

Die GmbH & Co. KG

Handbuch für Familienunternehmen

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Mark K. Binz, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, und Dr. Martin H. Sorg,
Wirtschaftsprüfer, Unter Mitarbeit von Dr. Gerd Mayer, Rechtsanwalt und Steuerberater

ten, ob die Rechtsprechung Gelegenheit erhält, das „feste Tatbestandsmerkmal“ zu konturieren und die Fallgruppen, nach denen eine Ausnahme vom generellen Verbot der Hinauskündigung zulässig ist, zu ergänzen.

gg) Steuerliche Konsequenzen. Auch der BFH²⁶⁴ hat sich mit der vorliegenden Problematik beschäftigt, und zwar unter dem Gesichtspunkt, ob ein vom ständigen Ausschluss bedrohter Kommanditist noch als **Mitunternehmer** im steuerlichen Sinn (§ 15 EStG) angesehen werden könne und dies verneint. Seit der Erbschaftsteuerreform 2008 hat ferner der schenkungsteuerliche Tatbestand gemäß **§ 7 Abs. 7 ErbStG** an Bedeutung gewonnen, wenn – wie häufig der Fall – die Hinauskündigung gegen eine Abfindung unter dem Verkehrswert erfolgt.²⁶⁵ Zu beiden Themen wird auf die Ausführungen im steuerrechtlichen Teil verwiesen (→ § 16 Rn. 128; → § 20 Rn. 77 ff.).

d) Stellungnahme. Die Rechtsprechung des BGH zur grundsätzlichen Unzulässigkeit eines freien Hinauskündigungsrechts bei der „normalen“ KG beruht im Wesentlichen auf der **Annahme**, dass ein Kommanditist, über dem das „Damoklesschwert“ der Hinauskündigung schwebt, seine Kontroll- und Überwachungsrechte überhaupt **nicht** oder zumindest **nur in eingeschränktem Umfang** ausüben werde, um den zur Hinauskündigung berechtigten Gesellschaftern keinen Anlass zu geben, von diesem Sonderrecht Gebrauch zu machen.

aa) Nicht-vollwertige Abfindung. Dieser Beurteilung können wir uns jedenfalls dann ohne Weiteres anschließen, wenn die Abfindung, die der hinausgekündigte Gesellschafter zu beanspruchen hat, hinter dem Wert seiner Beteiligung **nicht unerheblich** zurückbleibt, so dass ein substanzieller **Vermögensverlust** droht.²⁶⁶ Hier führt das Ausscheiden bei dem betroffenen Gesellschafter zu einer unter Umständen beträchtlichen Vermögenseinbuße, während bei den verbleibenden Gesellschaftern eine entsprechende Bereicherung einträte und dadurch bei diesen ein besonderer Anreiz entstände, von ihrem Ausschlussrecht aus sachfremden Erwägungen Gebrauch zu machen.

Die dadurch ermöglichte **Willkürherrschaft** der zur Ausschließung berechtigten Gesellschafter stünde aber mit den **Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts** im Widerspruch. Hiernach beruhen die persönlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern in besonderem Maß auf gegenseitigem Vertrauen und begründen eine besondere **Treuepflicht**.²⁶⁷ Mit Recht verlangt der BGH daher, dass bereits bei Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses Vertragsklauseln, die einzelnen Gesellschaftern das Recht zur Ausschließung von Mitgesellschaftern geben, nicht so gestaltet sind, dass sie die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Zusammenarbeit der Gesellschafter **im Kern** treffen und die von der Ausschließung bedrohten Gesellschafter in ihren Mitwirkungsrechten de facto so beschneiden, dass diese als bloße willfährige „Marionetten“ erscheinen, die sich aufgrund ihrer **denaturierten Gesellschafterstellung** von einem Nießbraucher am Gewinnanteil kaum unterscheiden.²⁶⁸

Für die Rechtsprechung des BGH lässt sich für den Fall nicht-vollwertiger Abfindung ferner eine Überlegung anführen, die bereits in der Entscheidung zur **Publikums-KG**²⁶⁹ angeklungen war, nämlich dass es eine unangemessene Beeinträchtigung der von der Ausschließung bedrohten Kommanditisten darstellte, wenn diese nur so lange, wie die Gesellschaft Verluste erzielt oder der Kapitalmarktzins hoch ist, als „billige“ **Kapitalgeber** geduldet würden, während sie bei hohen Renditeaussichten oder niedrigem Zinsniveau mit ihrem jederzeitigen Ausschluss rechnen müssten und sich deswegen vielleicht sogar „freiwillig“

²⁶⁴ BFH 16.5.1989 – VIII R 196/84, BStBl. II 1989, 877.

²⁶⁵ S. speziell hierzu *Ostermayer/Riedel* BB 2006, 1662.

²⁶⁶ Im Ausgangspunkt ähnlich differenzierend auch *Huber* ZGR 1980, 177 (203 ff.).

²⁶⁷ BGHZ 81, 263 (266).

²⁶⁸ Ähnlich BFH 29.4.1981 – IV R 131/78, DB 1981, 159, der deshalb einen solchen Kommanditisten in steuerlicher Hinsicht wie einen stillen Gesellschafter behandeln möchte.

