

Gesellschaftsrecht

Henssler / Strohn

5. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74809-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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](https://www.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](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Der ausgeschiedene Gesellschafter hat einen Anspruch auf Auskunftserteilung über den Bestand der Schulden, von denen er Befreiung verlangen kann (OLG München 17.12.1996, OLGR 1997, 115). Hinsichtlich des Bestehens von Gesellschaftsschulden ist er als Gläubiger des Befreiungsanspruchs beweispflichtig (BGH 9.3.2009, NZG 2009, 581). Der Freistellungsanspruch muss nach Grund und Höhe bezeichnet sein; ist dies nicht möglich, ist ein Freistellungsantrag unzulässig und stattdessen auf Feststellung zu klagen (BGH 22.5.2012, NJW 2013, 155 (157); BGH 22.3.2010, NJW-RR 2010, 952).

3. Anspruch auf Abfindung. Nach Abs. 1 S. 2 Fall 3 hat der ausgeschiedene Gesellschafter einen **Anspruch auf Abfindung**. Er setzt voraus, dass das um die Einlagen der anderen Gesellschafter und die Gesellschaftsverbindlichkeiten bereinigte Gesellschaftsvermögen einen Überschuss aufweist. Ergibt sich hingegen ein Verlust, trifft den Ausgeschiedenen nach § 739 eine Nachschusspflicht (→ § 739 Rn. 1 ff.), die die Gesellschaft einem Anspruch aus § 732 entgegensetzen kann (näher bei § 739). Das **Abfindungsguthaben** ist in derselben Weise zu berechnen wie das Auseinandersetzungsguthaben bei Auflösung der Gesellschaft. Die Höhe des Abfindungsanspruchs ergibt sich aus der auf den Abfindungstichtag zu erstellenden Schlussabrechnung (BGH 18.7.2013, NJW 2014, 305 (307)). Die Pflicht zu ihrer Erstellung trifft die Gesellschaft (OLG München 31.7.2019, BeckRS 2019, 18732 Rn. 43). Allgemein sind einzubeziehen der Anspruch auf Rückzahlung der Einlage oder ihres Werts, der anteilige Anspruch auf den in der Schlussabrechnung ausgewiesenen, nach dem beim Ausscheiden geltenden Gewinnverteilungsschlüssel zwischen dem Ausgeschiedenen und den übrigen Gesellschaftern aufzuteilenden, fiktiven Liquidationsüberschuss sowie die sonstigen in die Abfindungsbilanz als Rechnungsposten einzustellenden gegenseitigen Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Die ermittelten wechselseitigen Zahlungsansprüche unterliegen bis zur Ermittlung des Saldos der Durchsetzungssperre (→ § 730 Rn. 12 ff.). Ab dem Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters können einzelne Forderungen daher nicht selbstständig gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht oder abgetreten werden (vgl. nur OLG Frankfurt a. M. 15.2.2018, BeckRS 2018, 3306; OLG Hamm 13.1.2016, BeckRS 2016, 03478). Ist eine direkte Bewertung des Anteils mangels eines Marktes für einen solchen (typischerweise) nicht möglich, muss zunächst der Wert des Gesellschaftsvermögens und sodann der Wert des Anteils des Ausgeschiedenen hieran (seine Höhe folgt aus Vereinbarung, bei Fehlen einer solchen aus § 722) ermittelt werden (der Mauracher Entwurf (→ § 705 Rn. 1a), der die Anknüpfung der Höhe der Abfindung an einen hypothetischen Liquidationserlös aufgeben will, schlägt als Maßstab der Bemessung die „Angemessenheit“ vor und stellt nicht mehr auf das Gesellschaftsvermögen, sondern den Wert des Gesellschaftsanteils ab).

Für die Aufstellung der Schlussabrechnung gelten die Grundsätze des § 721 (→ § 721 Rn. 1 ff.) mit der Maßgabe, dass auch der Ausgeschiedene im erforderlichen Umfang mitzuwirken hat (BGH 8.5.2000, NJW 2000, 2276 (2277)). Er kann nach § 810 in die Geschäftsunterlagen Einsicht nehmen, soweit hieran ein rechtliches Interesse besteht (BGH 17.4.1989, NJW 1989, 3272 (3273); das Interesse entfällt nicht bereits durch die Vorlage einer Schlussabrechnung, OLG München 19.2.2014, BeckRS 2014, 03987, und einen Sachverständigen hinzuziehen (BGH 8.7.1957, BGHZ 25, 115 (123)). Der Ausgeschiedene kann die Aufstellung der Schlussabrechnung auch iRe Stufenklage (§ 254 ZPO) auf das Abfindungsguthaben erzwingen (BGH 9.10.1974, FamRZ 1975, 35 (38); BGH 12.7.2016, NZG 2016, 1025 (1026); OLG Naumburg 23.9.1998, NZG 1999, 111 (112)). An der Bindungswirkung herbeiführenden Feststellung der Schlussabrechnung durch Beschluss ist er trotz seines Ausscheidens zu beteiligen. Die Feststellung entfaltet Bindungswirkung iSv § 779 (MüKoBGB/Schäfer § 738 Rn. 29).

