# GmbH & Co. KG

Reichert

8., völlig überarbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74338-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

# § 32 Abfindung und Abfindungsbeschränkung

## Übersicht


Rn.

I. Abfindungsanspruch ..... 1
1. Kommanditgesellschaft ..... 2
a) Fortsetzungs- vs. Liquidationswert ..... 3
b) Abschichtungsbilanz als Grundlage ..... 4
c) Wertermittlungsmethode ..... 7
d) Abschließende Auseinandersetzungsrechnung ..... 8
e) Fälligkeit, Abtretbarkeit ..... 11
2. GmbH ..... 12
a) Grundlagen ..... 12
b) Kapitalaufbringung und -erhaltung ..... 15
c) Verknüpfung mit dem Austritt ..... 18
II. Regelungen im Gesellschaftsvertrag ..... 19
1. Bedeutung von Abfindungsklauseln ..... 19
2. Fallgruppen ..... 22
a) Ausschlussklauseln ..... 22
b) Bewertungsklauseln ..... 23
aa) Buchwertklauseln ..... 24
bb) Nennwertklauseln, Bestimmung durch Schiedsgutachter ..... 32
c) Zahlungsmodalitäten ..... 34
d) Zusammenfassende Betrachtung ..... 38


**Schrifttum (vgl. bereits die Nachweise unter § 31):**


*Bacher/Spieth,* Die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit fehlerhafter Abfindungsklauseln in der GmbH-Satzung, GmbHR 2003, 973; *Büttner,* Flexible Grenzen der Durchsetzbarkeit von Abfindungsbeschränkungen in Personengesellschaftsverträgen, in FS Nirk, 1992, 119; *Dauner-Lieb,* Angemessenheitskontrolle privatautonomer Selbstbindung des Gesellschafters? – Die Rechtsprechung des BGH zu Abfindungsklauseln und Schutzgemeinschaftsverträgen, GmbHR 1994, 836; *Bacher/Spieth,* Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften, ZHR 1994, 271; *Ebenroth/Müller,* Die Abfindungsklausel im Recht der Personengesellschaften und der GmbH – Grenzen privatautonomer Gestaltung, BB 1993, 1153; *Engel,* Abfindungsklauseln – eine systematische Übersicht, NJW 1986, 345; *Gessler,* Zur Buchwertabfindung bei Ausscheiden aus einer GmbH, GmbHR 1984, 29; *Göllert/Ringling,* Die Eignung des Stuttgarter Verfahrens für die Unternehmens- bzw. Anteilsbewertung im Abfindungsfall, DB 1999, 516; *Großfeld,* Die Abfindung bei der Ausschließung aus einer Personengesellschaft, ZGR 1982, 141; *Großfeld,* Zweckmäßige Abfindungsklauseln, AG 1988, 217; *Grunewald,* Probleme bei der Aufbringung der Abfindung für ausgetretene GmbH-Gesellschafter, GmbHR 1991, 185; *Haack,* Renaissance der Abfindung zum Buchwert?, GmbHR 1994, 437; Hamburger Kreis Recht der Familienunternehmen, Familienunternehmen und die Reform des Personengesellschaftsrechts, NZG 2020, 104; *Hartmann,* Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 4. Auflage 1983; *Heller,* Das Stuttgarter Verfahren in Abfindungsklauseln, GmbHR 1999, 594; *Hennerkes/Binz,* Die Buchwertabfindung – ein Fossil unserer Zeit?, DB 1983, 2669; *Henssler/Michel,* Austritt und Ausschluss aus der freiberuflichen Sozietät, NZG 2012, 401; *Herff,* Beschränkung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsentgelte bei der gewerblich tätigen Personengesellschaft und bei der GmbH, GmbHR 2012, 621; *Heß,* Die Nichtigkeit von Abfindungsklauseln betreffend den Geschäftsanteil ausgeschiedener Gesellschafter nach § 138 BGB, NZG 2001, 648; *Hülsmann,* Buchwertabfindung des GmbH-Gesellschafters im Lichte aktueller Rechtsprechung, GmbHR 2001, 409; *Heß,* Abfindungsklauseln: Kontrollkriterien der Rechtsprechung, NJW 2002, 1673; *Karakaya/Prüßner,* Gesellschaftsvertrag – Grenzen der Zulässigkeit von Abfindungsvereinbarungen, MDR 2002, 804; *Kort,* Die neuere Entwicklung im Recht der Abfindungsklauseln, DStR 1995, 1961; *Kübler,* Familiengesellschaften zwischen Institution und Vertrag – Kritische Überlegungen zur richterlichen Korrektur von Ausschluss- und Abfindungsklauseln, in FS Sigle 2000, 183; *Lamprecht,* Fortsetzung der OHG bei Ausscheiden eines Gesellschafters?, ZIP 1997, 919; *Lange,* Neues zu Abfindungsklauseln, NZG 2001, 635; *Mecklenbrauck,* Abfindungsbeschränkungen in Gesellschaftsverträgen, BB 2000, 2001; *Michalski,* Schranken der Durchsetzbarkeit eines abgetretenen Abfindungsanspruchs, NZG 2008, 57; *G. Müller,* Die Buchwertklausel – ein Dauerthema, ZIP 1995, 1561; *Notthoff,* Abfindungsregelungen in Personengesellschaftsverträgen, DStR 1998, 210; *Piltz,* Rechtspraktische Überlegungen zu Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, BB 1994, 1021; *Quack,* Die Bedeutung gesellschaftsvertraglicher Bewertungsklauseln im Außenverhältnis, in FS Sigle 2000, 201; *van Randenborgh,* Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, BB 1986, 75; *Rasner,* Abfindungsklauseln in OHG- und KG-Verträgen, NJW 1983, 2905; *Rasner,* Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften, ZHR 1994, 292; *Reimann,* Gesellschaftsvertragliche Bewertungsvorschriften in der notariellen Praxis, DNotZ



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

1992, 472; *Rodewald,* Abfindungsprobleme bei Unternehmen in der Sanierungsphase – Beispielfall GmbH-Satzung, GmbHR 1996, 736; *Sigle,* Gedanken zur Wirksamkeit von Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, ZGR 1999, 659; *Sörgel/Engelmann,* Möglichkeiten der Anpassung von Buchwertabfindungen an den niedrigeren Verkehrswert bei der GmbH, DStR 2003, 1260; *Stöber/Rafiqpoor,* Die Gestaltung abfindungsbeschränkender Regelungen in GmbH-Verträgen, GmbHR 2003, 872; *Stopp,* Unwirksame Begrenzung des Abfindungsanspruchs durch Satzungsänderung, NZG 2003, 1153 f.; *Ulmer,* Abfindungsklauseln in Personengesellschafts- und GmbH-Verträgen, in FS Quack, 1991, 477; *Ulmer,* Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen und Ausschließung von GmbH-Gesellschaftern aus wichtigem Grund – Wirksamkeit schon vor Abfindung des betroffenen Gesellschafters?, in FS Rittner 1991, 735; *Ulmer,* Die vertragliche Beschränkung des Austrittsrechts und der Abfindungshöhe ausscheidenswilliger Gesellschafter in der großen, generationsübergreifenden Familien-KG, ZIP 2010, 805; *Ulmer/Schäfer,* Die rechtliche Beurteilung vertraglicher Abfindungsbeschränkungen bei nachträglich eintretendem groben Mißverhältnis, ZGR 1995, 134; *Volmer,* Vertragspaternalismus im Gesellschaftsrecht? – Neues zu Abfindungsklauseln, DB 1998, 2507; *Wagner/Nonnenmacher,* Die Abfindung bei der Ausschließung aus einer Personengesellschaft, ZGR 1981, 674; *Wangler,* Steuerorientierte Gestaltung von Abfindungsklauseln – Ein kollektives Planungsproblem, DB 1994, 1432; *Wangler,* Abfindungsregelungen in Gesellschaftsverträgen: Zum aktuellen Stand in Literatur, Rechtsprechung und Vertragspraxis, DB 2001, 1763; *Wolf,* Abfindungsbeschränkungen bei Familiengesellschaften, MittBayNot 2013, 9; *Ziegler,* Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln mit Ratenzahlung, DB 2000, 2107 f.; *Zöller,* Nachfolge von Todes wegen bei Beteiligung an Personengesellschaften, MittRhNotK 1999, 121.

## I. Abfindungsanspruch

1 In Zusammenhang mit dem Austritt und Ausschluss von Gesellschaftern kommt der Abfindung in der Praxis von KG und GmbH gleichermaßen eine ganz entscheidende Bedeutung zu. Dabei soll im Folgenden einheitlich von dem **Begriff der Abfindung** ausgegangen werden, obwohl bei der GmbH in einigen Fällen des Ausscheidens korrekterweise von einem Einziehungsentgelt gesprochen werden müsste. Eine weitere Besonderheit der GmbH ist, dass bei ihr der Unversehrtheitsgrundsatz berücksichtigt werden muss (vgl. §§ 34 Abs. 3, 33 Abs. 2 S. 1, 30 Abs. 1 GmbHG). Diese Besonderheiten der GmbH dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Rechtsprechung zum Abfindungsanspruch des aus einer GmbH ausscheidenden Gesellschafters weitgehend an diejenige zum Abfindungsanspruch des aus einer Personengesellschaft ausscheidenden Gesellschafters angenähert hat.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

### 1. Kommanditgesellschaft

2 Ist im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorgesehen (noch → Rn. 19 ff.), steht dem aus einer KG ausscheidenden Gesellschafter ein alsbald (der Zeitpunkt der Fälligkeit ist str., vgl. → Rn. 11) und in voller Höhe fälliger **Anspruch auf Auszahlung des Abfindungsguthabens** zu. Dieser Anspruch tritt an die Stelle der Mitgliedschaft, die mit dem Wirksamwerden des Ausscheidens endet. Mit dem Erlöschen der Mitgliedschaft entfallen deren personenrechtlichen Bestandteile, insbesondere die Vertretungs-, Geschäftsführungs-, Informations- und Stimmrechte sowie die gegenläufigen Pflichten ersatzlos. Es bleibt der Abfindungsanspruch, der einheitlich für alle Personengesellschaften in § 738 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt ist. Für die KG gilt er über die Verweisung in §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB. Gerichtet ist der Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft, wobei die verbleibenden Gesellschafter allerdings gem. §§ 161 Abs. 2, 128 HGB bzw. gem. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB haften.[1] Trotz einer insgesamt positiven Würdigung der Handelsrechtsreform wird gerade der Erhalt des uneingeschränkten Abfindungsanspruchs von einigen Stimmen kritisiert, die dadurch die vom Gesetzgeber beabsichtigte **Sicherung der Unternehmenskontinuität** gefährdet sehen.[2] In der Tat wird durch die alsbald nach dem Ausschei-

[1] BGH NZG 2016, 1025 (Rn. 9); MüKoHGB/*K. Schmidt* § 131 Rn. 128; wohl auch BGH BB 1971, 1530 = BeckRS 2013, 04348; für die GbR BGH NZG 2001, 936 (937); kritisch *Altmeppen* NJW 2013, 1025 (1027).

