

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 191798****letzte Aktualisierung: 3. November 2022****BGB §§ 1229, 1149; GmbHG § 15****Verpfändung eines Geschäftsanteils; Call-Option als unzulässige Verfallvereinbarung****I. Sachverhalt**

G1 und G2 wollen eine GmbH gründen. In diesem Zusammenhang soll zwischen G1 und G2 eine notariell beurkundete Gesellschaftervereinbarung geschlossen werden, in der G1 dem G2 für bestimmte Krisenfälle eine Call-Option an den Geschäftsanteilen des G1 einräumt.

Da G2 dem G1 zur Finanzierung seiner Einlagen und Zuzahlungen ein Darlehen gewährt, soll im Rahmen der Gesellschaftervereinbarung G1 seine Geschäftsanteile zur Sicherung des Darlehensrückzahlungsanspruchs an G2 verpfänden.

II. Frage

Ist die Verpfändung der Geschäftsanteile des G1 an G2 im Hinblick auf die zugleich gewährte Call-Option wegen § 1229 BGB bedenklich?

III. Zur Rechtslage**1. Allgemeines zur unzulässigen Verfallklausel**

§ 1229 BGB (vgl. § 1277 S. 2 BGB bei Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen; dazu Soergel/Habersack, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1229 Rn. 2) **verbietet** eine **vor Eintritt der Verkaufsberechtigung** (Pfandreife, vgl. § 1228 Abs. 2 BGB) getroffene Vereinbarung, wonach dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll (**Verfallvereinbarung** oder *lex commissoria*). Die Norm bezweckt den Schutz des Verpfänders, insbesondere desjenigen, der auch persönlich schuldet; er soll nicht schon vor Eintritt der Pfandreife und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem er von seiner Leistungsfähigkeit ausgeht, auf die Durchführung des gesetzlich geregelten Verwertungsverfahrens verzichten (MünchKommBGB/Damrau, 8. Aufl. 2020, § 1229 Rn. 1). Als unzulässige Vereinbarung wird sowohl die bedingte Eigentumsübertragung als auch die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung angesehen, wobei nichtig nicht nur die vor Pfandreife eingegangene schuldrechtliche Verpflichtung ist, sondern auch die aufgrund der Verpflichtung nach Pfandreife erfolgende Eigentumsübertragung (BeckOK-BGB/Schärtl, Std.: 1.5.2022, § 1229 Rn. 2; MünchKommBGB/Damrau, § 1229 Rn. 2; zum GmbH-Geschäftsanteil Reymann, DNotZ 2005, 425, 455; Kolkmann, MittRhNotK 1992, 1, 13). Die Bestimmung eines „Verfallpreises“, selbst wenn er den Wert der Pfandsache übersteigt,

ändert an der Nichtigkeit der Verfallklausel nichts (RGZ 92, 101, 104; MünchKommBGB/Damrau, § 1229 Rn. 3).

Zulässig soll hingegen ein **Erwerbsrecht** sein, das **nicht an die Bedingung der Nichtbefriedigung des Pfandgläubigers** anknüpft, sondern unabhängig davon vereinbart ist. Dies entspricht wohl der allgemeinen Ansicht zu § 1229 BGB (BeckOK-BGB/Schärfl, § 1229 Rn. 2; Staudinger/Wiegand, BGB, 2019, § 1229 Rn. 6; MünchKommBGB/Damrau, § 1229 Rn. 5; jurisPK-BGB/Protz, 9. Aufl. 2020, § 1229 Rn. 5) und ist vom Reichsgericht zu § 1229 bzw. zu § 1149 BGB (einer strukturell ähnlichen Vorschrift im grundpfandrechtlichen Kontext) mehrmals entschieden worden (RG JW 1935, 2886; RGZ 130, 227, 229; RGZ 92, 101, 105; Warneyer 1926, Nr. 153, S. 226). So hatte das Reichsgericht (Warneyer 1926, Nr. 153, S. 226) etwa über folgende Vereinbarung zu befinden, der eine Verpfändung von 398 Büchern gegen ein Darlehen in Höhe von 100.000.– M zugrunde lag:

