

2

Einziehung eines Geschäftsanteils und Auflösung stiller Reserven

Leitsatz:

Steht im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einziehung eines Geschäftsanteils fest, dass das freie Vermögen der Gesellschaft zur Bezahlung des Einziehungsentgeltes nicht ausreicht, ist der Einziehungsbeschluss auch dann nichtig, wenn die Gesellschaft über stille Reserven verfügt, deren Auflösung ihr die Bezahlung des Einziehungsentgeltes ermöglichen würde (Fortführung von BGH, Urt. v. 24.01.2012 - II ZR 109/11 - BGHZ 192, 236).

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.06.2018, II ZR 65/16

von **Dr. Ulrich Block**, LL.M., RA und Partner, von BOETTICHER Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Berlin

A. Problemstellung

I. Der Wunsch von GmbH-Gesellschaftern, sich durch Einziehung von Geschäftsanteilen von einem Mitgesellschafter zu trennen oder selber aus der Gesellschaft auszuschneiden, steht oftmals im Konflikt mit dem Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals. Gemäß § 34 Abs. 3 i.V.m. § 30 Abs. 1 GmbHG darf die Abfindung für einen eingezogenen Geschäftsanteil nicht aus Mitteln geleistet werden, die zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich sind. Steht bereits bei Beschlussfassung über die Einziehung fest, dass die Zahlung der Abfindung zu einer Unterbilanz führen oder eine solche vertiefen würde,

ist der Einziehungsbeschluss nach der Rechtsprechung des BGH nichtig.

II. Alternativen zur Einziehung stehen oftmals nicht zur Verfügung: Ein Rückerwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH ist bei bereits bestehender oder drohender Unterbilanz nicht zulässig (§ 33 Abs. 2 GmbHG). Die üblicherweise im Gesellschaftsvertrag vorgesehene alternative Übertragung des Geschäftsanteils auf Gesellschafter oder Dritte scheitert oftmals an der fehlenden Bereitschaft oder Fähigkeit potentieller Erwerber, den benötigten Kaufpreis zu finanzieren.

III. Bei der Analyse, ob die Zahlung der Einziehungsabfindung das Stammkapital beeinträchtigt, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen im Gesellschaftsvermögen vorhandene stille Reserven berücksichtigt werden können. Der BGH hatte in der vorliegenden Entscheidung Gelegenheit, hierzu präzisierend Stellung zu nehmen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. In der Entscheidung geht es um die Klage einer GmbH-Gesellschafterin auf Zahlung einer Abfindung wegen Ausscheidens aus der beklagten GmbH. Dem lag, kurz zusammengefasst, folgender Sachverhalt zugrunde:

1. § 6 des Gesellschaftsvertrages der beklagten GmbH regelt, dass ein Geschäftsanteil mit Zustimmung des Betroffenen jederzeit eingezogen werden kann. Ohne Zustimmung des Betroffenen ist die Einziehung u.a. wegen Verstoßes gegen Gesellschafterpflichten zulässig. Anstelle der Einziehung kann laut Gesellschaftsvertrag die Gesellschafterversammlung beschließen, dass der betroffene Gesellschafter seinen Geschäftsanteil an einen Dritten oder an die Gesellschaft abzutreten hat. § 16 des Gesellschaftsvertrages der beklagten GmbH regelt, dass die Gesellschaft mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden kann. In diesem Fall sollen die verbleibenden Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen können mit der Folge, dass der kündigende Gesellschafter gemäß § 6 des Gesellschaftsvertrages aus der GmbH ausscheidet.

2. Die Gesellschafterversammlung der beklagten GmbH beschloss am 26.06.2000, den Ge-

schaftsanteil der Klägerin wegen Verletzung von Gesellschafterpflichten einzuziehen. Mit Schreiben vom 28.09.2000 kündigte die Klägerin die Gesellschaft. Im Anschluss an diese Kündigung beschloss die Gesellschafterversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft – zunächst ohne einen weiteren Beschluss über die Einziehung oder Abtretung des Geschäftsanteils zu fassen. Am 09.08.2006 (fast sechs Jahre nach der Kündigung) beschloss die Gesellschafterversammlung der beklagten GmbH unter Bezugnahme auf die Kündigung erneut die Einziehung des Geschäftsanteils der Klägerin.

