § 16 GmbHG insoweit nicht weiterhelfen kann. 41

2. Die Klagezulässigkeit lässt sich auch nicht mit fehlendem Rechtsschutzbedürfnis oder treuwidrigem Verhalten verneinen. 42

a) Den landgerichtlichen Ausführungen, dass die Frage der Unwirksamkeit der Anteilsübertragung nicht zu trennen ist von der des eingetretenen oder zu fingierenden Vorkaufsfalls und dass die in der Satzung enthaltenen Vorkaufsregelungen allein dem Schutz der Mitgesellschafter dienen, kann ebenso gefolgt werden wie dem Hinweis darauf, dass mit der Entscheidung dieser Klage keine rechtsverbindliche Klarheit über die Folgen der Vorkaufsrechtsausübung erlangt wird, zumal die betreffenden Mitgesellschafter nach der 43

Erklärung der Klägerin "vom Ausgang dieses Rechtsstreits ihr Vorkaufsrecht abhängig machen" (Bl. 396 GA). Auch wenn es deshalb im Interesse einer schnellen sachlichen Klärung für alle Beteiligten wünschenswert gewesen wäre, die "Vorkäufer" hätten auf Übertragung der Anteile an sich geklagt, kann der Klägerin nach Auffassung des Senats ein Rechtsschutzinteresse nicht abgesprochen und ihr Handeln im Zusammenhang mit der Klagezulässigkeit auch nicht als treuwidrig gewertet werden.

Es ist nicht zu begründen, dass Klagemöglichkeiten der Gesellschafter das Rechtsschutzbedürfnis für Klagen der juristisch selbständigen Gesellschaft – der Klägerin – entfallen lassen. Ist eine Anteilsübertragung – wie hier ausdrücklich geltend gemacht - dinglich unwirksam, muss die Klägerin dies unabhängig von ihren Gesellschaftern klären lassen können. Das folgt daraus, dass es der Klägerin selbst nicht um die Ausübung eines (ihr ohnehin nicht zustehenden) Vorkaufsrechts geht und die Frage nach der Wirksamkeit einer Anteilsübertragung zudem auch losgelöst von der Frage gesehen werden kann, ob ein schuldrechtliches Geschäft vorliegt, welches einen Vorkaufsfall auszulösen vermag.

44

Bezogen auf die Klägerin würde auch kein "neuer Rechtsstreit heraufbeschworen", wie die Beklagten meinen, da mit Feststellung der fortwährenden Gesellschafterstellung der Beklagten zu 1) a) – c) die Sachlage im Verhältnis der Beklagten zur Klägerin (jedenfalls zunächst) geklärt wäre und allenfalls im Verhältnis der Mehrheitsgesellschafter der Klägerin zu den Beklagten neue Zweifelsfragen über die Ausübung von Vorkaufsrechten auftreten könnten. Das kann aber nicht zur Lasten der Klägerin als Gesellschaft gehen, die - wie dargelegt - ein eigenes Interesse an der Feststellung hat.

45

b) Von dieser Trennung zwischen der Klägerin als juristischer Person und ihren Gesellschaftern ist vorliegend auch nicht aufgrund Besonderheiten des Einzelfalles unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben abzurücken. Insoweit führen die Beklagten an, dass die Klägerin als Gesellschaft nicht im Interesse ihrer Gesellschaftermehrheit und auf deren "Auftrag" hin zu Lasten der Minderheit "Vorfragen" gerichtlich klären lassen dürfe, welche die Mehrheitsgesellschafter später in eigenen Rechtsstreitigkeiten verwenden könnten. Dass die Gesellschaftermehrheit die Gesellschaft "beauftragt" hat, ist jedoch nicht zu beanstanden, da es den Mehrheitsgesellschaftern ersichtlich nicht darum ging, etwa eine finanzschwache GmbH als Klägerin vorzuschicken, um die Lage zu sondieren oder die Minderheit zu schädigen. Schließlich dürfte in den meisten Fällen eine im Wege des Mitgliedschaftsstreits beantragte Feststellung der Gesellschafterstellung im Interesse der Mehrheit der Gesellschafter liegen.