Zur Ermittlung des Wertes des Gesellschaftsvermögens – maßgeblich ist der Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters (BGH 20.10.2003, DStR 2004, 97 (98)) – gibt es keine allgemein gültige Regel, vielmehr ist die Bewertungsmethode im Streitfall vom Gericht – gegebenenfalls sachverständig beraten – sachverhaltsspezifisch auszuwählen (BGH 24.10.1990, NJW 1991, 1547 (1548); BGH 24.5.1993, NJW 1993, 2101 (2103); OLG Dresden 29.11.2012, ZInsO 2015, 2447). (der Mauracher Entwurf (→ § 705 Rn. 1a) legt das Prinzip der Methodenoffenheit zu Grunde). Bei unternehmenstragenden Gesellschaften legt die Rspr. regelmäßig die sog. **Ertragswertmethode** zugrunde (BGH 9.11.1998, NJW 1999, 283 f.; BGH 16.12.1991, BGHZ 116, 359 (371); BGH 1.7.1982, NJW 1982, 2441; OLG Koblenz 20.2.2009, OLGR 2009, 608; OLG Hamm 20.8.2018, openJur 2020, 2967). Diese Methode bestimmt den Wert nach dem aus der Gesellschaft ziehbaren Nutzen und nicht lediglich aus der Addition des Wertes der Einzelgegenstände des Gesellschaftsvermögens (Substanzwertmethode). Voraussichtliche künftige Jahreserträge werden auf Grundlage der zurückliegenden Jahresergebnisse (Erträge abzgl. Aufwendungen) geschätzt, auf den Bewertungszeitpunkt abgezinst und um gewisse oder wahrscheinliche zukünftige Ereignisse bereinigt (näher Erman/Westermann Rn. 5a). Der Substanzwert dient hierbei als untere Wertgrenze, da er das Mindestvermögen der Gesellschaft darstellt (BGH 24.5.1993, NJW 1993, 2101 (2102)). Modifikationen der Bewertungsmaßstäbe sind dort notwendig, wo die Ertragswertmethode strukturell versagen muss, etwa weil das Unternehmen unrentabel ist, über hohe stille Reserven verfügt (vgl. BGH 13.3.2006, NZG 2006, 425 f.) oder der Ertragswert stark personengebunden ist (vgl. BGH 24.10.1991, NJW 1991, 1547).

- 11 Findet die **Substanzwertmethode** Anwendung, ist der Wert der einzelnen materiellen und immateriellen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens zu ermitteln. Einzelne Sachwerte sind mit ihren Wiederbeschaffungskosten anzusetzen (Soergel/*Hadding/Kießling* Rn. 30). Stille Reserven sind zu berücksichtigen (BGH 8.5.1998, BGHZ 138, 371 (383); RG 22.12.1922, RGZ 106, 128 (132)), ebenso der Good Will (BGH 3.5.1999, NJW 1999, 2438 (2439); BGH 6.3.1995, NJW 1995, 1551). Eine – durch die Gesellschafter, ggf. mit Hilfe eines Sachverständigen – vorzunehmende Schätzung nach Abs. 2 kommt nur in Betracht, wenn einzelne Gegenstände keinen objektiv durch Marktpreise, Nominalwerte etc. bestimmbar Wert besitzen (zum „Wert“ noch schwebender Geschäfte s. § 740). Soll sich die Abfindung vereinbarungsgemäß am **Vermögenssteuerwert** orientieren (vgl. BGH 29.6.1992, DStR 1992, 1371 (1372)), findet eine Schätzung nach dem sog. „Stuttgarter Verfahren“, dh auf der Grundlage des Einheitswerts unter lediglich begrenzter Berücksichtigung des Ertragswertes, statt. Bei einer Freiberufler-GbR ist neben den Sachwerten der Unternehmenswert durch die persönlichen Beziehungen zwischen dem Berufsträger und den Kunden bestimmt (BGH 6.12.1993, NJW 1994, 766 f.; BGH 8.5.2000, NJW 2000, 2584 (2585)). Mit der Teilung der Sachwerte und einer rechtlich nicht begrenzten Möglichkeit, um Kunden zu werben, ist der Unternehmenswert abgegolten und kann eine weitergehende Abfindung ohne entsprechende Vereinbarung grundsätzlich nicht beansprucht werden (BGH 31.5.2010, NJW 2010, 2660 f.; BGH 17.5.2011, NJW 2011, 2355 (2356 f.); OLG München 12.3.2014, BeckRS 2014, 05810).
- 12 **Schuldner** des resultierenden Anspruchs auf Abfindung ist die Gesellschaft oder der Übernehmer (OLG Brandenburg 13.11.2010, BB 2010, 2642), die Formulierung des Abs. 1 S. 2 („ihm dasjenige zu zahlen“) begründet keine unmittelbare Haftung der Gesellschafter (Soergel/*Hadding/Kießling* Rn. 40, str.). Ob sie zumindest akzessorisch analog § 128 HGB haften, ist umstritten, aber zu bejahen (BGH 12.7.2016, NZG 2016, 1025; BGH 17.5.2011, NJW 2011, 2355; BGH 2.7.2001, BGHZ 148, 201 (206); aA Soergel/*Hadding/Kießling* Rn. 40. Der Anspruch entsteht im Zeitpunkt des Ausscheidens, Fälligkeit tritt erst ein mit Bezifferung aufgrund der Schlussabrechnung (RG 29.11.1927, RGZ 118, 295 (299); RG 29.11.1927, LZ 1928, 253; str., aA etwa OLG Brandenburg 25.1.2008 – 7 U 21/07 Rn. 25; → § 730 Rn. 17). Vor Fälligkeit kann grundsätzlich keine Teilzahlung aufgrund einzelner Aktivposten des Guthabens verlangt werden; eine Ausnahme wird bejaht, wenn der Teilbetrag dem Ausgeschiedenen unstreitig zusteht (RG 13.2.1917, RGZ 89, 403 (408); BGH 8.12.1960, BB 1961, 348; KG 5.3.2007, NZG 2008, 70 (72)). Der Anspruch ist gerichtet auf Zahlung eines Geldbetrages, etwaige Verzugszinsen folgen aus § 288 Abs. 1 (OLG Karlsruhe 23.3.2005, NZG 2005, 627 (628)). Eine abweichende Vereinbarung, etwa die Mitnahme von Sachwerten oder von Vertragsbeziehungen (Mandanten/Patienten etc) ist möglich (→ Rn. 17). Über den Abfindungsanspruch kann, auch bereits vor dem Ausscheiden (BGH 11.7.1988, NJW 1989, 453), verfügt werden (→ § 717 Rn. 20).