²⁶⁹ BGHZ 84, 11 = NJW 1982, 2303.

mit einem geringeren als im Gesellschaftsvertrag an sich vorgesehenen Gewinnanteil zufriedengeben, nur um ihrem sonst drohenden Ausschluss und der damit verbundenen Vermögenseinbuße zuvorzukommen.

- 138 **bb) Vollwertige Abfindung.** Komplizierter liegen die Verhältnisse, wenn dem hinaus kündbaren Gesellschafter auch unter Berücksichtigung der Auszahlungsmodalitäten ein Anspruch auf vollwertige Abfindung für seine Beteiligung zusteht. Denn in diesem Fall erleidet er durch seinen Ausschluss **keine materielle Vermögenseinbuße**. Das Abfindungsguthaben stellt vielmehr nur einen anderen „Aggregatzustand“²⁷⁰ seiner Gesellschaftsbeteiligung dar.
- 139 Vor diesem Hintergrund überrascht es uns, dass der BGH in seiner Entscheidung zur **Publikums-KG**²⁷¹ die Gefahr der Benachteiligung der Anlagegesellschafter auch für den Fall **vollwertiger Abfindung** (Verkehrswert) damit begründet hat, dass die begünstigten Gesellschafter ihr Übernahmerecht dann ausüben würden, wenn die Gesellschaft erfolgreich arbeite, und darauf verzichteten, wenn Verluste zu erwarten seien. Da das Abfindungsguthaben – zumindest, wenn dieses am **Ertragswert** (Zukunftserfolg) orientiert ist – im einen Fall hoch, im anderen entsprechend niedrig ausfällt, ist ein „Anreiz“ zur Hinauskündigung in beiden Fällen, jedenfalls unter finanziellen Aspekten, nicht erkennbar.
- 140 Die vom BGH zur grundsätzlichen Unzulässigkeit der Hinauskündigung nach freiem Ermessen angeführte Begründung (Willkürherrschaft) lässt sich somit für den Fall, dass den hinaus kündbaren Gesellschaftern eine **volle Abfindung** (Verkehrswert) zusteht, zumindest nicht auf vermögensmäßige Erwägungen stützen.²⁷² Denn der ausgeschlossene Gesellschafter erleidet keinen Schaden und die verbleibenden Gesellschafter werden nicht bereichert, so dass auch ein Anreiz zum Missbrauch im Prinzip ausgeschlossen ist.²⁷³ In der Praxis kann sich das Kräfteverhältnis sogar oft in der Weise **umkehren**, dass einzelne Kommanditisten den übrigen Gesellschaftern ihren Willen mit der Drohung aufzwingen, andernfalls aus der Gesellschaft auszuscheiden.²⁷⁴ Das Unternehmen kann dadurch in gefährliche **Liquiditätsschwierigkeiten** geraten, da es nicht immer möglich ist, das mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters abfließende Eigenkapital sogleich durch Fremdkapital zu ersetzen.²⁷⁵
- 141 Wenn wir trotzdem dazu neigen, auch in diesem Fall das Recht zur freien Hinauskündigung wegen Verstoßes gegen **Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts** für unzulässig zu erachten, so liegt dies darin begründet, dass in der „normalen“ KG – Prototyp ist das klassische **Familienunternehmen** – die persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander in besonderem Maß auf gegenseitigem Vertrauen beruhen und es sich mit dem Charakter einer solchen engen „Arbeits- und Haftungsgemeinschaft“ nicht vertrüge, wenn einzelne Gesellschafter ohne Vorliegen sachlicher Gründe jederzeit gezwungen werden könnten, aus dem Personenverband auszuscheiden, der bei tätigen Gesellschaftern meist zugleich die **Existenzgrundlage** bedeuten wird, und ihre Beteiligung gegen eine – wenn auch gleichwertige – Geldsumme einzutauschen. Mag der kündigungsberechtigte Gesellschafter durch den Ausschluss letztlich keinen finanziellen Nutzen ziehen, so ist dieser Umstand gerade bei **Familiengesellschaften** noch kein ausreichendes psychologisches Hemmnis für ein unsachliches, emotional bedingtes Hinausdrängen eines Mitgesellschafters.²⁷⁶
- 142 Anders liegt es uE allerdings bei einer **Publikums-KG**. Da hier die Anlagegesellschafter durch kein persönliches Band verbunden sind, halten wir hier eine jederzeitige, freie

²⁷⁰ So treffend Wiedemann ZGR 1980, 147 (153).

²⁷¹ BGHZ 84, 11 = NJW 1982, 2303.

²⁷² Im Ergebnis auch Huber ZGR 1980, 177 (203 f.) sowie – allerdings in anderem Zusammenhang – Groh BB 1982, 1232.

²⁷³ Ebenso Grunewald DStR 2004, 1750 (1751); Huber ZGR 1980, 177 (203).

²⁷⁴ U. H. Schneider JZ 1982, 769: „die Fronten verkehren sich!“.

²⁷⁵ So auch die Kritik von Priester DNotZ 1998, 691 (704) am Prinzipienwechsel (Ausscheiden statt Auflösung) im Rahmen des HRefG. In vielen Gesellschaftsverträgen ist daher das Recht der übrigen Gesellschafter zur sog Anschlusskündigung vorgesehen.

²⁷⁶ Wiedemann ZGR 1980, 147 (153).

