

Herausgeber:

RA Dr. Wolfram Theiss, RA Jan Bittler, RAin und Notarin Ulrike Czubayko, RA Dr. Hans Hammann, RAin Dr. Stephanie Herzog, RA Dr. Heinz-Willi Kamps, RA und Notar Dr. Hubertus Rohlfing, RA Gerd Uecker

Schriftleitung:

RAin Dr. Stephanie Herzog

Aufsätze

Pflichtteilsminimierung durch Gesellschaftsrecht?

Teil 1: Abfindungsausschlüsse und Abfindungsbeschränkungen für den Todesfall im Personengesellschaftsrecht*

Rechtsanwalt Dr. Nikolas Hölscher, Stuttgart**



Die Frage, ob gesellschaftsvertragliche Abfindungsvereinbarungen eine Minimierung von Pflichtteilsansprüchen auslösen, kann nicht pauschal beantwortet werden. Wie zu zeigen sein wird, ist eine Pflichtteilsminimierung – unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung – nicht ausgeschlossen. Grundsätzlich ist zwischen Gestaltungen im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht zu differenzieren. Dieser Beitrag ist dem Personengesellschaftsrecht gewidmet. In einem Folgebeitrag im nächsten Heft¹ wird auf die Frage der Pflichtteilsminimierung durch Einziehungs- und Abtretungsklauseln mit Abfindungsbeschränkung im Kapitalgesellschaftsrecht einzugehen sein.

I. Einführung

Wird eine Personengesellschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern aufgrund einer sog. Fortsetzungsklausel fortgesetzt und der in den Nachlass fallende Abfindungsanspruch (§ 738 BGB) gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen oder wertmäßig beschränkt, stellt sich die Frage, ob hierin eine Schenkung i.S.d. § 2325 BGB liegt.

Beispiel:

A, B und C sind an der ABC-OHG zu gleichen Teilen beteiligt. Bei Gründung der Gesellschaft haben A, B und C in den Gesellschaftsvertrag folgende Regelung aufgenommen:

„Im Fall des Todes eines Gesellschafters wird die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt. Der verstorbene Gesellschafter scheidet aus der Gesellschaft aus. Ein Abfindungsanspruch steht den Erben des verstorbenen Gesellschafters nicht zu.“

A verstirbt. Er wird von seiner Ehefrau alleine beerbt. Sein Sohn fragt nach Pflichtteilergänzungsansprüchen aus dem Wert der Beteiligung von A an der ABC-OHG.

1. Abfindungsanspruch im Todesfall (§ 738 BGB)

Wird beim Tod eines Personengeschafters die Gesellschaft unter den Mitgesellschaftern fortgesetzt, haben die Erben des Ausscheidenden einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft (§ 738 Abs. 1 Satz 2, Halbs. 2 i.V.m. § 1922 BGB).² Dieser bemisst sich nach dem wahren Anteilswert (sog. Verkehrswert) und ist auf Zahlung in Geld gerichtet.³ Der Verkehrswert ist – entgegen dem Wortlaut des § 738 BGB – nicht nach dem sog. Liquidationswert, sondern nach dem Fortführungswert (Going-Concern-Wert) zu bestimmen. Dieser ermittelt sich aus dem zukunftsorientierten Ertragswert; der Substanzwert stellt dabei die Untergrenze dar.⁴

2. Gesellschaftsrechtliche Modifizierung des Abfindungsanspruchs

Beliebtheit erfreuen sich im Personengesellschaftsrecht Klauseln, wonach der Abfindungsanspruch eines durch Tod ausscheidenden Gesellschafters ausgeschlossen oder unter den Verkehrswert herabgemindert wird. Weil § 738 BGB dispositiv ist, sind entsprechende Vereinbarungen grds. zulässig.⁵ Die Begrenzung des Abfindungsanspruchs eines ausscheidenden Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag durch Abfindungsklauseln verfolgt regelmäßig das Ziel, einen Abfluss von Kapital und Liquidität zu vermeiden und dadurch den Bestand des Unternehmens zu gewährleisten.

Praxis:

Die nachfolgenden Erläuterungen betreffen ausschließlich Möglichkeiten der Abfindungsbegrenzung für ein Ausscheiden durch Todesfall. Für ein lebzeitiges Ausscheiden gelten strengere Maßstäbe. So kann insb. ein vollständiger Abfindungsausschluss für ein lebzeitiges Ausscheiden die Kündi-

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, welchen der Autor auf dem 11. Deutschen Erbrechtstag am 11.03.2016 gehalten hat.

** Der Autor ist Rechtsanwalt, FA Erb, FA HuGR, FAFamR in der Sozietät *Gaffmann & Seidel*, Stuttgart sowie Lehrbeauftragter an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg.

1 ErbR 2016, 478.

2 Über die Verweisungen in § 105 Abs. 3 HGB, § 161 Abs. 2 HGB und § 1 Abs. 4 PartGG gilt § 738 BGB auch für OGH, KG und Partnerschaften.

3 Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, § 738 Rn. 4; MünchKommBGB/Ulmer, 6. Aufl. 2013, § 738 Rn. 32.

4 BGH, NJW 1985, 192; eingehend zur Frage der Bewertung: Riedel, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2005.

5 Vgl. anstatt aller Emmerich, in: Heymann, HGB, 2. Aufl., § 138 Rn. 35.

gungsmöglichkeiten eines Gesellschafters beeinträchtigen und einen Verstoß gegen § 723 Abs. 3 BGB begründen.

a) Abfindungsausschluss

Verbreitet sind im Personengesellschaftsrecht wechselseitige Abfindungsausschlüsse in Kombination mit Fortsetzungsklauseln. Die Gesellschaft wird unter den verbleibenden Gesellschaftern mit allen Aktiva und Passiva fortgesetzt. Der versterbende Gesellschafter scheidet aus der Gesellschaft aus. Der durch das Ausscheiden des versterbenden Gesellschafters entstehende und eigentlich in den Nachlass fallende Abfindungsanspruch aus § 738 Abs. 1 Satz 2, Halbs. 2 i.V.m. § 1922 BGB wird vollständig ausgeschlossen. Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, führt dies dazu, dass der letzte Gesellschafter das Unternehmen mit allen Aktiva und Passiva als Einzelunternehmen fortsetzt; es kommt in diesem Fall zu einem liquidationslosen Erlöschen der Gesellschaft.⁶

Formulierung:⁷

Verstirbt ein Gesellschafter, wird die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern mit allen Aktiva und Passiva fortgesetzt. Ein Abfindungsanspruch steht dem versterbenden Gesellschafter bzw. dessen Erben nicht zu.

Nach h.M. in Rechtsprechung⁸ und Literatur⁹ sind solche Abfindungsausschlüsse (gesellschaftsrechtlich) wirksam. Anders als der für ein lebzeitiges Ausscheiden vereinbarte Abfindungsausschluss, schränkt der Abfindungsausschluss auf den Todesfall die Kündigungsmöglichkeiten des Gesellschafters nicht ein; § 723 Abs. 3 BGB steht nicht entgegen. Über die Frage nach der pflichtteilsrechtlichen Behandlung derartiger Abfindungsausschlüsse ist mit der gesellschaftsrechtlichen Anerkennung freilich noch nichts gesagt.

b) Abfindungsbegrenzung

Ebenfalls verbreitet sind Abfindungsklauseln, wonach der ausscheidende Gesellschafter bzw. dessen Erben eine Abfindung unter dem tatsächlichen Verkehrswert der Beteiligung des versterbenden Gesellschafters erhalten. Bspw. den Buchwert oder einen bestimmten Prozentsatz des Verkehrswerts.¹⁰ Nachdem bereits allseitige Abfindungsausschlüsse für den Todesfall eines Gesellschafters gesellschaftsrechtlich zulässig sind, begegnen allseitige Abfindungsbegrenzungen für den Todesfall eines Gesellschafters ebenfalls keinen Bedenken.