IV. Rechtsstellung des Ausgeschiedenen

- 13 Mit dem Ausscheiden endet die Gesellschafterstellung, alle mit ihr verbundenen Geschäftsführungs-, Mitsprache- und Kontrollrechte entfallen. Es bestehen aber nachvertragliche Pflichten zur Mitwirkung an der Auseinandersetzung sowie Rechte auf Informationen und Auskünfte iRd Auseinandersetzung. Der Ausgeschiedene muss seine Zustimmung zu einer Grundbuchberichtigung (§ 894) erteilen, wenn er als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen ist (OLG Köln 24.11.2000, NJW-RR 2002, 519 (520)), kann aber ggf. ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 geltend machen (OLG Köln 24.11.2000, NJW-RR 2002, 519 (520)). Weitere Pflichten können als **Nachwirkung der Treupflicht** bestehen, zB Verschwiegenheit über Unternehmensgeheimnisse zu bewahren oder solchen Modalitäten der Abfindungszahlung zuzustimmen, die den Fortbestand der Gesellschaft nicht gefährden.
- 14 Ein **Wettbewerbsverbot** muss vereinbart werden. Dies kann auch konkludent in den Abfindungsregelungen erfolgen (BGH 7.3.2005, NJW 2005, 2618 (2619); BGH 8.5.2000, NJW 2000, 2584; BGH 28.5.1979, WM 1979, 1064) und sich etwa aus der Abgeltung von Good Will und stillen Reserven ergeben. Das Wettbewerbsverbot muss dem Zweck der Sicherung der weiteren unternehmerischen Tätigkeit der Gesellschaft dienen, darf also keinen Strafcharakter besitzen, und muss mit Rücksicht auf den Ausgeschiedenen in gegenständlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht hinreichend beschränkt sein (BGH 26.3.1984, NJW 1984, 2366 (2367); BGH 18.7.2005, NJW 2005, 3061 (3062)). Eine geltungserhaltende Reduktion entsprechend § 139 ist nur möglich bei der Überschreitung der zulässigen zeitlichen Grenzen (zB zwei Jahre bei Freiberuflern; vgl. BGH 29.9.2003, NJW 2004, 66 (67); BGH 18.7.2005, NJW 2005, 3061 (3062)), nicht der räumlichen oder gegenständlichen Grenzen (BGH 8.5.2000, NJW 2000, 2584 (2585); BGH 14.7.1997, NJW 1997, 3089 (3090)). Wird ein wirksam vereinbartes Wettbewerbsverbot verletzt, kann dies dazu führen, dass der Anteil des Ausgeschiedenen am ideellen Wert der Gesellschaft auf Null reduziert ist (LG Dortmund 30.5.2008, BeckRS 2008, 16425).
- 15 Vor dem Ausscheiden entstandene **Vermögensrechte** des Ausgeschiedenen bleiben bestehen, unterliegen aber der sog. Durchsetzungssperre (→ § 730 Rn. 12). Die persönliche Haftung für Verbindlich-

keiten der Gesellschaft, die bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens begründet wurden, gilt fort, soweit mit den Gläubigern keine abweichende Vereinbarung getroffen wird.

V. Gestaltung

Abs. 1 S. 1 (Anwachsung) ist zwingend (BGH 4.9.1992, DStR 1993, 1530; RG 11.12.1903, RGZ 16 56, 206 (208 f.)). § 738 Abs. 1 S. 2, 3 sind, ebenso wie §§ 739, 740, dispositiv, sodass die Auseinandersetzung weitgehend individueller Gestaltung zugänglich ist. Deshalb sind gesellschaftsvertragliche Abfindungsbeschränkungen, die im Allgemeinen den Bestand des Unternehmens durch Einschränkung des Kapitalabflusses sichern und/oder die Berechnung des Abfindungsanspruchs vereinfachen sollen, grundsätzlich zulässig (BGH 16.12.1991, NJW 1992, 892 (894 f.); BGH 24.5.1993, NJW 1993, 2101). Eine konkludent vereinbarte Abfindungsbeschränkung ist denkbar, ihre Annahme unterliegt aber hohen Anforderungen (vgl. LG Heidelberg 6.11.2019, ZInsO 2020, 109 (114 f.)). Anknüpfungspunkte können der Gesellschaftszweck, der Verzicht auf periodische Gewinnverteilung, die Art der geschuldeten Beiträge sein (LG Heidelberg aaO; verneint für Herausgebergesellschaft einer wissenschaftlichen Fachzeitschrift). Bei Fehlen einer Regelung kann eine Abfindungsbeschränkung regelmäßig nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung gewonnen werden, weil die Frage der Abfindung angesichts § 738 Abs. 1 S. 2 BGB nicht regelungsbedürftig ist (LG Heidelberg 6.11.2019, ZInsO 2020, 109 (119)).