„Hinauskündigung“ unter der Voraussetzung für zulässig, dass der hinausgekündigte Gesellschafter Anspruch auf **vollwertige**, auch künftige Ertragschancen einbeziehende **Abfindung** hat und somit seinen Anteilswert ohne Einbußen anderweitig rentierlich anlegen kann. Dies kann allerdings bereits dann nicht der Fall sein, wenn das Ausscheiden einen steuerpflichtigen **Veräußerungsgewinn** auslöst.

Nachdem der BGH mit der Anerkennung der Testierfreiheit als sachlicher Rechtfertigung schon sehr weit gegangen ist und auch bei einigen anderen Sachverhalten einen sachlichen Grund ohne Weiteres bejaht hat, stellt sich allerdings die Frage, ob man Hinauskündigungs-klauseln künftig noch einer Inhaltskontrolle unterwerfen oder nicht doch zu einer reinen **Ausübungskontrolle übergehen** sollte.²⁷⁷ Bei Letzterer würde nicht die Klausel als solche generell auf ihre Wirksamkeit geprüft, sondern die Frage geklärt, ob deren Anwendung im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist oder nicht.²⁷⁸ Damit könnten eine ausufernde Kasuistik vermieden und zielgenauere Einzellergebnisse erreicht werden.²⁷⁹

e) Lösungsvorschläge. aa) Automatisches Ausscheiden als Alternative zur Hinauskündigung. Im Fall des (aufschiebend bedingten) automatischen Ausscheidens ist der Haupteinwand des BGH – übrigens ebenso wie der des BFH im Blick auf die Mitunternehmereigenschaft des betreffenden Gesellschafters –, ein Ausschließungsrecht begründe die Gefahr, dass ein Kommanditist unter der ständigen Drohung der Hinausdrängung seine Kontroll-, Widerspruchs- und Mitwirkungsrechte nicht richtig ausüben werde, also in eine unzulässige Abhängigkeit geraten könne, von vornherein ausgeräumt, und zwar unabhängig von der Höhe des Abfindungsguthabens. Zwar muss ein solcher Kommanditist auch in diesem Fall mit der Möglichkeit eines vorzeitigen Ausscheidens aus der Gesellschaft rechnen; dieses Risiko ist für ihn jedoch **kalkulierbar**, da sein Ausscheiden lediglich von dem Eintritt eines von vornherein im Gesellschaftsvertrag genau festgelegten **Ereignisses** abhängig ist und nicht von dem willkürlichen Verhalten seiner Mitgesellschafter.²⁸⁰

In Anknüpfung an die dargestellte Rechtsprechung zur Hinauskündigung müssen auch Ausscheidensklauseln zulässig sein, die an hinreichend klar umschriebene **feste Tatbestandsmerkmale** anknüpfen. In der Literatur ist im Hinblick auf § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 HGB umstritten, ob die Vereinbarung des Ausscheidensgrunds im Gesellschaftsvertrag genügt,²⁸² oder, wie von der hM gefordert, das Ausscheiden nur für den Fall des Vorliegens eines sachlichen Grunds²⁸³ verlangt werden kann.²⁸⁴ Richtigerweise darf eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ungeachtet ihrer Bestimmtheit nicht dazu führen, dass ein Gesellschafter der Willkür seiner Mitgesellschafter ausgesetzt ist.²⁸⁵ Dies ergibt sich bereits aus

²⁷⁷ Hierfür sprechen sich aus *Sosnitzka* DStR 2006, 99 (103); *Drinkuth* NJW 2006, 410 (412); *Benecke* ZIP 2005, 1437 (1440 f.). Für Ausübungskontrolle nur in Fällen mit vollwertiger Abfindung *Grünwald* DStR 2004, 1750 (1752). *Gehrlein* NJW 2005, 1969 (1972) für geltungserhaltende Auslegung von freien Hinauskündigungsklauseln.

²⁷⁸ S. *Benecke* ZIP 2005, 1437 (1441).

²⁷⁹ Zur unterschiedlichen Darlegungs- und Beweislast bei Ausübungs- statt Inhaltskontrolle *Verse* DStR 2007, 1822 (1827).

²⁸⁰ So auch BGHZ 105, 213 (219) = NJW 1989, 834 für den Fall eines an einen festen Tatbestand anknüpfendes, zeitlich befristetes Ausschließungsrecht.

²⁸¹ BGH NZG 2009, 1347 Rn. 16 – Sanieren oder Ausscheiden: „in Form der eindeutigen Regelung im Gesellschaftsvertrag“.

²⁸² *Kindler* in Koller/Kindler/Roth/Morck HGB § 131 Rn. 26, es sei denn, dass der Betroffene unter Verstoß gegen § 138 BGB in seiner Handlungsfreiheit geknebelt wird; *K. Schmidt* in MüKoHGB § 131 Rn. 87 mit Hinweisen auf die Grenzen; wohl auch *Piehler/Schulte* in MHDG GesR II § 36 Rn. 29, wonach das Erfordernis des „sachlichen Grundes“ durch das Erfordernis der (bloßen) Bestimmtheit des Grunds ersetzt werde.

²⁸³ Nach *Sauter* in BeckHdB PersGes § 8 Rn. 107 muss dieser nicht das Gewicht eines wichtigen Grunds besitzen.