[2] *Zöller* MittRhNotK 1999, 121 (144 f.); *Ammon* DStR 1998, 1474 (1477); *Bydlinski* ZIP 1998, 1169 (1175); *Gustavus* GmbHR 1998, 17 (20); *Lamprecht* ZIP 1997, 919 (920).

den und in voller Höhe fällige Abfindungszahlung der Fortbestand betroffener Gesellschaften und damit zugleich die erklärte Zielsetzung der Reform faktisch in Frage gestellt. Die Fortführung der Gesellschaft als gesetzlicher Regelfall kann daher nach wie vor daran scheitern, dass die zur Erfüllung des Abfindungsanspruchs des ausscheidenden Gesellschafters notwendigen liquiden Mittel nicht aufgebracht werden können, auch wenn in der Literatur diskutiert wird, dass der Ausgeschiedene aufgrund nachwirkender Treuepflicht gehalten sein kann, sich mit einem Zahlungsaufschub oder mit Ratenzahlungen einverstanden zu erklären.[3] Es ist deshalb gut vorstellbar, dass es weiterhin Klauseln geben wird, in denen sich die Gesellschafter ein Wahlrecht vorbehalten, bei Ausscheiden eines von ihnen die Gesellschaft entweder zu liquidieren oder unter Abfindung des Ausgeschiedenen fortzusetzen.[4] Ohne eine solche Regelung kommt es ganz entscheidend darauf an, welche Vereinbarung hinsichtlich der Abfindung zwischen den Beteiligten zustande kommt und inwieweit diese durch gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln präjudiziert werden kann (→ Rn. 22 ff.).

**a) Fortsetzungs- vs. Liquidationswert.** Der Anspruch des Gesellschafters richtet sich nach dem Gesetzeswortlaut auf das, „was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre". Dies meint nach der ständigen Rechtsprechung des BGH – entgegen des auf eine fiktive Auseinandersetzung der Gesellschaft gerichteten Wortlauts – den anteiligen (wirklichen) Wert am **fortgesetzten Unternehmen.**[5] Hieraus folgt zum einen, dass das Bewertungsobjekt das Unternehmen und nicht der Anteil ist. Zum anderen ist bei der Ermittlung des am wirtschaftlichen Wert des Unternehmens ausgerichteten Abfindungsanspruchs im Grundsatz nicht auf den Liquidationswert abzustellen, sondern auf den Fortführungswert.[6] Im Vordergrund steht damit die zukünftige Ertragsfähigkeit des Unternehmens.[7] Hierzu wird eine möglichst vorteilhafte Verwertung des Unternehmens durch Veräußerung als lebende Einheit unterstellt.[8] Es bleibt also bei einer Fiktion, die nur mit Hilfe anerkannter Bewertungsmethoden zu einem konkreten Ergebnis führt. Dies gilt grundsätzlich für alle Fälle des einseitig erklärten Austritts und Ausschlusses gleichermaßen, während bei einvernehmlichem Ausscheiden eines Gesellschafters die Abfindungsfrage in der Regel bereits wesentlicher Bestandteil der Austrittsvereinbarung sein wird. Die Rechtsprechung misst dem Liquidationswert allerdings teilweise insoweit eine Bedeutung zu, als dieser als Untergrenze maßgeblich sein soll, wenn er den Fortsetzungswert übersteigt.[9] Dies gilt allerdings jedenfalls dann nicht, wenn ein tatsächlicher oder rechtlicher Zwang zur Fortführung des Unternehmens besteht.[10] Der BGH hat dies und die Frage, ob insoweit vorausgesetzt ist, dass die Liquidation rechtlich und tatsächlich möglich ist, im **Abfindungsfall** bisher offen gelassen.[11] Im familienrechtlichen Kontext des Zugewinnausgleichs hat der XII. Senat dagegen bereits entschieden, dass ein Ansatz des Liquidationswerts als unterste Grenze des Unternehmens- 3

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

[3] MüKoHGB/*K. Schmidt* § 131 Rn. 129.
[4] Nach *Gustavus* GmbHR 1998, 17 (20) hat die alte Rechtslage in weiteren Fällen zu sachgerechteren Ergebnissen geführt; vgl. auch *Lamprecht* ZIP 1997, 919 (920).
[5] BGHZ 17, 130 (136) = NJW 1955, 1025; BGH NJW 1985, 192 (193).
[6] BGH NJW 1985, 192 (193); BGHZ 116, 359 (370 f.) = NJW 1992, 892 zur GmbH; BGH NJW 1993, 2101 (2103).
[7] *Kort* DStR 1995, 1961 mwN.
[8] BGH NJW 1985, 192 (193) unter Verweis auf BGHZ 17, 130 (136) = NJW 1955, 1025; danach etwa BGHZ 116, 359 (370 f.) = NJW 1992, 892 zur GmbH; OLG Naumburg NZG 2001, 658 zur GmbH; krit. *Sigle* ZGR 1999, 659 (669 f.).
[9] BayObLG NJW-RR 1997, 34 (35) zu § 305 AktG; OLG Düsseldorf NZG 2005, 280 (284) zu einer Barabfindung nach dem UmwG; *Reichert* GmbHR 1998, 257 (262); *Hesselmann/Tillmann* Rn. 628; diff. dagegen Scholz/*H.P. Westermann* GmbHG § 34 Rn. 25 zum Einziehungsentgelt.
[10] *Fleischer/Schneider* DStR 2013, 1736 (1742 f.) mwN.
[11] BGH NZG 2006, 425 (425 f.) zur GbR; zur Rechtsprechung des BGH in familien- und erbrechtlichen Fällen *Fleischer/Schneider* DStR 2013, 1736 (1737 f.).

werts nur in Betracht kommt, wenn mit der Zerschlagung des Unternehmens zu rechnen ist.[12]

4 **b) Abschichtungsbilanz als Grundlage.** Zur **Ermittlung der maßgeblichen Abfindungshöhe** wird jedenfalls dann grundsätzlich die Aufstellung einer Abschichtungsbilanz (auch Abfindungsbilanz) verlangt, wenn andernfalls eine exakte Berechnung ausgeschlossen erscheint.[13] Umstritten ist das Erfordernis der Aufstellung einer Abschichtungsbilanz, wenn der Unternehmenswert im Wege des Ertragswertverfahrens ermittelt wird.[14] Die Verpflichtung zur Bilanzerstellung trifft die Gesellschaft sowie diejenigen Gesellschafter, die hierfür zuständig bzw. hierzu am besten in der Lage sind.[15] Als vertretbare Handlung ist diese Verpflichtung einklagbar.[16] Auch wenn keine Pflicht zur **Bilanzfeststellung** besteht,[17] erfolgt diese in der Praxis regelmäßig schon aus Beweisgründen, um die einzelnen Bilanzposten zwischen den Beteiligten verbindlich zu fixieren. Die Abschichtungsbilanz ist nicht deckungsgleich mit der Bilanz des Jahresabschlusses (§ 242 Abs. 1 HGB), sondern kann nur mittelbar durch Neubewertung aus dieser abgeleitet werden.[18]

5 Da die Einsichts- und Kontrollrechte eines Gesellschafters mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft erlöschen, steht dem Ausgeschiedenen ein Recht auf Einsicht in die Geschäftsunterlagen der Gesellschaft nur nach §§ 810, 242 BGB zu.[19] Für den Fall einer vertraglich vorgesehenen Abfindung leiten die Gerichte überwiegend aus § 259 BGB einen umfassenden Auskunftsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters ab, der allerdings eingeschränkt wird, soweit er sich gegen einen früheren Mitgesellschafter richtet, der inzwischen seinerseits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist.[20]

6 Der maßgebliche **Zeitpunkt für die Wertfeststellung** ist beim Austritt eines Gesellschafters der Moment seines Ausscheidens, während es im Fall der Ausschließungsklage nach § 140 Abs. 2 HGB auf den Zeitpunkt der Klageerhebung ankommt. Etwas anderes muss allerdings dann gelten, wenn die zu einem stattgebenden Urteil führenden Ausschließungsgründe erst nach Klageerhebung eingetreten sind und nachgeschoben wurden. Hier ist der Zeitpunkt des Nachschiebens maßgebend.[21] Da die Verzinsung des Abfindungsanspruchs nicht abschließend geklärt ist, empfiehlt sich insoweit eine klarstellende Regelung im Gesellschaftsvertrag.[22]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

7 **c) Wertermittlungsmethode.** Die zur Wertermittlung anzuwendenden **Berechnungsmethoden** sind weder gesetzlich verbindlich vorgeschrieben noch durch die höchstrichterliche Rechtsprechung eindeutig geklärt. Der BGH, der zwischenzeitlich ausgeführt hatte, dass regelmäßig die Ertragswertmethode zur Anwendung gelange,[23] sieht den Tatrichter

[12] BGH NZFam 2019, 170 (173) (Rn. 26).
[13] BGH WM 1980, 1362 (1363); BGH NZG 2016, 1025 (1026) (Rn. 14); soweit es ausschließlich um die Verteilung von Verlusten geht, wird eine Abschichtungsbilanz dagegen für entbehrlich gehalten, vgl. BGH BeckRS 9998, 41012 mAnm *Goette* DStR 1996, 31; zur Verlustverteilung s. Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Kidler* HGB § 131 Rn. 11 mwN.; kritisch zum Erfordernis der Aufstellung einer Abschichtungsbilanz BeckHdb PersGes/*Sauter* § 10 Rn. 140 ff.
[14] Aufstellung entbehrlich: Baumbach/*Hopt* HGB § 131 Rn. 50; EBJS/*Lorz* HGB § 131 Rn. 104; aA MüKoHGB/*K. Schmidt* § 131 Rn. 135.
[15] BGH BB 1973, 441 = BeckRS 1972, 31121583; BGH NJW 2009, 431 (433); Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Kindler* HGB § 131 Rn. 11; *Hartmann* Ausscheidender Gesellschafter 1983, 51.
[16] BGH NJW 2009, 431 (433).
[17] MüKoBGB/*Schäfer* § 738 Rn. 28; Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Kindler* HGB § 131 Rn. 12 mwN.
[18] BeckHdb PersGes/*Sauter* § 10 Rn. 139.
[19] BGH NJW 1989, 3272 (3273).
[20] BGH NZG 2000, 780 gegen OLG Naumburg BeckRS 1998, 31356112 mAnm *Behnke* NZG 1999, 111.
[21] MHdB GesR II/*Schulte/Hushahn* § 37 Rn. 29; *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 50 IV 1c.
[22] MHdB GesR II/*Schulte/Hushahn* § 37 Rn. 47.
[23] BGH NJW 1985, 192 (193); für ihre Zugrundelegung plädiert etwa *Ulmer* FS Quack, 1991, 477 (490), mit Formvorschlägen auf 501 ff.; die Einigung auf die Ertragswertmethode kann indes im Einzelfall gem. § 723 Abs. 3 BGB unwirksam sein, etwa wenn der Liquidationswert des Unternehmens den Ertragswert erheblich übersteigt, vgl. BGH NZW 2006, 425 (425 f.).