Da Abfindungsvereinbarungen idR den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern günstig sind 17 (vgl. aber BayVGH 30.1.2008, NJW-RR 2008, 1456), unterliegen sie einer umfassenden **richterlichen Inhaltskontrolle**. Maßstab ist vor allem § 138 Abs. 1, aber für den Fall der Kündigung durch den Ausscheidenden auch § 723 Abs. 3 (vgl. BGH 24.9.1984, NJW 1985, 192 (193); → § 723 Rn. 27 f.). Dies gilt auch für den Fall der Vereinbarung einer „Abwicklungspauschale“, die den Abfindungsbetrag pauschaliert mindert. Sie ist kein pauschalierter Schadensersatz und deshalb im Falle einer Publikums-gesellschaft nicht AGB-ähnlich an § 309 Nr. 5 BGB zu messen, sondern eine Abfindungsregelung (LG Landshut 23.8.2017, BeckRS 2017, 136510). Sittenwidrigkeit einer Abfindungsvereinbarung kann vorliegen, wenn der Gesellschafter wegen Auseinanderfallen von realem und vereinbartem Abfindungswert in der Ausübung seiner Rechte faktisch beschnitten wird, die Abfindungsvereinbarung knebelnde Wirkung hat. An die Stelle einer unwirksamen Vereinbarung tritt die Pflicht zur vollen Abfindung nach Abs. 1 S. 2 (BGH 16.12.1991, BGHZ 116, 359 (368 f.); OLG Hamm 4.12.2002, NZG 2003, 440). Unbedenklich ist eine Regelung, nach welcher statt einer Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen der Anteil durch die Gesellschaft freihändig verkauft werden kann, wenn der Ausscheidende durch ein eigenes Recht zur Verwertung gegen Missbrauch geschützt ist (BGH 21.1.2014, DStR 2014, 1404). Ergibt sich die Diskrepanz zwischen vereinbartem und realem Wert erst im Verlauf der Mitgliedschaft in der Gesellschaft, kann sie nicht nach § 138 Abs. 1 unwirksam sein, unterliegt aber einer Ausübungs-kontrolle. Sie ist gem. § 242 auf das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung zu stützen (*Ulmer/Schäfer* ZGR 1995, 134 (144 ff.)) und kann, wenn dem Ausscheidenden das Festhalten an der ursprünglich vereinbarten Regelung unzumutbar ist, zu einer nach Treu und Glauben im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung an die Umstände angepassten Abfindungsregelung führen (vgl. BGH 20.9.1993, BGHZ 123, 281 (284 f.); OLG Stuttgart 11.4.2018, BeckRS 2018, 36116).

Eine Regelung über die **Höhe der Abfindung**, mit welcher der reale Wert unterschritten wird, 18 muss auf nachvollziehbare, das Abfindungsinteresse des Gesellschafters begrenzende Interessen auf Seiten der Gesellschaft gestützt sein, denen auch durch andere Gestaltungen (Ratenzahlungen etc) nicht Rechnung getragen werden kann (Soergel/*Hadding/Kießling* Rn. 47). Im Rahmen dieser Abwägung kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, wobei die Rspr. bei Freiberufersozietäten tendenziell eine größere Gestaltungsfreiheit zubilligt als Gesellschaften mit gewerblichen oder sonstigem unternehmerischem Zweck (vgl. auch OLG München 12.5.2010, BeckRS 2010, 25514). Zu berücksichtigen sind die Ertragsstruktur der Gesellschaft, die Höhe des betroffenen Anteils und die Umstände des Ausscheidens, sodass sich starre Grenzwerte verbieten. Als Richtwert kann aber gelten, dass eine auf unter 50 % des realen Wertes begrenzte Abfindung regelmäßig unwirksam ist (BGH 9.1.1989, NJW 1989, 2685 (2686) – 50 % des Buchwertes; BGH 20.9.1993, BGHZ 123, 281 (284) – 45 % des Verkehrswertes; BGH 13.3.2006, NJW-RR 2006, 1270, 1271 – 30 % des Liquidationswertes). Ein Missverhältnis kann sich nicht nur aus einer ausdrücklichen Regelung der Höhe ergeben, sondern auch aus der Art ihrer Berechnung, etwa durch eine – grundsätzlich unbedenkliche – Buchwertklausel. Sie stellt auf das bilanzielle Eigenkapital ab und lässt stille Reserven und Good Will unberücksichtigt, sodass sie bei längerer Mitgliedschaft in der Gesellschaft zu einer starken Diskrepanz von Buchwert und realem, hypothetisch nach § 738 geschuldetem Wert führen kann (vgl. BGH 24.5.1993, NJW 1993, 2101 (2102); OLG München 1.9.2004, NZG 2004, 1055 (1056); LG Münster 11.7.2016, BeckRS 2016, 14881). Eine Lösung ist dann über § 242 BGB zu suchen (→ Rn. 16). Auch kann die Vereinbarung einer an sich sachgerechten Abfindung auf Grundlage des Ertragswertes unwirksam sein, wenn der Liquidationswert des Unternehmens seinen Ertragswert erheblich übersteigt (BGH 13.3.2006, NJW-RR 2006, 1270 (1271)). Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, ob der Ausscheidende für die Abfindung seinerseits eine Gegenleistung erbringen muss, die die Abfindung wirtschaftlich in einem die

Grenze zur Sittenwidrigkeit überschreitenden Maße entwertet (verneint für die Verpflichtung zur Aufgabe einer Kassenarztlizenz von OLG Frankfurt a.M. 14.1.2010, GesR 2010, 491 (493)). Für steuerliche Zwecke ist das gesellschaftsrechtliche Abfindungsguthaben nicht bindend (FG Münster 10.9.2015, ErbStb 2016, 3 (Verkehrswert eines Grundstücks)).

