

Bilanzrecht

Die Abschichtungsbilanz beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer BGB-Gesellschaft

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von WESTPHALEN, Köln

Stichworte: BGB-Gesellschaft / Abschichtungsbilanz / Dogmatische Struktur / Mustervertrag in der Bauindustrie / Rückstellungen / Rechtsnatur der festgestellten Jahresbilanz und der Abschichtungsbilanz / Regelung der Verlusttragung / Beteiligung an drohenden Verlusten aus schwebenden Geschäften und ungewissen Verbindlichkeiten / Keine Vorläufigkeit der Abschichtungsbilanz / Rechte des ausgeschiedenen Gesellschafters / §§ 738, 740 BGB; § 152 Abs. 7 AktG

I. Sachverhalt

Angesichts der nach wie vor überschwappenden Konkurswelle ist es nicht verwunderlich, daß Rechtsfragen auftreten, welche in der Vergangenheit gar keine oder nur geringe Bedeutung besaßen. Hierzu zählt auch die vielschichtige Problematik, wie die Rechtsnatur der Abschichtungsbilanz – beim konkursbedingten Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer BGB-Gesellschaft (ARGE) – zu beurteilen ist: Bewertet man die von den (verbleibenden) Gesellschaftern der ARGE errichtete Abschichtungsbilanz nur als vorläufig¹, dann kann es durchaus sein, daß der ausgeschiedene Gesellschafter bzw. der Konkursverwalter – gerade was die Dotierung der Rückstellungen angeht, die in der Abschichtungsbilanz gebildet worden sind – noch teils erkleckliche Ansprüche realisieren kann, sofern sich herausstellt, daß die im Zeitpunkt der Aufstellung der Abschichtungsbilanz gebildeten Rückstellungen zu hoch dotiert waren. Qualifiziert man hingegen die Abschichtungsbilanz – zivilrechtlich und bilanzrechtlich – als endgültig, dann steht dem ausgeschiedenen Gesellschafter der in § 740 Abs. 2 BGB normierte Auskunftsanspruch genau so wenig zu wie der Zahlungsanspruch im Hinblick auf die Ergebnisse aus „noch schwebenden Geschäften“.

Die damit angeschnittene Frage soll – prototypisch – auf Basis des ARGE-Mustervertrages erläutert werden, der in der Bauindustrie Verwendung findet. Es heißt dabei in § 24.2:

„Scheidet ein Gesellschafter, gleichgültig aus welchem Grund, aus der ARGE aus, so hat der oder haben die verbleibende/n Gesellschafter zur Ermittlung des Ausscheidungsguthabens eine Auseinandersetzungsbilanz zum Stichtag des Ausscheidens zu erstellen.

Der ausgeschiedene Gesellschafter nimmt am Gewinn und Verlust der bis zu seinem Ausscheiden ausgeführten Arbeiten teil; er nimmt nicht teil am Gewinn und Verlust noch auszuführender Arbeiten und schwebender Geschäfte, mit Ausnahme bereits erkennbarer Verluste. Die Haftung nach § 24.4 bleibt unberührt. In der Bilanz sind – unabhängig vom Stand des Bauvorhabens im Zeitpunkt des Ausscheidens – angemessene Rückstellungen bezüglich des Gesamtbauvorhabens vorzunehmen.

Ein etwaiger Geschäftswert der ARGE ist nicht zu berücksichtigen.“

Und in § 24.4 ist zu lesen:

„Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet – unabhängig vom Ergebnis der Auseinandersetzungsbilanz – den verbleibenden Gesellschaftern gegenüber entsprechend der Höhe seines früheren Anteiles auch für solche Gewährleistungs- und sonstigen Verpflichtungen sowie Verluste in bezug auf das Gesamtbauvorhaben, welche erst nach Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz erkennbar geworden sind, deren Ursachen jedoch schon im Zeitpunkt seines Ausscheidens gesetzt waren.

Die Haftung entfällt, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter nachweist, daß die in der ARGE verbliebenen Gesellschafter diese Verpflichtungen und/oder Verluste allein zu vertreten haben.“

Schließlich findet sich in § 24.6 folgende Regelung:

„Einen sich aus der Auseinandersetzungsbilanz ergebenden Verlustanteil hat der ausgeschiedene Gesellschafter unverzüglich auszugleichen.“