nicht an eine bestimmte Ermittlungsmethode gebunden.[24] Auch aus der Verfassung lässt sich keine konkrete Vorgabe zur Wertermittlungsmethode herleiten.[25] Die Gerichte betonen den Aspekt der Einzelfallgerechtigkeit, der bei streitigem Parteivortrag in der Regel die Einholung von Sachverständigengutachten erforderlich macht.[26] Die Beweislast trägt dabei der ausscheidende Gesellschafter als Inhaber des Abfindungsanspruchs. Eine vertragliche Regelung zur anzuwendenden Bewertungsmethode und deren Einzelheiten ist möglich. Eine solche unterliegt aber derselben Inhaltskontrolle wie sonstige, die Abfindung regelnden Klauseln im Gesellschaftsvertrag.[27]

**d) Abschließende Auseinandersetzungsrechnung.** Nach allgemeiner Ansicht gelten für 8
die Ermittlung des Abfindungsanspruchs des ausscheidenden Gesellschafters, weil das Ausscheiden als partielle Auseinandersetzung behandelt wird, dieselben Grundsätze wie für die Berechnung des Auseinandersetzungsanspruchs bei Auflösung der Gesellschaft.[28] Die Ermittlung des Abfindungsguthabens ist dabei geprägt vom Grundsatz der **Gesamtabrechnung.** Alle Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Ausscheidenden und der Gesellschaft verlieren im Grundsatz ihre rechtliche Selbständigkeit; sie stellen nur noch bloße **unselbständige Rechnungsposten** dar und können daher auch nicht mehr einzeln geltend gemacht werden (Grundsatz der Durchsetzungssperre).[29] Alle auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüche können daher nur noch im Rahmen einer abschließenden Auseinandersetzungsrechnung Berücksichtigung finden.[30] Für den Fall des Ausscheidens eines Kommanditisten bedeutet dies, dass auch die gegen diesen bestehende Einlageforderung von der Gesellschaft regelmäßig nicht mehr isoliert geltend gemacht werden kann, sondern lediglich als unselbständiger Rechnungsposten im Rahmen der Berechnung des Abfindungsanspruchs des Ausscheidenden zu berücksichtigen ist.[31] Aus prozessualer Sicht bleibt allerdings die Lösung des BGH hervorzuheben, nach der die Geltendmachung einer nicht mehr isoliert einklagbaren, weil in eine Auseinandersetzungs- bzw. Abfindungsrechnung einzubeziehenden Forderung im Wege der Leistungsklage ohne Weiteres das Feststellungsbegehren enthält, dass die entsprechende Forderung in die Auseinandersetzungsrechnung eingestellt wird.[32]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

**Ausnahmen** zu diesen Rechtsprechungsgrundsätzen gelten zum einen für schwebende 9
Geschäfte iSv § 740 BGB, die – soweit die Beteiligung an schwebenden Geschäften im Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen ist[33] – gesondert abzurechnen sind.[34] Zum anderen gilt der Grundsatz der Durchsetzungssperre dann nicht, wenn die Gefahr von Hin- und Herzahlungen während des Auseinandersetzungsverfahrens nicht besteht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn und soweit feststeht, dass dem ausscheidenden Gesellschafter Ansprü-

[24] BGH NJW 1991, 1547 (1548); BGHZ 116, 359 (371) = NJW 1992, 892; BGH NJW 1993, 2101 (2103); NZG 2006, 425 (426).
[25] BVerfG NZG 2007, 629 (631) zur Verschmelzung.
[26] BGH NJW 1985, 192 (193). Inwieweit dies Auswirkungen auf die Fälligkeit des Abfindungsanspruchs hat, ist in Rspr. und Lit. umstritten, vgl. die Nachweise bei Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Kindler* HGB § 131 Rn. 13.
[27] Vgl BGH NZG 2006, 425 (Rn. 11) zur Unwirksamkeit einer Ertragswertklausel bei erheblich höherem Liquidationswert.
[28] BGH NJW-RR 1992, 543 (544); NZG 2000, 832 (833); 2011, 858.
[29] BGH NZG 2000, 832 (833) mwN; NJW 2005, 2618 (2620); NZG 2012, 1107 (1110); 2013, 216 (220); OLG Brandenburg NJW-RR 2019, 1004 (1005).
[30] BGH NJW-RR 1993, 1187; NJW 1995, 188 (189); NZG 2000, 832 (833); NZG 2016, 1025 (1026) (Rn. 12).
[31] BGH NZG 2000, 832 (833).
[32] BGH NZG 2000, 832 (833); 2012, 1107 (1110); 2013, 216 (220) jeweils mwN.; OLG Brandenburg NJW-RR 2019, 1004 (1005).
[33] Hierzu etwa EBJS/*Lorz* HGB § 131 Rn. 109.
[34] BGH NJW 1993, 1194 zählt hierzu alle nicht vollständig erfüllten unternehmensbezogenen Umsatzgeschäfte, an welche die Gesellschaft im Moment des Ausscheidens gebunden war; nach BGH NJW-RR 1986, 454 (455); 1986, 1160f. zählen Dauerschuldverhältnisse nicht zu den in § 740 BGB in Bezug genommenen schwebenden Geschäften.

che im gegebenen Umfang mindestens zustehen bzw. dass der auf diese Weise erlangte Betrag keinesfalls zurückgezahlt werden muss.[35] Schließlich stellen die Ansprüche gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter, die auf die Entnahme von Beträgen aus dem Gesellschaftsvermögen ohne gesellschaftsvertragliche Grundlage zurückgehen, keine unselbständigen Rechnungsposten im oben genannten Sinne dar.[36] Hat ein Kommanditist Verbindlichkeiten der GmbH & Co. KG übernommen, ist der Wert dieser Schuldübernahme bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft in entsprechender Anwendung von § 738 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen seines Abfindungsanspruchs zu berücksichtigen. Dies gilt selbst dann, wenn er ohne Berücksichtigung der privaten Schuldübernahme nichts erhielte oder nach § 739 BGB zuzahlen müsste.[37]

10 Ergibt die Berechnung einen negativen Betrag, hat der Ausscheidende keinen Abfindungsanspruch, sondern muss umgekehrt gem. § 739 BGB diesen Fehlbetrag ausgleichen. Für den Kommanditisten gilt dies gem. § 167 Abs. 3 HGB nicht, soweit er seine Einlage geleistet hat.[38]

11 **e) Fälligkeit, Abtretbarkeit.** Bei dem Abfindungsanspruch handelt es sich um einen **künftigen Anspruch,** der zwar mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages seinem Kern nach vorhanden ist, aber erst mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft entsteht.[39] Umstritten ist, wann er fällig wird. Teilweise wird von sofortiger Fälligkeit im Zeitpunkt des Ausscheidens ausgegangen.[40] Verbreitet wird auf die Feststellung der Abschichtungsbilanz bzw. Bezifferung aufgrund der Schlussabrechnung abgestellt.[41] Eine vermittelnde Ansicht nimmt an, aus den Umständen (§ 271 Abs. 1 BGB) sei zu entnehmen, dass es auf den Zeitpunkt der voraussichtlichen Erstellung der Abfindungsbilanz ankäme.[42] Zur Vermeidung von Streitigkeiten empfiehlt es sich, den Fälligkeitszeitpunkt im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen. Der Anspruch kann nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 717 S. 2 BGB) abgetreten werden. Überträgt der Gesellschafter seinen Anteil vor Entstehung des Abfindungsanspruchs rechtsgeschäftlich, geht eine zuvor erfolgte Vorausabtretung des Abfindungsanspruchs allerdings ins Leere.[43] Die Auszahlung der Abfindung an einen Kommanditisten, der seine Haftsumme voll geleistet hat, führt zum Wiederaufleben der Haftung gegenüber den Altgläubigern gem. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB; eine Enthaftung tritt nach Ablauf von fünf Jahren gem. §§ 161 Abs. 2, 160 Abs. 1 HGB ein. Wird über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, ist die Abfindungsforderung eines vor der Insolvenz ausgeschiedenen Gesellschafters, deren Auszahlung gegen das Kapitalerhaltungsgebot der §§ 30, 31 GmbHG analog verstoßen würde, ist erst bei der Schlussverteilung nach § 199 InsO zu berücksichtigen.[44]

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

### 2. GmbH

12 **a) Grundlagen.** Auch ohne ausdrückliche Regelung im GmbHG ist anerkannt, dass ein Gesellschafter im Fall der Ausschließung, der Zwangseinziehung oder des Austritts – soweit die Satzung nichts Abweichendes bestimmt – einen **Anspruch** auf **vollwertige Ab-**

[35] BGH WM 1981, 487 = BeckRS 1981, 31070017; BGH NJW-RR 1993, 1187; NJW 1995, 188 (189); 1999, 3557; NZG 2013, 216 (220).
[36] OLG Köln NJW-RR 1997, 160.
[37] OLG Karlsruhe NZG 2000, 1123 (1124).
[38] Baumbach/Hopt/*Roth* HGB § 167 Rn. 4; BeckOK HGB/*Häublein* § 167 Rn. 16.
[39] BGH NJW 1989, 453.
[40] MHdB GesR II/*Schulte/Hushahn* § 75 Rn. 46; EBJS/*Lorz* HGB § 131 Rn. 67.
[41] RGZ 118, 295 (299); Henssler/Strohn/Kilian § 738 BGB Rn. 12.
[42] BeckOK BGB/*Schöne* § 738 Rn. 19; MüKoBGB/*Schäfer* § 738 Rn. 20.
[43] BGHZ 104, 351 (353) = NJW 1989, 458 (GmbH); BGH NJW 1997, 3370 (3371) (stille Gesellschaft).
[44] BGH NZG 2020, 384 (386) (Rn. 25 ff.).