- 19 Umstritten ist, ob ein großzügigerer Maßstab für den Fall der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund (§ 737) gilt. ZT wird vertreten, dass eine Beschränkung der Abfindung als zulässige Vertragsstrafe qualifiziert werden kann, wenn der Ausgeschiedene den Kündigungsgrund in seiner Person schuldhaft herbeigeführt hat (vgl. BGH 24.5.1993, NJW 1993, 2101 (2102); BGH 9.1.1989, NJW 1989, 2685 (2686); aA Soergel/Hadding/Kießling Rn. 50). Nur ausnahmsweise ist iRe Gesamt- abfindung zu berücksichtigen, wie die Mitgliedschaft erlangt wurde (etwa durch unentgeltliche Zu- wendung oder ohne Kapitaleinlage; vgl. BGH 22.7.2002, NJW 2002, 3536 (3537)). Unwirksam sind Regelungen, die die Abfindung ausschließlich zum Nachteil Dritter schmälern (oder ganz ausschließen) sollen (BGH 19.6.2000, BGHZ 144, 365 (367); BGH 12.6.1975, BGHZ 65, 22 (27)), eine Begrenzung also etwa nur für den Fall des Ausscheidens durch Gläubigerpfändung (§ 725 Abs. 1) oder Insolvenz- eröffnung (§ 728 Abs. 2) vorsehen. Keine solche unzulässige Regelung liegt bei einer Vereinbarung auf den Todesfall vor; hier handelt es sich um eine vorweggenommene unentgeltliche Verfügung über den Anteilswert unter Lebenden (KG 19.9.1958, JR 1959, 101).
- 20 Ein vollständiger **Ausschluss der Abfindung** ist regelmäßig unwirksam, eine Ausnahme kann allenfalls bei Gesellschaften gelten, die einen ideellen Zweck verfolgen (BGH 2.6.1997, NJW 1997, 2592 (2593); OLG Frankfurt a.M. 29.7.2008, OLGR 2009, 374; LG Heidelberg 6.11.2019, ZInsO 2020, 109 (114)). Besteht der wesentliche Wert einer unternehmenstragenden Gesellschaft in ihrem Good Will (typischerweise bei Freiberuflergesellschaften), ist ein völliger Ausschluss zwar ebenfalls unwirksam (OLG Celle 16.5.2007, OLGR 2007, 482 (483)), die Regelung aber darauf zu untersuchen, ob nicht in der (hinreichend realistischen, OLG Schleswig 29.1.2004, MedR 2004, 215 (218)) Möglich- keit, Vertragsbeziehungen mitzunehmen (Mandanten-/Patientenübernahme), eine einer adäquaten Ab- findung wirtschaftlich gleichwertige Regelung zu sehen ist (vgl. BGH 14.6.2010, NZG 2010, 901; BGH 8.5.2000, NJW 2000, 2584 f.; BGH 6.3.1995, NJW 1995, 1551; OLG Celle 5.1.2007, NZG 2007, 542 (543)). Ist dies nicht der Fall, kann der Ausschluss der Abfindung zur Unwirksamkeit einer Mandantenschutzklausel führen, wenn der Ausgeschiedene die Abfindung nicht beansprucht (OLG Celle 16.5.2007, OLGR 2007, 482 (483)). Ein Ausschluss kann wirksam sein, wenn anstelle der Abfindung ein Eintrittsrecht eines Familienangehörigen des Ausscheidenden vorgesehen ist (OLG München 12.3.2008, BeckRS 2008, 8281).
- 21 **Modalitäten der Abfindung** können grundsätzlich wirksam vereinbart werden. Ratenzahlungsver- einbarungen unterliegen bei sachlich gerechtfertigter Laufzeit (zehn Jahre, BGH 9.1.1989, NJW 1989, 2685 (2686);) ausnahmsweise, etwa zur Altersversorgung, auch länger, 17.5.2004, NJW 2004, 2449 f.) und Verzinsung des Abfindungsguthabens (BGH 9.1.1989, NJW 1989, 2685 (2686)) keinen Bedenken.

Haftung für Fehlbetrag

739 Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesell- schaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis seines Anteils am Verlust aufzukommen.

- 1 § 739 ordnet die Pflicht des ausscheidenden Gesellschafters an, einen sich iRd Schlussabrechnung (auch als Abfindungs- oder Abschichtungsbilanz bezeichnet) ergebenden Fehlbetrag anteilig auszuglei- chen (der Mauracher Entwurf (→ § 705 Rn. 1a) hält an dieser Regelung fest). § 739 gilt auch für die OHG und PartG, für die KG nur nach Maßgabe des § 167 Abs. 3 HGB. Entsprechend anwendbar ist § 739 bei Übernahme des Gesellschaftsvermögens (OLG Hamm 11.5.2004, NZG 2005, 175). Nicht anwendbar ist § 739 bei einer Rechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil (dh Gesellschafterwechsel, vgl. OLG Hamm 6.3.1985, Rpfleger 1985, 289 f.). Der Anspruch verjährt nach § 195 (BGH 10.5.2011, NJW 2011, 2292 (2293); BGH 19.7.2010, NJW-RR 2010, 1401 (1402)), eine entsprechende Anwen- dung von §§ 159, 160 HGB ist nicht möglich (aA K. Schmidt DB 2010, 2093 (2095 f.)). Der Anspruch entsteht grundsätzlich mit dem Ausscheiden des Gesellschafters; die Feststellung der Schlussabrechnung ist keine Voraussetzung für seine Fälligkeit (BGH 19.7.2010, NJW-RR 2010, 1401 (1402); OLG München 23.2.2017, BeckRS 2017, 102599), sodass den Beteiligten kein Anspruch auf einen Fest- stellungsbeschluss zusteht (MüKoBGB/Schäfer § 738 Rn. 28) und zur Verhinderung der Verjährung ggf. Feststellungsklage geboten ist. Ist der aus einer Personengesellschaft ausgeschiedene Gesellschafter im Stande, die Höhe seines Abfindungsanspruchs schlüssig zu begründen, so kann er nach dem Verstreichen der vertraglich vereinbarten Fälligkeitszeitpunkte im Regelfall auf Leistung klagen und im Rahmen dieser Zahlungsklage den Streit darüber austragen, ob und in welcher Höhe bestimmte Aktiv- oder Passivposten bei der Berechnung des Abfindungsguthabens zu berücksichtigen sind.