46

Aus Gründen der gesellschaftlichen Treuepflicht könnte man allenfalls dort eine Ausnahme machen, wo die Gesellschaft keine erkennbaren eigenen Interessen hat. Dies bedarf keiner weiteren Erörterung, da die Gesellschaft - wie gezeigt - auch eigene Feststellungsinteressen hat.

47

3. Schließlich steht auch die von dem Landgericht zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (NZG 2000, 647) der Annahme der Klagezulässigkeit nicht entgegen.

48

Zwar besagen die Gründe der Entscheidung, dass für den Fall einer – wie vorliegend - allein dem Schutz der übrigen Gesellschafter dienenden Abtretungsbeschränkung im Zusammenhang mit einer Vorkaufs- bzw. Andienungsregelung nur die Mitgesellschafter die Unwirksamkeit der Anteilsabtretung geltend machen können. Es handelte sich aber bei dem von dem Bundesgerichtshof entschiedenen Streit ersichtlich um einen kaum verallgemeinerungsfähigen Sonderfall, in dem ein (übereifriger) Konkursverwalter der Gesellschaft eine von allen Gesellschaftern längere Zeit als wirksam behandelte Übertragung

49

eines Anteils anfechten wollte. Dass er unter diesen Umständen nicht im Namen der Gesellschaft vorgehen konnte, leuchtet ein. Der vorliegende Fall unterscheidet sich davon wesentlich, denn in ihm geht es um die Klärung des aktuellen Gesellschafterbestandes der Gesellschaft, der sowohl für die Gesellschaft als auch die Gesellschafter selbst von Anfang an unklar ist und es deshalb auch nicht am Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin fehlen kann.

B) 50

Die Klage ist auch begründet, denn die Anteilsübertragung ist unwirksam. 51

Die Unwirksamkeit folgt daraus, dass § 5 Abs. 3 der Satzung der Klägerin eine dingliche Abtretungsbeschränkung im Sinne des § 15 Abs. 5 GmbHG enthält und damit zur Unwirksamkeit einer vor Ablauf der Vorkaufsfrist erfolgten Abtretung führt. 52

Die dingliche Abtretungsbeschränkung ist in der Bestimmung des § 5 Satz 4 zu sehen, der lautet: "Der Geschäftsanteil kann dem dritten Erwerber frühestens nach fruchtlosem Ablauf der für die Ausübung des Verkaufsrechtes bestimmten Frist übertragen werden". 53

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Vinkulierungsklauseln klar und eindeutig formuliert sein. Erforderlich sein soll eine mehr oder weniger ausdrückliche Regelung (BGHZ 48, 141, 144; Reichert, BB 1985, 1496, 1501). Dies schließt jedoch eine Auslegung nicht gänzlich aus (vgl. Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 15 Rn. 82, 87; Michalski/Ebbing, GmbHG § 15 Rn. 163; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 15 Rn. 39). Bereits der Sinn und Zweck einer Satzungsregelung wie der vorliegenden, Dritte fernzuhalten, mag auf die Nichtausübung eines Vorkaufsrechts als dingliche Beschränkung hindeuten (so Pastor/Werner, BB 1969, 1418, 1420 und im Ergebnis OLG Schleswig, NZG 1998, 856 [aufgehoben von BGH, NZG 2000, 647]; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl., 2000, § 15 Rn. 36; Hachenburg/Zutt, GmbHG, 8. Aufl., 1990, Anhang § 15 Rn. 28; Roth/Altmeyen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 15 Rn. 109, kritisch Rottbauer, NZG 1998, 857). Entscheidend sind jedoch konkrete Anhaltspunkte im Text, aus denen sich der Wille zur dinglichen Beschränkung ergibt. Ausgangspunkt der Auslegung von Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag ist der Wortlaut, in dessen Rahmen eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung von Lücken und Ergänzung des Vertrages zu einem sinnvollen Ganzen zulässig und möglich ist (BGH, NJW-RR 1990, 226; Scholz/Emmerich, § 2 Rn. 35, 37). 54