**findung** hat.[45] Der Anspruch ist nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich auf den Verkehrswert des eingezogenen Geschäftsanteils gerichtet, mithin auf den Betrag, den ein Dritter als Erwerber hierfür zahlen würde. Fehlen objektiv vergleichbare Anteilsverkäufe, was mangels eines Marktes für GmbH-Beteiligungen die Regel ist, ist der Betrag zugrunde zu legen, der bei der Veräußerung des Unternehmens als Ganzes oder der Liquidation der Gesellschaft auf den Geschäftsanteil entfallen würde.[46] Umstritten ist die dogmatische Begründung des im Ergebnis unstreitigen Abfindungsanspruchs; verbreitet wird eine Analogie zu **§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB** herangezogen[47] oder der Anspruch wird als allgemeiner Rechtsgrundsatz entwickelt.[48]

13 Zu den für die Ermittlung der Anspruchshöhe maßgeblichen Bewertungsfragen gelten im Wesentlichen die soeben zur KG dargestellten Grundsätze. Auch hier erkennt der BGH eine generell anzuwendende, weil allein richtige Bewertungsmethode nicht an.[49] **Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wertberechnung** ist bei der **Einziehung deren Wirksamwerden,** bei der **Ausschließung** entsprechend § 140 Abs. 2 HGB der **Zeitpunkt der Klageerhebung** und beim **Austritt** der **Zugang der Austrittserklärung** bei der GmbH.[50] Umstritten ist, zu welchem Zeitpunkt die Abfindung fällig wird. Die hM, der beizutreten ist, geht bei Einziehung und Ausschließung davon aus, dass der Anspruch sofort mit seiner Entstehung fällig wird (§ 271 Abs. 1 BGB);[51] gleiches gilt für den Austritt.[52]

14 Bei der Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils ist § 34 Abs. 2 GmbHG zu beachten, der auch alle Erweiterungen der Einziehungsvoraussetzungen erfasst. Wird die Höhe der bei der Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen zu gewährenden Abfindung durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag nachträglich eingeschränkt, bedarf es deshalb der Zustimmung aller Gesellschafter. Hat nur ein Gesellschafter nicht zugestimmt, ist die Satzungsänderung gescheitert und die entsprechende Klausel ist nach § 34 Abs. 2 GmbHG unwirksam.[53]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

15 **b) Kapitalaufbringung und -erhaltung.** Der Abfindungsanspruch des ausscheidenden GmbH-Gesellschafters ist nach § 34 Abs. 3 GmbHG nur durchsetzbar, wenn und soweit durch seine Erfüllung das in § 30 Abs. 1 GmbHG normierte **Auszahlungsverbot** nicht verletzt wird. Das bedeutet, dass die Abfindungszahlung bei Einziehung eines Geschäftsanteils ohne Beeinträchtigung des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögens möglich sein muss. Der Einziehungsbeschluss der Gesellschafterversammlung verstößt deshalb gegen §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG und ist entsprechend

---

[45] BGHZ 116, 359 (365) = NJW 1992, 892; BGH NZG 2011, 1420; OLG Köln NZG 1998, 779 (780); Michalski/*Sosnitza* GmbHG § 34 Rn. 46; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 205; *Reichert* GmbHR 1998, 257 (262); Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 72; *Hesselmann/Tillmann* Rn. 627; *Hartmann* Ausscheidender Gesellschafter 1983, 151; *Lange* NZG 2001, 648 (649); offen gelassen von OLG Dresden NZG 2000, 1042 (1043).

[46] BGH NJW 2001, 2638 (2639).

[47] Michalski/*Sosnitza* GmbHG § 34 Rn. 47; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 205; Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 72; *Herff* GmbHR 2012, 621.

[48] In BGH NZG 2011, 1420 und NZG 2018, 820 (821) (Rn. 12) wird von einem „Grundmitgliedsrecht" gesprochen; Scholz/*H.P. Westermann* GmbHG § 34 Rn. 25.

[49] BGHZ 116, 359 (371) = NJW 1992, 892; ein anschauliches Bsp. zur Berechnung der Abfindung bietet OLG Köln NZG 1999, 1222 (1225).

[50] BGHZ 9, 157 (176) = NJW 1953, 780 u. NJW 1972, 1320 (ausnahmsweise ist als Stichtag die nach der Klageerhebung liegende Beschlussfassung maßgeblich) zur Ausschließung; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 215; Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 80.

[51] BGHZ 144, 365 (369 f.) = NZG 2000, 1027; OLG Düsseldorf BeckRS 2007, 09356; Baumbach/Hueck/*Kersting* GmbHG § 34 Rn. 24; Michalski/*Sosnitza* GmbHG § 34 Rn. 52; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 217 f.; aA BayObLGZ 1982, 368 (373); Ulmer/*Ulmer/Habersack* § 34 Rn. 80.

[52] Michalski/*Sosnitza* GmbHG Anh. § 34 Rn. 62; Roth/*Altmeppen* § 60 Rn. 116; aA Scholz/*Seibt* GmbHG Anh. § 34 Rn. 22; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 219.

[53] BGHZ 116, 359 (363) = NJW 1992, 892 mAnm *Schulze-Osterloh* JZ 1993, 45 f.; vgl. dazu auch das nach Zurückverweisung ergangene Urteil OLG Oldenburg GmbHR 1997, 503.

§ 241 Nr. 3 AktG nichtig, wenn bereits bei der Beschlussfassung feststeht, dass die Gesellschaft die dem ausscheidenden Gesellschafter geschuldete Abfindung ganz oder teilweise nur aus dem gebundenen Vermögen leisten kann und der Beschluss nicht klarstellt, dass die Zahlung nur bei Vorhandensein ungebundenen Vermögens erfolgen darf.[54] Hiervon ist auszugehen, wenn weder die letzte Jahresbilanz verfügbare Rücklagen in Höhe der voraussichtlichen Abfindung enthält noch der zwischenzeitliche Geschäftsverlauf eine begründete Aussicht auf entsprechende Überschüsse rechtfertigt.[55] Dagegen wird das Auszahlungsverbot nicht tangiert, wenn der Abfindungsbetrag von einem Dritten geleistet wird, der auf einen Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft verzichtet[56] oder als Alternative zur Einziehung in der Satzung eine Zwangsabtretung des Geschäftsanteils an einen Mitgesellschafter oder Dritten vorgesehen ist, da dann die Gesellschaft keine Abfindung schuldet, sondern der Erwerber einen Kaufpreis.[57] Der **Grundsatz der Kapitalerhaltung** wirkt sich über § 33 Abs. 2 S. 1 GmbHG auch auf den Erwerb des Geschäftsanteils durch die GmbH aus, da auch in diesen Fällen durch das Ausscheiden eines Gesellschafters keine Unterbilanz entstehen soll. Der Erwerb ist nur möglich, wenn die Gesellschaft im Erwerbszeitpunkt eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden könnte, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter verwandt werden darf (§ 33 Abs. 2 S. 1 GmbHG).

16 Die in § 30 Abs. 1 GmbHG zum Ausdruck kommende Kapitalbindung bezieht sich auf das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen und dient insoweit der Kapitalerhaltung. Der die Finanzverfassung der GmbH bestimmende **Unversehrtheitsgrundsatz** verlangt aber zuvor bereits, dass das Stammkapital vollständig aufgebracht wurde. Auch ohne ausdrückliche Nennung in § 34 Abs. 3 GmbHG ist deshalb anerkannt, dass vor der Einziehung eines Geschäftsanteils das Volleinzahlungsgebot erfüllt sein muss, um einen Widerspruch zu § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG zu vermeiden.[58] Gleiches gilt wiederum nach § 33 Abs. 1 GmbHG, wenn die Gesellschaft den Geschäftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters selbst erwerben will. Nur wenn ein nicht voll einbezahlter Geschäftsanteil von einem Mitgesellschafter oder gesellschaftsfremden Dritten erworben wird, liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung vor, da dann die Einlagepflicht gegenüber der Gesellschaft bestehen bleibt.[59] Aus diesem Grund kann es sich empfehlen, im Gesellschaftsvertrag neben der Einziehung eine an dieselben sachlichen Voraussetzungen gebundene Zwangsabtretung des Geschäftsanteils an einen Mitgesellschafter oder Dritten vorzusehen.[60]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

17 Im Übrigen können die Beteiligten den bestehenden Beschränkungen mit einer die Mindestkapitalgrenze des § 5 Abs. 1 GmbHG beachtenden **Kapitalherabsetzung** nach § 58 GmbHG gerecht werden oder dadurch, dass die Mitgesellschafter die offene Einlage erbringen. Die Herabsetzung des Stammkapitals muss vollständig durchgeführt und in das Handelsregister eingetragen sein, bevor die Einziehung erfolgen kann.[61] Dagegen scheitert eine Verrechnung der Einlageschuld mit der von der Gesellschaft geschuldeten Abfindungszahlung durch den austrittswilligen Gesellschafter an § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Für den Fall, dass der Abfindungsbetrag die offene Einlageforderung übersteigt, ist umstritten, ob innerhalb der allgemeinen Grundsätze zu § 19 GmbHG – also bei einer sofort fälligen, liquiden und vollwertigen Abfindungsforderung – eine Aufrechnung der Gesellschaft oder

[54] BGHZ 144, 365 (369 f.) = NZG 2000, 1027 mAnm *Lange* NZG 2001, 635 (639); OLG Celle NZG 1998, 29 (30) sieht hierin einen Anfechtungsgrund und keinen Nichtigkeitsgrund analog § 241 Nr. 3 AktG.
[55] OLG Celle NZG 1998, 29 (30) unter Verweis auf *Ulmer* FS Raiser, 2005, 443.
[56] OLG Hamm NZG 1999, 597 (598).
[57] BGH NZG 2011, 783 (785) zum Ausschluss.
[58] Vgl. nur BGHZ 9, 157 (168) = NJW 1953, 780; Scholz/*H.P. Westerman* GmbHG § 34 Rn. 52.
[59] *Schindler* Austrittsrecht 1999, 67.
[60] MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 30.
[61] Scholz/*H.P. Westermann* GmbHG § 34 Rn. 61.

eine Aufrechnungsvereinbarung zulässig ist.[62] Durchgreifende Sachgründe, eine solche Aufrechnung nur deshalb scheitern zu lassen, weil die Abfindungsforderung rechtstechnisch erst mit Wirksamkeit der Einziehung entsteht und fällig wird, bestehen nicht.