II. Das LG Dresden gab der Klage auf Zahlung der Abfindung statt, wobei es offen ließ, ob die Klägerin schon im Jahr 2000 oder erst im Jahr 2006 ausgeschieden sei. Das OLG Dresden wies die Berufung der Beklagten zurück. Die Klägerin, so das Berufungsgericht, sei bereits aufgrund des Einziehungsbeschlusses vom 26.06.2000 ausgeschieden. Der Einziehungsbeschluss sei nicht wegen Verstoßes gegen das Gebot der Stammkapitalerhaltung nichtig gewesen. Zwar habe der gerichtliche Sachverständige das freie Vermögen der Beklagten ohne Aufdeckung stiller Reserven mit 82.829 Euro ermittelt, was unterhalb der Abfindung von 231.750 Euro liege. Hierauf könne sich die Beklagte jedoch nicht berufen. Vielmehr sei sie gehalten, stille Reserven zu realisieren, die laut dem Sachverständigen 393.251 Euro betragen.

III. Der BGH hob die Entscheidung des OLG Dresden auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück. Zur Begründung führt der BGH aus:

1. Der Einziehungsbeschluss vom 26.06.2000 sei entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig, da zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits festgestanden habe, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden konnte (Verweis auf BGH, Urt. v. 10.05.2016 - II ZR 342/14 Rn. 13 - BGHZ 210, 186; BGH, Urt. v. 24.01.2012 - II ZR 109/11 Rn. 7 - BGHZ 192, 236). Nicht beizutreten sei der Ansicht des Berufungsgerichts, der Einziehungsbeschluss sei wirksam, wenn die GmbH über ausreichend stille Reserven verfüge, deren Auflösung für sie zumutbar sei. Diese Ansicht lasse sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 24.01.2012 (II ZR 109/11) herleiten. In dieser Entscheidung hatte der BGH u.a. entschieden, dass die verbleibenden Gesellschaf-

ter für die Abfindung des Ausgeschiedenen ggf. stille Reserven aufzulösen oder andere Maßnahmen zu ergreifen hätten, um die Gesellschaft in die Lage zu versetzen, den Abfindungsanspruch zu erfüllen. Andernfalls hafteten die verbleibenden Gesellschafter persönlich für die Abfindung, wenn sie die Gesellschaft nicht auflösten.

2. Der BGH führt an, dass die Kapitalerhaltung dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger diene. Für die Prüfung, ob Auszahlungen an einen ausgeschiedenen Gesellschafter zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führten, seien daher die Buchwerte nach einer stichtagsbezogenen Handelsbilanz maßgeblich. Stille Reserven fänden keine Berücksichtigung (Verweis auf BGH, Urt. v. 29.09.2008 - II ZR 234/07 Rn. 11 - ZIP 2008, 2217; BGH, Urt. v. 05.04.2011 - II ZR 263/08 Rn. 17 - ZIP 2011, 1104).

3. Die bloße Möglichkeit einer Auflösung stiller Reserven, so der BGH weiter, stehe einer hinreichenden Ausstattung der Gesellschaft mit ungebundenem Vermögen nicht gleich. Es müsse strikt zwischen den Zahlungspflichten der Gesellschaft gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter einerseits und den Pflichten der verbliebenen Mitgesellschafter andererseits unterschieden werden. Bei einem wirksam gefassten Einziehungsbeschluss sei die Gesellschaft gemäß § 34 Abs. 3 i.V.m. § 30 Abs. 1 GmbHG an einer Zahlung der Abfindung gehindert, soweit diese nicht aus freiem Vermögen geleistet werden könne (Verweis auf BGH, Urt. v. 10.05.2016 - II ZR 342/14 Rn. 22 - BGHZ 210, 186). Wenn in einer solchen Konstellation die geschuldete Abfindung nicht gezahlt werden dürfe, bestehe ein Bedürfnis für eine persönliche Haftung der übrigen Mitgesellschafter. Diese seien zur Zahlung der Abfindung etwa dann verpflichtet, wenn sie eine Auflösung stiller Reserven treupflichtwidrig unterließen (Verweis auf BGH, Urt. v. 24.01.2012 - II ZR 109/11 Rn. 13 ff. - BGHZ 192, 236; BGH, Urt. v. 10.05.2016 - II ZR 342/14 Rn. 22 f. - BGHZ 210, 186).