Vorliegend belegt der zitierte Wortlaut der klägerischen Satzung, dass eine dingliche Beschränkung gewollt war. 55

Die in § 5 S. 4 gewählte Formulierung kann verständigerweise nicht nur als obligatorische Regelung verstanden werden, denn sonst hätte es "darf" statt "kann" heißen müssen. Deutet damit schon der Wortlaut eher auf eine Vinkulierung hin, ist auch ersichtlich Sinn und Zweck von § 5 S. 4, eine umfassende Sicherung des in S. 1 – 3 geregelten Vorkaufsrechts innerhalb der Monatsfrist ab Zustellung des Kaufvertrages an die Gesellschaft zu gewährleisten. Dieser Zweck kann aber nur durch eine Vinkulierung hinreichend sicher erreicht werden, zumal die Mitteilung vom Kaufvertrag an die Gesellschaft und nicht an die eigentlichen Berechtigten zu erfolgen hat und somit schon während der Postlaufzeiten gewisse "Spielräume" bleiben müssen. 56

Aufgrund der somit gegebenen Vinkulierung ist folglich die verbotswidrig "mit sofortiger Wirkung" erfolgte Abtretung der Geschäftsanteile unwirksam. 57

58

Hinsichtlich der Frage, ob die vorzeitige verbotswidrige Übertragung grundsätzlich eine absolute Unwirksamkeit zur Folge hat oder vielmehr von einer schwebend unwirksamen Übertragung auszugehen ist bis zum Ablauf der Vorkaufsfrist bzw. der Ausübung des Vorkaufsrechts, neigt der Senat dazu, letzteres anzunehmen. Zugunsten der Anteilsveräußerer kann nämlich – in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 140 BGB - angenommen werden, dass sie die Übertragung jedenfalls zum erstmöglichen Zeitpunkt gewollt haben. Ohne Vorliegen eines Verkaufsfalls verbunden mit einer wirksamen Ausübung des Vorkaufrechts innerhalb der Frist hätte deshalb theoretisch die Anteilsübertragung Wirksamkeit erlangen können.	
Nichtigkeit des Geschäfts wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) scheidet aus, weil sich die für diese Annahme notwendige Feststellung verwerflicher Beweggründe (BHG NJW 1964, 540; 1998, 2137) nicht treffen lässt.	59
Auf die Entscheidung der aufgeworfenen Frage kommt es letztlich nicht an, denn durch die erfolgte rechtzeitige und wirksame Ausübung des Vorkaufsrechts durch Gesellschafter der Klägerin ist die Übertragung jedenfalls endgültig unwirksam geblieben.	60
Das Vorkaufsrecht ist wirksam innerhalb der Frist ausgeübt worden, denn die Anteilsübertragung der Beklagten zu 1) hat den Vorkaufsfall ausgelöst.	61
Bei der Frage, ob die Einbringung in die Kapitalgesellschaft ein "Verkauf" i.S.d. § 504 BGB a.F- bzw. § 463 BGB n.F. und das Einbringen in eine von den ehemals verpflichteten Mitgesellschafter beherrschte (personenidentische) GmbH wirklich ein "Verkauf" an einen "Dritten" ist, lässt sich letzteres ohne weiteres bejahen.	62
Angesichts der formal eigenständigen Stellung der GmbH als juristischer Person handelt es sich bei ihr um eine außerhalb des Gesellschafterkreises stehende "dritte" Person. Diese selbständige Rolle als "Dritte" verdeutlicht sich auch darin, dass zumindest aufgrund der Satzung der Beklagten zu 2) die Gefahr besteht, dass es künftig zu Verschiebungen im Paritätsgefüge durch Beteiligung Dritter an der Beklagten zu 2) kommt, welche die "alten" Vorkaufsberechtigten dann mangels Einfluss auf die Beklagte zu 2) nicht mehr "abwehren" können.	63
Was die Frage des "Verkaufs" angeht, liegt ein Vorkaufsfall im engeren Sinne ersichtlich nicht vor. Die Einbringung des mit dem Vorkaufrecht belasteten Gegenstandes in eine Gesellschaft wird nach fast allgemeiner Ansicht dem Tausch gleichgestellt (Tausch des belasteten Anteils gegen eine Beteiligung an der neuen Gesellschaft) und – ebenso wie der Tausch (BGH, NJW 1964, 540) - nicht als Vorkaufsfall behandelt (Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 504 Rn. 10; Palandt/Putzo, BGB, 62. Aufl. 2003, § 463 Rn. 5; Bamberger/Roth/Faust, BGB, Bd. I, 2003, § 463 Rn. 22). Grund hierfür ist, dass die Vorkaufsberechtigten nicht in der Lage sind, die entsprechende Gegenleistung – hier die entsprechenden Gesellschaftsanteile an der Beklagten zu 2) – zu erbringen.	64
Der Vorkaufsfall ist jedoch unter den gegebenen Umständen aus dem Gesichtspunkt eines nicht zu billigenden Umgehungsgeschäfts zu fingieren, weil die von den Beklagten zu 1) vorgenommene Einbringung der Geschäftsanteile in die neu gegründete Beklagte zu 2) das Vorkaufsrecht der Mitgesellschafter in nicht zu billiger Weise endgültig entwertet.	65
Das Gericht sieht sich in dieser Auffassung vom Grundsatz her bestätigt durch die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und insbesondere durch das Urteil des für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zuständigen 2. Senats vom 25.9.1986 (II ZR	66