II. Rechtsausführungen

1. Die dogmatische Struktur der §§ 738, 740 BGB

Da ARGE-Verträge stets die Rechtsverhältnisse einer BGB-Gesellschaft im Sinn der §§ 705 ff. BGB erfassen, erscheint es zunächst zweckdienlich, die gesetzliche Ausgangslage – beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer BGB-Gesellschaft – im Sinn der §§ 738 ff. BGB zu erläutern, weil erst dann erkennbar wird, inwieweit die Bestimmung von § 24 des ARGE-Vertrages hiervon abweichende Regelungen enthält. Es ist anerkannt², daß zwischen den Ansprüchen gemäß §§ 738, 739 BGB einerseits und dem Anspruch aus § 740 BGB andererseits streng zu differenzieren ist. Dies wird insbesondere auch in der BGH-Entscheidung vom 9. 7. 1959³ als Leitlinie herausgearbeitet: Danach sind beim Ausscheiden eines Gesellschafters die „schwebenden Geschäfte“ bei der Aufstellung der Abschichtungsbilanz nicht zu berücksichtigen; vielmehr ist über diese Geschäfte selbständig und gesondert – nämlich: im Rahmen des § 740 BGB – abzurechnen. Gestützt wird diese Argumentation durch den Befund, daß § 740 BGB Ansprüche des ausgeschiedenen Gesellschafters gegenüber der Gesamthand – bezogen auf „schwebende Geschäfte“ – zum Gegenstand hat, während § 738 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB voraussetzt, daß der ausgeschiedene Gesellschafter als Gesamt- oder als Teilschuldner für fällige Gesamthandsverbindlichkeiten Dritten gegenüber haftet⁴. Mehr noch: Die Zielrichtung von § 739 BGB – aufbauend auf der Regelung von § 738 BGB – ist derjenigen von § 740 BGB entgegengesetzt. Bei § 739 BGB handelt es sich, wie betont, um einen Anspruch der Gesamt-

¹ *Fahrenschon/Burchardt*, ARGE-Kommentar, 2. Aufl. 1982, § 24 Rdnr. 41; vgl. auch *Hochstein/Jagenburg*, ARGE-Vertrag, 1974, § 24 Rdnr. 7.

² Hierzu *BGH*, 15. 4. 1965, WM 1965 S. 765; *BGH*, 16. 1. 1969, WM 1969 S. 494, 495. Vgl. auch *Palandt/Thomas*, § 739 Anm. 1; *Ulmer*, in: *RGRK-HGB*, § 138 Anm. 93 f. m.w.N.

³ *BGH*, NJW 1959 S. 1963.

⁴ *Statt aller Ulmer*, in *MünchKomm.*, § 738 Rdnr. 52 m.w.N.

hand gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter⁵, ohne daß der ausgeschiedene Gesellschafter berechtigt wäre, die Gesamthand seinerseits auf etwaige ihm zustehende Gegenansprüche gemäß § 740 Abs. 1 BGB zu verweisen, soweit ein Zahlungsverlangen aus § 739 BGB begründet wird⁶. Anders gewendet: Regelungstatbestand von § 738 BGB ist – bezogen auf den Stichtag der Auseinandersetzung – Ermittlung und Auszahlung eines etwaigen Auseinandersetzungsguthabens; § 740 BGB erfaßt demgegenüber die bei der Auseinandersetzung nicht berücksichtigten „schwebenden Geschäfte“. Auch der Regelungsbereich von § 739 BGB unterstreicht dieses Resultat: Danach sind nämlich die verbleibenden Gesellschafter verpflichtet, den vom ausgeschiedenen Gesellschafter zu übernehmenden Verlustanteil durch eine auf den Tag des Ausscheidens bezogene Abschichtungsbilanz nachzuweisen⁷, während eine etwaige Verlusthaftung – bezogen auf „schwebende Geschäfte“ – nur aus § 740 BGB gefolgt werden kann.

Dieses Ergebnis im Hinblick auf die rechtliche Kategorisierung der Ansprüche gemäß §§ 738, 739 BGB einerseits und § 740 BGB andererseits wird auch im übrigen in der Literatur einheitlich als richtig angesehen⁸.

2. Die Struktur von § 24 des ARGE-Mustervertrages

§ 24.1 des ARGE-Mustervertrages regelt als Grundsatz, daß „in allen Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters“ die ARGE von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird, und zwar auch dann, wenn es sich um eine Zwei-Mann-Gesellschaft handelt⁹. Die Quote des ausscheidenden Gesellschafters wächst den verbleibenden Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligungen zu. In Konsequenz hiervon regelt § 24.2 – 1. Unterabsatz –, daß der oder die „verbleibende/n Gesellschafter“ verpflichtet sind, zur Ermittlung des „Ausscheidungsguthabens eine Auseinandersetzungsbilanz zum Stichtag des Ausscheidens zu erstellen“. Diese Bestimmung reflektiert den Grundsatz von § 738 BGB. Demzufolge bestimmt § 24.2 2. Unterabsatz, daß der ausgeschiedene Gesellschafter „am Gewinn und Verlust der bis zu seinem Ausscheiden ausgeführten Arbeiten“ teilnimmt. Im unmittelbaren Anschluß daran – leider nur getrennt durch ein Semikolon – ist sodann in § 24.2 – 2. Unterabsatz – geregelt, daß der ausgeschiedene Gesellschafter nicht „am Gewinn und Verlust noch auszuführender Arbeiten und schwebender Geschäfte“ teilnimmt – „mit Ausnahme bereits erkennbarer Verluste“. Da anerkanntermaßen § 740 BGB nachgiebiges Recht ist¹⁰, zielt diese vertragliche Bestimmung auf den Regelungsbereich von § 740 BGB – freilich mit umgekehrtem Vorzeichen, indem nämlich die Gewinn- und Verlustbeteiligung an „schwebenden Geschäften“ entgegen dem Wortlaut von § 740 Abs. 1 Satz 1 BGB abbedungen ist, es sei denn, es handelt sich um „bereits erkennbare Verluste“ – ein Gesichtspunkt, der durch die ausdrückliche Haftungsregelung von § 24.4 des ARGE-Mustervertrages nochmals unterstrichen wird. Freilich ergibt sich insoweit eine bedauerliche Ungereimtheit: Gemäß § 24.2 – 2. Unterabsatz – des ARGE-Mustervertrages beschränkt sich die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Hinblick auf „noch auszuführende Arbeiten und schwebende Geschäfte“ auf „bereits erkennbare Verluste“. Dieses deutet in der Sache darauf hin, daß der ausgeschiedene Gesellschafter für – nicht erkennbare – Verluste, welche aus „noch auszuführenden Arbeiten und schwebenden Geschäften“ resultieren, nicht haftet. Indessen wird dieses Ergebnis durch die Regelung von § 24.4 in Frage gestellt. Denn dort ist eine Verlusthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters auch insoweit verankert, als Verluste in Rede stehen, „welche erst nach Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz erkennbar geworden sind“ – vorausgesetzt, daß die Ursache dieser Verluste schon im Zeitpunkt des Ausscheidens des ausgeschiedenen Gesellschafters gesetzt war. Diese den ausgeschiedenen Gesellschafter erkennbar benachteiligende Regelung wird – bezogen auf etwaige Gewinnansprüche des ausgeschiedenen Gesellschafters aus „schwebenden Geschäften“ – indessen nicht übernommen, weil in § 24 des ARGE-Mustervertrages