**c) Verknüpfung mit dem Austritt.** Um den Ausscheidenden bei einem Verstoß gegen §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1, 33 Abs. 2 S. 1 GmbHG zu schützen, hat der BGH in einer Entscheidung zur Ausschließung die sog. Bedingungslösung vertreten (→ § 31 Rn. 77), nach der der Verlust der Mitgliedschaft von der vollständigen Erfüllung der Abfindungsforderung abhängig ist. Hierdurch sollte vermieden werden, dass der ausscheidende Gesellschafter, trotz des Verlusts seiner Mitgliedschaft, die Abfindungszahlung nicht erhält. Für die Einziehung geht der II. Zivilsenat des BGH allerdings mittlerweile davon aus, dass die Wirksamkeit der Einziehung nicht von der Zahlung der Abfindung abhängig ist.[63] Die Sicherung des Abfindungsanspruchs erreicht der BGH nunmehr über die sog. **Haftungslösung** (vgl. → § 31 Rn. 57 ff.). Nach der jüngsten Rechtsprechung sollen die im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Einziehung an der Gesellschaft beteiligten Gesellschafter anteilig auf die Abfindung haften, wenn sie treuwidrig nicht für eine Bewirkung der Abfindung aus dem ungebundenen Gesellschaftsvermögen sorgen oder die Gesellschaft liquidieren.[64] Ob diese zur Einziehung ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung auf die Ausschließung zu übertragen ist, ist noch nicht gesichert (vgl. → § 31 Rn. 80), weshalb sich eine klarstellende Satzungsregelung empfiehlt. 18

## II. Regelungen im Gesellschaftsvertrag

### 1. Bedeutung von Abfindungsklauseln

Vor dem Hintergrund der zahlreichen Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters ergeben können, versuchen Abfindungsklauseln[65] die gesetzlichen Regelungen so zu modifizieren, dass die geschuldete Abfindung auf die Bedürfnisse der konkreten Gesellschaft passt. Hierbei können unterschiedliche Zwecke verfolgt werden. In vielen Fällen dienen Regelungen im Gesellschaftsvertrag zur Berechnung der Höhe des Abfindungsanspruchs dem Zweck, **Streitigkeiten mit der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern** aus Anlass des Ausscheidens nach Möglichkeit zu vermeiden.[66] Oft zielen Abfindungsklauseln daneben aber auch auf den Bestandsschutz der Gesellschaft, idem durch die Beschränkung der Höhe des Anspruchs der Abfluss von Liquidität eingeschränkt wird.[67] Sie können aber auch darauf gerichtet sein, die für die Gesellschaft passenden Bewertungsmethode festzulegen oder die Berechnung der Abfindung zu vereinfachen, um hierdurch Kosten einzusparen.[68] Ihnen kann auch eine gewisse Disziplinierungsfunktion zukommen, wenn sie durch Beschränkung der Abfindung den Anreiz verringern, freiwillig aus der Gesellschaft auszuscheiden.[69] Diese Ziele gelten für KG und GmbH gleichermaßen und werden am ehesten mit umfassenden Formulierungen erreicht, die sich inhaltlich nicht nur auf einzelne Punkte beschränken. Neben der Metho- 19

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

[62] Hierfür MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 30; Scholz/*H.P. Westerman* GmbHG § 34 Rn. 52; aA Baumbach/Hueck/*Kersting* GmbHG § 34 Rn. 11.
[63] BGH NZG 2012, 259 (260); noch offen gelassen in BGHZ 139, 299 (301 f.) = NJW 1998, 3646; so zuvor bereits KG NZG 2006, 437 (437 f.); GWR 2011, 447 = BeckRS 2011, 22359; OLG München DStR 2011, 1673 (1674).
[64] BGH NZG 2016, 742 (743) (Rn. 23 ff.) im Anschluss an BGH NZG 2012, 259 (261).
[65] Zur tatsächlichen Verbreitung vgl. die Nachweise bei Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 81; BeckOK BGB/*Schöne* § 738 Rn. 26; *Wangler/Dierkes* DS 2007, 94 (98 ff.).
[66] MHdB GesR II/*Schulte/Hushahn* § 38 Rn. 1.
[67] BGHZ 116, 359 (368) = NJW 1992, 892.
[68] *Pogorzelski,* RNotZ 2017, 489 (494).
[69] MHdB GesR II/*Schulte/Hushahn* § 38 Rn. 1; *Pogorzelski,* RNotZ 2017, 489 (494) der noch weitere mögliche Zwecke nennt.

de der Wertermittlung gilt es vor allem, die konkreten Zahlungsmodalitäten festzulegen, wobei das Interesse der Gesellschaft an einer Schonung ihrer Liquidität mit dem Interesse des ausscheidenden Gesellschafters an einer sofort fälligen Abfindung in voller Höhe zu einem für beide Seiten angemessenen Ausgleich gebracht werden muss. Häufig wird deshalb eine sich über mehrere Jahre erstreckende **Ratenzahlung** vereinbart (→ Rn. 34 ff.).

20 Die **Wertermittlung** wird in der Regel in die Hände eines erfahrenen Experten gelegt, der in der Abfindungsklausel von vornherein hinreichend bestimmt zu bezeichnen ist. Wird ihm auch die maßgebliche Berechnungsmethode vorgegeben, muss er sich grundsätzlich daran halten, was insbesondere im Hinblick auf etwaige Meinungsänderungen in der Betriebswirtschaftslehre zur Geeignetheit der verschiedenen Bewertungsmethoden zu ungewollten Ergebnissen führen kann. Denn die Klausel muss in vielen Fällen erhebliche Zeiträume abdecken. Angesichts der Unterschiedlichkeit der durch die anerkannten Bewertungsverfahren hervorgebrachten Ergebnisse will diese Entscheidung wohl überlegt sein und sollte immer die individuellen Gegebenheiten des Unternehmens berücksichtigen.

21 Der BGH unterzieht Abfindungsklauseln einer strengen **Inhaltskontrolle** am Maßstab des § 138 (Sittenwidrigkeit durch Knebelung oder Gläubigerbenachteiligung), § 242 (Treuwidrigkeit durch Rechtsmissbrauch) und § 723 Abs. 3 BGB (Nichtigkeit wegen unzulässige Beeinträchtigung der Kündigungsfreiheit).[70] Die Sittenwidrigkeit setzt voraus, dass die getroffene Regelung bereits bei ihrer Entstehung grob unbillig ist.[71] Dies ist der Fall, wenn der sich aus der vertraglichen Regelung ergebende Abfindungsbetrag vollkommen außer Verhältnis zum tatsächlichen Wert des Anteils steht und auch in keiner Weise durch die berechtigten Interessen der Gesellschaft an der Verhinderung eines Abflusses notwendiger Liquidität gerechtfertigt ist. Ebenso kommt es für die Frage, ob die Freiheit des Gesellschafters, sich zu einem Austritt zu entschließen, durch eine Abfindungsbeschränkung unvertretbar eingeengt wird (vgl. § 723 Abs. 3 BGB), auf die Verhältnisse bei Begründung der Abfindungsklausel an.[72] Selbst wenn die Voraussetzungen einer sittenwidrigen Klauseln vorliegen, wird diese allerdings bei der GmbH analog § 242 Abs. 2 AktG mit Ablauf von drei Jahren seit der Eintragung wirksam.[73] War die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte oder durch Satzungsänderung geschaffene Abfindungsregelung dagegen im Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens angemessen und wurde sie erst später, infolge einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse unangemessen, ist die Klausel nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) an die neuen Verhältnisse anzupassen.[74] Unerheblich ist, ob die Abfindungsbeschränkung auf einer Satzungsregelung oder einer schuldrechtlichen Nebenabrede beruht.[75] Entsprechend teilen die satzungs- und vertragsmäßigen Regelungen auch dasselbe Schicksal.[76] Im Laufe der Zeit haben die vorstehenden Grundsätze zur Herausbildung von Fallgruppen geführt, die im Folgenden näher beleuchtet werden sollen.[77]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[70] Vgl. BGH NJW 1993, 2101; BGHZ 126, 226 (230 f.) = NJW 1994, 2536.
[71] BGHZ 116, 359 (368) = NJW 1992, 892.
[72] BGHZ 123, 281 (283 f.) = NJW 1993, 3193.
[73] Baumbach/Hueck/*Kersting* GmbHG § 34 Rn. 31.
[74] BGHZ 123, 281 (285) = NJW 1993, 3193; zuletzt BGH NZG 2011, 1420 (1421); die Literatur folgt dem im Ergebnis, aber mit anderer Begründung, vgl. etwa *Ulmer* ZIP 2010, 805 (812).
[75] BGH NZG 2010, 988 (988 f.) (Rn. 7 f.).
[76] LG Freiburg BeckRS 2014, 22947.
[77] Einen Überblick über die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung vermitteln *Mecklenbrauck* BB 2000, 2001 ff.; *Wangler* DB 2001, 1763 (1765); *Hülsmann* NJW 2002, 1673 (1674); *Karakaya/Prüßner* MDR 2002, 804 (805); *Stöber/Rafiqpoor* GmbHR 2003, 872 (873); aus Sicht des Notars bereits *Reimann* DNotZ 1992, 472 (476); die Kritik unter besonderer Berücksichtigung der Interessen von Familiengesellschaften zusammenfassend *Kübler* FS Sigle, 2000, 183 (186); zu den Besonderheiten in der Sanierungsphase des Unternehmens schließlich *Rodewald* GmbHR 1996, 736 (738).

### 2. Fallgruppen

**a) Ausschlussklauseln.** Der generelle Ausschluss jedweder Abfindung ist nach allgemeiner Ansicht – auch im Fall der Ausschließungsklage[78] – grundsätzlich sittenwidrig[79] und kann darüber hinaus bei der KG (vgl. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB)[80] gegen § 723 Abs. 3 BGB verstoßen und bei der GmbH gegen den Grundsatz, dass die Abfindungsbeschränkung das unabdingbare Austrittsrecht aus wichtigem Grund (→ § 31 Rn. 26) nicht unbillig beschränken oder gar faktisch ausschließen darf.[81] Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht im Hinblick auf ein in der GmbH-Satzung eingeräumtes Recht zur ordentlichen Kündigung.[82] Für ausnahmsweise zulässig wird der Abfindungsausschluss gehalten, wenn er auf den Tod eines Gesellschafters erfolgt,[83] bei Gesellschaften mit ideellem Zweck[84] und unter bestimmten Voraussetzungen im sog. Manager- bzw. Mitarbeitermodell.[85] Entgegen einer weit verbreiteten Meinung in der Literatur[86] hat der BGH einen Abfindungsausschluss als sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) angesehen, der an eine grobe Verletzung der Interessen der Gesellschaft oder der Pflichten des Gesellschafters anknüpft.[87] Eine Auslegung als Vertragsstrafe hat der II. Senat ebenfalls nicht zugelassen. Für einen Ausschluss der Abfindung im Fall der Zwangseinziehung oder Ausschließung aus wichtigem Grund besteht nach dieser Rechtsprechung wohl kein Raum mehr.[88] Das **Sittenwidrigkeitsurteil** gilt auch bei einem nur teilweisen Abfindungsausschluss, wenn sich dieser ausschließlich auf die Insolvenz eines Gesellschafters bzw. die Kündigung durch dessen Privatgläubiger bezieht,[89] da dann die gesellschaftsvertragliche Regelung ganz offensichtlich nur der **Gläubigerbenachteiligung** dienen soll.[90] Der Ausschluss der Beteiligung an schwebenden Geschäften iSv § 740 BGB ist dagegen zulässig.[91] 22

**b) Bewertungsklauseln.** Im Gegensatz zu Ausschlussklauseln wollen Bewertungsklauseln den Abfindungsanspruch nicht vollkommen oder teilweise beseitigen, sondern lediglich die Grundsätze zu seiner Berechnung von vornherein festlegen.[92] 23

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

**aa) Buchwertklauseln.** Die verbreiteten **Buchwertklauseln** koppeln die Abfindung an die Höhe des buchmäßigen Anteils des ausscheidenden Gesellschafters am Eigenkapital der Gesellschaft in der Handelsbilanz, inklusive seines Anteils an den offenen Rücklagen sowie 24

[78] Für die KG Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Kindler* HGB § 131 Rn. 17; Oetker/*Kamanabrou* HGB § 131 Rn. 75; für die GmbH etwa *Eser* DStR 1991, 747 (750) sowie der allgemeine Hinweis bei MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 119 und Baumbach/Hueck/*Kersting* GmbHG Anh. § 34 Rn. 11, dass der Ausschluss nicht mit einer Strafsanktion verbunden werden darf.