II. Erbrechtliche Konsequenzen des Abfindungsausschlusses und der Abfindungsbegrenzung

Hinsichtlich der erbrechtlichen Konsequenzen ist zwischen Abfindungsausschluss und Abfindungsbegrenzung zu differenzieren: Der Abfindungsausschluss lenkt den Gesellschaftsanteil wertmäßig vollständig am Nachlass vorbei. Nachdem die Gesellschaft fortgesetzt wird und der versterbende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, fallen weder Mitgliedschaft noch Abfindungsguthaben in den Nachlass.¹¹ Die Abfindungsbegrenzung lenkt den Geschäftsanteil nur partiell wertmäßig am Nachlass vorbei. In den Nachlass fällt das herabgeminderte Abfindungsguthaben.

Praxis:

Diese Rechtsfolgen gelten nur im Personengesellschaftsrecht. Im Kapitalgesellschaftsrecht sind Gesellschaftsanteile

zwingend vererblich (vgl. insb. § 15 Abs. 1 GmbHG¹²) und fallen mithin in den Nachlass. Dies führt rechtsdogmatisch zu erheblichen Unterschieden zwischen Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht, worauf bei der Auswertung von Literatur stets zu achten ist.

1. Kein Anwendungsfall von § 2301 BGB

Die Formvorschrift des § 2301 Abs. 1 BGB gilt für gesellschaftsvertragliche Abfindungsausschlüsse und Abfindungsbegrenzungen nach h.M. nicht. Entsprechende Abfindungsklauseln sind lebzeitige Verfügungsgeschäfte.¹³ Dass § 2301 BGB keine Anwendung findet, wird unterschiedlich begründet. Die Anwendung von § 2301 BGB würde zunächst voraussetzen, dass ein Schenkungsversprechen unter Überlebensbedingung vorliegt. Eine solche Überlebensbedingung könne jedoch allenfalls dann angenommen werden, wenn der Kreis der Gesellschafter zum Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags und zum Zeitpunkt des tatsächlichen Ausscheidens eines Gesellschafters vollkommen identisch ist.¹⁴ Ändere sich der Gesellschafterbestand, stehe die Person des Bedachten zum Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags noch überhaupt nicht fest.¹⁵ Überwiegend wird die Anwendung von § 2301 BGB jedoch mit dem (zutreffenden) Argument verneint, dass allseitige Abfindungsausschlüsse und Abfindungsbegrenzungen keine Schenkung darstellen.¹⁶ Aber selbst, wenn man insoweit anderer Auffassung wäre, so läge jedenfalls eine nach § 2301 Abs. 2 BGB vollzogene Schenkung vor, welche mit Eintritt des Todes des Erblassers keines weiteren Zutuns oder weiterer Rechtshandlungen des Erblassers bedarf. Auch daran würde die Anwendung von § 2301 BGB scheitern.¹⁷

2. Pflichtteilsansprüche aus § 2303 BGB?

Fällt weder die Mitgliedschaft noch ein Abfindungsguthaben in den Nachlass (Fall des Abfindungsausschlusses), scheidet eine Partizipation von Pflichtteilsberechtigten am Anteilswert des verstorbenen Gesellschafters über ordentliche Pflichtteils-

6 Vgl. anstatt aller nur *Lorz/Kirchdörfer*, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2011, Kap. 7 Rn. 11.

7 Vgl. *Hölscher*, ZEV 2010, 609; *Wegmann*, ZEV 1998, 135.

8 RGZ 145, 289 (294); RGZ 171, 345 (350); BGHZ 22, 187 (194, 195) = NJW 1957, 180 (181).

9 Vgl. MünchKomm-HGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl. 2011, § 131 Rn. 161; *Flume*, Die Personengesellschaft, § 18 VI 1; *Heckelmann*, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, 1973, S. 77; *Ebenroth*, ErbR, 1992, Rn. 519.

10 Zu verschiedenen Möglichkeiten der Ausgestaltung von Abfindungsklauseln vgl. *Roth*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 131 Rn. 58 ff.

11 Vgl. *Hölscher*, ZEV 2010, 609.

12 Auch die Vererblichkeit von Aktien kann nicht ausgeschlossen werden, vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, a.a.O., § 1922 Rn. 43. Es besteht allerdings die Möglichkeit vergleichbare Ergebnisse wie im Personengesellschaftsrecht über Einziehungsklauseln in der Satzung zu erreichen.

13 Vgl. etwa *Koch*, in: *beck.OGK*, BGB, § 738 Rn. 71 m.w.N. in Fn. 343.

14 Vgl. zu diesem Argument: *Wachter*, GmbH-Geschäftsanteile im Erbfall, 2012, Rn. 861.

15 *Wachter*, a.a.O., Rn. 861 m.w.N. in Fn. 889.

16 Vgl. BGHZ 22, 187 (194) = NJW 1957, 180. Eine eingehende Darstellung des Sach- und Streitstandes findet sich nachfolgend bei Klärung der Frage, ob entsprechende Abfindungsbeschränkungen als Schenkungen i.S.d. § 2325 BGB zu qualifizieren sind.

17 Vgl. etwa MünchKomm-HGB/K. *Schmidt*, a.a.O., § 131 Rn. 162 m.w.N.; teilweise a.A. *Rittner*, FamRZ 1961, 505 (511 f.).

ansprüche nach § 2303 BGB unstreitig aus.¹⁸ Selbiges gilt bei der Abfindungsbegrenzung für das Wertdelta zwischen dem Verkehrs- und Klauselwert.¹⁹

3. Pflichtteilergänzungsansprüche aus § 2325 BGB?

Zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor einer Entwertung des Nachlasses durch lebzeitige Verfügungen, sieht das Gesetz die Pflichtteilergänzung vor. Nach § 2325 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn die vor dem Erbfall gemachten Schenkungen i.S.d. § 516 BGB²⁰ dem Nachlass hinzugerechnet werden. Allerdings qualifiziert die höchstrichterliche Rechtsprechung²¹ und mit ihr der überwiegende Teil des Schrifttums²² den für alle Gesellschafter geltenden Abfindungsausschluss als entgeltliches Rechtsgeschäft und nicht als Schenkung. Für die Abfindungsbegrenzung gilt nichts anderes. Wenn dies zutreffend ist, würden beide gesellschaftsvertraglichen Klauseln keine Pflichtteilergänzungsansprüche auslösen. Diese Feststellung ist nicht nur für den Pflichtteilsberechtigten von Bedeutung. Vielmehr hätte der kautelarjuristische Berater – als Helfer des zur Pflichtteilsreduzierung fest entschlossenen Erblassers – diese Rechtsprechung in seine Beratung mit einzubeziehen. In diesem Zusammenhang ist die Kautelarjurisprudenz aber auch stets gehalten eine möglicherweise bevorstehende Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu prognostizieren. Vor diesem Hintergrund wird das Kernproblem nachfolgend einer dogmatischen Betrachtung unter Auswertung der vorhandenen Rechtsprechung und Literatur unterzogen.

III. Das Kernproblem: Sind Abfindungsausschlüsse oder Abfindungsbegrenzungen Schenkungen i.S.d. § 2325 BGB?

Die Annahme, Abfindungsausschlüsse oder -begrenzungen seien keine Schenkungen i.S.d. § 2325 BGB, stößt seit jeher auf nicht unerhebliche Kritik. Triebfeder dieser Kritik ist die – keineswegs unbegründete – Sorge, dass durch eine Verfügung über den Anteilswert durch Abfindungsausschluss oder -begrenzung Pflichtteilergänzungsansprüche kautelarjuristisch umgangen werden könnten. Allein eine mögliche Missbrauchsgefahr ist allerdings kein Argument, welches es grds. rechtfertigt, Zuwendungen über den Anteilswert durch Abfindungsausschlüsse oder -begrenzungen einer Pflichtteilergänzung zu unterstellen. Eine zutreffende Beurteilung der Frage, ob Abfindungsausschlüsse oder -begrenzungen Schenkungen sein können, setzt vor einer Auseinandersetzung mit der vorhandenen Rechtsprechung und Literatur einen Blick auf die dogmatischen Grundlagen der Problematik voraus.