272/85) (NJW 1987, 890), auf das später noch einzugehen ist.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung BGHZ 115, 335 (NJW 1992, 236) – fortgeführt durch NJW 1998, 2137 - die Entwicklung der Rechtsprechung und die Notwendigkeit, Umgehungsgeschäfte im Rahmen von Vorkaufsvereinbarungen den Vorkaufsbestimmungen zu unterwerfen, aufgezeigt.

67

Er hat hierzu ausgeführt: "Eine einfallsreiche Kautelarpraxis hat seit jeher Versuche unternommen, Vorkaufsrechte zu unterlaufen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat darauf mit einem unterschiedlichen - im Laufe der Zeit verfeinerten - Instrumentarium reagiert. So stand zunächst die Erwägung im Vordergrund, dass Vertragsgestaltungen zur Vereitelung des Vorkaufsrechts wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein können (§ 138 BGB). Das bloße Vorhandensein einer Vereitelungsabsicht wurde jedoch dafür als nicht ausreichend angesehen. Erschwerend musste hinzukommen, dass die Abmachung durch ihren Gesamtcharakter oder die Art und Weise ihres Zustandekommens das Gepräge der Sittenwidrigkeit erhielt, sei es dass sie auf verwerflichen Beweggründen oder der Anwendung unlauterer Mittel beruhte, sei es dass sie ausschließlich den Zweck verfolgte, dem Vorkaufsberechtigten Schaden zuzufügen (vgl. z. B. Senat, NJW 1964, 540). Auch mit dem Gedanken des Scheingeschäfts wurde in einem Fall gearbeitet, bei dem zur Abschreckung des Vorkaufsberechtigten ein überhöhter Kaufpreis ausgewiesen und vereinbart wurde, bei Nichtausübung des Vorkaufsrechts solle der Käufer den überhöhten Kaufpreisteil abziehen, im Falle der Ausübung solle dieser Kaufpreisteil dagegen zwischen dem Erstkäufer und dem Verkäufer aufgeteilt werden (vgl. Senat, WM 1980, 938 (939)). Da ein nichtiges Geschäft aber keinen Vorkaufsfall auslösen kann, wurden mit dieser Betrachtungsweise nur die Abwehrinteressen des Vorkaufsberechtigten berücksichtigt, seine Erwerbsinteressen jedoch nicht.