²⁸⁴ *Kamanabrou* in Oetker HGB § 131 Rn. 36; *Schäfer* in Großkomm. HGB § 131 Rn. 102 f., die beide die Zulässigkeit anhand der für die Ausschlussklauseln entwickelten Maßstäbe beurteilen möchten; wohl auch *Roth* in Baumbach/Hopt HGB § 131 Rn. 25.

²⁸⁵ *Schäfer* in Großkomm. HGB § 131 Rn. 102 f.; *K. Schmidt* in MüKoHGB § 131 Rn. 87: unzulässig ist die jederzeitige Befugnis zur Ausschließung aus wichtigem Grund.

dem grundsätzlichen Verbot von Hinauskündigungsklauseln, das durch § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 HGB nicht angetastet werden sollte.²⁸⁶

- 146** Hingegen muss es uE zulässig sein, dass der Grund, bei dessen Vorliegen ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, **innerhalb der Grenzen der §§ 242, 138 BGB willkürlich** festgelegt wird.²⁸⁷ Nur der Eintritt des Grundes darf nicht von der im freien Ermessen der Mitgesellschafter stehenden Entscheidung abhängig sein. Letztlich ist auch die Festlegung einer bestimmten Altersgrenze in der Regel willkürlich, wird aber auch von den Vertretern der Stimmen für zulässig erachtet, die für das Ausscheiden einen sachlichen Grund verlangen.²⁸⁸ Diese Sichtweise ist nach unserer Auffassung auch durch die Rechtsprechung des BGH zum „festen Tatbestandsmerkmal“ gedeckt.
- 147** Eingangs (→ Rn. 97 ff.) hatten wir bereits auf die praktisch bedeutsamsten Fallgestaltungen hingewiesen, derentwegen häufig auch heute noch eine „Hinauskündigung“ gesellschaftsvertraglich vorgesehen ist. UE erfordert **keiner** der dort genannten Sachverhalte die Notwendigkeit eines Ausschlussrechts nach „freiem Ermessen“. Vielmehr lassen sich sämtliche Fälle auch in der Weise befriedigend lösen, dass ein Gesellschafter, in dessen Person der genannte Tatbestand eintritt bzw. vorliegt, **automatisch** aus der Gesellschaft ausscheidet.
- 148** Nach der Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln im Fall einer vereinbarten Probezeit (→ Rn. 122) dürfte auch der eingangs unter (5) genannte Fall der **zeitlich befristeten Gesellschafterstellung** (→ Rn. 103) unproblematisch sein.²⁸⁹
- 149** **bb) Sonderfall: Geschäftsführender Gesellschafter ohne Kapitalanteil.** Anders kann es im Fall der GmbH & Co. KG hinsichtlich der **Komplementär-GmbH** liegen, falls diese, wie heute üblich, weder am Kapital noch am Gewinn beteiligt ist und außer dem Ersatz ihrer Aufwendungen lediglich eine Risikoprämie wegen des von ihr eingegangenen Haftungsrisikos erhält (zur steuerlichen Problematik → § 16 Rn. 165 ff.). Hier kann es, namentlich dann, wenn die Gesellschafter der Komplementär-GmbH – etwa zur Vermeidung der Mitbestimmung (→ § 14 Rn. 20 ff.) – mit den Kommanditisten nicht personenidentisch sind, ein starkes Bedürfnis für die Kommanditisten als eigentliche Geschäftsinhaber geben, sich von der lediglich zum Zweck der Geschäftsführung und Haftungsübernahme (analog dem „angestellten“ Komplementär eines Familienunternehmens in der Rechtsform der echten KG) beteiligten Komplementär-GmbH im Bedarfsfall kurzfristig zu trennen, ohne dass die hierbei möglichen Fallgestaltungen im Voraus im Gesellschaftsvertrag im Sinne eines (bedingten) automatischen Ausscheidens abschließend geregelt werden könnten.
- 150** Im Fall eines **kapital-, gewinn- und stimmenmäßig nicht beteiligten** Gesellschafters sind die Bedenken des BGH bezüglich der Abhängigkeit und Willkür häufig nicht einschlägig, so dass **ausnahmsweise** ein **jederzeitiges Ausschlussrecht** nach freiem Ermessen **zulässig** sein dürfte.²⁹⁰ Sollte die Ausschlussung wider Erwarten nicht anerkannt werden, bestände allerdings immer noch die Möglichkeit, eine zweite Komplementär-GmbH in die Gesellschaft aufzunehmen und – gewissermaßen als „Notbremse“ – die erste von der Geschäftsführung und Vertretung auszuschließen.
- 151** **cc) Hinauskündigung nach Gesellschafterbeschluss.** In der Praxis kann, etwa in dem eingangs (→ Rn. 100) erwähnten Fall des Unterschreitens einer bestimmten Mindest-

²⁸⁶ Schäfer in Großkomm. HGB § 131 Rn. 102; Kamanabrou in Oetker HGB § 131 Rn. 36, jeweils unter Berufung auf die Gesetzesbegründung.

²⁸⁷ K. Schmidt in MüKoHGB § 131 Rn. 86, 87: „automatisch eintretende Ausscheidensgründe können grundsätzlich willkürlich festgelegt werden und bedürfen eines aus dem Gesellschaftsverhältnis ableitbaren sachlichen Grundes nicht.“. AA wohl Kamanabrou in Oetker HGB § 131 Rn. 36, der auf die Zulässigkeits-schranken für Ausschlussklauseln verweist.