insoweit eine der Bestimmung von § 24.4 des ARGE-Mustervertrages entsprechende Regelung fehlt.

Daß diese Ungereimtheit sowohl in zivilrechtlicher als auch in bilanzrechtlicher Hinsicht Konsequenzen zeitigt, liegt auf der Hand, soll aber in diesem Zusammenhang nur angedeutet werden. Festzuhalten ist jedenfalls: Die vertragliche Regelung von § 24 des ARGE-Mustervertrages hat die in den Bestimmungen der §§ 738 ff. BGB verankerte scharfe Trennung zwischen einem Auseinandersetzungsguthaben des ausgeschiedenen Gesellschafters, welches ihm aufgrund der Abschichtungsbilanz zusteht und der Nicht-Beteiligung an etwaigen Gewinnen aus „schwebenden Geschäften“ übernommen – ein Befund, der im Hinblick auf die eingangs aufgeworfene Frage, ob nämlich die Abschichtungsbilanz endgültigen oder vorläufigen Charakter besitzt, weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen muß.

3. Die Rechtsnatur der Abschichtungsbilanz

Die eingangs aufgeworfene Frage hat vor allem insoweit praktische Bedeutung, als die in der ARGE verbleibenden Gesellschafter gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages Rückstellungen in der Abschichtungsbilanz gebildet haben. Erweist sich nämlich die Abschichtungsbilanz – in ihren Rechtswirkungen – als nur vorläufige Regelung, dann hat der ausgeschiedene Gesellschafter gemäß § 740 Abs. 2 sowohl einen Auskunftsanspruch in bezug auf das weitere Schicksal der in der Abschichtungsbilanz gebildeten Rückstellungen als auch ggf. einen – weitergehenden – Leistungsanspruch gemäß § 740 Abs. 2 BGB – ein Ergebnis, welches in der Spezialliteratur uneingeschränkt bejaht wird¹¹. Dies ist jedoch nicht richtig.

a) Rückstellungsbildung gemäß § 152 Abs. 7 Aktiengesetz

Selbst wenn in § 24.2 – 2. Unterabsatz, Satz 3 – des ARGE-Mustervertrages nicht ausdrücklich bestimmt worden wäre, daß die verbleibenden Gesellschafter berechtigt sind, im Hinblick auf das Gesamtbauvorhaben „angemessene Rückstellungen“ in der Abschichtungsbilanz zu bilden, so würde sich diese Notwendigkeit aus folgenden Gesichtspunkten ergeben: Anerkanntermaßen gehört die Regelung von § 152 Abs. 7 AktG zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Bilanzierung¹². Nach dieser Vorschrift sind Rückstellungen u. a. dann zulässig, wenn es sich um ungewisse Verbindlichkeiten oder um drohende Verluste aus schwebenden Geschäften handelt. Aus dem sogenannten Imparitätsprinzip des § 149 AktG ergibt sich, daß für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften Rückstellungen gebildet werden müssen; es besteht insoweit kein Wahlrecht¹³. Aktivposten für zu erwartende Gewinne dürfen demgegenüber nicht gebildet werden¹⁴. Soweit also in bezug auf „noch auszuführende Arbeiten und schwebende Geschäfte“ Verbindlichkeiten drohen, sind die verbleibenden Gesellschafter im Rahmen der Abschichtungsbilanz verpflichtet, ausgerichtet an dem Vorsichtsprinzip¹⁵ angemessene Rückstellungen zu bilden, und zwar bezogen auf den Stichtag der Auseinandersetzung¹⁶, d. h. dem Tag des Ausscheidens des betreffenden Gesellschafters.