1. Dogmatische Grundlage: Der Schenkungsbegriff

Die Definition der Schenkung in § 516 BGB ist zweigliedrig; sie zerfällt in die Zuwendung (objektive Seite) und die Einigung über die Unentgeltlichkeit (subjektive Seite).²³

a) Gegenstand der Zuwendung (Objektiv)

Der Begriff der Zuwendung wird herkömmlicherweise in eine Bereicherung des Beschenkten und eine korrespondierende Entreicherung des Schenkers aufgespalten.²⁴ Dass ein allseitiger Abfindungsausschluss oder eine allseitige Abfindungsbegrenzung eine Zuwendung darstellt, ist unstreitig. Umstritten ist allerdings, worin genau die Zuwendung liegen soll. Überwiegend wird angenommen, dass in entsprechenden Klauseln eine auf den Todesfall bezogene Verfügung über den Anteilswert liegt.²⁵ Anders als bei der lebzeitigen Aufnahme eines

Gesellschafters in eine Gesellschaft – bei dieser kann es im Zusammenhang mit einer möglichen Anwendung des Niederwertprinzips zu unterschiedlichen Ergebnissen je nach Typisierung kommen²⁶ – spielt bei gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln die dogmatische Typisierung des Zuwendungsgegenstands keine besondere Rolle.

b) Einigung über die Unentgeltlichkeit (Subjektiv)

Der Begriff der Einigung über die Unentgeltlichkeit hat einen negativen Inhalt: Der Zuwendung des Schenkers darf kein Entgelt gegenüberstehen.²⁷ Diesem Gesichtspunkt kommt an der Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Pflichtteilsrecht entscheidende Bedeutung zu. Denn sowohl allseitigen Abfindungsausschlüssen und -begrenzungen als auch der Übernahme gesellschaftsrechtlicher Pflichten (Geschäftsführung, Arbeitsleistung, Haftung, Treuepflicht) bei Aufnahme in eine Gesellschaft wird – wie zu zeigen sein wird – zuweilen Gegenleistungscharakter attestiert. Ein einer Schenkung entgegenstehender Leistungsaustausch kommt immer dort in Betracht, wo die Leistung mit einer Gegenleistung verknüpft wird.

Diese Verknüpfung kann nach h.M.²⁸ auf drei Arten hergestellt werden, nämlich synallagmatisch, konditional und kausal. Eine synallagmatische Verknüpfung der beiden Leistungen kennzeichnet den gegenseitigen Vertrag. Die eine Partei verspricht hier die eigene Leistung nur deshalb, um in den Genuss der anderen zu kommen („do ut des“; ich gebe, damit du gibst).²⁹ Eine konditionale Verknüpfung ist anzunehmen, wenn die Zuwendung unter der Bedingung steht, dass der Empfänger seinerseits eine Leistung erbracht hat oder erbringt.³⁰ Eine kausale Verknüpfung erfolgt, indem die Leistung des Empfängers die Geschäftsgrundlage oder den weiteren Zweck der Zuwendung bildet.³¹

2. Stand und Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Nachdem die dogmatischen Grundlagen der Schenkung dargelegt wurden, wird nachfolgend ein Blick auf die bisherigen Entscheidungen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung gerichtet. In diesen wurde der allseitige Abfindungsausschluss gesamtbetrachtend als entgeltliches Rechtsgeschäft eingestuft. In chronologischer Reihenfolge:

18 Vgl. Hölscher, ZEV 2010, 609 (610).

19 Vgl. Lambrecht, Pflichtteilsreduzierung bei der Nachfolge in Personengesellschaften, 2010, S. 113, 114.

20 Das i.R.d. § 2325 BGB der Schenkungsbegriff des § 516 BGB zugrunde gelegt wird, ist heute unstreitig, vgl. BGH, ZEV 2010, 305 (306); ZEV 2004, 115; Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2325 Rn. 7.

21 Vgl. unten III. 2.

22 Vgl. unten III. 3.

23 Harke, in: beck.OGK, BGB, § 516 Rn. 8.

24 Harke, a.a.O.

25 Vgl. MünchKomm-BGB/Ulmer, a.a.O., § 738 Rn. 61; Dieckmann, in: Soergel-BGB, 13. Aufl., § 2325 Rn. 27 m.w.N.

26 Vgl. dazu die überzeugenden Ausführungen von Lambrecht, a.a.O., S. 101 ff.

27 Harke, in: beck.OGK, BGB, § 516 Rn. 57.

28 Vgl. BGH, NJW 2014, 294; BGH, NJW 2012, 605; Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 516 Rn. 8; Kritik an der h.M. und a.A. bei Harke, in: beck.OGK, BGB, § 516 Rn. 66.

29 Vgl. Lambrecht, a.a.O., S. 35.

30 Vgl. MünchKomm-BGB/Koch, a.a.O., § 516 Rn. 27; Chiusi, in: Staudinger, 2013, § 516 Rn. 41.

31 Vgl. MünchKomm BGB/Koch, a.a.O., § 516 Rn. 28; Chiusi, in: Staudinger, a.a.O., § 516 Rn. 47.

a) Urteil des BGH vom 22.11.1956

Der BGH urteilte erstmals am 22.11.1956 zur erbrechtlichen Qualifikation allseitiger Abfindungsausschlüsse.³² In der Sache hatte von mehreren Miterben nur einer das Recht, zwei offene Handelsgesellschaften, an denen der Erblasser beteiligt war, fortzusetzen. Die Parteien stritten unter anderem darüber, ob den weichenden Erben ein Abfindungsanspruch nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB zusteht. Obwohl keiner der beiden Gesellschaftsverträge einen Abfindungsausschluss beinhaltete, machte der BGH zu eben diesem bedeutende Rechtsausführungen: Um den – bei Fortsetzungsklauseln heute allgemein anerkannten³³ – erbrechtlichen Wertausgleich zugunsten weichender Erben zu begründen, bediente sich der BGH eines Erst-recht-Schlusses. Unter Verweis auf zwei Entscheidungen des Reichsgerichts³⁴ bestätigte er zunächst die grundsätzliche Zulässigkeit von Abfindungsausschlüssen und ergänzte, dass es sich bei einem Abfindungsausschluss nicht um eine Schenkung handele, sofern dieser für alle Gesellschafter gilt. Diese Feststellung machte der BGH in Bezug auf § 2301 BGB. Die Überlegungen die ihr zugrunde lagen, ergeben sich ausschließlich aus der in den Entscheidungsgründen zitierten Literaturmeinung von *Buchwald*.³⁵ Dieser sah in dem allseitigen Abfindungsausschluss ein sog. aleatorisches Rechtsgeschäft.³⁶ Jeder Gesellschafter setze für die Chance, den Anteil eines Mitgesellschafters zu erwerben, seine eigene Beteiligung als Gegenleistung ein. Mithin fehle es an der – für eine Schenkung erforderlichen – Unentgeltlichkeit. Weiter führte der BGH aus, dass ein Abfindungsausschluss kein unzulässiger Eingriff in die Bestimmungen des Erbrechts sei. Die Befugnis, eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag zu treffen, müsse Gesellschaftern im Interesse der Fortführung des Gesellschaftsunternehmens zugebilligt werden. Im Anschluss an diese Ausführungen konnte der BGH darauf verweisen, dass der Abfindungsanspruch für alle Erben ausgeschlossen werden kann und mithin erst recht die Möglichkeit anzuerkennen sei, gegenüber einzelnen Miterben den Abfindungsanspruch durch eine qualifizierte Fortsetzungsklausel auszuschließen.

