

nen, formell ordnungsgemäß zum Handelsregister angemeldeten Tatsache nicht deshalb abgelehnt werden, weil mit dem Eintritt dieser Tatsache die eingetragene Firma unzulässig geworden und eine zulässige Firma noch nicht anmeldet worden ist. Soweit sich aus der unzulässigen Firma Gefahren für den Rechtsverkehr ergeben, muß ihnen mit den Mitteln des materiellen Rechts begegnet werden, solange das registerrechtliche Verfahren wegen unbefugten Firmen-gebrauchs noch nicht mit Erfolg durchgeführt worden ist (vgl. zu allem: Senatsbeschuß vom 4. Juli 1977, II ZB 4/77 [= MittBayNot 1977, 193]; BayObLG DB 1983, 2301 [= MittBayNot 1983, 181].

Danach ist die weitere Beschwerde zurückzuweisen, soweit sie die Eintragung der angemeldeten Firmenänderung betrifft. Im übrigen sind die Entscheidungen der Vorinstanzen auf die Rechtsmittel der Gesellschafter aufzuheben; insoweit hat das Registergericht die beantragten Eintragungen vorzunehmen, sofern ihr keine sonstigen Hindernisse entgegenstehen.

#### 14. HGB §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2; BGB § 738 (Zur Wirksamkeit einer Abfindungsklausel in einem Kommanditgesellschaftsvertrag)

**Zur Frage der Wirksamkeit einer Vereinbarung in einem Personengesellschaftsvertrag, wonach der Abfindungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters nach den Buchwerten zu berechnen ist.**

(Leitsatz nicht amtlich)

BGH, Urteil vom 24.9.1984 — II ZR 256/83 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin war Kommanditistin der Beklagten zu 1. Sie kündigte das Gesellschaftsverhältnis zum 31. Dezember 1981. Die persönlich haftende Gesellschafterin, die Beklagte zu 2, und die weitere Kommanditistin machten von dem ihnen unter II 4 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages eingeräumten Recht Gebrauch, das Geschäft ohne Liquidation mit allen Aktiven und Passiven zu übernehmen und fortzuführen.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von den Beklagten als Teil Ihres Abfindungsanspruchs einen Betrag von 150.000 DM nebst Zinsen. Sie stützt sich auf die Vorschrift II 5 des Gesellschaftsvertrages, die folgenden Wortlaut hat:

„Für den Fall des Todes sowie der Kündigung gilt zusätzlich folgendes:

Verbleibende Gesellschafter sind berechtigt, beim Ausscheiden von Kommanditisten oder persönlich haftenden Gesellschaftern deren Geschäftsguthaben auszuzahlen. Das Geschäftsguthaben ergibt sich aus der Bilanz, die auf den Schluß des Wirtschaftsjahrs aufzustellen ist, das dem Zeitpunkt des Ausscheidens vorangeht. Ein good will wird nicht berücksichtigt. Die Auszahlung des Guthabens oder der Anteile soll in zehn gleichen Jahresraten erfolgen, wobei die erste Rate frühestens sechs Monate nach Wirkungsbeginn der Kündigung oder des Todes des Gesellschafters fällig wird.“

Landgericht und Oberlandesgericht haben einen Abfindungsanspruch in Höhe von 267.149 DM als begründet erachtet und der Klägerin 1/10 dieses Betrages nebst 10% Zinsen seit 1. Juli 1982 zugesprochen. Die weitergehende Klage wurde als zur Zeit unbegründet abgewiesen; der Abfindungsanspruch sei insoweit noch nicht fällig.

Hiergegen haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Beklagten verfolgen mit der zugelassenen Revision Ihren Antrag weiter, die Klage in vollem Umfange abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung weiterer 26.714,90 DM nebst 10% Zinsen seit 1. Juli 1983 zu verurteilen.

#### Aus den Gründen:

I.

Die Revision der Beklagten ist begründet.

1. Nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien und den Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, daß die Klägerin zum 31. Dezember 1981 aus der von den übrigen Gesellschaftern fortgeführten Gesellschaft ausgeschieden ist. Im Hinblick auf den damit entstandenen Abfindungsanspruch läßt es das Berufungsgericht ausdrücklich offen, ob und inwieweit § 738 BGB durch die Bestimmung II 5 des Gesellschaftsvertrages abbedungen sein soll und der Berechnung die buchmäßigen Ansätze der Jahresabschlüsse zugrunde zu legen sind. Es geht zugunsten der Beklagten davon aus, daß der gesellschaftsvertraglichen Regelung nur die Bedeutung einer „Buchwertklausel“ kommt, hält eine solche aber mit dem Landgericht für unwirksam, weil sie — wegen des Auseinanderfallens von Buchwerten und wirklichen Werten — zu einer unzulässigen Beschränkung des nach § 723 Abs. 3 BGB unabdingbarer Kündigungsrechts führen würde. Die Unwirksamkeit der Klausel führt nicht zur Anwendung des § 738 BGB, sondern nur dazu, daß der Klägerin ein Anspruch auf angemessene Abfindung zuzuerkennen sei, der hier die Beteiligung an den stillen Reserven umfaßt. Sie könnte somit einen Teil (20,9%) der stillen Reserven in Höhe von 1.478.653 DM beanspruchen, die durch die Veräußerung des Betriebsgrundstücks am 8. Juli 1980 (Veräußerungspreis = 1.850.000 DM) aufgelöst worden seien. Nach Abzug ihres negativen Kapitalanteils von 41.389,47 DM ergebe sich ein Abfindungsbetrag von 267.149 DM. Da die Gesellschaft berechtigt sei, das Gut haben in 10 gleichen Jahresraten auszuzahlen, könne die Klägerin zur Zeit nur den am 1. Juli 1982 fällig gewordenen Betrag von 26.714,90 DM nebst Zinsen verlangen.

2. Die Revision der Beklagten rügt im Ergebnis zu Recht, daß das Berufungsgericht beim gegenwärtigen Prozeßstand angenommen hat, die gesellschaftsvertraglich festgelegte Abfindungsregelung sei unwirksam, soweit ihr die Bedeutung zuzuerkennen ist, der Abfindungsanspruch der durch Kündigung ausscheidenden Gesellschafter sei auf der Grundlage der Buchwerte zu errechnen.

a) Entgegen der Auffassung der Revision ist dem Berufungsgericht allerdings darin zuzustimmen, daß die — nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats grundsätzlich zulässige — Buchwertklausel dann als unzulässig zu erachten ist, wenn sie aufgrund wirtschaftlich nachteiliger Folgen, insbesondere wegen eines erheblichen Mißverhältnisses zwischen Buchwert und wirklichen Wert, die Freiheit des Gesellschafters, sich zu einer Kündigung zu entschließen, unvertretbar einengt. Das folgt aus § 723 Abs. 3 BGB, der nach § 105 Abs. 2 HGB auch auf die handelsrechtliche Personengesellschaft sowie auf die ordentliche Kündigung unbefristeter Personengesellschaften anwendbar ist (vgl. BGHZ 23, 10, 15; Sen.Urt. v. 28.5.1979 — II ZR 217/78, WM 1979, 1064, 1065). Der Senat hält es nicht für möglich, diese aus der zwingenden Vorschrift des § 723 Abs. 3 BGB abgeleiteten Grundsätze entsprechend den Ausführungen der Revision für Fälle der hier vorliegenden Art aufzugeben. Davon abgesehen, daß sich die Beteiligung der Klägerin nicht, wie die Revision meint, in einer vermögensrechtlichen Beziehung erschöpft, können für die Personengesellschaft geltende Vorschriften, die dem Schutze der persönlichen Freiheit der Gesellschafter dienen und die deshalb nach dem Willen des Gesetzgebers zwingend sind, nicht wegen einer

mehr oder weniger kapitalistischen Organisation einer Personengesellschaft außer Kraft gesetzt werden (BGHZ 23, 10, 15).

b) Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung aber deshalb nicht stand, weil ein die Anwendung des § 723 Abs. 3 BGB rechtfertigendes Mißverhältnis zwischen dem Buchwert und dem wirklichen Wert des Gesellschaftsanteils nicht schon, wie das Berufungsgericht meint, dann bejaht werden kann, wenn in großem Umfange stillen Reserven festzustellen sind. Denn der wirkliche Wert der Beteiligung an einem Gesellschaftsunternehmen entspricht nicht dem Ergebnis der Addition von Buchwert und der auf die Beteiligung entfallenden stillen Reserven. Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats ist der Beteiligungswert auf der Grundlage des wirklichen Wertes des lebenden Unternehmens zu errechnen (einschließlich der stillen Reserven und des good will des Unternehmens). Dieser ergibt sich im allgemeinen aus dem Preis, der bei einem Verkauf des Unternehmens als Einheit erzielt würde (vgl. BGHZ 17, 130, 136 [= DNotZ 1955, 526]; Sen.Urt. v. 20.9.1971 — II ZR 157/68, WM 1971, 1450). Bei der Wertermittlung ist nach § 738 Abs. 2 BGB eine Schätzung möglich. Diese hat jedoch aufgrund konkreter Unterlagen zu erfolgen, so daß im allgemeinen ein Sachverständigengutachten erforderlich sein wird. Dabei wird regelmäßig mit der heute herrschenden Auffassung von dem Ertragswert auszugehen sein. Dem Substanzwert und damit den in den bilanziellen Buchwerten steckenden stillen Reserven kommt insoweit, sofern kein Ausnahmefall gegeben ist, nur noch mittelbare Bedeutung zu.

3. Das Berufungsurteil kann, soweit es von den Beklagten angefochtenen worden ist, aber auch deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht zu Unrecht davon abgesehen hat, die Abfindungsklausel des Gesellschaftsvertrages auszulegen. Die zwischen den Parteien umstrittene Frage nach der Auslegung dieser Klausel kann nicht offen bleiben.

Das Berufungsgericht nimmt in Übereinstimmung mit dem Landgericht — insoweit zutreffend — an, daß die Unwirklichkeit der Abfindungsklausel, sofern sie als Buchwertklausel auszulegen ist, zu einer Lücke im Vertragsgefüge geführt hätte, die durch ergänzende Vertragsauslegung — und nicht durch § 738 BGB — zu schließen sei. Denn die besondere Bedeutung der Vertragsfreiheit für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander macht es erforderlich, der auf den objektivierten mutmaßlichen Willen der Vertragschließenden abzustellenden richterlichen Vertragsergänzung den Vorrang vor dem dispositiven Gesetzesrecht einzuräumen (vgl. Sen.Urt. v. 23.11.1978 — II ZR 20/78, WM 1979, 327 [= DNotZ 1979, 354] m.w.N.). Dementsprechend bestehen auch keine rechtlichen Bedenken dagegen, daß das Berufungsgericht im Wege der Vertragsergänzung der Klägerin einen Anspruch auf angemessene Abfindung zuerkannt hat, der (nur) die Beteiligung der Klägerin an den stillen Reserven umfaßt. Ihm kann jedoch nicht darin gefolgt werden, daß eine Abfindungsregelung, die die Beklagten verpflichtet, bei der Ermittlung des Abfindungsanspruchs der Klägerin die stillen Reserven zu berücksichtigen, die Beklagten weniger stark oder jedenfalls nicht stärker belastet als eine Abfindung entsprechend der Regelung des § 738 BGB, die das Berufungsgericht nach der Regelung des Gesellschaftsvertrags für möglich hält. Wenn, wie grundsätzlich geboten (vgl. die vorstehenden Ausführungen zu 2.), bei der Unternehmensbewertung die Ertragsaussichten des Gesellschaftsunternehmens berücksichtigt werden, so sagt der Buchwert

einer Beteiligung — auch wenn er um die stillen Reserven vermehrt wird — nichts Entscheidendes zum wirklichen Wert einer Beteiligung aus. Er kann höher oder niedriger sein oder mit ihm zufällig übereinstimmen (vgl. hierzu im einzelnen Hennerkes/Binz DB 1983, 2669).