5 BGH, 16. 1. 1969, WM 1969 S. 494.

6 BGH, a.a.O., – 2. Leitsatz.

7 BGH, 9. 7. 1959, NJW 1959 S. 1963.

8 Vgl. auch RG, 7. 6. 1943, RGZ 171 S. 129, 133; Staudinger/Kefler, BGB, 12. Aufl., § 740 Rdnr. 1.

9 Fahrnshon/Burchardt, a.a.O. (Fn. 1), § 24 Rdnr. 40.

10 Ulmer, in: MünchKomm., § 740 Rdnr. 7; Staudinger/Kefler, § 740 Rdnr. 8.

11 Hochstein/Jagenburg, a.a.O. (Fn. 1).

12 Hierzu BFH, 11. 11. 1981 – I R 157/79, BB 1982 S. 289.

13 Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, § 152 Rdnr. 73.

14 Statt aller Staudinger/Kefler, § 740 Rdnr. 8.

15 Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl., § 152 Rdnr. 140 ff.

16 Hierzu Fahrnshon/Burchardt, a.a.O. (Fn. 1), § 24 Rdnr. 52 ff.

b) Die Rechtsnatur der festgestellten Jahresbilanz

Geht man für die folgenden Erwägungen davon aus, daß die verbleibenden Gesellschafter der ARGE – in Übereinstimmung mit den Grundprinzipien von § 152 Abs. 7 AktG – in der Abschichtungsbilanz angemessene Rückstellungen für drohende Verbindlichkeiten gebildet haben, dann erscheint es zweckmäßig, zunächst die Frage nach der Rechtsnatur einer von den Gesellschaftern festgestellten Jahresbilanz zu stellen, bevor dann die weitergehende Frage ventiliert werden kann (vgl. sub c), ob die dann gefundenen Ergebnisse auch auf die Rechtsnatur der Abschichtungsbilanz übertragen werden können.

Aus der ausdrücklichen Regelung von § 24.2 – 1. Unterabsatz – des ARGE-Mustervertrages folgt, daß die verbleibenden Gesellschafter verpflichtet sind, eine Abschichtungsbilanz aufzustellen. Diese Regelung begegnet keinen durchgreifenden Bedenken: Zwar ist im Auge zu behalten, daß § 41 HGB bestimmt, die Bilanz müsse vom Kaufmann unterzeichnet werden, doch ist dies – so der BGH¹⁷ – nur die Normierung einer öffentlichrechtlichen Pflicht. Ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter kann demnach aus § 41 HGB nicht das Recht ableiten, an der Bilanzaufstellung selbst mitzuwirken. Aus dem gleichen Grund kann aus § 41 HGB nicht der Schluß abgeleitet werden, daß der Rechtsbestand der Bilanz schlechthin von der Unterzeichnung durch alle persönlich haftenden Gesellschafter abhängig ist¹⁸. Andererseits: Der ausgeschiedene Gesellschafter ist nicht verpflichtet, eine von den übrigen Gesellschaftern allein errichtete Abschichtungsbilanz ohne weiteres hinzunehmen¹⁹. Man wird dem ausgeschiedenen Gesellschafter nicht das Recht absprechen können, in Papiere und Unterlagen der Gesellschaft Einsicht zu nehmen, und zwar – da § 716 BGB nicht mehr anwendbar ist – folgt ein solcher Anspruch aus § 810 BGB²⁰.

Ist indessen eine Jahresbilanz von den Gesellschaftern festgestellt, so liegen deren Rechtswirkungen auf der Hand: Ein einseitiges Widerrufsrecht ist ausgeschlossen, soweit die Bilanz nicht gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstößt. Möglich ist allerdings, daß jeder Gesellschafter seine zustimmende Erklärung zur Feststellung der Bilanz wegen eines Willensmangels im Sinn der §§ 119, 123 BGB anfecht²¹. Soweit sich die Gesellschafter bei Feststellung der Bilanz nicht über einzelne Bilanzpositionen einigen können, ist es erforderlich, den Anspruch auf Feststellung der Bilanz im Wege der Klage durchzusetzen, und zwar im Regelfall durch Klage auf Zustimmung gegenüber dem widersprechenden Gesellschafter – notfalls auch in Form einer Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO²². In keinem Fall ist es zulässig, die Aufstellung der Bilanz unmittelbar dem Gericht im Rahmen eines Klageverfahrens zu überlassen²³. Allerdings kann eine Bilanz – im Innenverhältnis der Gesellschafter – auch dann als festgestellt angesehen werden, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Gesellschafter sie als abschließende kontenmäßige Gegenüberstellung der aktiven und passiven Vermögensteile gelten lassen wollen²⁴. In diesen Fällen wird sie – im praktischen Ergebnis – durch stillschweigende Zustimmung der Gesellschafter verbindlich festgestellt. Läßt sich nicht ermitteln, ob – mangels Unterzeichnung der Bilanz durch die Gesellschafter – eine derartige Feststellungswirkung eingetreten ist, so bleibt kein anderer Weg als der der Klage auf Zustimmung gegenüber dem widersprechenden Gesellschafter²⁵.