b) Urteil des BGH vom 20.12.1965

Mit Urt. v. 20.12.1965³⁷ griff der BGH das Argument der Unternehmensfortführung erneut auf. In der Sache hatten die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft privatschriftlich einen allseitigen Abfindungsausschluss vereinbart. Die Parteien stritten um die Wirksamkeit der Vereinbarung und die Rechtsfrage, ob die Abfindungsklausel nach § 2276 BGB als Erbvertrag der notariellen Beurkundung bedürft hätte. Das verneinte der BGH mit der Begründung, Abfindungsvereinbarungen hätten – auch wenn sie Abfindungsansprüche von Erben völlig ausschließen – im Allgemeinen nicht den Sinn, dem in Aussicht genommenen Nachfolger letztwillig „etwas zuzuwenden“. Vielmehr sollten diese gewährleisten, dass das Gesellschaftsunternehmen beim Tod eines Gesellschafters erhalten bleibt und seine Fortführung nicht durch Abfindungsansprüche erschwert wird. Zudem könne eine gesellschaftsrechtliche Nachfolgeregelung, die Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten begründen soll, begrifflich keine Verfügung von Todes wegen sein, selbst wenn sie erst im Todesfall ihre volle Wirkung entfaltet.

c) Urteil des BGH vom 14.07.1971

Mit Urt. v. 14.07.1971³⁸ erhielt der BGH zum ersten Mal die Gelegenheit, ausdrücklich zu entscheiden, ob es sich bei einem für alle Gesellschafter geltenden Abfindungsausschluss um eine Schenkung i.S.d. § 2325 Abs. 1 BGB handelt. In der Sache hatte ein Ehepaar in einem Gesellschaftsvertrag

die Regelung getroffen, dass im Todesfall eines Ehegatten der Überlebende ein entschädigungsloses Übernahmerecht hinsichtlich des Gesellschaftsanteils des anderen hat. Der Gesellschaftsvertrag war anlässlich der Aufnahme des Erblassers als Komplementär in eine bereits von der Witwe betriebene Kommanditgesellschaft geschlossen worden. Die einseitigen Abkömmlinge des Erblassers machten nun gegen die Witwe wegen Ausübung des entschädigungslosen Übernahmerechts Ansprüche auf Pflichtteilergänzung geltend. Im Ergebnis verneinte der BGH Pflichtteilergänzungsansprüche. Die Frage, ob es sich bei dem allseitigen Abfindungsausschluss um eine Schenkung i.S.d. § 2325 BGB handelt, ließ der BGH überraschenderweise offen. Anders als das Berufungsgericht³⁹ erachtete der BGH Ausführungen hierzu nicht für entscheidungserheblich. Denn der Erblasser war unstreitig in eine bereits bestehende Gesellschaft aufgenommen worden, ohne sich an dieser selbst kapitalmäßig zu beteiligen. Bereits diese Eintrittsbedingungen würden es ausschließen, das anlässlich der Aufnahme vereinbarte entschädigungslose Übernahmerecht der Beklagten als eine Schenkung des Erblassers zu werten.

In seinem Urteil verwies der erkennende Senat hinsichtlich der Wirksamkeit allseitiger Abfindungsausschlüsse erneut auf den – bereits in früheren Entscheidungen⁴⁰ betonten – wirtschaftlich vernünftigen Gedanken, durch Abfindungsausschlüsse Gesellschaftsunternehmen zu erhalten. Ein Verstoß gegen die guten Sitten könne in entsprechenden Gestaltungen grds. nicht gesehen werden. Ein Solcher entfalle erst recht, wenn alle Gesellschafter gleichsam von der Regelung, im Todesfall eines anderen Gesellschafters, profitieren könnten. Zuletzt schnitt der BGH eine – zehn Jahre zuvor – von *Rittner*⁴¹ in Bezug auf § 2325 BGB vertretene Argumentation an. Rittner stellte darauf ab, dass das Begriffspaar „entgeltlich/unentgeltlich“ für gesellschaftsrechtliche Abfindungsklauseln nicht passe. Vielmehr handele es sich dabei um eine gesellschaftsrechtliche Regelung der Mitgliedschaft zur Erhaltung eines gesellschaftsrechtlich gebundenen Zweckvermögens. Beachtenswert ist der Verweis auf Rittner, weil er zeigt, dass der BGH Überlegungen angestellt hat, die in seinen früheren Entscheidungen zur Einordnung allseitiger Abfindungsausschlüsse noch unerwähnt blieben.

d) Urteil des BGH vom 26.03.1981

Zuletzt urteilte der BGH zur Qualifikation allseitiger Abfindungsausschlüsse am 26.03.1981.⁴² Der Sachverhalt, der dieser Entscheidung zugrunde lag, glich stark demjenigen

32 BGHZ 22, 187 (194, 195) = NJW 1957, 180 (181); die nachfolgende Urteilszusammenfassung findet sich bereits bei *Hölscher*, ZEV 2010, 609 (610).

33 Anstatt aller: *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl., Rn. 261; *Reimann*, ZEV 1994, 7 (11).

34 RGZ 145, 289 (294); RGZ 171, 345 (350).

35 ZivA 154, 24; ders. JR 1955, 173.

36 *Buchwald*, ZivA 154, 24; ders. JR 1955, 173.

37 DNotZ 1966, 620 (621); die nachfolgende Urteilszusammenfassung findet sich bereits bei *Hölscher*, ZEV 2010, 609 (610).

38 BGH, WM 1971, 1338 (1340 f.); die nachfolgende Urteilszusammenfassung findet sich bereits bei *Hölscher*, ZEV 2010, 609 (610).

39 Das OLG Düsseldorf (III ZR 91/70) hatte – den für alle Gesellschafter geltenden – Abfindungsausschluss als entgeltliche Verfügung angesehen.

40 Der BGH zitiert: RGZ 145, 289; BGH, WM 1957, 512.

41 FamRZ 1961, 505 (511); dem folgend: *Mühl/Teichmann*, in: Soergel, 12. Aufl., § 516 Rn. 45; *Schmitz-Herscheidt*, Die Unternehmensnachfolge in der OHG von Todes wegen, 1969, S. 166 f.; *Müller*, FS Wahl, 1973, S. 369, 387 ff.

42 BGH, NJW 1981, 1956 (1957); die nachfolgende Urteilszusammenfassung findet sich bereits bei *Hölscher*, ZEV 2010, 609 (610).

der Entscheidung vom 14.07.1971. In der Sache hatte ein Ehepaar in einem Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft die Regelung getroffen, dass im Todesfall eines Ehegatten der Überlebende das Gesellschaftsunternehmen ohne Abfindung fortführen kann. Ein einseitiger Abkömmling des zuerst verstorbenen Ehemanns verfolgte gegenüber der Witwe Pflichtteilergänzungsansprüche. Der BGH verwies die Sache – mangels hinreichender tatrichterlicher Feststellungen – im Ergebnis zurück. Im Rahmen eines obiter dictum hielt er jedoch fest, dass der allseitige Abfindungsausschluss nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH nicht als Schenkung gewertet wird; eine unentgeltliche Zuwendung könne jedoch gegeben sein, wenn die Beteiligten bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags von unterschiedlichen Lebenserwartungen ausgegangen sind.⁴³ Auch das Berufungsgericht hatte seine Entscheidung auf die frühere höchstrichterliche Rechtsprechung gestützt. Der BGH hielt ihm aber entgegen, dass es die pflichtteilsergänzungsrechtliche Beurteilung des Abfindungsausschlusses losgelöst von der Gründung der Gesellschaft beurteilt habe. Erst die Berücksichtigung beider Aspekte ermögliche jedoch ein zutreffendes Bild. Gerade wenn der im Todesfall begünstigte Gesellschafter bereits bei Gründung der Gesellschaft – etwa durch Aufnahme in ein bereits betriebenes Unternehmen ohne Erbringung einer Kapitaleinlage – begünstigt worden sei, könne dies ein auffallend grobes Missverhältnis begründen und die Unentgeltlichkeit der Zuwendung nahelegen. Dadurch könne eine Abweichung von den angeführten Grundsätzen gerechtfertigt sein.

e) Zusammenfassung

Dass der allseitige Abfindungsausschluss keine Schenkung i.S.d. § 2325 BGB darstellt, hat der BGH bisher nur in seiner Entscheidung vom 26.03.1981 – und dies im Rahmen eines obiter dictum – angeführt. Allerdings ließ der BGH in dieser Entscheidung unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung keinen Zweifel daran, dass er den allseitigen Abfindungsausschluss auch im Rahmen der Pflichtteilergänzung grds. nicht als Schenkung wertet. Bei evident unterschiedlichen Lebenserwartungen der Gesellschafter verwies der BGH auf mögliche Ausnahmen von diesem Grundsatz.