Die **Ausgleichspflicht** besteht, wenn die auf den Tag des Ausscheidens erstellte Abschichtungsbilanz ergibt, dass das Gesellschaftsvermögen die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 733 Abs. 1) und die Einlagen der Gesellschafter (§ 733 Abs. 2) rechnerisch nicht abdeckt (OLG Hamm 11.5.2004, NZG 2005, 175). Eine Beschränkung der Außenhaftung lässt die Ausgleichspflicht im Innenverhältnis unberührt (KG 9.1.2009, NZG 2009, 1222 (1223)). Hat der Ausgeschiedene mit Gesellschaftsgläubigern hinsichtlich seiner persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten eine Haftungsbeschränkung vereinbart, kann er sich im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft auf solche Individualabsprachen nicht berufen und bleibt anteilig in voller Höhe ausgleichspflichtig (BGH 9.3.2009, NZG 2009, 581 (582)). Der aus der Ausgleichspflicht folgende **Sozialanspruch** entsteht mit Ausscheiden und wird mit Bezifferung fällig, er kann von den verbliebenen Gesellschaftern iRe actio pro socio geltend gemacht werden. Der Anspruch besteht in der Höhe des Anteils am Fehlbetrag, der sich rechnerisch aus der Verlustbeteiligung nach § 722 oder der vertraglich vereinbarten Quote ergibt (vgl. RG 9.2.1884, RGZ 11, 123 (130)).

Der Ausscheidende kann mit einem Anspruch auf Rückerstattung seiner Einlage aufrechnen und ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen (§ 273), soweit ihm Ansprüche gegen die Gesellschaft nach § 738 Abs. 1 S. 2 zustehen (Rückgabe von Gegenständen, Wertersatz, Schuldbefreiung etc; BGH 14.2.1974, NJW 1974, 899 (900); zur Beweispflicht BGH 9.3.2009, NZG 2009, 581). Da die Gesellschaft die Erfüllung dieser Ansprüche ebenfalls auf § 273 gestützt verweigern kann, ist Zug-um-Zug zu erfüllen. Nicht möglich ist die Leistungsverweigerung wegen etwaig noch zustehender Ansprüche aus § 740 (BGH 16.1.1969, WM 1969, 494 (495)). Eine **Zahlungspflicht des ausgeschiedenen Gesellschafters** besteht daher im Ergebnis nur dann, wenn der auf ihn entfallende Fehlbetrag einschließlich sonstiger, der Gesellschaft noch geschuldeter Beträge nach dem Ergebnis der Schlussabrechnung höher ist als die ihm iRd Abfindung zurückzugewährende Einlage sowie etwaige weitere ihm noch zustehende Ansprüche aus dem Gesellschafterverhältnis.

Kann der Ausgleichsbetrag nicht erlangt werden, führt dies, da in der werbenden Gesellschaft **keine Verlustausgleichsverpflichtung** besteht, nicht zu einer Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Verlustbeteiligung (Erman/Westermann Rn. 2; MüKoBGB/Schäfer Rn. 4; Soergel/Hadding/Kießling Rn. 6), wohl aber zur Erhöhung des auf sie entfallenden Verlusts der Gesellschaft.

Beteiligung am Ergebnis schwebender Geschäfte

740 (1) ¹Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verlust teil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt. ²Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint.

(2) Der Ausgeschiedene kann am Schluss jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

§ 740 soll sicherstellen, dass die Erstellung der Abfindungsbilanz nicht durch die Ungewissheit über noch schwebende Geschäfte erschwert wird. Hinsichtlich der Teilhabe am Ergebnis schwebender Geschäfte gewährt § 740 daher einen eigenen Anspruch des Ausgeschiedenen, der selbstständig neben den Abfindungsanspruch in § 738 tritt (der Mauracher Entwurf (→ § 705 Rn. 1a) schlägt einen Verzicht auf § 740 vor, weil diesem konzeptionell die vom Entwurf nicht mehr als vorrangig heranzuziehende Substanzwertmethode zu Grunde liegt). Findet § 740 Anwendung, dürfen schwebende Geschäfte bei der Auseinandersetzung nach §§ 738, 739 nicht in Ansatz gebracht werden. § 740 gilt auch im Recht der OHG, KG und PartG. Die Norm findet für die Übernahme des Gesellschaftsvermögens durch den einzigen verbleibenden Gesellschafter entsprechende Anwendung (BGH 7.12.1992, NJW 1993, 1194; OLG Hamm 11.5.2004, NZG 2005, 175).

Schwebende Geschäfte sind unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte, an welche die Gesellschaft zum Abfindungstichtag schon gebunden war, die aber beide Vertragspartner bis dahin noch nicht voll erfüllt hatten (BGH 7.12.1992, NJW 1993, 1194; BGH 29.4.85, WM 1985, 1166), obwohl dies nach Eigenart und Bedeutung des Vertrages für das Unternehmen grundsätzlich möglich gewesen wäre (BGH 16.12.1985, NJW-RR 1986, 454 (455)). Gesetzliche Schuldverhältnisse, Dauerschuldverhältnisse (BGH 16.12.1985, NJW-RR 1986, 454 (455); str.) und reine Hilfsgeschäfte sind nicht erfasst, da bei ihnen der Normzweck (nachwirkende Ergebnisbeteiligung) nicht angesprochen ist.

Durch § 740 tritt der ausgeschiedene Gesellschafter in eine **schuldrechtliche Beziehung** zur Gesellschaft. Die Durchführung der Geschäfte obliegt, unter Beachtung des Maßstabs des § 708, allein seinen früheren Mitgesellschaftern (RG 11.11.1903, RGZ 56, 16 (19)). Der Ausgeschiedene ist aus diesen Geschäften weder berechtigt noch verpflichtet (RG 5.7.1902, JW 1902, 445).