„Das Darlehen ist fällig am 1. Oktober 1923, jedoch steht es Ihnen ... alsdann frei, mir weitere 50.000 M zu zahlen, worauf die Bücher in Ihren Besitz gelangen, d. h. Sie können von mir Rückzahlung des Darlehens gegen Rückgabe der Bücher fordern oder verzichten auf Rückzahlung des Darlehens und die Bücher gehen gegen eine weitere Zahlung von 50.000 M an Sie über.“

Das Reichsgericht (Warneyer 1926, Nr. 153, S. 227) führte dazu aus (Hervorhebung durch das DNotI):

„Die Vereinbarung der kaufweisen Übertragung der Bücher ist nicht für den Fall getroffen, dass der Beklagte ‚nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt‘ werde. Vielmehr sollte der Beklagte am 1. Oktober 1923 wählen können, ob er die Rückzahlung des Darlehens annehmen und das Pfand herausgeben oder das Eigentum daran durch Kauf erwerben wollte. Danach durfte, auch wenn der Kläger die Rückerstattung des Darlehens anbot, der Beklagte sich für den Kauf entscheiden. **Es fehlt mithin die Bedingung der Nichtzahlung, welche erst die eigentümliche Gefahr des Verfallvertrags schafft** ... Der Kläger hat von vornherein, für den Fall der Rückerstattung wie der Nichtrückerstattung des Darlehens, dem Beklagten den Erwerb durch Kauf freigestellt. Gab er auf diese Weise die Bücher weg, so ist er durch § 1229 BGB nicht geschützt.“

Anschaulich ist in diesem Zusammenhang auch die Formulierung von Förster (BeckOGK-BGB, Std.: 1.10.2022, § 1229 Rn. 6), die den Wortlaut der ähnlich konzipierten Norm des § 1149 BGB einbezieht: Eine Anwendung des § 1229 BGB scheide dann aus, *„wenn der an Verwertung statt erzwungene Eigentumsübergang der Sache nicht der Befriedigung des Pfandgläubigers, sondern einem anderen Zweck dient“*.

2. Vorliegender Fall

Nach dem oben gegebenen Maßstab dürfte sich die Zulässigkeit der **Call-Option** grundsätzlich klar feststellen lassen. Hinter einer Call-Option verbirgt sich regelmäßig die Möglichkeit des Optionsberechtigten, als Erwerber/Käufer einen aufschiebend bedingt geschlossenen

Erwerbsvertrag in bestimmten Fällen durch einseitige Erklärung zustande zu bringen, nicht selten auch ein langfristiges Angebot des Optionsverpflichteten auf Veräußerung des fraglichen Gegenstands, das der Optionsberechtigte (als Erwerber) in bestimmten Fällen annehmen kann (s. allg. zum Optionsrecht: Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 145 Rn. 23; Ebbing, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 75 f.; Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 15 Rn. 55; zur Call-Option MünchKommBGB/Busche, 9. Aufl. 2021, Vor § 145 Rn. 71; MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 96). Im Ausgangspunkt können solche Gestaltungen unzulässige Verfallabreden enthalten (vgl. zu Verkaufsangeboten BeckOGK-BGB/Volmer, Std.: 1.8.2022, § 1149 Rn. 9). Allerdings käme es darauf an, **ob gerade die Nichtbefriedigung des Pfandgläubigers** wegen der Darlehenszahlung **das Optionsrecht auslöst**, ob also diese Nichtbefriedigung zu den im Sachverhalt so bezeichneten „Krisenfällen“ gehört. Zählt dieser Tatbestand nicht dazu, dann sollte das Optionsrecht nicht wegen § 1229 BGB unzulässig sein. Allein die Tatsache, dass es zusammen mit der Verpfändung in derselben Gesellschaftervereinbarung geregelt ist, ändert daran wohl nichts.

Soweit das Reichsgericht formuliert, dass die zulässige Vereinbarung im Unterschied zur schädlichen Verfallabrede unabhängig von der Bedingung der Nichtbefriedigung und „ohne einen Schwebezustand“ getroffen werde (s. etwa JW 1935, 2886; RGZ 130, 227, 229), dürfte sich daraus keine weitere Einschränkung entnehmen lassen. Dass auch die Optionsvereinbarung einen Schwebezustand herbeiführt, ändert wertungsmäßig an der Zulässigkeit nichts, denn dieser Zustand folgt aus ebendieser selbständigen Vereinbarung.