3. Argumente der herrschenden Lehre

Die Literatur (Kommentare,⁴⁴ Handbücher,⁴⁵ Monografien/Dissertationen,⁴⁶ Aufsätze⁴⁷) folgt überwiegend der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der allseitige Abfindungsausschluss wird – bei gleichem Risiko der Gesellschafter nachteilig von ihm betroffen zu sein – als entgeltliches Rechtsgeschäft angesehen. Für allseitige Abfindungsbegrenzungen greift die Argumentation ebenfalls durch (was allerdings selten gesondert diskutiert wird).⁴⁸ Zur Begründung der Entgeltlichkeit werden verschiedene Argumente vorgetragen:

a) Das aleatorische Rechtsgeschäft

Überwiegend wird zur Begründung auf die durch Buchwald vorgebrachte Argumentation vom aleatorischen Rechtsgeschäft abgestellt.⁴⁹ Der Chance, mit dem Tod eines Mitgesellschafters seinen Anteil ohne Gegenleistung zu erwerben, steht das Risiko gegenüber, bei eigenem Erstversterben seinen Anteil ohne Kompensation für den Nachlass zu verlieren.⁵⁰ Bei etwa gleicher Verteilung der Chancen und Risiken liege in diesem Wagnis die Entgeltlichkeit. Bei einem groben Missverhältnis der Chancen und Risiken (z.B. bei unter-

schiedlicher Lebenserwartung, keiner allseitigen Geltung) könne hingegen das Vorliegen von Entgeltlichkeit ganz oder teilweise verneint und entsprechend eine (gemischte) Schenkung angenommen werden.⁵¹

b) Der Unternehmenserhalt

Als weiteres Argument gegen die Annahme einer pflichtteilsergänzungspflichtigen Schenkung wird die Sicherung des Fortbestandes des jeweiligen Unternehmens angeführt. Gesellschaftsverträge würden nicht in erster Linie zur Beschränkung von Pflichtteilsansprüchen, sondern zur Sicherung des Bestandes der Gesellschaft gestaltet.⁵² Seine Grenze finde das Pflichtteilsrecht und die Pflichtteilergänzung dort, wo die Gesellschafter den Bestand ihrer wirtschaftlichen Unternehmung über die erbrechtliche Zuordnung gestellt haben⁵³. Hierfür

43 Dahingehend bereits KG, OLGZ 1978, 463 (466) = DNotZ 1978, 109 (111) und OLG Düsseldorf, MDR 1977, 932.

44 Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2325 Rn. 15; G. Müller, in: Burandt/Rohahn, 2. Aufl. 2014, § 2325 Rn. 62.; MünchKomm-BGB/Lange, a.a.O., § 2325 Rn. 31; MünchKomm-BGB/Koch, a.a.O., § 516 Rn. 97; Olshausen, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2015, § 2325 Rn. 6, 32; Birkenheier, in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 2325 Rn. 98; Schlüter, in: Erman, 13. Aufl. 2011, § 2311 Rn. 7; Stürmer, in: Jauernig, 16. Aufl. 2015, § 2325 Rn. 5; Reimann, in: Dittmann/Reimann/J. Mayer, 6. Aufl. 2014, § 2301 Rn. 76; Lorz, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 3. Aufl. 2014, § 131 Rn. 125; Emmerich, in: Heymann, a.a.O., § 138 Rn. 43.

45 Horn, in: MAH Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 29 Rn. 353; Klein/Lindemeier, in: MHDG GesR I, 4. Aufl. 2014, § 79 Rn. 51; Fröhler, in: Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, 2. Kap. Rn. 220, 222; W. Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 20 Rn. 11; Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 110 (kritisch hingegen ders., Vermögensnachfolge, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 60); Crezelius, a.a.O., Rn. 100 und 254; Langel/Kuchinke, ErbR, 5. Aufl. 2001, § 37 X. i Fn. 480; Ebenroth, a.a.O., Rn. 519; K. Schmidt, GesR, 4. Aufl. 2002, § 45 V 2 c; Wächter, in: Bonefeld/Wächter, Der Fachanwalt für Erbrecht, 3. Aufl. 2014, § 24 Rn. 165; Brox/Walker, ErbR, 25. Aufl. 2012, § 44 Rn. 781; Abele/Klinger/Maulbetsch, Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden, 2010, § 5 Rn. 39 ff.

46 Koch, Die Kollision von gesellschaftsvertraglicher Abfindungsbeschränkung und Pflichtteilslast in der Person des Gesellschafter-Erben, 2014, S. 246; Lambrecht, a.a.O., S. 203; Riedel, a.a.O., S. 87 ff.; Säcker, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, 1970, 91, 92; Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 192 f.; Prasch, Die unmittelbare Nachfolge der Erben in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters, 1960, S. 5, Fn. 7.

47 Lange, ZErB 2014, 121; Hölscher, ZEV 2010, 609 (612); Winkler, ZEV 2005, 89 (93); Riedel, ZErB 2003, 212 (214); Wegmann, ZEV 1998, 136; Winkler, BB 1997, 1703; Rapp, MittBayNot 1987, 70; Engel, NJW 1986, 348; Brox, JA 1980, 564; Haegele, BWNotZ 1976, 27; Rittner, FamRZ 1961, 510 ff.; G. u. D. Reimicke, NJW 1957, 562.

48 Gesondert mit der Entgeltlichkeit allseitiger Buchwertklauseln aufgrund aleatorischen Charakters des Rechtsgeschäfts für den Todesfall eines Gesellschafters befassen sich etwa: Lambrecht, a.a.O., S. 113 und Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, 2001, S. 237.

49 Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 46 (mit Ausnahme von Rittner, FamRZ 1961, 510 mit gesondertem Begründungsansatz).

50 Buchwald, ZivA 154, 24; ders. JR 1955, 173; Zur Namensgebung vgl. bereits von Löwis, Die aleatorischen Verträge im römischen Recht, 1866: „Die aleatorischen Geschäfte haben ihren Namen von dem eigenhümlichen Inhalt, den ein Vertrag erhält, wenn es von ungewissen Umständen abhängt, ob ein Vertrag einem Contrahenten Verlust oder Vorteil bringt.“

51 Anstatt vieler: Lambrecht, a.a.O., S. 109.

52 Vgl. Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 1992, Rn. 1233 ff.; Olshausen, in: Staudinger, a.a.O., § 2325 Rn. 34; MünchKomm-BGB/Lange, a.a.O., § 2325 Rn. 35; Riedel, ZErB 2003, 212 (214).

53 Olshausen, in: Staudinger, a.a.O., § 2325 Rn. 34; MünchKomm-BGB/Lange, a.a.O., § 2325 Rn. 35; Langel/Kuchinke, a.a.O., § 37 X. i Fn. 480.

spreche insb., dass die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen von der Eigenkapitalquote bestimmt werde.⁵⁴

c) Die Abrede mitgliedschaftlicher Natur

Eine andere Argumentationslinie hat *Rittner* begründet. Er hat vorgetragen, dass der Abfindungsausschluss eine Abrede mitgliedschaftlicher Natur sei, die sich nicht aus dem Gesamtgefüge des Gesellschaftsvertrags herauslösen lasse und bereits aus diesem Grund außerhalb des Begriffsrahmens „entgeltlich- unentgeltlich“ stehe.⁵⁵