4. Der BGH führt weiter aus, dass bei Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses (wie vorliegend) schon kein Raum für eine subsidiäre Haftung der Mitgesellschafter bestehe. Allerdings könne sich aus der Treupflicht ergeben, dass die Mitgesellschafter Maßnahmen zu ergreifen hätten, um einem Gesellschafter das Ausscheiden zu ermöglichen, etwa durch eine Auflösung stiller Reserven (Verweis auf BGH, Urt. v.

13.02.2006 - II ZR 62/04 Rn. 37 f. - ZIP 2006, 703).

5. Nach dem BGH ist die Klägerin auch nicht durch ihre Kündigung vom 28.09.2000 aus der Gesellschaft ausgeschieden. Gemäß § 16 i.V.m. § 6 des Gesellschaftsvertrages der beklagten GmbH führe eine Kündigung erst dann zum Ausscheiden, wenn (wie geschehen) die verbleibenden Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschlössen und außerdem (wie zunächst nicht geschehen) die Gesellschafterversammlung die Einziehung oder Abtretung des Geschäftsanteils beschließe. Die kündigungsbedingte Einziehung sei erst am 09.08.2006 beschlossen worden. Ob dieser Einziehungsbeschluss die Zahlung der Abfindung rechtfertige, so der BGH, könne nicht in der Revision entschieden werden, da sich das Berufungsgericht mit diesem Beschluss nicht befasst und hierzu keine Feststellung getroffen habe. Im Rahmen der Zurückverweisung der Sache habe das Berufungsgericht den Einziehungsbeschluss vom 09.08.2006 zu prüfen.

C. Kontext der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung setzt die jüngere BGH-Rechtsprechung zur Einziehung von Geschäftsanteilen konsequent fort:

I. In seinem Grundsatzurteil vom 24.01.2012 (II ZR 109/11) hatte der BGH entschieden, dass die Einziehung, wenn sie wirksam beschlossen worden ist, nicht erst mit der Zahlung der Abfindung, sondern bereits mit der Mitteilung der Einziehung wirksam wird. Zugleich erkannte der BGH das Bedürfnis, den ausscheidenden Gesellschafter davor zu schützen, dass sich die verbleibenden Gesellschafter durch Fortsetzung der Gesellschaft den wirtschaftlichen Wert des eingezogenen Anteils aneignen, während die Gesellschaft unter Berufung auf den Kapitalschutz dauerhaft die Zahlung der Abfindung verweigert. Der BGH judizierte daher, dass die Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, dem Ausgeschiedenen anteilig auf Zahlung der Abfindung haften, wenn sie nicht entweder dafür sorgen, dass die Abfindung aus ungebundenem Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann (etwa durch Auflösung von stillen Reserven oder eine Herabsetzung des Stammkapitals), oder die Gesellschaft

auflösen (BGH, Urt. v. 24.01.2012 - II ZR 109/11 Rn. 14, 21 f.).

II. Des Weiteren hatte der BGH bereits entschieden, dass für die Prüfung, ob eine Abfindungszahlung zur Unterbilanz führt bzw. eine solche vertieft, die Buchwerte nach einer stichtagsbezogenen Handelsbilanz maßgeblich sind (BGH, Urt. v. 05.04.2011 - II ZR 263/08 Rn. 17; BGH, Urt. v. 29.09.2008 - II ZR 234/07 Rn. 11; BGH, Urt. v. 13.02.2006 - II ZR 62/04 Rn. 29). In diesem Zusammenhang hatte der BGH auch entschieden, dass stille Reserven nicht zu berücksichtigen sind (BGH, Urt. v. 05.04.2011 - II ZR 263/08 Rn. 17). Nichts Abweichendes ergibt sich übrigens aus der Entscheidung des BGH vom 11.12.1989 (II ZR 78/89 Rn. 9) zu § 172 Abs. 4 HGB: Dort hielt der BGH fest, dass stille Reserven aus Gründen der Rechtssicherheit nur zu berücksichtigen sind, sofern sie „rechtlich zulässig aufgelöst worden sind“ (Hervorhebung durch den Autor). Einige Bezugnahmen auf diese Entscheidung in Rechtsprechung und Literatur sind insoweit irreführend, als sie zu besagen scheinen, (nicht aufgelöste) stille Reserven dürften „grundsätzlich“ nicht berücksichtigt werden, im Ausnahmefall also vermeintlich doch (so missverständlich KG, Urt. v. 03.04.2000 - 23 U 865/98 Rn. 31; OLG Brandenburg, Urt. v. 13.01.2015 - 6 U 195/12 Rn. 70; Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 30 Rn. 17 Fn. 63; Kuntz in: Gehrlein/Eckenga/Simon, GmbHG, 2012, § 30 Rn. 10).