²⁸⁸ So zB Schäfer in Großkomm. HGB § 131 Rn. 103.

²⁸⁹ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings auf die Rechtsprechung des BFH, wonach bei Befristung des Gesellschaftsverhältnisses die Mitunternehmereigenschaft eines schenkweise in die Gesellschaft aufgenommenen Kindes regelmäßig verneint wird, → § 16 Rn. 123.

²⁹⁰ Im Ergebnis ebenso Huber ZGR 1980, 177 (201). Gummert in MHDG GesR II § 50 Rn. 77.

beteiligungsquote oder bei dem unabsichtlichen Verstoß gegen die Güterstandsklausel (→ Rn. 102), das **automatische Ausscheiden** des davon betroffenen Kommanditisten, schon wegen der damit verbundenen Abfindungsbelastung, im Einzelfall für die Mitgesellschafter außerordentlich **unerwünscht** sein, zumal die mit dem Ausscheiden unter Umständen verbundenen steuerlichen Folgen²⁹¹ durch einen nachfolgenden Wiedereintritt in die Gesellschaft nicht mehr „repariert“ werden können. Es fragt sich daher, ob im Gesellschaftsvertrag auch vorgesehen werden kann, dass die Gesellschaftermehrheit beim Vorliegen bestimmter, katalogartig aufzuführender Voraussetzungen berechtigt ist, einen Gesellschafter **binnen einer bestimmten Frist** aus der Gesellschaft **auszuschließen**.

Dies ist spätestens seit dem HRefG unzweifelhaft zu bejahen. K. Schmidt²⁹² weist zutreffend darauf hin, dass **Nr. 5 und Nr. 6 des § 131 Abs. 3 S. 1 HGB als Einheit** zu sehen sind. Wenn nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 HGB ein automatisches Ausscheiden in den im Gesellschaftsvertrag genannten Fällen möglich ist, so folgt aus § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 HGB, dass in diesen Fällen die Rechtsfolge des Ausscheidens – als „logisches Minus“ – auch noch von einem dahin gehenden Gesellschafterbeschluss abhängig gemacht werden kann. Allerdings muss die **Überlegungsfrist** für die Mitgesellschafter **angemessen begrenzt** sein, so dass für den betroffenen Gesellschafter in der Interimsphase eine psychologische Zwangslage bezüglich der Ausübung seiner Kontroll-, Widerspruchs- und Mitwirkungsrechte, wie sie beim freien Hinauskündigungsrecht entstehen kann, von vornherein ausgeschlossen ist.²⁹³

Die für die Fassung des Gesellschafterbeschlusses über das Ausscheiden zu setzende Frist sollte keinesfalls über die vom BGH im Rahmen seiner Rechtsprechung zum Hinauskündigen unter Anknüpfung an ein festes Tatbestandsmerkmal erwähnte **Jahresfrist**²⁹⁴ hinausreichen. Will man ganz „auf der sicheren Seite“ sein, sollte man sogar eher nur eine **sechsmo-natige** „Bedenkzeit“ vorsehen. Ein nennenswertes Risiko besteht freilich nicht, da eine eventuell unzulässig lange Entscheidungsfrist im Prozessfall ohnehin im Weg **geltungserhaltender Reduktion** auf das rechtlich zulässige Maß reduziert würde.²⁹⁵ Allerdings muss die Hinauskündigung innerhalb dieser Frist erfolgen, die vor der Entscheidung des Gerichts, die im Zweifel erst nach Fristablauf ergeht, nicht bekannt ist.

Im Verhältnis zum automatischen Ausscheiden erscheint uns eine derartige Regelung sogar als die für den davon betroffenen Gesellschafter **mildere Form**, da ihm die Möglichkeit verbleibt, die Gesellschaftermehrheit umzustimmen, und er ggf. damit rechnen kann, auf immer in der Gesellschaft zu bleiben, falls sich innerhalb der im Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Frist die übrigen Gesellschafter (etwa aus Liquiditätsgründen) nicht zu einem Ausschließungsbeschluss sollten durchringen können.

VI. Abfindungsanspruch

1. Gesetzliche Regelung

Im Fall des **Ausscheidens** aus einer **GmbH & Co. KG**, gleichviel aus welchem Rechtsgrund, haben die verbleibenden Gesellschafter dem Ausscheidenden nach dem **Gesetz** „dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre“ (§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB iVm § 105 Abs. 3 HGB, § 161 Abs. 2 HGB). Das klingt an sich so, als ob für die Abfindungsermittlung von einem fiktiven Liquidationserlös, also von Zerschlagungswerten auszugehen sei. Die ganz hM ist jedoch der Ansicht, dass das Gesetz nicht wörtlich genommen werden dürfe. Tatsächlich sei gemeint, dass der Ausscheidende den auf ihn entfallenden **Anteil**

²⁹¹ Gewinnrealisierung beim Ausscheidenden, unter Umständen Schenkungsteuer bei den verbleibenden Gesellschaftern im Fall des § 7 Abs. 7 ErbStG.

²⁹² K. Schmidt NJW 1998, 2161 (2166).

²⁹³ BGHZ 105, 213 = NJW 1989, 834.

²⁹⁴ BGHZ 105, 213 (222) = NJW 1989, 834.