Die Rechtswirkung einer festgestellten Jahresbilanz ist die eines Schuldanerkenntnisses im Sinne der §§ 781, 782 BGB: Neben dem bereits erwähnten – selten in Betracht kommenden – Anfechtungsrecht gemäß §§ 119, 123 BGB steht dem benachteiligten Gesellschafter im Ergebnis lediglich ein Kondiktionsanspruch gemäß § 812 Abs. 2 BGB zu²⁶. Doch setzt dies voraus, daß der betreffende Gesellschafter den Nachweis erbringen kann, daß die Feststellung der Jahresbilanz ohne Rechtsgrund erfolgte.

c) Die Rechtsnatur der Abschichtungsbilanz

Geht man davon aus, daß auch die Abschichtungsbilanz ein rechtsgeschäftliches Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 781, 782 BGB ist, dann ist in der – festgestellten – Abschichtungsbilanz eine selbständige Verpflichtung im Sinne des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet worden, dem ausgeschiedenen Gesellschafter das Auseinandersetzungsguthaben auszukehren²⁷.

Diese Auffassung läßt sich durchaus als h. M. qualifizieren²⁸, zumal auch die Feststellung der Abschichtungsbilanz als Vertrag zwischen den (verbleibenden) ARGE-Partnern zu werten ist²⁹.

Doch es erscheint zutreffender, die Rechtsnatur einer – festgestellten – Abschichtungsbilanz als Vergleich im Sinn von § 779 BGB zu qualifizieren³⁰. Dafür spricht vor allem, daß der Grundsatz der Bilanzkontinuität dann nicht gewahrt werden muß, wenn es sich um eine Abschichtungsbilanz handelt – ein Gesichtspunkt der bei Feststellung der Jahresbilanz überragende Bedeutung besitzt³¹. Vor allem aber ist darauf hinzuweisen, daß – bedingt durch die Divergenz der Ansprüche gemäß §§ 738, 740 BGB – die Abschichtungsbilanz lediglich dem Zweck dient, das dem ausgeschiedenen Gesellschafter zustehende Abfindungsguthaben zu ermitteln³². Gleichwohl haben „schwebende Geschäfte“ in der Abschichtungsbilanz gemäß § 738 BGB nichts zu suchen, weil diese aufgrund ihres tatsächlichen Ergebnisses zwischen den Gesellschaftern, und zwar auch zugunsten des ausgeschiedenen Gesellschafters, abgerechnet werden müssen³³. So gesehen beruhen die Feststellungen der Abschichtungsbilanz auf einer „Schätzung“, was nicht zuletzt auch auf den Gewinnanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters³⁴ zutrifft. Derartige Schätzungen – wie sie insbesondere auch für die Dotierung der Rückstellungen in der Abschichtungsbilanz vorgenommen werden – sind aber der typische Regelungsbereich des Vergleichs gemäß § 779 BGB: Sowohl im Hinblick auf einen etwaigen Gewinnanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters als auch in bezug auf die Dotierung der Rückstellungen gehen die verbleibenden Gesellschafter bei der Feststellung der Abschichtungsbilanz von einem ungewissen Sachverhalt aus. Denn der Gewinnanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters bezieht sich auf die bereits „ausgeführten Arbeiten“, so daß Ungewißheit im Hinblick auf die weitere Entwicklung der Sach- und Rechtslage – bezogen auf die „schwebenden Geschäfte“ – besteht. Sinn und Zweck der festgestellten Abschichtungsbilanz ist es aber dann, gerade diese Ungewißheit im Sinn von § 779 BGB zu beseitigen.

17 BGH, 11. 1. 1960, BB 1960 S. 188.

18 Hierzu Fischer, in: RGRK-HGB, 3. Aufl. § 120 Anm. 11.

19 Hierzu Ulmer, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 47.

20 Vgl. auch Ulmer, a.a.O., § 138 Anm. 51.

21 Statt aller Ulmer, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 57 m.w.N.; BGH, 11. 1. 1960, BB 1960 S. 188.

22 Fischer, in: RGRK-HGB, § 120 Anm. 14; Ulmer, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 55 m.w.N.

23 BGH, 7. 11. 1957, BGHZ 26 S. 25.

24 Hierzu BGH, 3. 11. 1975, BB 1975 S. 1605, 1606; Bandasch, HGB, § 41 Rdnr. 4.

25 Hierzu Ulmer, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 54 f. m.w.N.

26 BGH, 13. 1. 1966, BB 1966 S. 474.

27 Hierzu auch Steffen, in: RGRK-HGB, § 780 Rdnr. 21; Fischer, in: RGRK-HGB, § 120 Anm. 11.

28 So Hüffer, in: MünchKomm., § 781 Rdnr. 21.

29 Hierzu im einzelnen auch Ulmer, in: Festschrift für Hefermehl, 1976, 207 ff.; Hüffer, a.a.O. m.w.N.

30 Hierzu im einzelnen Ulmer, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 57; derselbe, in: MünchKomm., § 738 Rdnr. 21; Zunft, NJW 1959 S. 1945, 1948.

