

ge einer Leistungsklage direkt gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern geltend zu machen. Nach Ansicht des BGH steht einem ausscheidenden Gesellschafter grundsätzlich ein Abfindungsanspruch direkt gegenüber der GbR und den verbleibenden Gesellschaftern zu (§ 128 HGB analog). Gleichwohl können die berechneten Abfindungswerte nicht bereits durch eine Leistungsklage durch den ausscheidenden Gesellschafter geltend gemacht werden. Hier besteht eine „Durchsetzungssperre“, da die Ansprüche des ausscheidenden Gesellschafters mit etwaigen Ansprüchen der verbleibenden Gesellschafter saldiert werden müssen. Es ist grundsätzlich eine entsprechende Auseinandersetzungsbilanz zu erstellen. Aufgrund von Satzungsregelungen kann hiervon im Einzelfall jedoch abzuweichen sein.

PRAXISFOLGEN

Der Irrglaube, selbst beim Vorhandensein einer entsprechenden Ausstiegs- und Abfindungsregelung in den Gesellschaftsverträgen könne ein ausscheidender Gesellschafter dadurch unmittelbar auf Zahlung eines Abfindungsguthabens klagen, besteht verbreitet.

Gleichwohl ist die gegensätzliche Ansicht des BGH zutreffend, denn beim Ausscheiden eines Gesellschafters hat nicht nur dieser Ansprüche gegen die verbleibenden Gesellschafter und die Gesellschaft, sondern auch gegen ihn können wechselseitige Ansprüche bestehen. Daher ist es in Anwendung von § 738 Abs. 1 BGB sachgerecht, zunächst eine Auseinandersetzungsbilanz unter Einbeziehung der wechselseitigen Ansprüche zu erstellen. Nur der sich sodann aus dieser Rechnungslegung ergebende positive Saldo kann von dem ausscheidenden Gesellschafter im Wege der Leistungsklage geltend gemacht werden. Etwaige vertragliche Fälligkeitszeitpunkte führen nur dazu, dass der ausscheidende Gesellschafter, der die Höhe seines Anspruches schlüssig begründen kann, grundsätzlich nach Verstreichen der vertraglich vereinbarten Fälligkeitszeitpunkte auf Leistung klagen kann. Im Rahmen dieser Leistungsklage ist der Streit sodann darüber auszutragen, ob und in welcher Höhe bestimmte Aktiv- und Passivposten, beispielsweise ein „mitgenommener Mandantenstamm“, bei der Berechnung des Abfindungsguthabens zu berücksichtigen sind. Bei der Formulierung von Ausstiegs- und Abfindungsklausen in Gesellschaftsverträgen ist daher höchste Sorgfalt anzuwenden und konkret zu formulieren, welche Aktiv- und Passivposten bei der Auseinandersetzungsbilanz zu berücksichtigen sind und welche Berechnungsmethodik hierbei anzuwenden ist. Eine Konkretisierung im Gesellschaftsvertrag schafft für beide Parteien die erforderliche Rechtssicherheit bei der späteren Geltendmachung der Ansprüche.

Dr. José A. Campos Nave, EMBA (Accounting & Controlling), Partner, RA/FAStR/FAHaGesR bei Rödl & Partner, Eschborn/Frankfurt a.M.

BGH: Eigenkapitalersatz auch beim Nießbrauchsberechtigten

BGH, Beschluss vom 5.4.2011 – II ZR 173/10

Volltext des Beschlusses: [// BB-ONLINE](#) BBL2011-1940-1 unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ

Der Nießbraucher eines GmbH-Geschäftsanteils kann Adressat der Eigenkapitalersatzregeln sein.

ZUSAMMENFASSUNG

Der BGH schließt sich der in der Literatur vertretenen Ansicht an, dass Nießbraucher eines GmbH-Geschäftsanteils den Regeln über den Eigenkapitalersatz unterliegen können. Er verneint eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage. In der Literatur werden zwar verschiedene Ansichten darüber vertreten, welchen Einfluss der Nießbrauchsberechtigte zur Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln auf die Gesellschaft haben muss, hier sei das Darlehen aber nach allen Ansichten als eigenkapitalersetzend anzusehen. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Rückforderung des Darlehens nicht gewünscht oder wegen entgegenstehender Regelungen z.B. im Gesellschaftsvertrag nicht möglich war.

PRAXISFOLGEN

Der BGH schließt sich bei der Frage der Anwendung des § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. der Lehre an. Das führt zu mehr Rechtssicherheit, inhaltlich bringt es wenig Neues. Die Bemerkung des BGH, dass es sich um „auslaufendes Recht“ handle, lässt jedoch aufforchen. Die §§ 32a, b GmbHG a.F. sind aufgehoben. Man sollte aber meinen, dass die Frage, wer aufgrund seiner gesellschafterähnlichen Stellung wie ein Gesellschafter zu behandeln ist, im Rahmen des § 135 InsO weiter von Bedeutung wäre. Sinnvoll wäre es, denn die Interessenlage ist trotz Wegfalls des Erfordernisses des Stehenlassens in der Krise und des veränderten Normzwecks ähnlich (so mit Einschränkungen *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl. 2010, Nachtrag MoMiG §§ 32a, b Rn. 1 ff.; anders *Habersack*, ZIP 2007, 2148; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 64 Rn. 120 ff.). Der BGH legt sich insofern nicht fest und hatte im konkreten Fall auch keinen Anlass dazu.

Die Frage der gesellschafterähnlichen Stellung bleibt spannend, weniger beim Nießbrauch, zu dem sich bereits eine überzeugende herrschende Lehre gebildet hat (vgl. auch *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl. 2006, §§ 32a, b Rn. 152; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 32a Rn. 21), als beim Pfandgläubiger. Beim viel zitierten Pfandgläubiger-Fall (vgl. BGH, 13.7.1992 – II ZR 251/91, BB 1992, 1946) handelt es sich um einen derart extremen Fall der Einflussnahme, dass viele Praktiker im Umkehrschluss annehmen, die üblichen vertraglichen Pflichten einschließlich Financial Covenants seien unproblematisch. Teils wird das in der Literatur ähnlich gesehen (differenzierend *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl. 2006, §§ 32a, b, Rn. 154), teils wird darauf hingewiesen, dass weitreichende Informationsrechte, Zustimmungserfordernisse bei Satzungsänderungen und starkes wirtschaftliches Eigeninteresse eine gesellschafterähnliche Stellung durchaus nahelegen können (vgl. *Fleischer*, ZIP 1998, 320; *Tillmann*, DB 2006, 199). Für die letztere Auffassung spricht rechtlich einiges. Wirtschaftlich wäre sie jedenfalls zur Zeit der Geltung der §§ 32a, b GmbHG a.F. kaum handhabbar gewesen.

Unternehmen sind naturgemäß wenig geneigt, ihre Kreditgeber zu verklagen, so dass die frühere Rechtslage nie abschließend geklärt wurde. Auch Insolvenzverwalter haben sich bisher bei diesem Thema eher zurückgehalten und werden es nach der Bemerkung des BGH, es gehe um eine Frage auslaufenden Rechts, in Zukunft erst recht tun.

Dr. Hortense Trendelenburg, RAin, Solicitor (England & Wales) und Partnerin bei Haarmann Partnerschaftsgesellschaft, und **Dr. Axel Stafflage**, RA, Head of Legal & Compliance Germany bei Rothschild GmbH, beide Frankfurt a.M.