4. Kritik an Rechtsprechung und herrschender Lehre

Das Ergebnis der h.M. ist – unabhängig davon, auf welches Argument es gestützt wird – auf Kritik gestoßen.⁵⁶

a) Kritik am aleatorischen Rechtsgeschäft

Gegen das Argument vom aleatorischen Rechtsgeschäft bringen die Kritiker vor, dass die Annahme einer aleatorischen entgeltlichen Zuwendung die „Erbrechtsähnlichkeit“ eines für alle Gesellschafter geltenden Abfindungsausschlusses verkenne.⁵⁷ Lebzeitige Zuwendungen auf den Todesfall seien – wie auch Verfügungen von Todes wegen – nicht deshalb entgeltlich, weil die eigene Verfügung von einer Gegenverfügung des Begünstigten abhängig gemacht werde.⁵⁸ Hierin liege ein bloßes Motiv; die objektiv fehlende Gegenleistung könne hierdurch nicht ersetzt werden.⁵⁹

b) Kritik am Argument des Unternehmenserhalts

Gegen das Argument vom Unternehmenserhalt zur Begründung der Entgeltlichkeit des Abfindungsausschlusses wird weiter vorgebracht, dass es im Gesetz keine Stütze finde.⁶⁰ *Worm*⁶¹ hat ergänzend angemerkt, dass sich Pflichtteilergänzungsansprüche nur unter den in § 2329 BGB genannten Voraussetzungen gegen den verbleibenden Mitgeschafter oder die Gesellschaft richten. Oftmals drohe mithin keine Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs.⁶²

c) Steuerrechtliche Schenkungsfiktion

Vereinzelt wird darauf verwiesen, dass das Erbschaftssteuerrecht nicht der h.M. im Zivilrecht folgt.⁶³ § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG fingiere bei allseitigen Abfindungsausschlüssen einen unentgeltlichen Erwerb zu Gunsten des verbleibenden Gesellschafters bzw. der Gesellschaft.

5. Stellungnahme

Unterzieht man die Argumentation vom aleatorischen Rechtsgeschäft einer kritischen dogmatischen Betrachtung wird ersichtlich: Die h.M. lehnt die grundsätzliche Annahme einer Schenkung mit Recht ab. Voraussetzung für die Qualifikation einer Abfindungsbeschränkung oder eines Abfindungsausschlusses als Schenkung i.S.d. § 516 BGB wäre die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit des durch den Abfindungsausschluss herbeigeführten Vermögenszuwachs. Hieran fehlt es (vgl. unten a)). Zudem würde die grundsätzliche Annahme einer Schenkung zu einem Widerspruch zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht führen (vgl. unten b)). Triebfeder der teilweise im Schrifttum ersichtlichen Bestrebungen, in Abfindungsbeschränkungen und Abfindungsausschlüssen Schenkungen erblicken zu wollen, ist die – nicht unberechtigte – Sorge, dass das verfassungsrechtlich geschützte Pflichtteilsrecht durch gesellschaftsvertragliche Gestaltungen umgangen werden könnte. Allein ein möglicher Missbrauch kann die Annahme einer Schenkung jedoch nicht rechtfertigen.

Vielmehr ist einem Missbrauch durch eine möglichst effektive Missbrauchskontrolle zu begegnen (vgl. unten d)).

a) Keine Einigung über die Unentgeltlichkeit bei aleatorischem Geschäft

Aufgrund des Wagnischarakters des Geschäfts wird die Unentgeltlichkeit mit Recht verneint. Denn wie bei einer Lotterie erwirbt jeder Mitgeschafter durch Vereinbarung eines allseitigen Abfindungsausschlusses oder einer Abfindungsbeschränkung für den Todesfall die Chance, den Anteil von Mitgeschaftern zu erwerben. In diesem Wagnis liegt – bei gleicher Risikoverteilung – die Entgeltlichkeit der Vereinbarung. Auf den ersten Blick erscheint die Kritik an diesem Ergebnis plausibel, wenn man nur auf den vermögensrechtlichen Zuwendungserfolg (also die objektive Vermögensmehrung) abstellt. Denn die mit dem Tod des Gesellschafters bei den Mitgeschaftern eintretende Bereicherung stellt sich als unentgeltlich dar, weil dem Nachlass kein Gegenwert zufließt.⁶⁴

Dabei kann allerdings nicht stehen geblieben werden. Wie gesehen⁶⁵ muss neben einer objektiven Vermögensmehrung auch eine Einigung der Beteiligten über die Unentgeltlichkeit vorliegen. Aus diesem Grund muss auch die Zuwendungshandlung – die Vereinbarung der Abfindungsklausel – mit in die Betrachtung einbezogen werden.⁶⁶ Und hier sprechen die beim Abschluss von Abfindungsbeschränkungen zutage tretenden Interessen der Gesellschafter klar gegen eine subjektiv unentgeltliche Zuwendung. Ohne Gegenleistung oder wirtschaftliche Kompensation ist regelmäßig kein Gesellschafter dazu bereit, nur für den Fall seines Versterbens eine Abfindungsbeschränkung zu akzeptieren, während im Todesfall anderer Gesellschafter eine Abfindungsbeschränkung nicht durchgreifen soll. Dies zeigt, dass die Gesellschafter Abfindungsbeschränkungen subjektiv gerade nicht als unentgeltliche Zuwen-

54 *Olshausen*, in: Staudinger, a.a.O., § 2325 Rn. 34.

55 *Rittner*, FamRZ 1961, 510 ff.; *Mühl/Teichmann*, in: Soergel, BGB, 12. Aufl., § 516 Rn. 45; *Schmitz-Herscheidt*, Die Unternehmensnachfolge in der OHG von Todes wegen, 1969, S. 166 f.; *Müller*, FS Wahl, 1973, S. 369, 387 ff.; *Crezelius*, a.a.O., Rn. 326 („Rechtsreflex“).

56 Vgl. *Dieckmann*, in: Soergel, a.a.O., § 2325 Rn. 27; MünchKomm-BGB/Frank, 2. Aufl., § 2325 Rn. 16; MünchKomm-BGB/Ulmer, a.a.O., § 738 Rn. 61; *Schäfer*, in: Staub, HGB, 5. Aufl., § 131 Rn. 188; *Schlitt*, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 5 Rn. 143; *Däubler*, in: AK Erbrecht, 1990, § 2325 Rn. 19; *U. Mayer*, ZEV 2003, 357 (358); *Worm*, RNotZ 2003, 543; *Kohl*, MDR 1995, 871; *Boujong*, in: FS Ulmer, 2003, S. 41, 45 ff.; *Ulmer*, NJW 1979, 84; *Finger*, DB 1974, 28; *Heckelmann*, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, 1973, S. 76–84; *Knur*, DB 1969, 209; *Flume*, in: FS Schilling, S. 64 f.; *Sudhoff*, NJW 1961, 808; *Siebert*, NJW 1955, 812; zweifelnd: *Piltz*, BB 1994, 1025; *Reuter/Kunath*, JuS 1977, 381.

57 Vgl. etwa *Dieckmann*, in: Soergel, a.a.O., § 2325 Rn. 27; MünchKomm-BGB/Frank, a.a.O., § 2325 Rn. 16; *Däubler*, in: AK Erbrecht, a.a.O., § 2325 Rn. 19.

58 Vgl. etwa *Dieckmann*, in: Soergel, a.a.O., § 2325 Rn. 27; MünchKomm-BGB/Frank, a.a.O., § 2325 Rn. 16; *Däubler*, in: AK Erbrecht, a.a.O., § 2325 Rn. 19.

59 Vgl. *Boujong*, in: FS Ulmer, 2003, S. 41, 45 ff.; *Kohl*, MDR 1995, 871; *Heckelmann*, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, 1973, S. 76–84; *Rittner*, FamRZ 1961, 510.

60 Vgl. *Kohl*, MDR 1995, 871; *Worm*, RNotZ 2003, 543.

61 *Worm*, RNotZ 2003, 543; dahingehend bereits OLG Düsseldorf, MDR 1977, 932.