²⁹⁵ BGHZ 105, 213 (220 f.) = NJW 1989, 834.

am **wirklichen Wert** des lebenden Unternehmens einschl. aller stillen Reserven und des Geschäftswerts (Firmenwerts) erhalten soll, also grundsätzlich den anteiligen **Verkehrswert**.²⁹⁶

- 156 Allgemein verbindliche Regeln für die **Bewertung von Unternehmen**²⁹⁷ sind vom Gesetzgeber und von der Rechtsprechung zwar noch nicht entwickelt worden, doch haben sich in Theorie und Praxis Standpunkte gefestigt, die vom **Institut der Wirtschaftsprüfer** als „IDW Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (IDW S. 1)“ zusammengefasst worden sind. Diese, heute von der Rechtsprechung²⁹⁸ anerkannten **Bewertungsgrundsätze** zeichnen sich insbesondere durch folgende beiden Erkenntnisse aus:
- Der Wert eines Unternehmens spiegelt sich ausschließlich in seiner **Ertragsfähigkeit** wider. Der Substanzwert kann dagegen nicht Bemessungsgrundlage des Unternehmenswerts sein, sondern allenfalls Grundlage für die Finanzbedarfsrechnung, für die Kreditfähigkeit und ein Indiz für das Durchstehvermögen in Krisenzeiten. Ferner ist der Substanzwert als Wertansatz für das nicht-betriebsnotwendige Vermögen geeignet, das gesondert zu bewerten ist.
 - Der Unternehmenswert ist **zukunftsbezogen**, wird also nicht von den in der Vergangenheit erzielten, sondern von den in der Zukunft erzielbaren, aus der langfristigen **Unternehmensplanung** abgeleiteten Erträgen geprägt.
- 157 Konkret wird der Wert eines Unternehmens unter der Voraussetzung ausschließlich finanzieller Ziele grundsätzlich durch seine **Fähigkeit** bestimmt, **Einnahmenüberschüsse zu erwirtschaften**. Alle Bewertungsüberlegungen lassen sich theoretisch aus der Investitionsrechnung ableiten. Der **Barwert** der **zukünftigen Überschüsse** der Einnahmen über die Ausgaben bildet den **theoretisch richtigen Wert** eines Unternehmens. Die Bewertung erfolgt dabei unter Anwendung des Ertragswertverfahrens oder von DCF-Verfahren.²⁹⁹ Das Ertragswertverfahren leitet die finanziellen Überschüsse aus der geplanten handelsrechtlichen Erfolgsrechnung ab; DCF-Verfahren bestimmen den Unternehmenswert durch die Diskontierung geplanter Cashflows.
- 158 Nach wie vor wird überwiegend das **Ertragswertverfahren**³⁰⁰ angewandt. In der **Praxis** ist es im Normalfall nicht möglich, aus dem Rechnungswesen eines Unternehmens eine vollständige und dennoch praktisch durchführbare Einnahmen-Überschuss-Rechnung abzuleiten. Aus diesem Grund tritt an die Stelle der an sich allein richtigen Einnahmen-Überschussrechnung eine sog. modifizierte Ertrags-Überschussrechnung, die insbesondere bei langfristiger Betrachtung dem Auseinanderfallen von Ausgaben und Aufwand sowie Einnahmen und Ertrag Rechnung trägt. Der Unternehmenswert stellt sich dann als **Barwert zukünftiger Ertragsüberschüsse** dar. Der für die Barwertberechnung erforderliche Kapitalisierungszinssatz wird vom Zinssatz langfristiger, risikoarmer Kapitalanlagen abgeleitet und um einen angemessenen **Risikozuschlag** erhöht.
- 159 Insbesondere bei schlechter Ergebnislage kann der Barwert der finanziellen Überschüsse, die sich bei Liquidation des gesamten Unternehmens ergeben, den Fortführungswert übersteigen. In diesem Fall bildet grundsätzlich der **Liquidationswert** des Unternehmens die **Wertuntergrenze** für den Unternehmenswert;³⁰¹ nur bei Vorliegen eines rechtlichen oder tatsächlichen Zwangs zur Unternehmensfortführung ist gleichwohl auf den Fortführungswert des Unternehmens abzustellen. Der Liquidationswert wird ermittelt als Barwert der

²⁹⁶ BGH NJW 1992, 892 (895); GmbHR 2000, 822 (824); Sauter in BeckHdB PersGes § 8 Rn. 133; Schäfer in MüKoBGB § 738 Rn. 32, 33; Roth in Baumbach/Hopt HGB § 131 Rn. 49. AA Flume Die Personengesellschaft 170: Anteil am fiktiven Liquidationserlös.

²⁹⁷ S. Kormann/Schmeing FuS 2016, 13 zu verschiedenen Bewertungsverfahren aus betriebswirtschaftlicher Sicht.

²⁹⁸ BGH NJW 1993, 2101 (2103); 1999, 283; Sauter in BeckHdB PersGes § 8 Rn. 137; Schäfer in MüKoBGB § 738 Rn. 24, 32, 35 f., jeweils mwN.

²⁹⁹ So IDW S. 1 Tz. 101.

³⁰⁰ Dazu IDW S. 1 Tz. 102 ff.

³⁰¹ Hierzu umfassend Fleischer/Schneider DStR 2013, 1736.