68

Dogmatisch einen Schritt weiter ging die Entscheidung BGHZ 77, 359 ff. Darin hat der Senat, von § 505 II BGB ausgehend, ausgesprochen, der Vorkaufsberechtigte werde durch solche Bestimmungen des Erstvertrages nicht verpflichtet, die wesensgemäß nicht zum Kaufvertrag gehörten, sich vielmehr darin als Fremdkörper darstellten. Dies sei in der Regel der Fall bei einer Vertragsgestaltung, die völlig außerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung des Kaufs liege, also nur für den Vorkaufsfall getroffen wurde und den Parteien des Erstvertrages bei dessen Durchführung keine irgendwie gearteten Vorteile bringe.

69

Einen weiteren Lösungsansatz bot die Überlegung, dass der Begriff des Kaufvertrages i. S. des § 504 BGB wie jede andere gesetzliche Regelung einer interessengerechten Auslegung zugänglich ist und es durchaus Vertragsgestaltungen geben kann, die einem Kauf im Sinne des Vorkaufsrechts so nahe kommen, dass sie ihm unter Berücksichtigung der Interessen des Vorkaufsberechtigten und des Vorkaufsverpflichteten gleichgestellt werden können. So ist schon in den Motiven zum BGB davon die Rede, dass auf Interpretationsregeln zum Begriff des Kaufvertrages als überflüssig und bedenklich verzichtet werde, es vielmehr von der Prüfung des Einzelfalles abhängen, ob ein Kaufvertrag abgeschlossen sei (Mot. II, 345; Prot. II, 103). Der IV. Zivilsenat des BGH hat demgemäß die sicherungsweise erfolgte Übertragung eines Miterbenanteils gegen Gewährung eines Darlehens als Erbschafts Kauf angesehen, weil die Rückzahlung des Darlehens einerseits und die Rückübertragung des Erbanteils andererseits durch besondere Abmachungen praktisch für immer ausgeschlossen waren (BGHZ 23, 174 ff.). Mit ähnlichen Erwägungen hat das RG eine Vereinbarung, worin sich der Miterbe wegen eines den alleinigen Gegenstand des ungeteilten Nachlasses bildenden Grundstücks gegen Entgelt schuldrechtlichen Verpflichtungen unterwarf, die dem

70

Vertragspartner die restlose, zeitlich unbeschränkte Wahrnehmung der Miterbenrechte für eigene Rechnung gewährleisten sollten, als Vorkaufsfall i. S. von § 2034 I BGB behandelt (RGZ 171, 185 (191 ff)).

71
Vor diesem Hintergrund hält es der Senat nunmehr für eine sachgerechte Lösung der Umgehungsproblematik, den Begriff des Kaufvertrages i. S. von § 504 BGB vorsichtig auf kaufähnliche Verträge auszudehnen, die einem Kaufvertrag nahezu gleichkommen und in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seiner Erwerbs- und Abwehrinteressen "eintreten" kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen der Veräußerung zu beeinträchtigen. Diese Auffassung folgt aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§§ 162, 242 BGB), der im Vorkaufsrecht - entgegen der Auffassung des BGH - im Verhältnis zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem nicht außer Betracht bleiben kann. Auf dieses Verhältnis kommt es zunächst an, nicht aber darauf, dass zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 15. 6. 1957 (WM 1957, 1162 (1165)) die Möglichkeit angedeutet, dass Vertragsgestaltungen, die allein dazu dienen sollen, dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung des Vorkaufsrechts unmöglich zu machen, in einer Gesamtbetrachtung als Vorkaufsfall angesehen werden könnten und die Berufung der Beteiligten auf die rein formale Rechtslage gegen § 242 BGB verstoßen könne. Er hat bereits in einem Teilbereich des Vorkaufsrechts dem Umgehungsgesichtspunkt dadurch Rechnung getragen, dass er den Tatbestand des § 506 BGB auf Fälle ausdehnte, in denen die Parteien des Erstkaufes mit einem für den Vorkaufsberechtigten handelnden vollmachtlosen Vertreter einen Erlassvertrag über die Nichtausübung des Vorkaufsrechts abschließen, um damit für den Fall der Nichtgenehmigung des Erlassvertrages auch eine Unwirksamkeit des damit in Rechtseinheit stehenden Kaufvertrages (§ 139 BGB) zu erreichen (BGHZ 110, 230 (233 ff) = NJW 1990, 1473). Auch bei der Frage, ob ein Vorkaufsfall gegeben ist, müssen entgegen der Ansicht des BGH rein formale Kriterien unter Umständen zurücktreten gegenüber einer materiellen Betrachtungsweise und einem interessengerechten Verständnis...".