Realisiert sich ein Gewinn, hat der Ausgeschiedene gegen die GbR einen **Anspruch auf Auszahlung** des nach Rechnungslegung auf ihn entfallenden Gewinnanteils. Der Anspruch entsteht und wird

fällig, wenn das Ergebnis des Geschäfts objektiv feststeht (BGH 4.11.1979, WM 1980, 212 (213 f.); BGH 7.12.1992, NJW 1993, 1194 (1195)). Die Rechnungslegung nach Abs. 2 ist also nicht anspruchsbegründend, wohl aber können auf ihrer Grundlage festgestellte Teilgewinne beansprucht werden (vgl. Soergel/Hadding/Kießling Rn. 7). Bei einem **Verlust** muss der Ausgeschiedene seinen Verlustanteil an die Gesellschaft zahlen.

- 5 Abs. 2 verpflichtet die Gesellschaft, gegenüber dem Ausgeschiedenen am Schluss jeden Geschäftsjahres (§ 721) **Rechenschaft** über Ergebnis sowie Art und Weise der beendeten Geschäfte abzulegen (maßgeblich ist der Zahlungseingang, BGH 16.1.1969, WM 1969, 494 (496)). Rechenschaft erfolgt nach Maßgabe der §§ 259, 260 (vgl. BGH 9.7.1959, NJW 1959, 1963 (1964)). Einsichtgewährung in die Bücher genügt nicht (BGH 8.12.1960, WM 1961, 173). Hinzu tritt nach § 242 ein **Auskunftsanspruch** über die weiterhin schwebenden Geschäfte (Soergel/Hadding/Kießling Rn. 8). Diese Ansprüche treten an die Stelle der Kontrollrechte eines Gesellschafters (§ 716 Abs. 1) und sind, da aus dem früheren Gesellschaftsverhältnis herrührend, iSv § 717 Abs. 1 höchstpersönlicher Natur.
- 6 § 740 ist **dispositiv** (BGH 14.7.1960, WM 1960, 1121 (1122); ausf. Knöchlein DNotZ 1960, 472). Der Ausscheidende kann von der späteren Beteiligung an schwebenden Geschäften ausgeschlossen werden. Dies ist auch konkludent möglich und insbesondere anzunehmen, wenn der Abfindungsanspruch nach der gebräuchlichen Ertragswert- (OLG Hamm 11.5.2004, NZG 2005, 175 f., auch zu einer Ausnahme von diesem Grundsatz) oder der Buchwertmethode (MüKoBGB/Schäfer Rn. 8) berechnet worden ist (vgl. auch LG Hamburg 2.9.2016, BeckRS 2016, 114969). Hier sind schwebende Geschäfte bereits bei der Bemessung des Ertragswerts berücksichtigt bzw. sollen mit abgegolten sein (näher MüKoBGB/Schäfer Rn. 1). Die praktische Relevanz des § 740 ist daher auf die mittlerweile unübliche Anwendung der Substanzwertmethode begrenzt.



Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – PartGG)

vom 25.7.1994 (BGBl. 1994 I 1744),

Zuletzt geändert durch Art. 7 Aktienrechtsnovelle 2016 vom 22.12.2015 (BGBl. 2015 I 2565)

Voraussetzungen der Partnerschaft

I (1) ¹Die Partnerschaft ist eine Gesellschaft, in der sich Angehörige Freier Berufe zur Ausübung ihrer Berufe zusammenschließen. ²Sie übt kein Handelsgewerbe aus. ³Angehörige einer Partnerschaft können nur natürliche Personen sein.

(2) ¹Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt. ²Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.

(3) Die Berufsausübung in der Partnerschaft kann in Vorschriften über einzelne Berufe ausgeschlossen oder von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

(4) Auf die Partnerschaft finden, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.

Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines	1
1. Partnerschaft als Sonderform	1
2. Nähe zur oHG	2
3. Abgrenzung zur oHG	4
4. GmbH als Alternative	5
5. Praktischer Bedarf	6
II. Gesetzliche Voraussetzungen (Abs. 1 und Abs. 2)	8
1. Partnerschaft	8
2. Gesellschaft	9
3. Angehörige Freier Berufe	13
4. Katalogberufe	24
5. Zur Ausübung	34
6. Zusammenschluss	38
7. Angehörige einer Partnerschaft	39
III. Berufsrechtsvorbehalt (Abs. 3)	42
1. Grundsatz	42
2. Interprofessionelle Partnerschaften	43
IV. Anwendung der Vorschriften über die GbR (Abs. 4)	44
1. Gesetzestechnik	44
2. Wesen der Partnerschaft	45

I. Allgemeines

1. Partnerschaft als Sonderform. Das am 1.7.1995 in Kraft getretene PartGG soll den Angehörigen 1 Freier Berufe eine Organisationsform bieten, die der modernen Berufsausübung entspricht (BT-Drs. 12/6152, 7). Die **neue Gesellschaftsform** sollte rechtlich selbständiger als die GbR und personalistischer als die GmbH werden. Haftungsrechtlichen Besonderheiten, die sich aus einem besonderen Vertrauen in einen einzelnen Partner ergeben können, wurde erst im Jahr 2008 durch die Haftungskonzentration auf den befassten Partner in § 8 Abs. 2 Rechnung getragen. Einen Durchbruch brachte die im Jahr 2013 als weitere Variante eingeführte **Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH)**. Diese neue Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf das Vermögen

der Partnerschaft setzt gem. § 8 Abs. 4 durch das Berufsrecht vorgegebene Mindestversicherungssummen voraus, die für Rechts- und Patentanwälte 2,5 Mio. EUR (§ 51a Abs. 2 BRAO, § 45a Abs. 2 PAO), für Steuerberater mit Modifikationen 1 Mio. EUR (§ 67 Abs. 2 StBerG) und für Wirtschaftsprüfer (§ 54 Abs. 1 WPO) 1 Mio. EUR betragen.