62 Dem folgend: *J. Mayer*, in: BeckOK, 36. Ed., § 2325 Rn. 15.

63 Vgl. *Däubler*, in: AK-Erbrecht, a.a.O., § 2325 Rn. 19.

64 MünchKomm-BGB/Koch, a.a.O., § 516 Rn. 97.

65 Vgl. oben III. 1. b)

66 MünchKomm-BGB/Koch, a.a.O., § 516 Rn. 97; *Olshausen*, in: Staudinger, a.a.O., § 2325 Rn. 6.

dungen ansehen. Grds. verspricht jeder Gesellschafter seine Beteiligung nur deshalb, um dadurch zugleich im Falle des Vorversterbens anderer Gesellschafter in den Genuss derer Beteiligung zu kommen. Dies entspricht dem synallagmatischen Prinzip des „do ut des“: ich gebe, damit Du gibst.

Zudem werden die Gesellschafter regelmäßig nicht aus altruistischen Motiven zum Abfindungsausschluss bewegt. Jeder Gesellschafter akzeptiert ihn, um im Todesfall im eigenen Interesse als Längerlebender den Bestand der Gesellschaft zu gewährleisten. *Koch*⁶⁷ weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass damit im Regelfall auch nicht das Ziel verfolgt wird Pflichtteilsansprüche in missbräuchlicher Weise auszuhöhlen, sondern aus nachvollziehbarem unternehmerischen Kalkül eine Vereinbarung getroffen wird, bei der Chancen und Risiken gleichermaßen verteilt sind und die dementsprechend sogar dem Pflichtteilsberechtigten zugutekommen kann, wenn der Erblasser seine Mitgesellschafter überlebt.

Gegen die Annahme einer Schenkung spricht weiter, dass – streng genommen – die endgültigen Vertragspositionen (Schenker/Beschenker) beim Vertragsschluss noch unbekannt sind.⁶⁸

Dass die Gesellschafter untereinander grds. keine Schenkung vereinbaren wollen, zeigt auch der Fall des späteren Beitritts eines weiteren Gesellschafters. Mit später beitretenden Gesellschaftern kann zum Zeitpunkt der Aufnahme der Regelung in den Gesellschaftsvertrag keine Schenkung vereinbart worden sein. Die Beitrittserklärung zugleich als Schenkung an die Mitgesellschafter ansehen zu wollen, wird mit Recht als unangemessen⁶⁹ und den Erklärungswert der Beitrittserklärung überspannend angesehen.⁷⁰ Im Falle des Beitritts eines Gesellschafters liegt aber immerhin noch eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung der bereits vorhandenen Gesellschafter mit dem Beitretenden vor. Sind die Anteile hingegen gesellschaftsvertraglich nicht vinkuliert,⁷¹ kann die Übertragung des Gesellschaftsanteils durch zweiseitigen Abtretungsvertrag zwischen dem alten und dem neuen Gesellschafter erfolgen. Die Mitgesellschafter sind am Abtretungsvertrag überhaupt nicht beteiligt. Dass in der Abtretungsvereinbarung zugleich eine Schenkungserklärung zu ihren Gunsten liegen soll, ist nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang greift auch das durch *Rittner*⁷² vorgetragene und vom BGH⁷³ aufgegriffene Argument durch, dass es sich bei Abfindungsvereinbarungen gerade nicht um Schenkungen, sondern Abreden mitglied-schaftlicher Natur handelt.

b) Argument vom Unternehmenserhalt stützt Annahme der Entgeltlichkeit

§ 738 Abs. 1 Satz 2 BGB ist disponibel.⁷⁴ Personengesellschafter können die Abfindungssumme der Höhe nach beschränken, die Auszahlungsmodalitäten festlegen oder der Bewertung ein anderes als das Ertragswertverfahren zugrunde legen.⁷⁵ Vertraglichen Abfindungsbeschränkungen kommen dabei verschiedene Funktionen zu. Vornehmlich dienen sie der Kapitalsicherung. Zugleich können sie eine Vereinfachungsfunktion und Schlichtungsfunktion haben. Auch eine Disziplinierungsfunktion im Verhältnis der Gesellschafter untereinander kann mit einer Herabsetzung des gesetzlichen Abfindungsguthabens erreicht werden.⁷⁶ Wo die Gesellschafter mit der Abweichung von der gesetzlichen Abfindungsregelung das Ziel der Sicherung finanzieller Kontinuität des Gesellschaftsunternehmens verfolgen, entspricht dies auch der in §§ 705, 726 BGB gesetzlich verankerten Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks.⁷⁷ Die von den Kritikern am

aleatorischen Rechtsgeschäft aufgestellte Behauptung,⁷⁸ der Unternehmensschutz finde keine gesetzliche Grundlage, ist mithin nicht zutreffend.

Die Wirksamkeit allseitiger Abfindungsausschlüsse und -beschränkungen auf den Todesfall (und die damit einhergehenden Änderungen des disponiblen § 738 BGB) wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung immer wieder bestätigt.⁷⁹ Auch im Schrifttum ist sie allgemein anerkannt.⁸⁰ Wer gesellschaftsrechtlich vereinbarte Abfindungsausschlüsse und -beschränkungen allerdings für wirksam erachtet, kann deren gewünschte Rechtsfolgen nicht über das Pflichtteilsrecht konterkarieren. Genau dieses Ergebnis kann jedoch eintreten, wenn der Abfindungsausschluss oder die Abfindungsbeschränkung als Schenkung qualifiziert wird. In diesem Fall haftet zwar nach § 2325 Abs. 1 BGB primär der Erbe auf Ergänzung des Pflichtteils. Allerdings besteht die Gefahr, dass die Pflichtteilsberechtigten den Gegenstand der Zuwendung über § 2329 BGB von der Gesellschaft oder ihren Gesellschaftern herausverlangen.⁸¹ Vor dem Hintergrund, dass Gesellschaftsanteile häufig einen Großteil des Vermögens des Erblassers ausmachen, ist eine Haftung aus § 2329 BGB der verbleibenden Gesellschafter eine reelle Gefahr. In diesem Fall würde die gesellschaftsvertraglich wirksame Abfindungsvereinbarung ad absurdum geführt. Die Betroffenen könnten dadurch gezwungen sein für die Erfüllung des Ergänzungsbetrags auf das Gesellschaftsvermögen zuzugreifen. Hierin liegt ein weiteres Argument, welches für die Entgeltlichkeit allseitiger Abfindungsvereinbarungen spricht.⁸²

c) Keine Rückschlüsse aus steuerlicher Schenkungsfiktion

Mit der steuerrechtlichen Fiktion des § 7 Abs. 7 ErbStG kann die Unentgeltlichkeit einer Abfindungsbeschränkung oder eines Abfindungsausschlusses nicht begründet werden. Denn eine Schenkung muss steuerlich nur deshalb fingiert werden, weil zivilrechtlich eine eben solche nicht gegeben ist.⁸³

d) Ausnahmsweise Annahme der subjektiven Unentgeltlichkeit und Missbrauchskontrolle

Allseitige Abfindungsausschlüsse und -beschränkungen auf den Todesfall eines Gesellschafters stellen grds. keine Schenkung zugunsten der verbleibenden Gesellschafter dar. Dieses Zwischenergebnis muss jedoch stets einer Einzelfallbetrach-

67 MünchKomm-BGB/*Koch*, a.a.O., § 516 Rn. 97.

68 *Lange*, ZErB, 2014, 121 (124).

69 Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 1484; *Lambrecht*, a.a.O., S. 114.

70 *Lambrecht*, a.a.O., S. 114.

71 So finden sich in Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften nicht selten Regelungen, wonach Übertragungen an Abkömmlinge nicht der Zustimmung der Mitgesellschafter bedürfen.

72 *Rittner*, FamRZ 1961, 510 ff.

73 Vgl. oben III. 2. c); BGH, WM 1971, 1338 (1340 f.).

74 Vgl. anstatt aller *Emmerich*, in: Heymann, a.a.O., § 138 Rn. 35.

75 Vgl. *Koch*, a.a.O., S. 97.

76 Ausführlich zu den verschiedenen Funktionen von Abfindungsbeschränkungen: *Koch*, a.a.O., S. 105 ff.

77 *Koch*, a.a.O., S. 97, 126.