4. Danach muß das angefochtene Urteil, soweit die Beklagten verurteilt worden sind, aufgehoben werden. Es bedarf zunächst der Auslegung der Abfindungsklausel. Auf dieser Grundlage muß dann das Abfindungsguthaben neu ermittelt werden. Da die Auslegung eine umfassende tatrichterliche Würdigung des Vertragswortlauts und der maßgebenden Umstände erfordert und zur Ermittlung des Abfindungsguthabens weitere tatrichterliche Feststellungen notwendig sind, muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

## II.

Die Revision der Klägerin ist ebenfalls begründet.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß das angefochtene Urteil auch keinen Bestand haben kann, soweit der Antrag der Klägerin zur Zahlung weiterer 26.714,90 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. Die nachzuholende Auslegung des Gesellschaftsvertrages und die auf dieser Grundlage neu zu treffenden Feststellungen können zu einem Abfindungsguthaben führen, das den bisher zugesprochenen Betrag von 25.714,90 DM übersteigt. Beim gegenwärtigen Prozeßstand muß die Frage nach der Höhe des Abfindungsbetrages als völlig offen erachtet werden.

### 15. HGB §§ 2, 161 (Zur Kaufmannseigenschaft einer GmbH & Co. KG)

**Die GmbH & Co. KG muß selbst die Kaufmannseigenschaft nach §§ 1 bis 3 HGB haben. Es genügt nicht, daß die Komplementär-GmbH Kaufmann ist.**

BayObLG, Beschuß vom 13.11.1984 — BReg. 3 Z 60/83 und BReg. 3 Z 119/83 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister war seit dem 16.5.1978 die Firma E. GmbH & Co. Betriebsgesellschaft KG eingetragen. Sie hat ihre Firma geändert in P. GmbH & Co. Betriebs-KG (nachfolgend als KG bezeichnet). Als persönlich haftende Gesellschafterin ist jetzt die Firma P. GmbH eingetragen, deren Geschäftsführer L. ist. Neben anderen ist der Beteiligte B. Kommanditist der Gesellschaft.

2. Mit Verfügung vom 16.4.1981 kündigte das Registergericht die Absicht an, die Kommanditgesellschaft von Amts wegen gemäß § 142 FGG im Handelsregister zu löschen, weil sie im Zeitpunkt der Eintragung „nicht das Erfordernis der kaufmännischen Betriebseinrichtung in Art und Umfang“ habe nachweisen können.

Am 8.3.1982 hat das Registergericht die Widersprüche der Kommanditgesellschaft und der damaligen Komplementär-GmbH gegen die Löschungskündigung vom 16.4.1981 zurückgewiesen.

Zur Begründung wurde jeweils ausgeführt: Die Gesellschaft sei in das Handelsregister eingetragen worden, obwohl damals das Erfordernis vollkaufmännischer Betriebseinrichtung nicht nachgewiesen worden sei. Das Registergericht sei davon ausgegangen, daß sich das Unternehmen in Kürze zu einem vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb entwickeln werde. Ziel der Gründung der Gesellschaft sei es gewesen, auf zwei Grundstücken ein Hotel zu errichten und dieses zu betreiben. Ein Grundstückserwerb sei derzeit nicht durch eine Grundbucheintragung nachgewiesen. Die Gesellschaft wolle das zu errichtende Hotel nicht in eigener Regie betreiben, vielmehr beabsichtigte sie, das Management einem internationalen Hotelkonzern zu übertragen, der es unter einem eigenen Namen betreiben wolle. Rechtsverbindliche Verträge seien trotz Verhandlungen mit verschiedenen Hotelkonzernen bis heute nicht zustande gekommen. Das zum Be-