72
Es soll nicht verkannt werden, dass sich diese Entscheidung in ihrer Aussage auf den vorliegenden Fall insoweit nicht unmittelbar übertragen lässt, als der Bundesgerichtshof sich auf Vertragsgestaltungen bezieht, in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seiner Erwerbs- und Abwehrinteressen "eintreten" kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen der Veräußerung tiefgreifend zu beeinträchtigen (so auch BGH Urteil vom 26.9.2003 – V ZR 70/03 -). Um einen solchen Fall handelt es sich bei der Einbringung eines Anteils in die Gesellschaft nicht.

73
Dies hindert nach Auffassung des erkennenden Gerichts jedoch nicht, in Übereinstimmung mit der in der BGH-Entscheidung zum Ausdruck gebrachten Zielrichtung, Umgehungsgeschäfte Vorkaufsfällen in ihrer rechtlichen Konsequenz gleichzustellen, die aufgezeigten Grundsätze auch auf die Konstellation des zu entscheidenden Falles anzuwenden und einen Vorkaufsfall zu fingieren.

74
Dabei kann auf die bereits zitierte Entscheidung des Gesellschaftsrechtssenats des Bundesgerichtshofs in NJW 1987, 890 zurückgegriffen werden. Danach ist zu fordern, dass das statuarische Vorkaufsrecht bei Veräußerungsgeschäften der vorliegenden Art, die zwar nicht selbst unmittelbar zum Vorkaufsfall führen, aber Sinn und Zweck der Vorkaufsregelung berühren, durch entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag der die Anteile übernehmenden Gesellschaft in diese "weiterzureichen" und satzungsmäßig zudem effektiv abzusichern sind (etwa durch Bezugsrechte bei Kapitalerhöhungen o.ä.). Die Verletzung dieser "Weitergabepflicht" ist so zu deuten, dass dadurch ein Vorkaufsfall zum Schätzpreis

"fingiert" wird.

Der Bundesgerichtshof (a.a.O.) hat diese Konstruktion für einen Fall eines Vorkaufsrechts in einem Aktien-Poolvertrag befürwortet und maßgeblich mit Sinn und Zweck der Regelung, die das Eindringen Dritter in die Gesellschaft verhindern sollte, begründet. Sah die satzungsmäßige Vorkaufsregelung zwar an sich eine Befreiung für Verträge mit Rücksicht auf künftiges Erbrecht vor, schränkte der Bundesgerichtshof diesen Passus so ein, dass er aus dem Gesamtzusammenhang des Vertrages nur greife, wenn zugleich auch die neben dem Vorkaufsrecht bestehende Poolbindung "weitergereicht" werde. Da das im konkreten Fall nicht geschehen war und damit die Gefahr eines Unterlaufens der Poolbindung bestand, plädierte der Bundesgerichtshof dafür, diese Pflichtverletzung nicht als Anknüpfungspunkt für Schadensersatzpflichten o.ä. zu nehmen, sondern den Eintritt des Vorkaufsfalles zu unterstellen und die Gegenleistung nach §§ 315 f. BGB zu bestimmen (generell auch Grunewald, Festschrift Gernhuber, 1993, S. 139 ff. und für die vorliegende Konstellation der Einbringung in eine Verwaltungsgesellschaft Westermann, FS Wiedemann, S. 1356 f., 1365). (Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man mit OLG Stuttgart (JZ 1987, 571) als Vorinstanz zu BGH, NJW 1987, 890 die Reichweite einer gesellschaftsvertraglichen Vorkaufsklausel "vertragsautonom" bestimmt und einen Vorkaufsfall annimmt, wenn ein Geschäft den billigen Zwecken der Vereinbarung zuwiderläuft).