Nettoerlöse, die sich unter Berücksichtigung zukünftig entstehender Ertragssteuern aus der Veräußerung der Vermögensgegenstände abzüglich Schulden und Liquidationskosten ergeben.³⁰²

Die **Wertermittlung von Beteiligungen** baut zwar auf dem Unternehmenswert auf, lässt sich von diesem aber nicht ohne Weiteres durch Multiplikation der Anteilsquote mit dem Unternehmenswert unmittelbar ableiten. Vielmehr muss die rechtliche und tatsächliche Besonderheit des einzelnen Anteils beachtet werden, was in der Regel in Form von pauschalen **Zu- oder Abschlägen** geschieht. Im Fall einer Minderheitsbeteiligung kommt theoretisch beides in Betracht: ein Zuschlag wegen „Lästigkeit“ und ein Abschlag wegen der geringen Einflussmöglichkeiten auf das Unternehmensgeschehen. Die hM hält bei der Ermittlung des Abfindungsguthabens aufgrund des gesellschaftsrechtlichen **Gleichbehandlungsgrundsatzes** derartige Zu- oder Abschläge jedoch für unzulässig.³⁰³ 160

2. Vertragliche Abfindungsklauseln

In Gesellschaftsverträgen finden sich häufig, bei Familienunternehmen sogar regelmäßig, nähere **Regelungen über die Abfindung** eines ausscheidenden Gesellschafters im Fall der Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter.³⁰⁴ Im Vordergrund steht dabei die sog. **Buchwertklausel**. Es kommen jedoch auch andere Bestimmungen vor, zB die Abfindung nach steuerlichen Bewertungsansätzen. Manchmal wird der Ausscheidende auch nur vom Ergebnis schwebender Geschäfte sowie vom Geschäftswert ausgeschlossen, während es im Übrigen bei der gesetzlichen Regelung sein Bewenden hat. Fast immer wird zusätzlich vorgesehen, dass die Auszahlung der Abfindung in **Raten** zu erfolgen hat, und zwar meistens über mehrere Jahre hinweg. Allen diesen Abfindungsklauseln ist gemein, dass sie die, als offensichtlich zu weitgehend empfundene gesetzlich vorgesehene Abfindung **betragsmäßig begrenzen** wollen. 161

Das mit Abstand wichtigste **Motiv**³⁰⁵ für die **Begrenzung des Abfindungsguthabens** dürfte darin bestehen, den Abfindungsanspruch zwecks Begrenzung eines unerwünschten Liquiditätsabflusses bei der Gesellschaft soweit wie möglich zu beschränken (**Kapitalsicherung**). Gleichzeitig soll damit, zumindest als Nebeneffekt, den Gesellschaftern der Anreiz genommen werden, von ihrem – gesetzlich nicht ausschließbaren – Kündigungsrecht überhaupt Gebrauch zu machen (**Kündigungerschwerung**). Ferner wird angestrebt, anstelle der mit Kosten und schwierigen Bewertungsfragen verbundenen Unternehmensbewertung einen praktikablen Maßstab für die Bemessung des Abfindungsanspruchs zu finden, einmal, um Streitigkeiten anlässlich des Ausscheidens eines Gesellschafters soweit wie möglich auszuschließen (**Friedensfunktion**), zum anderen, damit jeder Gesellschafter von vornherein weiß, mit welchem Betrag er im Fall seiner Kündigung rechnen kann (**Kalkulierbarkeit**). Und schließlich bezwecken Abfindungsklauseln, auch wenn sie nicht ausdrücklich auf den Fall der Pfändung oder der Insolvenz Bezug nehmen, die Beteiligung eines Gesellschafters vor dem Zugriff seiner Gläubiger wenigstens teilweise zugunsten seiner Mitgesellschafter wirtschaftlich zu schützen (**Gläubigerbenachteiligung**). 162

3. Vertragliche Beschränkungen des Abfindungsanspruchs

a) **Wirksamkeitsschranken**. Lange Zeit hatte der **BGH**, ebenso wie vor ihm das **RG**, gesellschaftsvertragliche Regelungen, mit denen anstelle der im Gesetz vorgesehenen „vollwertigen“ Abfindung niedrigere Beträge vereinbart wurden, ohne Weiteres als **zulässig** 163

³⁰² IDW S. 1 Tz. 140 f.

³⁰³ Großfeld/Egger/Tönnies Recht der Unternehmensbewertung Rn. 1361.

³⁰⁴ Piltz DB 1994, 1021; Hülsmann GmbHHR 2001, 409; Jorde/Stroot Ubg 2010, 45.

³⁰⁵ Hennerkes/Binz DB 1983, 2669; Schäfer in MüKoBGB § 738 Rn. 39; Piltz BB 1994, 1021; Hülsmann GmbHHR 2001, 409 (410); Wängler DB 2001, 1763 (1764); Bacher/Spieth GmbHHR 2003, 517; Sanfleber, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, 45 ff.; K. Schmidt GesR § 50 IV 2b; Schüppen FS Binz, 2014, 645 (649 f.).