III. Auch ergab sich schon aus der bisherigen BGH-Rechtsprechung, dass Gesellschafter aufgrund der Treuepflicht gehalten sein können, stille Reserven aufzulösen, wenn nur so der Abfindungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters unter Beachtung des Kapitalschutzes erfüllt werden kann (BGH, Urt. v. 13.02.2006 - II ZR 62/04 Rn. 37).

IV. Im vorliegenden Fall hatte das Berufungsgericht die beschriebenen Grundsätze der jüngeren BGH-Rechtsprechung überdehnt: Zum einen übertrug das OLG Dresden die Obliegenheit der Gesellschafter, zur Vermeidung einer persönlichen Haftung ggf. stille Reserven aufzulösen, auf die GmbH selbst. Zum anderen setzte es das Vorhandensein stiller Reserven mit deren Auflösung gleich. Auf diese Weise „überspielte“ das Berufungsgericht sowohl die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses als auch das Zahlungsverbot gemäß § 34 Abs. 3 i.V.m. § 30 Abs. 1

GmbHG. Dies gab dem BGH Anlass zu folgenden Klarstellungen:

1. Für die Prüfung, ob die Zahlung einer Einziehungsabfindung zu einer Unterbilanz führt oder eine solche vertieft, bleibt es bei der handelsbilanziellen Betrachtung. Auch wenn unstreitig stille Reserven vorhanden sein sollten, können diese nicht berücksichtigt werden, solange sie nicht wirksam aufgelöst sind.

2. Steht bei Beschlussfassung über die Einziehung bereits fest, dass die Gesellschaft ohne Auflösung stiller Reserven nicht in der Lage sein wird, die Abfindung ohne Beeinträchtigung des Stammkapitals zu zahlen, so ist ein vor wirksamer Auflösung benötigter stiller Reserven gefasster Einziehungsbeschluss nichtig, auch wenn stille Reserven unstreitig vorhanden sein sollten.

3. Auch wenn ein Einziehungsbeschluss wirksam gefasst ist, es jedoch später zur (drohenden) Unterbilanz kommt, darf eine Einziehungsabfindung erst gezahlt werden, wenn etwa vorhandene stille Reserven zulässigerweise aufgelöst worden sind. Die bloße Möglichkeit, stille Reserven aufzulösen, reicht zur Rechtfertigung der Abfindungszahlung nicht aus.

4. Aus der Treuepflicht können die Gesellschafter verpflichtet sein, einer Auflösung stiller Reserven zuzustimmen, um die Zahlung der Abfindung zu ermöglichen.

V. Inzident ist der vorliegenden BGH-Entscheidung noch eine weitere Klarstellung zu entnehmen: Im Anschluss an die Grundsatzentscheidung des BGH vom 24.01.2012 (II ZR 109/11) wurde in der Literatur diskutiert, ob wegen der persönlichen Haftung der verbleibenden Gesellschafter das Bedürfnis für eine Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses im Falle der (drohenden) Unterbilanz entfallen sei (vgl. z.B. Altmeppen, ZIP 2012, 1685, 1691; Blath, GmbHR 2012, 657, 662; Priester, ZIP 2012, 658, 659 f.; Schockenhoff, NZG 2012, 449, 452; Schneider/Hoger, NJW 2013, 502, 504; Schneider, ZIP 2016, 2141, 2146 f.). Spätestens mit der vorliegenden BGH-Entscheidung dürfte klar sein, dass der BGH solchen Überlegungen nicht folgt. Der BGH entschied unmissverständlich, dass der streitgegenständliche Einziehungsbeschluss vom 26.06.2000 nichtig sei, weil zum Zeitpunkt der Beschlussfassung feststand, dass

das Einziehungsentgelt nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden konnte. Für eine subsidiäre Haftung der Mitgesellschafter, so der BGH, bestehe wegen der Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses kein Raum.