[79] BGH NZG 2014, 820 (821) (Rn. 12); in BGH NJW 1989, 2685 (2686) wird bereits die Beschränkung der Abfindung auf die Hälfte des Buchwerts als grundsätzlich sittenwidrig angesehen; BGHZ 135, 387 (389 f.) = NJW 1997, 2592; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 227; MüKoBGB/*Schäfer* § 738 Rn. 45, 60.

[80] Aus der Rechtsprechung der Instanzgerichte zB OLG Schleswig NZG 2001, 658 (659 f.) mwN.

[81] Dazu BGHZ 116, 359 (369) = NJW 1992, 892; Baumbach/Hueck/*Kersting* GmbHG § 34 Rn. 27; Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 96.

[82] OLG München NZG 2001, 662 (663 f.).

[83] BGH WM 1971, 1338 (1339 f.) = BeckRS 1971, 31081173; MüKoBGB/*Schäfer* § 738 Rn. 61; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 131 Rn. 161; Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 101.

[84] BGHZ 135, 387 (390 f.) = NJW 1997, 2592; Baumbach/Hueck/*Kersting* GmbHG § 34 Rn. 34a.

[85] BGHZ 164, 107 (110 f.) = NZG 2005, 971; BGHZ 164, 98 (101 f.) = NZG 2005, 968.

[86] Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 104; vgl. auch OLG Oldenburg GmbHR 1997, 503 (506) für eine Beschränkung des Abfindungsbetrages auf 10% des Verkehrswerts des Geschäftsanteils.

[87] BGH NZG 2014, 820 (822) (Rn. 15 ff.).

[88] Zustimmend MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 222.

[89] BGHZ 32, 151 (155) = NJW 1960, 1053; BGHZ 65, 22 (26) = NJW 1975, 1835; BGHZ 144, 365 (366) = NZG 2000, 1027; insoweit zust. *Rasner* NJW 1983, 2905 (2910).

[90] *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 50 IV 2c aa; zur Anwendbarkeit der §§ 129 ff. InsO, § 3 AnfG in diesem Fall vgl. Koller/*Kindler*/Roth/Drüen HGB § 131 Rn. 17.

[91] Koller/*Kindler*/Roth/Drüen HGB § 131 Rn. 16; *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 50 IV 1e; EBJS/*Lorz* HGB § 131 Rn. 109; *Hartmann* Ausscheidender Gesellschafter 1983, 72.

[92] BeckHdb PersGes/*Sauter* § 10 Rn. 160.

an den Bilanzposten mit klarem Rücklagencharakter; **stille Reserven und ein Geschäftswert sind nicht zu berücksichtigen.**[93] Die Beschränkung der Abfindung auf den **Buchwert ist grundsätzlich zulässig.**[94]

25 Sittenwidrig (§ 138 BGB) wird eine Buchwertklausel nur in wenigen Fällen sein, da es für die Beurteilung auf die Umstände bei Abschluss der Vereinbarung ankommt und jedenfalls bei der Gründung der Gesellschaft der Verkehrswert des Anteils in den überwiegenden Fällen nicht unbillig vom Buchwert abweichen wird. Die durchaus als hoch einzuschätzenden **Risiken für den Bestand solcher Klauseln** ergeben sich vielmehr aus einer positiven Geschäftsentwicklung der Gesellschaft, die dazu führt, dass – etwa wegen der bestehenden Ertragsaussichten – **der Verkehrswert des Anteils im Laufe der Zeit immer weiter über den Buchwert ansteigt.** Ist in diesem Fall zwischen dem Tag der Aufnahme der Abfindungsklausel in den Gesellschaftsvertrag und ihrer erstmaligen Anwendung eine geraume Zeit vergangen, führt dies nicht selten dazu, dass sich nach aktueller Beurteilung ein Missverhältnis zwischen dem vereinbarten (Buch-)Wert und dem vollen Anteilswert ergibt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist in einem solchen Fall zu fragen, ob das Interesse der Gesellschaft, Liquidität und Fortbestand des Unternehmens nicht durch unerträglich hohe Abfindungen zu gefährden, zurücktreten muss, weil es dem ausscheidenden Gesellschafter nach den Maßstäben von Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, sich mit der Abfindung entsprechend der vertraglichen Regelung zufriedenzugeben.[95] Der BGH nimmt in solchen Fällen eine **ergänzende Vertragsauslegung** nach den Grundsätzen von **Treu und Glauben** (§§ 157, 242 BGB) unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vor, die davon ausgeht, dass die Gesellschafter bei Voraussehen dieser Entwicklung eine anderweitige Regelung getroffen hätten.[96] Die Grundzüge des konkreten Vertrages sollen **„zu Ende gedacht“** werden, wobei der aus dem übrigen Vertragsinhalt und den sonstigen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Umständen **ableitbare tatsächliche Wille** der Parteien ebenso von Bedeutung sein soll wie eine objektive **Abwägung der beiderseitigen Interessen**.[97]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

26 Bei der **Interessenabwägung** sind unter anderem das Ausmaß des Missverhältnisses zwischen dem vertraglichen Abfindungsanspruch und dem Anteilswert, das Bestands- und Liquiditätsinteresse der Gesellschaft, die Dauer und Intensität der Mitgliedschaft des ausgeschiedenen Gesellschafters, sein Anteil am Aufbau und Erfolg der Gesellschaft sowie der Anlass seines Ausscheidens zu berücksichtigen.[98] Auf diese Weise eröffnet sich den Gerichten ein zum Teil erheblicher Spielraum für eine tatrichterliche Beurteilung, die von den Rechtsmittelinstanzen aus Rechtsgründen nur selten beanstandet wird.[99]

---

[93] MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 255; Baumbach/Hueck/*Kersting* GmbHG § 34 Rn. 35; vgl. auch OLG München BB 1997, 359 (360); OLG Karlsruhe NZG 2000, 1123 (1124); s. auch den Formulierungsvorschlag von *Notthoff* DStR 1998, 210 (212).

[94] Vgl. BGH NJW 1985, 192 (193); 1989, 3272; BGHZ 123, 281 (283 f.) = NJW 1993, 3193; OLG München BeckRS 2009, 25514; Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Kindler* HGB § 131 Rn. 18; *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 50 IV 2c; MHdB GesR II/*Schulte/Hushahn* § 38 Rn. 48; *Hartmann* Ausscheidender Gesellschafter 1983, 150; speziell zur Buchwertklausel *Ebenroth/Müller* BB 1993, 1153 ff.; *G. Müller* ZIP 1995, 1561 ff.; *Sörgel/Engelmann* DStR 2003, 1260 (1261).

[95] BGHZ 123, 281 (286) = NJW 1993, 3193.

[96] BGHZ 123, 281 (285) = NJW 1993, 3193 mAnm *Dauner-Lieb* ZHR 1994, 271 (insbes. 283 ff.); BGHZ 126, 226 (242 f.) = NJW 1994, 2536; BGH NZG 2002, 176; 2011, 1420 (1421); OLG Naumburg NZG 2000, 698 (699 f.); OLG Hamm NZG 2003, 440; *Haack* GmbHR 1994, 437 (438); *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 50 IV 2c ee will derartige Fälle dagegen mit der beweglichen Schranke des § 242 BGB lösen.

[97] BGHZ 123, 281 (286) = NJW 1993, 3193.

[98] BGH NJW 1993, 2101 (2102); BGHZ 123, 281 (286 f.) = NJW 1993, 3193; zuletzt noch einmal bestätigt von BGH NZG 2002, 176 (177); weitere Kriterien nennen *Piltz* BB 1994, 1021 (1024); *Rasner* ZHR 1994, 292 (304); *Hesselmann/Tillmann* Rn. 632; dezidiert gegen eine ergänzende Vertragsauslegung *Dauner-Lieb* GmbHR 1994, 836 (840); *Kort* DStR 1995, 1961 (1966); *Ulmer/Schäfer* ZGR 1995, 134 (140), die stattdessen wiederum auf eine Ausübungskontrolle am Maßstab von § 242 BGB abstellen; vgl. bereits *Rasner* NJW 1983, 2905 (2907).

[99] S. dazu nur das Beispiel in BGH NZG 2002, 176.

Der Mechanismus der ergänzenden Vertragsauslegung führt im Ergebnis dazu, dass eine dem **hypothetischen Parteiwillen** entsprechende Abfindungsregelung zu ermitteln ist, die nur im Ausnahmefall mit der Abfindung übereinstimmen wird, die nach der gesetzlichen Ausgangslage (vollwertige Abfindung zum Verkehrswert) geschuldet ist.[100] Anders ist dies in den Fällen der **Sittenwidrigkeit.** Hier ist für eine ergänzende Vertragsauslegung im Ergebnis kein Raum; eine **Anpassung der Abfindungsklausel auf ein angemessenes Niveau unterbleibt** und der ausscheidende Gesellschafter hat einen Anspruch auf den vollen Verkehrswert seines Geschäftsanteils.[101] 27