angesehen.³⁰⁶ Gestützt wurde dies auf die **Privatautonomie** der Gesellschafter. Seit der BGH die **Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts** stärker hervorhebt,³⁰⁷ ist dieser Konsens infrage gestellt worden, indessen ohne dass sich an der grundsätzlichen Zulässigkeit von Abfindungsbeschränkungen etwas geändert hat. Der BGH sieht insbesondere solche Klauseln als **problematisch** an, die hinsichtlich der Abfindungshöhe ohne aner kennenswerten Grund nach der Person des Begünstigten differenzieren, im Ergebnis zu einem Abfindungsbetrag führen, der erheblich hinter dem Verkehrswert des Anteils zurückbleibt, oder die die Auszahlung des Abfindungsbetrags zeitlich übermäßig hinauszögern. Hierbei ist unerheblich, ob die Abfindungsbeschränkung auf einer Satzungsregelung oder einer schuldrechtlichen Nebenabrede beruht.³⁰⁸

- 164 Wirksamkeitsgrenze einer abfindungsbeschränkenden Vereinbarung ist zum einen die **Sittenwidrigkeit** gemäß **§ 138 Abs. 1 BGB**. Ferner wird auf den auch im Recht der Personenhandelsgesellschaften anwendbaren **§ 723 Abs. 3 BGB** abgehoben, der besagt, dass die nach dem Gesetz bestehende Möglichkeit zur **Kündigung** der Gesellschaft **weder ausgeschlossen noch beschränkt** werden darf.³⁰⁹ Dieses Verbot der Kündigungsbeschränkung kann auch dann eingreifen, wenn die Wirkung einer Abfindungsklausel darauf abzielt, den kündigungswilligen Gesellschafter wegen der wirtschaftlich nachteiligen Folgen³¹⁰ einer Kündigung zum Verzicht auf die Kündigungserklärung zu veranlassen. Dabei kommt es weder auf eine Umgehungsabsicht der Mitgesellschafter an noch auf die Vermögenslage oder sonstige besondere Umstände des Kündigungswilligen. Entscheidend ist allein, dass aufgrund der wirtschaftlichen Nachteile die Entschließungsfreiheit des Gesellschafters, vom Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, nicht unerheblich beeinträchtigt wird. Zu den starren Schranken der §§ 138, 723 Abs. 3 BGB mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit tritt als bewegliche Schranke die **Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB** hinzu, die zu einer ergänzenden Vertragsauslegung führen kann.³¹¹

- 165 Von der Wirksamkeit vertraglicher Abfindungsklauseln strikt zu trennen ist die Frage, inwieweit eine (wirksame) Beschränkung des Abfindungsanspruchs bei der **Ermittlung des Zugewinnausgleichs** und des **Pflichtteilsanspruchs** zu berücksichtigen ist. Hier besteht ein **Interessenkonflikt**. Der Ansatz des Verkehrswerts bedeutet eine Härte für den Zugewinnausgleichs-Schuldner bzw. den Erben, weil diese selbst nur einen niedrigeren Wert realisieren können. Bei Ansatz des vertraglichen Abfindungsanspruchs wird der überschießende Wert dem Zugewinnausgleich bzw. Pflichtteil entzogen. Für den Zugewinnausgleich hat der BGH entschieden, dass grundsätzlich der Verkehrswert der Beteiligung maßgeblich sei; auf den (niedrigeren) Abfindungsanspruch könne nur abgestellt werden, wenn dieser sich, zB durch Kündigung, bereits realisiert habe.³¹² Diese Lösung wird von der wohl hM auch für den Pflichtteilsanspruch vertreten.³¹³

- 166 **b) Differenzierung nach der Person.** Unzulässig sind zunächst Abfindungsbeschränkungen, die in diskriminierender Weise nach der Person des Begünstigten differenzieren.

³⁰⁶ BGH NJW 1973, 651 mwN.

³⁰⁷ BGH DB 1981, 1974 im Anschluss an BGH NJW 1979, 104. S. zum Ganzen *Schäfer* in MüKoBGB § 738 Rn. 41 ff.

³⁰⁸ BGH NJW 2010, 3718 Rn. 11; LG Freiburg BeckRS 2014, 22947.

³⁰⁹ BGH NJW 1985, 192; 1989, 3272; 2008, 2987 Rn. 19; DStR 2010, 1898 f.; einschränkend BGH NJW 1993, 3192. S. auch BGH NJW 2008, 1943 zur Frage, ob eine Fortsetzungsklausel für die ausscheidende Gesellschaftermehrheit eine unzulässige Kündigungsbeschränkung darstellt.

³¹⁰ AA *Sigle* FS Stilz, 2014, 617 (627 f.), der § 723 Abs. 3 BGB nur auf rechtliche Beschränkungen anwenden möchte.

³¹¹ BGH NJW 1993, 3192; K. *Schmidt* GesR § 50 IV 2c ee; *Schüppen* FS Binz, 2014, 645 (650 ff.); kritisch zur Rechtsprechung des BGH speziell aus der Sicht von Familienunternehmen *Sigle* FS Stilz, 2014, 617 (622 ff.).

³¹² BGH NJW 1999, 784; 2011, 2572 Rn. 17 ff.; 2011, 999 Rn. 17 ff. Zur Problematik der Doppelerfassung, wenn Erträge aus Gesellschaftsbeteiligung bereits bei Bemessung des Unterhalts mitberücksichtigt wurden, BGH NJW 2003, 1396; 2008, 1221.

³¹³ S. *Lange* in MüKoBGB § 2311 Rn. 51 mwN und einem Überblick über die in der Literatur vorgeschlagenen Kompromisslösungen.