75

Die aufgezeigten Grundsätze sind auf den vorliegenden Fall zu übertragen und führen zur Fiktion eines Vorkaufsfalles. Sinn und Zweck des § 5 der klägerischen Satzung zielen darauf ab, durch die Vorkaufsregelung und das damit verbundene Abtretungsverbot familienfremden Einfluss in der Gesellschaft auszuschließen. Die Einbringung von Gesellschaftsanteilen in die Beklagte zu 2) als Verwaltungsgesellschaft unterläuft diese Regelung, da die Satzung der Beklagten zu 2) so ausgestaltet ist, dass Sinn und Zweck des § 5 nicht dauerhaft und effektiv gesichert sind.

76

Nicht gefolgt werden kann dem Einwand der Beklagten, eine Umgehung läge noch nicht vor, da die bisherigen Gesellschafter alleinige Gesellschafter der Beklagten zu 2) seien und damit noch keine satzungswidrige "Überfremdung" eingetreten sei; die Gefahr "künftiger Überfremdung" als "künftige Umgehung" des § 5 der Satzung bestünde trotz § 12 der Satzung der Beklagten zu 2) nicht, da das alte Vorkaufsrecht aus § 5 auch ohne ausdrückliche Regelung "verlängert" werde bei einer Veräußerung von Anteilen aus der Beklagten zu 2) heraus.

77

Ein "weitergegebenes" Vorkaufsrecht – sofern es als gegeben angesehen werden kann – würde jedoch allein nicht helfen, da es anderweitige Umgehungen nicht zu hindern vermag. So könnte etwa nach der gesellschaftlichen Ausstattung der Beklagten zu 2) ohne Mitwirkung der Vorkaufsberechtigten eine Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts zugunsten finanzstarker außenstehender Dritter erfolgen, die einen wirtschaftlichen Inhaberwechsel zur Folge hätte und familienfremden Personen dann mittelbar doch wieder Einfluss verschaffen könnte. Insoweit wären ausdrückliche anderweitige Satzungsregelungen erforderlich gewesen, die hier – pflichtwidrig – nicht aufgenommen wurden.

78

Sofern man für eine Fiktion des Vorkaufsfalles nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) das Verstreichenlassen einer angemessenen Frist durch den Belasteten verlangt, das verlängerte Vorkaufsrecht noch im Nachhinein zu regeln (Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 504 Rn. 32 a.E., ähnlich Flume, JZ 1987, 573 f.), ist diese Voraussetzung ebenfalls erfüllt. Ungeachtet der insoweit geäußerten Bereitschaft zu vergleichswisen Regelungen sind solche nach der Anteilsübertragung in angemessener Zeit jedenfalls nicht erfolgt.

79

Was die subjektive Seite des Umgehungsgeschäfts angeht, genügt Vorsatz, um auch außerhalb eines reinen Kaufvertrags einen Vorkaufsfall annehmen zu können. Der ist vorliegend nach den Vertragsregelungen der Anteilsübertragung nicht zu bezweifeln, da die Problematik jedenfalls erkannt wurde und man trotz des einschlägigen Hinweises des Notars die Übertragung vorgenommen hat.

Nach alledem war wegen dauerhafter Unwirksamkeit der Geschäftsanteileinbringung der Feststellungsklage mit der Kostenfolge aus §§ 91 Abs. 1, 100 ZPO stattzugeben. 81

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 82

Die Revision wird wegen der von der BGH-Entscheidung NZG 2000, 647 abweichenden Bewertung hinsichtlich der Klageberechtigung der Gesellschaft sowie der Annahme eines fingierten Vorkaufsfalls bei nicht kaufähnlichem Umgehungsgeschäft zugelassen, weil die Fortbildung des Rechts bzw. die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts angezeigt erscheinen lässt. 83

Streitwert des Berufungsverfahrens: bis 70.000 € 84