78 Vgl. oben IV. 4. b).

79 Vgl. oben III. 2.

80 Vgl. *Emmerich*, in: Heymann, a.a.O., § 138 Rn. 35.

81 Vgl. *Hölscher*, ZEV 2010, 609 (612).

82 Ebenso: *Lambrecht*, a.a.O., S. 114; *Koch*, a.a.O., S. 246.

83 Ähnlich: *Wächter*, a.a.O., S. 235 zu § 2301 BGB und § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ErbStG.

tung und einer Missbrauchskontrolle unterzogen werden. Eine effektive (und zugleich dogmatisch richtige) Missbrauchskontrolle setzt voraus, dass der Blick auf Gesichtspunkte gerichtet wird, welche ausnahmsweise für eine subjektive Einigung über die Unentgeltlichkeit von Abfindungsausschlüssen und Abfindungsbeschränkungen sprechen. Auf folgende Ansätze ist dabei ein besonderes Augenmerk zu richten:

(1) Gesamtbetrachtung mit den Eintrittsbedingungen

Mit der Rechtsprechung des BGH⁸⁴ ist zunächst stets eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Der Abfindungsausschluss muss immer zusammen mit den Eintrittskonditionen (Vermögensherkunft) betrachtet werden. Gerade wenn der im Todesfall begünstigte Gesellschafter bereits bei Gründung der Gesellschaft – etwa durch Aufnahme in ein bereits betriebenes Unternehmen ohne Erbringung einer Kapitaleinlage – begünstigt wurde, kann dies ein auffallend grobes Missverhältnis begründen und die Unentgeltlichkeit der Zuwendung nahelegen.

(2) Risikodisparität

Erkennbare Krankheit und erheblich divergierende Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen⁸⁵ ohne Risikoausgleich können ein Argument für die Unentgeltlichkeit sein; insb., wenn Abfindungen vollständig ausgeschlossen werden. Ein Risikoausgleich kann durch unterschiedliche Einlagehöhen, Stimmrechte oder Ergebnisbeteiligungen erfolgen;⁸⁶ auch dadurch, dass die Abfindung nicht völlig ausgeschlossen, sondern für die Gesellschafter in unterschiedlicher Höhe festgelegt wird, kann ein Ausgleich erreicht werden.⁸⁷

(3) Aufnahmezeitpunkt

Auch der Zeitpunkt der Aufnahme eines Abfindungsausschlusses oder der Abfindungsbeschränkung in einen Gesellschaftsvertrag kann Indizien für die Frage der Unentgeltlichkeit liefern. Je jünger die Gesellschafter bei Abschluss der Vereinbarung sind, desto eher werden Altersunterschiede nivelliert. Je weiter entfernt die Vereinbarung vom statistischen Todesfall der Gesellschafter vereinbart wird, desto weniger liegt eine Missbrauchsabsicht nahe.

(4) Vermögensverwaltende Gesellschaften

Ein Teil des Schrifttums⁸⁸ will von den Grundsätzen der Entgeltlichkeit immer dort eine Ausnahme machen, wo lediglich vermögensverwaltende Gesellschaften in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder der offenen Handelsgesellschaft i. S. d. § 105 Abs. 2 Alt. 2 HGB gegeben sind. Hier seien Arbeitseinsatz und Haftungsrisiko so gering, dass nicht der gesellschaftlich geprägte Charakter des Rechtsgeschäfts im Vordergrund stehe, sondern der Charakter der unentgeltlichen Vermögensnachfolge.⁸⁹

Allein der Umstand, dass eine Gesellschaft Vermögen verwaltet, kann die subjektive Unentgeltlichkeit des Abfindungsausschlusses oder der Abfindungsbeschränkung allerdings nicht begründen. Das gilt insb., wenn keine Gesellschaft unter Angehörigen (vgl. § 15 AO) vorliegt. Denn auch bei vermögensverwaltenden Gesellschaften kann in dem Abfindungsausschluss ein Wagnischarakter liegen, welcher für den länger lebenden Gesellschafter und damit auch für seine Pflichtteilsberechtigten vorteilhaft sein kann.⁹⁰

Ein Argument gegen den Wagnischarakter des Geschäfts und für die Unentgeltlichkeit kann aber – insb. bei vermögensver-

waltenden Gesellschaften – darin liegen, dass die Vermögenszuwendung durch die Fortsetzungsklausel mit Abfindungsausschluss zu dem gleichen wirtschaftlichen Ergebnis wie die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge geführt hätte. Bspw. wenn der Gesellschafter einer rein vermögensverwaltenden Gesellschaft seinen Ehegatten zum Alleinerben einsetzt und die Anteile diesem durch Fortsetzungsklausel mit allseitigem Abfindungsausschluss zugewendet werden.⁹¹ Die Annahme der subjektiven Unentgeltlichkeit liegt in diesen Fällen insb. nahe, wenn nachgewiesen werden kann, dass bereits zum Zeitpunkt der Zuwendungshandlung, also beim Abschluss des allseitigen Abfindungsausschlusses, eine entsprechende erbrechtliche Nachfolge zu erwarten war und diese letztendlich auch eingetreten ist. Allerdings kann allein das Verwandtschaftsverhältnis die subjektive Unentgeltlichkeit nicht begründen.

Zudem ist stets zu differenzieren, ob es sich um eine Gesellschaft handelt, welche von Anbeginn nur Vermögensverwaltung betrieben hat oder ob sich dieser Zustand erst nachträglich eingestellt hat. Bspw. weil die Gesellschafter den unternehmerischen Geschäftsbetrieb wegen Alters eingestellt haben. Die Zuwendungshandlung (in Form der Vereinbarung eines allseitigen Abfindungsausschlusses) wird man – ohne weitere Anhaltspunkte, die für einen solchen Parteiwillen sprechen – nicht nachträglich von einem entgeltlichen in ein unentgeltliches Rechtsgeschäft umdeuten können.

Schlussbetrachtung:

Es sprechen überzeugende Argumente dafür, allseitige Abfindungsausschlüsse und allseitige Abfindungsbeschränkungen auf den Todesfall in Kombination mit Fortsetzungsklauseln nicht als Schenkung i. S. d. § 2325 BGB zugunsten der verbleibenden Gesellschafter anzusehen. Dieses Ergebnis entspricht der h.M. im Personen-gesellschaftsrecht und überzeugt unter verschiedenen dogmatischen Gesichtspunkten. Es muss allerdings stets einer Einzelfallbetrachtung – auch unter Berücksichtigung der Eintrittskonditionen – und einer Missbrauchskontrolle unterzogen werden. Diese können dazu führen, dass ausnahmsweise eine subjektiv unentgeltliche Zuwendung anzunehmen und eine Schenkung i. S. d. § 2325 BGB zu bejahen ist.

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird im nächsten Heft zur Fragen einer Pflichtteilsminimierung im Kapitalgesellschaftsrecht fortgesetzt.

84 Vgl. oben III. 2. a)–d).

85 Vgl. MünchKomm-GmbHG/Strohn, 2. Aufl. 2015, § 34 Rn. 247 mit dem Beispiel, dass ein Gesellschafter mit 1 %, der andere mit 99 % beteiligt ist.

86 Lambrecht, a.a.O., S. 111.

87 Lambrecht, a.a.O., S. 111.

88 Fröhler, in: Langenfeld/Fröhler, a.a.O., 2. Kap. Rn. 222; Reich/Szczesny/Voß, in: Krug, a.a.O., Kap. 14 Rn. 62; Werner, ZEV 2013, 66 (68); Schindler, ZErB 2012, 154; G. Müller, in: Grziwotz, Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2011, S. 57; U. Mayer, ZEV 2003, 358; Knur, DB 1969, 209.

89 Fröhler, in: Langenfeld/Fröhler, a.a.O., 2. Kap. Rn. 222.

90 Vgl. zu diesem Argument nochmals: MünchKomm-BGB/Koch, a.a.O., § 516 Rn. 97.

91 Das Verwandtschaftsverhältnis berücksichtigen auch: U. Mayer, ZEV 2003, 357; Reich/Szczesny/Voß, in: Krug, a.a.O., Kap. 14 Rn. 62.