31 So Ulmer, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 54.

32 BGH, 9. 7. 1959, NJW 1959 S. 1963; Zunft, a.a.O. (Fn. 30).

33 BGH, 15. 4. 1965, DB 1965 S. 1438.

34 Zunft, a.a.O. (Fn. 30).

Es ist niemals Sinn und Zweck einer vergleichsweisen Regelung eines – strittigen und ungewissen – Sachverhalts im Sinn von § 779 BGB, diesen nachträglich zu korrigieren³⁵. Dieser Befund ist auch dann zutreffend, wenn die Parteien – entsprechend § 24 des ARGE-Mustervertrages – eine von § 740 BGB abweichende vertragliche Regelung getroffen haben. Gerade weil die Bestimmung des § 24.2 des ARGE-Mustervertrages eine Gewinnbeteiligung an den „schwebenden Geschäften“ ausdrücklich ausschließt, wird der endgültige Charakter der Abschichtungsbilanz im Sinn von § 738 BGB und deren rechtliche Qualifizierung als Vergleich gemäß § 779 BGB unterstrichen. Denn wenn zutreffenderweise die Feststellung einer Abschichtungsbilanz gemäß § 738 BGB – bei Bestehen eines Anspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafters im Sinn von § 740 BGB – als Vergleich im Sinn von § 779 BGB qualifiziert wird, dann gilt dies erst recht für den Fall, daß dem ausgeschiedenen Gesellschafter eben dieser Anspruch – kraft vertraglicher Vereinbarung – abgeschnitten wird.

Das Ergebnis ist dann kein anderes, wenn man mit der h. M. – im Gegensatz zur baurechtlichen Spezialliteratur³⁶ – davon ausgeht, daß auch die Rechtsnatur der festgestellten Abschichtungsbilanz als Schuldanerkenntnis gemäß §§ 781, 782 BGB zu qualifizieren ist. Denn im einen wie im anderen Fall sind, wie noch zu zeigen sein wird, die Korrekturmöglichkeiten des ausgeschiedenen Gesellschafters – bezogen auf die Position der Abschichtungsbilanz – im praktischen Ergebnis die gleichen: Sie sind auf ganz wenige – praktisch höchst seltene – Ausnahmefälle beschränkt.

4. Praktische Auswirkungen

a) Allgemeine Gesichtspunkte

Aus der rechtlichen Qualifizierung der – festgestellten – Abschichtungsbilanz ergeben sich unmittelbar einsichtige praktische Konsequenzen: Die Abschichtungsbilanz ist dann unwirksam, wenn sich nachträglich herausstellt, daß beide Seiten von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen sind und daß die zum Vergleich führende Ungewißheit – bei Kenntnis des wahren Sachverhalts – nicht bestanden hätte³⁷. Eine solche Sachverhaltskonstellation liegt aber grundsätzlich dann nicht vor, wenn und soweit es sich darum handelt, ob die Dotierung der Rückstellungen im Sinn von § 152 Abs. 7 AktG – bezogen auf den Stichtag der Errichtung der Auseinandersetzungsbilanz – ausreichend und angemessen war. Denn es ist gerade Sinn und Zweck einer Rückstellung, einen ungewissen Sachverhalt zu regeln, d. h. das Ausmaß einer drohenden Verbindlichkeit zu ermitteln³⁸. Die insoweit bestehende Ungewißheit soll durch Bildung einer angemessenen Rückstellung beseitigt werden. Deshalb handelt es sich auch dann nicht um einen unzutreffenden Sachverhalt im Sinn von § 779 BGB, wenn sich – später im Laufe der weiteren Entwicklung des Gesamtbauvorhabens – ergibt, daß die Rückstellung zu hoch dotiert worden ist. Dies folgt schon daraus, daß – gerade im Hinblick auf die Abschichtungsbilanz – nur solche Erkenntnisse verwertet werden dürfen, welche auf den Stichtag der Errichtung dieser Bilanz bezogen sind³⁹. Dafür spricht aber auch ein weiterer Gesichtspunkt, daß nämlich die Dotierung der Gewährleistungsrückstellungen nur ein unselbständiger Teil des in der Feststellung der Abschichtungsbilanz liegenden Vergleichs im Sinne von § 779 BGB ist⁴⁰. Demzufolge kann die Unwirksamkeit der festgestellten Abschichtungsbilanz – selbst wenn man entgegen der Auffassung des BGH nicht am Stichtagsprinzip festhalten würde⁴¹ – nicht daraus abgeleitet werden, daß die Rückstellungen letzten Endes zu hoch dotiert waren, denn § 139 BGB findet wegen der Besonderheiten der Abschichtungsbilanz keine Anwendung⁴².

Die gleichen Erwägungen gelten aber auch grundsätzlich dann, wenn und soweit es darum geht, den in der Abschichtungsbilanz ermittelten Gewinn – bezogen auf die bereits „ausgeführten Arbeiten“ – an den ausgeschiedenen Gesell-

schafter auszukehren. Auch insoweit hat die Abschichtungsbilanz den Charakter eines Vergleichs im Sinn von § 779 BGB. Gleiches gilt in der Sache auch für die Verlustbeteiligung des ausgeschiedenen Gesellschafters – vorbehaltlich freilich der weitergehenden Frage, inwieweit der ausgeschiedene Gesellschafter für bereits „erkennbare Verluste“ haftet (vgl. sub b).