Die an ein im Zeitverlauf eingetretenes grobes Missverhältnis zwischen dem vertraglich geschuldeten und dem wahren Anteilswert anknüpfende Rechtsprechung strebt einen **Interessenausgleich zwischen ausscheidenden und verbleibenden Gesellschaftern** unter Berücksichtigung der mit der vertraglichen Abfindungsregelung verfolgten Zwecke an.[102] Der BGH will einerseits verhindern, dass der **ausscheidende Gesellschafter** durch eine von der Entwicklung überholte Abfindungsbestimmung **unangemessen benachteiligt wird.** Zum anderen soll die **Fortsetzung der Gesellschaft** durch die verbleibenden Gesellschafter nicht durch eine schematische Regelung gefährdet werden.[103] Was gilt, wenn den Gesellschaftern dagegen bereits im Zeitpunkt der Aufnahme der Abfindungsklausel in den Gesellschaftsvertrag bewusst war, dass diese zu einem groben Missverhältnis zwischen der vereinbarten Abfindung und dem tatsächlichen Unternehmenswert führen kann bzw. wenn sie dies hätten erkennen müssen, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden. In der Literatur wird einerseits vertreten, dass es in diesem Fall bei der Klauselanordnung selbst dann bleiben soll, wenn dadurch die Kündigungsmöglichkeit des Gesellschafters eingeschränkt wird.[104] Angesichts der Betonung der **persönlichen und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gesellschafters** durch den BGH wird andererseits darauf verwiesen, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass der BGH auch eine solche freiwillige und bewusste Beschränkung als zu weitgehend empfinden und deshalb ebenfalls einer **Angemessenheitskontrolle** unterziehen wird.[105] Ungeklärt ist auch, ob das vom BGH entwickelte Modell der ergänzenden Vertragsauslegung bereits dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn in der Vereinbarung ausdrücklich festgehalten wird, dass die **Abfindungsbeschränkung** auch in dem Fall **Bestand haben soll,** in dem es zu **einem groben Missverhältnis** zwischen der vereinbarten und der gesetzlichen Abfindung kommt. Angesichts des Umstands, dass der BGH in anderem Zusammenhang betont hat, dass an die Stelle des rechtlich unwirksam Gewollten nicht ein inhaltsgleicher tatsächlicher Wille der Vertragsparteien gesetzt werden kann,[106] ist nicht davon auszugehen, dass der BGH in solchen Fällen von einer Billigkeitsüberprüfung absehen wird.[107] 28

In Abgrenzung zum Schutz des ausscheidenden Gesellschafters wird der **Aspekt der Gläubigerbenachteiligung** demgegenüber nur relevant, soweit er sich als ausschließliches Ziel einer Bewertungsklausel darstellt. Werden Gesellschafter und Gläubiger dagegen von einer unter dem tatsächlichen Anteilswert liegenden Abfindung gleichermaßen betrof- 29

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

[100] BGHZ 123, 281 (289) = NJW 1993, 3193.
[101] BGHZ 116, 359 (375 f.) = NJW 1992, 892; Henssler/Strohn/*Kilian* BGB § 738 Rn. 16; Baumbach/Hueck/*Kersting* GmbHG § 34 Rn. 32a; *Hesselmann/Tillmann* Rn. 634; weitergehend *Engel* NJW 1986, 345 (349); *Sigle* ZGR 1999, 659 (667); *Ulmer* ZIP 2010, 805 (811); zum Verhältnis abstrakter Sittenwidrigkeit zu konkreter Vertragsanpassung vgl. *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 50 IV 2c cc.
[102] BGHZ 126, 226 (242) = NJW 1994, 2536 überträgt diesen Grundgedanken auf Schutzgemeinschaftsverträge; demgegenüber schildert *Sigle* ZGR 1999, 659 (672) mit Familienunternehmen, Freiberuflersozietäten, gemeinnützigen und ideellen Gesellschaften einige Konstellationen, für die nach seiner Ansicht eine Übertragung der Rspr.-Grundsätze nicht in Betracht kommen kann.
[103] BGHZ 126, 226 (242 f.) = NJW 1994, 2536.
[104] Koller/*Kindler*/Roth/Drüen HGB § 131 Rn. 18 mwN; *Lange* NZG 2001, 635 (643); *Rasner* ZHR 158 (1994), 292 (299).
[105] Das vermuten auch *Dauner-Lieb* GmbHR 1994, 836 (842); *Rasner* ZHR 1994, 292 (299).
[106] NJW 1984, 1177 (zur Unwirksamkeit einer Tagespreisklausel in KfZ-Verkaufsbedingungen).
[107] EBJS/*Lorz* HGB § 131 Rn. 137.

fen, müssen sich auch Letztere danach richten.[108] Die Rechtsprechung erstreckt eine Regelung, welche für die Fälle der Kündigung eines Gesellschafters und der Pfändung seines Geschäftsanteils eine Abfindung nach Buchwerten vorsieht, auch ohne ausdrückliche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag auf den Fall seiner Ausschließung aus **wichtigem Grund.**[109]

30 Geht das Ausscheiden des Gesellschafters auf dessen Ausschluss **ohne wichtigen Grund** zurück oder tritt der Gesellschafter aus der Gesellschaft wegen eines von den anderen Gesellschaftern gesetzten wichtigen Grundes aus, ist eine **Beschränkung des Abfindungsanspruchs,** die zur Folge hat, dass dieser **erheblich hinter dem Wert** des Anteils zurückbleibt, **grundsätzlich als sittenwidrig anzusehen.**[110] Austritt und Ausschluss werden im Rahmen der Auslegung somit durchaus unterschiedlich behandelt. Maßgebliches Kriterium ist dabei, dass dem ausscheidenden Gesellschafter das **Festhalten** an der – von ihm mitgetragenen – gesellschaftsvertraglichen Regelung auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Mitgesellschafter **nicht zugemutet werden kann.**[111] Dabei kann dem aus einem in seiner Person liegenden wichtigen Grund ausgeschlossenen Gesellschafter grundsätzlich mehr zugemutet werden als einem Gesellschafter, der sich wegen eines von seinen Mitgesellschaftern veranlassten wichtigen Grundes zum freiwilligen Ausscheiden genötigt sieht.[112]

31 Ab welcher **Relation zwischen Abfindungs- und Verkehrswert** ein **grobes Missverhältnis** anzunehmen ist, hat die Rechtsprechung bislang bewusst nicht entschieden.[113] Verschiedene Einzelfallentscheidungen des BGH zeigen lediglich, dass jedenfalls Abfindungen, die zwischen 20% und 36% des Verkehrswertes der Beteiligung ausmachen, unzureichend sind.[114] Dass selbst hieraus keine absoluten Grenzen abgeleitet werden können, zeigen instanzgerichtliche Urteile, in denen ausnahmsweise auch eine Beschränkung des Abfindungsbetrags auf 10% des Verkehrswertes nicht beanstandet wurde.[115] Es kommt also auch insoweit immer auf die Umstände des Einzelfalls an. Bei pauschaler Vereinbarung, dass lediglich die Hälfte des Buchwerts ausbezahlt werden soll, greift dagegen grundsätzlich wiederum § 138 Abs. 1 BGB ein, da sich ein derart einschneidender Eingriff in die Vermögensposition des ausscheidenden Gesellschafters so weit vom gesetzlichen Leitbild des § 738 BGB entfernt, dass der Regelungszweck der Vorschrift verfehlt wird, den der BGH

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[108] BGHZ 65, 22 (26) = NJW 1975, 1835; BGHZ 144, 365 (366) = NZG 2000, 1027; MHdB GesR II/*Schulte/Hushahn* § 38 Rn. 25.

[109] BGH NZG 2002, 176 (für die GmbH).

[110] BGH NJW 1979, 104; vgl. auch BGHZ 65, 22 (26) = NJW 1975, 1835; OLG Köln NZG 1999, 1222 (1223f.); OLG Naumburg NZG 2001, 658.

[111] BGH NJW 1993, 2101 (2102) unter Verweis auf BGHZ 65, 22 = NJW 1975, 1835; vgl. bereits die Fallgruppenbildung bei *Gessler* GmbHR 1984, 29 (31f.). Beim Ausscheiden aus einer Freiberuflersozietät kann in diesem Zusammenhang dem Wert der mitgenommenen Mandanten eine besondere Bedeutung zukommen, vgl. dazu zB BGH NJW 1995, 1551 mAnm *Goette* DStR 1995, 856; OLG Schleswig NZG 2001, 658 (659f.).

[112] BGH NJW 1993, 2101 (2102); eine weitergehende Diff. bietet etwa *Büttner* FS Nirk, 1992, 119 (130), der die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage besonders hervorhebt.

[113] Eine „starre Wertgrenze" hat etwa BGH NJW 1993, 2101 ausdr. Abgelehnt, zust. Baumbach/Hopt/*Roth* § 131 Rn. 64; im Interesse der Rechtssicherheit dafür aber *Haack* GmbHR 1994, 437 (441); *Ulmer/Schäfer* ZGR 1995, 134 schlagen im Anwendungsbereich von § 723 Abs. 3 BGB eine Verminderung der Abfindung um mehr als ein Drittel und bei § 138 Abs. 1 BGB um mehr als die Hälfte gegenüber dem Anteilswert als Grenzen vor; *Sigle* ZGR 1999, 659 (672) plädiert für die Aufnahme einer am Verkehrswert orientierten Ober- und Untergrenze für die Abfindung in die gesellschaftsvertragliche Regelung.

[114] BGH NJW 1973, 651; 1989, 2685 (2686); BGHZ 123, 281 = NJW 1993, 3193; OLG Hamm NZG 2003, 440 mAnm *Stopp* NZG 2003, 1153f.; für den umgekehrten Fall, dass das (Hinaus-)Kündigungsrecht des verbleibenden Gesellschafters durch eine dem ausscheidenden Gesellschafter weit über das marktübliche Maß hinaus zu zahlende Abfindung eingeschränkt sein kann, vgl. OLG Bamberg BeckRS 9998, 42260 mAnm *von Reinersdorff* NZG 1998, 897; am Beispiel einer Buchwertklausel auch *Sörgel/Engelmann* DStR 2003, 1260 (1263).

[115] In OLG Oldenburg GmbHR 1997, 503 (505f.), wurde dies mit den genossenschaftlichen Elementen der GmbH gerechtfertigt.

darin sieht, dem Gesellschafter eine **angemessene Abfindung** zu sichern.[116] Auch der Wuchertatbestand in § 138 Abs. 2 BGB kommt bei der Wirksamkeitsprüfung einer Abfindungsklausel in Betracht, wenn die Regelung unter Ausnutzung der Unerfahrenheit bestimmter Mitgesellschafter zustande kam.[117]

**bb) Nennwertklauseln, Bestimmung durch Schiedsgutachter.** Sogenannte **Nennwertklauseln** sehen im Unterschied zu einer Abfindung zum Buchwert vor, dass Rücklagen und Gewinnvorträge bei der Berechnung nicht berücksichtigt werden.[118] Aus diesem Grund ist bei diesen Klauseln das Risiko eines im Zeitverlauf eintretenden Missverhältnisses zum Verkehrswert des Anteils im Vergleich zu den am Buchwert ausgerichteten Regelungen nochmals höher. 32

Anstelle der Festlegung eines konkreten Bewertungsverfahrens wird nicht selten eine **Schiedsgutachterklausel** in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, die an den §§ 317 ff. BGB zu orientieren ist.[119] Der Schiedsgutachter entscheidet, mangels konkreter gesellschaftsvertraglicher Vorgaben, nach billigem Ermessen, so dass die von ihm festgestellte Höhe des Abfindungsguthabens nur noch unter den Voraussetzungen des § 319 BGB angegriffen werden kann. Um einen weiteren Streitpunkt von vornherein zu vermeiden, sollte die Klausel auch bestimmen, wer gegebenenfalls die Kosten des Schiedsgutachters zu tragen hat.[120] 33