D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis sind aus der vorliegenden BGH-Entscheidung insbesondere folgende Konsequenzen zu ziehen:

I. Betreiben Gesellschafter gegen einen auszuschießenden Gesellschafter die Einziehung von dessen Geschäftsanteil, so bedarf es schon vor der Aufnahme des Einziehungsbeschlusses auf die Tagesordnung einer belastbaren Analyse, ob die Gesellschaft in der Lage sein wird, die Einziehungsabfindung ohne Beeinträchtigung des Stammkapitals zu zahlen. Anderenfalls droht die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses. Bei Nichtigkeit müsste der Einziehungsbeschluss nach Auflösung der benötigten stillen Reserven oder nach sonstigen Finanzierungsmaßnahmen (Garantie, Zahlung in die Kapitalrücklage, Herabsetzung des Stammkapitals) neu gefasst werden – soweit dann noch zulässig, insbesondere im Hinblick auf etwaige Fristen, die im Gesellschaftsvertrag für Einziehungsbeschlüsse festgelegt sind. Soweit stille Reserven zur Finanzierung der Einziehungsabfindung benötigt werden und unter Berücksichtigung der handelsbilanziellen und steuerlichen Vorschriften aufgelöst werden können, sollten die Maßnahmen zur Auflösung der benötigten stillen Reserven also rechtzeitig vor dem Einziehungsbeschluss ergriffen werden.

II. Aus Sicht eines Gesellschafters, der aus der Gesellschaft ausscheiden möchte, sollte eine Kündigung, soweit erforderlich, mit einer Aufforderung und Fristsetzung an die Mitgesellschafter verbunden werden, Maßnahmen für eine (erforderliche und zulässige) Auflösung stiller Reserven zu veranlassen. Gegebenenfalls können diese Maßnahmen auch im Rahmen eines Minderheitsantrags gemäß § 50 GmbHG auf die Tagesordnung gesetzt werden.

III. Gemäß der BGH-Rechtsprechung zur Einziehung kann eine Pflicht der verbleibenden Gesellschafter zur Auflösung stiller Reserven (lediglich) aus der Treuepflicht hergeleitet werden. Damit ist eine gewisse Rechtsunsicher-

heit insbesondere für diejenigen verbunden, der die Einziehung des Geschäftsanteils betreibt, aber nicht über die Stimmenmehrheit verfügt, um über eine Auflösung stiller Reserven zu beschließen (in der Regel: der kündigende Minderheitsgesellschafter). Geht es um Gesellschaften, bei deren Gründung sich bereits abzeichnet, dass die Gesellschafter sich mittelfristig trennen werden, insbesondere Joint Ventures mit einem zeitlich begrenzten Zweck, kann erwogen werden, in den Gesellschaftsvertrag oder in eine Gesellschaftervereinbarung eine Regelung aufzunehmen, wonach die Gesellschafter verpflichtet sind, einer (rechtlich zulässigen) Auflösung etwaiger stiller Reserven zuzustimmen, soweit diese zur Finanzierung der Abfindung für eine (im Übrigen rechtmäßige) Einziehung eines Geschäftsanteils benötigt werden. Eine solche Regelung stünde selbstverständlich ihrerseits unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben: Die Pflicht zur Auflösung stiller Reserven wäre also einredebehaftet, wenn ihre Geltendmachung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles treuwidrig wäre. Jedoch würde sich aufgrund einer solchen Regelung die Darlegungslast „umkehren“: Anders als in den Konstellationen, über die der BGH bislang zu entscheiden hatte, hätte nicht derjenige, der die Einziehung des Geschäftsanteils betreibt, zu begründen, dass die Treuepflicht die Auflösung stiller Reserven postuliert. Vielmehr hätte die Gegenseite darzulegen, dass die vertraglich geregelte Auflösung stiller Reserven aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles treuwidrig ist.