- 2 **2. Nähe zur oHG.** Die Partnerschaft ist eng an die oHG angelehnt. Sie ist Trägerin des Gesellschaftsvermögens, namensrechtsfähig, aktiv und passiv parteifähig, grundbuchfähig, erbfähig, wechselfähig, deliktsfähig und insolvenzfähig.
- 3 Gesetzestextuell ist diese Nähe durch Verweisung auf das Recht der oHG (§§ 105 ff. HGB) bewältigt. Solche Verweise finden sich in § 4 Abs. 1 (Anmeldung der Partnerschaft), § 6 Abs. 3 (Rechtsverhältnis der Partner untereinander), § 7 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 5 (Wirksamkeit im Verhältnis zu Dritten; rechtliche Selbständigkeit; Vertretung), § 8 Abs. 1 (Haftung für Verbindlichkeiten der Partnerschaft), § 9 Abs. 1 und Abs. 4 (Ausscheiden eines Partners; Auflösung der Partnerschaft) und § 10 (Liquidation der Partnerschaft; Nachhaftung). Die Verweise sehen eine **entsprechende Anwendung** bestimmter Vorschriften des Rechts der oHG vor.
- 4 **3. Abgrenzung zur oHG.** Die Nähe zur oHG hat Grenzen, die sich aus der Unterscheidung zwischen handelsgewerblicher Tätigkeit und freiberuflicher Tätigkeit ergeben. Die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Berufsausübung passt nicht zwanglos in die Organisationsregeln der §§ 105 ff. HGB. Da die Vorschriften über die oHG jeweils nur entsprechend gelten, sind bei der Rechtsanwendung die Besonderheiten der Ausübung eines Freien Berufs zu berücksichtigen. Im Bereich der GbR hat sich die Sozietät als **Sonderform** freiberuflicher Zusammenschlüsse etabliert (K. Schmidt NJW 2005, 2801 ff.; Hirtz AnwBl. 2008, 82 ff.). Das Recht der GbR ist ohnehin subsidiär anwendbar (§ 1 Abs. 4).
- 5 **4. GmbH als Alternative.** Die bei Inkrafttreten des PartGG bestehenden Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Freiberufler-GmbH (vgl. zur Entwicklung *Henssler* Einf. Rn. 41 ff.) sind heute weitgehend überwunden. Das PartGG grenzt sich indessen deutlich von der GmbH ab. Die GmbH & Co. KG steht mangels gewerblicher Tätigkeit jedenfalls für Rechtsanwälte nicht zur Verfügung (BGH 18.7.2011, NJW 2011, 3036; BVerfG 6.12.2011, NJW 2012, 993).
- 6 **5. Praktischer Bedarf.** Die Haftungskonzentration auf den handelnden Partner (§ 8 Abs. 2) machte die PartG attraktiver. Konkurrentin wurde die englische Limited Liability Partnership (LLP) mit der Möglichkeit der (jedenfalls zunächst fraglichen; vgl. *Henssler/Mansel* NJW 2007, 1393) Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen. Die neue **PartGmbH** (§ 8 Abs. 4) schafft eine **sinnvolle Alternative** und wird als Gesellschaftsform rege angenommen, insbesondere von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern (*Lieder/Hoffmann* NZG 2020, 721 (722)). Ihre Einführung kann, weil nunmehr im deutschen Recht eine Freiberuflerpersonengesellschaft ohne unmittelbare persönliche Berufshaftung der Gesellschafter etabliert wurde, zugleich die Bedenken gegen eine effektive Haftungsbeschränkung durch die LLP beseitigen (*Henssler* NJW 2014, 1761 (1763)).
- 7 Die – zu begrüßende – Einführung einer Gesellschaft mit beschränkter Berufshaftung verbirgt nur mühsam, dass es dem Gesellschaftsrecht der Freien Berufe und dem deutschen Gesellschaftsrecht insgesamt an einer Systematisierung fehlt. Eigentlich ist die PartG mit beschränkter Berufshaftung im Gesetz ein Fremdkörper.

II. Gesetzliche Voraussetzungen (Abs. 1 und Abs. 2)

- 8 **1. Partnerschaft.** Die Begriffswahl ist nicht konsequent. Im Gesetzestitel ist von „Partnerschaftsgesellschaften“ die Rede, während der Gesetzestext einheitlich von „Partnerschaft“ spricht. Partnerschaft und PartG sind also iSd PartGG synonym.
- 9 **2. Gesellschaft.** Die Partnerschaft ist auf Dauer angelegte Personengesellschaft und Außengesellschaft. Sie ist – von § 8 Abs. 2 und der Partnerschaft mbB abgesehen – Haftungsgemeinschaft der Partner, die grundsätzlich unbeschränkt und persönlich haften. Sie ist verselbständigte mitunternehmerische Funktionseinheit, nicht aber juristische Person. Weil die Partnerschaft Personengesellschaft ist, ist § 1 Abs. 4, der die subsidiäre Geltung der §§ 705 ff. BGB anordnet, eigentlich entbehrlich. Die Gründung der Partnerschaft erfordert einen schriftlichen **Gesellschaftsvertrag** (§ 3).
- 10 Wird eine Gesellschaft trotz fehlenden Vertrages ins Partnerschaftsregister eingetragen, liegt eine **Scheinpartnerschaft** vor. Ebenfalls Rechtsscheinsgrundsätze gelten, wenn aus der Auflistung lediglich angestellter Mitarbeiter (etwa auf dem Briefkopf) auf deren Eigenschaft als Partner geschlossen werden kann.
- 11 Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Partner gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern (§ 705 BGB). Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 ist **Zweck** der Partnerschaft die Ausübung des Freien Berufs der Gesellschafter.