Daraus folgt: Der ausgeschiedene Gesellschafter kann im Hinblick auf die Richtigkeit der von den übrigen Gesellschaftern gewählten Bilanzansätze – im Rahmen der von diesen festgestellten Abschichtungsbilanz – nur Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO erheben⁴³. Dabei können jedoch nur die Erkenntnisse berücksichtigt werden, welche – bezogen auf den Stichtag, nämlich: die Errichtung der Abschichtungsbilanz – von Maßgeblichkeit sind⁴⁴. Die Feststellungsklage im Sinn von § 256 ZPO kann daher nicht darauf gegründet werden, daß sich nachträglich Umstände eingestellt haben, welche die Dotierung der Rückstellungen als unangemessen hoch erscheinen lassen, es sei denn, daß diese Umstände schon im Zeitpunkt der Errichtung der Abschichtungsbilanz erkennbar waren⁴⁵.

Keinesfalls aber ist es zulässig, daß der ausgeschiedene Gesellschafter gemäß § 740 Abs. 2 BGB eine Auskunftsklage gegenüber den in der ARGE verbliebenen Gesellschaftern bei Vollbeendigung der ARGE anstrengt. Denn eine solche Klage zielt auf etwaige Gewinnansprüche im Sinn von § 740 Abs. 1 BGB, die jedoch kraft vertraglicher Regelung gemäß Ziff. 24.2 – 2. Unterabsatz – des ARGE-Mustervertrages ausdrücklich abbedungen sind. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses, welches allerdings von der Spezialliteratur bislang ignoriert wird⁴⁶, folgt bereits daraus, daß eine Auskunftsklage, wie sich auch aus § 740 Abs. 2 BGB unmittelbar ergibt, stets dazu dient, eine Leistungsklage vorzubereiten, dann aber als unbegründet anzusehen ist, wenn der auf eine Beteiligung an „schwebenden Geschäften“ gerichtete Gewinnanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters ausdrücklich ausgeschlossen ist. Würde man insoweit eine Auskunftsklage gemäß § 740 Abs. 2 BGB gleichwohl zulassen, so würde man damit die – aufgezeigte – völlig unterschiedliche Normenstruktur der §§ 738, 739 BGB einerseits, gegenüber § 740 BGB andererseits verkennen; insbesondere würde man aber auch damit übersehen, daß die Rechtsnatur einer – festgestellten – Abschichtungsbilanz entweder als Vergleich im Sinn von § 779 BGB oder als Schuldanerkenntnis gemäß §§ 781, 782 BGB zu qualifizieren ist – mit der Folge, daß eine durch eine Leistungsklage erzwingbare Änderung nur unter ganz engen tatbestandlichen Voraussetzungen möglich ist.

Es ist also festzuhalten, daß eine von den verbliebenen Gesellschaftern einer ARGE festgestellte Abschichtungsbilanz – von Ausnahmefällen nach §§ 119, 123, 812 Abs. 2 BGB abgesehen – keine vorläufige, sondern eine endgültige Regelung enthält: Ziel und Zweck einer Abschichtungsbilanz ist es, die dort festgestellten Bilanzpositionen dem Streit der Parteien zu entziehen, was im Hinblick auf die Interessenlage des ausgeschiedenen Gesellschafters insbesondere insoweit gilt, als eine Beteiligung an den Gewinnen aus „schwebenden Geschäften“ gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages ausdrücklich abbedungen ist.

35 Statt aller Palandt/Thomas, § 779 Anm. 5 m.w.N.

36 Fahrenscho/Burchardt, a.a.O. (Fn. 1), § 24 Rdnr. 41.

37 Hierzu Ulmer, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 58.

38 Hierzu Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O. (Fn. 15), § 152 Rdnrn. 107 ff.

39 BGH, 17. 11. 1980, WM 1981 S. 452, 453, BB 1981 S. 1128.

40 Hierzu Ulmer, a.a.O. (Fn. 37).

41 Siehe Fn. 39.

42 Ulmer, a.a.O. (Fn. 37).

43 Vgl. Ulmer, a.a.O. (Fn. 37), § 138 Anm. 55 m.w.N.

44 Siehe Fn. 39.

45 Ebenda.

46 Fahrenscho/Burchardt, a.a.O. (Fn. 1), § 24 Rdnr. 41, die ja eine nur vorläufige Regelung annehmen.

b) Unterschiedliche Regelung im Hinblick auf die Verlusttragung

Wie bereits weiter oben kurz angedeutet, enthält die Regelung von § 24.2 – gegenüber der Bestimmung von § 24.4 des ARGE-Mustervertrages – eine Ungereimtheit: Mit Ausnahme bereits erkennbarer Verluste ist eine Beteiligung des ausgeschiedenen Gesellschafters an Verlusten aus „schwebenden Geschäften“ ausgeschlossen (so § 24.2 des ARGE-Mustervertrages), während § 24.4 des ARGE-Mustervertrages eine Verlusthaftung – „unabhängig vom Ergebnis der Auseinandersetzungsbilanz“ – ausdrücklich stipuliert, soweit die Ursache der Verluste schon im Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters gesetzt war.