**c) Zahlungsmodalitäten.** Gegen eine Abfindungsklausel, die nach den vorstehenden Grundsätzen unter dem Aspekt der Wertermittlung wirksam ist, kann sich der ausgeschiedene Gesellschafter gleichwohl noch zur Wehr setzen, wenn sie eine **Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung** vorsieht, die sittenwidrig ist (§ 138 BGB) oder seine Kündigungsfreiheit in unvertretbarem Maße einengt (§ 723 Abs. 3 BGB). Sittenwidrig sind die Auszahlungsbedingungen dann, wenn die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters in grob unangemessener Weise missachtet werden.[121] Gegenstand der Regelungen sind typisch der **Zeitpunkt der Fälligkeit des Abfindungsanspruchs,** dessen vollständige oder teilweise (Ratenzahlung) **Stundung** und die **Verzinsung sowie Besicherung** des Anspruchs. Aus Sicht der Gesellschaft sollen Regelungen zu den Zahlungsmodalitäten einen unerwünscht hohen Abfluss von Liquidität verhindern. Insbesondere im Fall einer Abfindung zum vollen Verkehrswert kann hieran ein großes Interesse bestehen. Während eine aus den festgelegten Zahlungsmodalitäten erkennbare Gläubigerbenachteiligungsabsicht, wie in den anderen Fällen auch, zur Sittenwidrigkeit der Klausel führt, sprechen die Vereinbarung einer angemessenen Verzinsung und Sicherheitsleistung für deren Wirksamkeit.[122] 34

Unwirksam ist eine Regelung zum **Zahlungsaufschub,** wenn sich die Zahlungen über fünfzehn Jahre und mehr erstrecken sollen.[123] Das Schrifttum sieht eine Obergrenze für 35

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[116] BGH NJW 1989, 2685 (2686); diff. *G. Müller* ZIP 1995, 1561 (1571 f.).
[117] *Ulmer* FS Quack, 1991, 477 (486).
[118] MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 258.
[119] *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 50 IV 1d aE; *Kort* DStR 1995, 1961 (1963); Einzelheiten bei *Hartmann* Ausscheidender Gesellschafter 1983, 62 ff.; Formulierungsvorschlag bei *Zöller* MittRhNotK 1999, 121 (129 f.).
[120] So auch *Kort* DStR 1995, 1961 (1963).
[121] BGH NJW 1989, 2685 (2686); OLG Dresden NZG 2000, 1042.
[122] Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Kindler* HGB § 131 Rn. 19; *Hartmann* Ausscheidender Gesellschafter 1983, 151; mit Beispielen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung *Hülsmann* NJW 2002, 1673 (1677 f.); s. auch den Formulierungsvorschlag bei *Notthoff* DStR 1998, 210; weitere Gestaltungshinweise geben *Stöber/Rafiqpoor* GmbHR 2003, 872 (873).
[123] BGH NJW 1989, 2685 (2686); hieraus hat OLG Hamm NZG 2003, 440 (441) gefolgert, dass bei einer von vornherein vorgesehenen Reduzierung auf ein Drittel des Anteilswerts bereits die Auszahlung über einen Zeitraum von fünfeinhalb Jahren eine unangemessene Benachteiligung des ausscheidenden Gesellschafters bedeutet.

den Zahlungszeitraum zum Teil bei zehn Jahren[124] oder sogar nur bei fünf Jahren.[125] Für die Praxis ist davon auszugehen, dass eine Frist von fünf Jahren bei Verzinsung des Anspruchs regelmäßig nicht zu beanstanden ist, während es bei längeren Fristen darauf ankommt, ob es im Einzelfall Umstände gibt, die die lange Auszahlungsdauer rechtfertigen. So wurde etwa eine Regelung zur Zahlung der Abfindung in drei Raten nach fünf, acht und zehn Jahren in einem Einzelfall als sittenwidrig eingestuft, weil die Streckung der Abfindungszahlung über einen so langen Zeitraum den berechtigten Interessen des ausscheidewilligen Gesellschafters nicht gerecht wurde.[126] Wird dem ausgeschiedenen Gesellschafter dagegen von vornherein ein **Wahlrecht** zwischen einer einmaligen Abfindung und laufenden Versorgungsleistungen eingeräumt, hält die Rechtsprechung dies für zulässig.[127]

36 Andererseits wird die Berufung auf eine **Ratenzahlungsvereinbarung** auch bei angemessener Verzinsung ausnahmsweise als rechtsmissbräuchlich iSv § 242 BGB angesehen, wenn die Gesellschaft **zur sofortigen Auszahlung ohne Weiteres in der Lage wäre** oder der Gesellschaftsanteil für den ausscheidenden Gesellschafter die einzige wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellt.[128] Im Übrigen sind die Konditionen der Auszahlung umso strenger zu beurteilen, je weiter der Abfindungsbetrag hinter dem anteiligen Unternehmenswert zurückbleibt, da die Bestimmungen über die Höhe der Abfindung im **Zusammenwirken** mit denen über die Zahlungsmodalitäten zu betrachten sind.[129] So ist beispielsweise eine sechsjährige Stundung auch ohne Verzinsung nicht beanstandet worden, wenn die Abfindung dem vollen Anteilswert entspricht.[130]

37 Ist die Abfindungsregelung in einer GmbH-Satzung insgesamt nichtig, bleibt eine von ihr in Bezug genommene Einziehungs- oder Ausschlussklausel wirksam, soweit diese selbst mangelfrei ist.[131] Die Nichtigkeit einzelner Klauseln lässt somit die Wirksamkeit der übrigen Satzungsbestimmungen unberührt. Schließlich kann die **Nichtigkeit** einer Abfindungsklausel in entsprechender Anwendung von § 242 Abs. 2 S. 1 AktG drei Jahre nach Eintragung der GmbH bzw. der betreffenden Satzungsregelung in das Handelsregister **nicht mehr geltend gemacht werden.**[132] Überwiegen wird angenommen, dass die Heilungswirkung nicht auf das Innenverhältnis, also das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft, begrenzt ist; die **Heilungswirkung** tritt damit auch bei einer die **Gläubiger benachteiligenden Regelung** ein.[133] Trotz erfolgter Heilung wird man wohl davon ausgehen können, dass eine Korrektur der Abfindungsregelung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bei nachträglichem Missverhältnis zwischen der vertraglichen Abfindungshöhe und dem Verkehrswert möglich bleibt.[134]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

38 **d) Zusammenfassende Betrachtung.** Fasst man die vom II. Zivilsenat des BGH erarbeiteten **Grundsätze zur Angemessenheitskontrolle von Ausschluss- und Bewertungsklauseln samt Zahlungsmodalitäten** zusammen, sieht sich die Gestaltungspraxis vor die Aufgabe gestellt, die nachfolgenden Beanstandungen seitens der Gerichte nach Möglichkeit zu vermeiden:

---

[124] Vgl. Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Kindler* HGB § 131 Rn. 19; iE auch *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 50 IV 2c cc aE.
[125] Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 92; *Hesselmann/Tillmann* Rn. 633; offenbar auch *Kort* DStR 1995, 1961 (1963).
[126] OLG Dresden NZG 2000, 1042 mAnm *Ziegler* DB 2000, 2107 f. zum Fall der Umwandlung einer PGH in eine GmbH; *Heß* NZG 2001, 648 (649 f.); *Lange* NZG 2001, 635 (636).
[127] Für den Fall einer Rechtsanwaltssozietät BGH BeckRS 9998, 41117 mAnm *Goette* DStR 1997, 82.
[128] *Engel* NJW 1986, 345 (350); *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, § 50 IV. 2. c ee.
[129] Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 88.
[130] BayObLG WM 1983, 248 (249).
[131] BGH NJW 1977, 2316 (2317); 1983, 2880 (2881); OLG Hamm NZG 1999, 599 (600); Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 107; Scholz/*H.P. Westermann* GmbHG § 34 Rn. 36.
[132] BGHZ 116, 359 (368) = NJW 1992, 892; BGHZ 144, 365 (367 f.) = NZG 2000, 1027.
[133] BGH BeckRS 1984, 31071908; Ulmer/*Ulmer/Habersack* GmbHG § 34 Rn. 108; MüKoAktG/*Hüffer/Schäfer* § 242 Rn. 20; aA MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 239; *Herff* GmbHR 2012, 621 (624).
[134] Vgl. BGH NZG 2011, 1420 (1421); *Wolf* MittBayNot 2013, 9 (11).

– **Nichtigkeit von Anfang an** wegen bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung feststellbarer Gläubigerbenachteiligung oder eindeutigem Missverhältnis von Klauselwert und Verkehrswert des Anteils zum Nachteil aus der Gesellschaft ausscheidender Gesellschafter (§ 138 BGB);
– **Nichtigkeit von Anfang an** wegen unzulässiger Beeinträchtigung der Kündigungsfreiheit (§ 723 Abs. 3 BGB), die wiederum sehr häufig auf einem groben Missverhältnis zwischen Klauselwert und tatsächlichem Anteilswert beruhen wird;
– **Nachträgliche Unanwendbarkeit** wegen Unzumutbarkeit des weiteren Festhaltens an der zunächst wirksam getroffenen Vereinbarung, weil sich ein erhebliches Missverhältnis zwischen Klauselwert und tatsächlichem Anteilswert infolge unvorhergesehener geschäftlicher Entwicklungen erst später ergeben hat (§ 242 BGB).

39 In den ersten beiden Fällen steht eine **Wirksamkeitskontrolle** der jeweiligen Klausel im Mittelpunkt, die bei negativem Ergebnis dazu führt, dass grundsätzlich der volle Verkehrswert der Beteiligung geschuldet wird (vgl. → Rn. 27). Im dritten Fall geht es nach der für die Praxis maßgebenden Rechtsprechung demgegenüber um eine **ergänzende Vertragsauslegung.** Das Ergebnis der Vertragsanpassung ist offen und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Angesichts dieser, die Privatautonomie der Gesellschafter weitgehend einschränkenden Hürden gereicht es dem Kautelarjuristen zur Kunst, bei der Klauselgestaltung die individuellen Interessen der Beteiligten nicht aus dem Blick zu verlieren.[135] Ggf. kann es sich empfehlen, im Gesellschaftsvertrag ein gestuftes Regelungskonzept umzusetzen, in dem bei Unzulässigkeit einer festgelegten Berechnungsmethode eine Alternativmethode zur Anwendung gelangt.[136]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[135] Ein ähnlich ernüchterndes Fazit ziehen *Sigle* ZGR 1999, 659 (661); *Herff* GmbHR 2012, 621 (621, 622, 625); *Hülsmann* NJW 2002, 1673 (1680).
[136] Vgl. den Sachverhalt in BGH NZG 2011, 1420.