Doch auffallend ist, daß die in § 24.4 des ARGE-Mustervertrages getroffene Regelung auf das Innenverhältnis der Gesellschafter zielt, nicht aber – was unbedenklich wäre – auf das Außenverhältnis. Denn es ist anerkannt, daß durch die Regelung des § 740 BGB eine Änderung im Hinblick auf die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters gegenüber Dritten – also im Außenverhältnis – nicht eintritt. Vielmehr bleibt die Haftung des Ausgeschiedenen für die bei seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten unabhängig davon bestehen, ob es sich bei den Gesellschaftsschulden um solche aus schwebenden Geschäften handelt oder um solche aus bereits in der Abschichtungsbilanz berücksichtigten Geschäften⁴⁷. Indessen zielt § 24.4 des ARGE-Mustervertrages auf das Innenverhältnis und begründet so eine – nur schwer erklärbare – Ungereimtheit⁴⁸. Unbedenklich ist der Regelungssachverhalt von § 24.2 im Verhältnis zu § 24.4 des ARGE-Mustervertrages nur insoweit, als beide Bestimmungen einander decken. Dies ist insoweit der Fall, als – auch im Hinblick auf „schwebende Geschäfte“ – erkennbare Verluste vorliegen. In diesem Punkt enthält § 24.2 des ARGE-Mustervertrages eine am Stichtagsprinzip von § 738 BGB orientierte Lösung; denn „erkennbare Verluste“ mindern einen etwaigen Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters. Für die Erkennbarkeit der Verluste kommt es entscheidend – und abschließend – auf den Stichtag der Errichtung der Abschichtungsbilanz, nämlich: den Tag des Ausscheidens des Gesellschafters im Sinn von § 24.2 des ARGE-Mustervertrages an. Schon deshalb ist am Grundsatz festzuhalten, daß die Abschichtungsbilanz abschließenden Charakter besitzt: Auch insoweit steht folglich dem ausgeschiedenen Gesellschafter, was freilich selten in Betracht kommen dürfte, nur die Feststellungsklage im Sinn von § 256 ZPO zur Seite – gerichtet auf Feststellung, daß im Zeitpunkt seines Ausscheidens andere Verluste aus noch nicht ausgeführten Arbeiten bzw. schwebenden Geschäften erkennbar waren als die, welche bilanziert wurden. Folglich ist auch insoweit ausschließlich auf die Erkenntnis abzustellen, welche die verbleibenden Gesellschafter in diesem Zeitpunkt, bezogen auf die Perspektive eines ordentlichen Kaufmanns, hatten oder haben mußten.

Doch zielt § 24.4 des ARGE-Mustervertrages – unabhängig vom Ergebnis der Abschichtungsbilanz – auf die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern, sofern die Ursache hierfür vor dem Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters gesetzt sind. Der Sinngehalt von § 24.4 des ARGE-Mustervertrages läuft also darauf hinaus, insoweit die Abschichtungsbilanz nicht als endgültig anzusehen, sondern lediglich als vorläufig zu betrachten.

aa) Anwendung allgemeiner Auslegungsgrundsätze

Diese Diskrepanz verlangt nach einer – widerspruchsfreien – Auflösung. Zunächst ist daran zu denken, den unterschiedlichen Regelungsgehalt von § 24.2 und § 24.4 des ARGE-Mustervertrages durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu beseitigen, weil es insoweit maßgeblich darauf ankommt, was unter dem Begriff des „schwebendes Geschäfts“ gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages zu verstehen ist. Denn es bedarf keiner Vertiefung: Gemäß § 24.2 sind im Rahmen der Abschichtungsbilanz nur die Gewinne

und Verluste zu berücksichtigen, welche sich aus bereits „ausgeführten Arbeiten“ ergeben; kraft ausdrücklicher Regelung ist der ausgeschiedene Gesellschafter nicht am Gewinn und Verlust zu beteiligen, soweit es sich um „schwebende Geschäfte“ handelt, es sei denn, es liegen bereits erkennbare Verluste vor. Was unter dem Begriff „schwebende Geschäfte“ im Rahmen einer Abschichtungsbilanz gemäß § 738 BGB zu verstehen ist, ist im einzelnen – dogmatisch gewertet – umstritten⁴⁹. Doch ist unter Berücksichtigung der Judikatur⁵⁰ sowie unter Auswertung der h. M.⁵¹ davon auszugehen: „Schwebende Geschäfte“ im Sinn dieser Bestimmung sind alle Rechtsgeschäfte der Gesellschaft, die unmittelbar auf Erwerb gerichtet sind, sofern diese eine rechtliche Bindung zugunsten oder zu Lasten der Gesellschaft – bezogen auf den Stichtag des Ausscheidens des Gesellschafters – ausweisen, aber noch nicht voll erfüllt sind⁵². Unter Berücksichtigung dieser Definition trennt § 24.2 des ARGE-Mustervertrages ersichtlich, indem er nicht auf die Einheitlichkeit der geschuldeten Leistung – bezogen auf das gesamte Bauvorhaben – abstellt, sondern bereits „ausgeführte Arbeiten“ ausgrenzt und der Abschichtungsbilanz zuweist. Im Hinblick auf die Verlusthaftung – bezogen auf das Innenverhältnis der Gesellschafter – geht § 24.4 des ARGE-Mustervertrages jedoch einen wesentlichen Schritt weiter: Außerhalb der Abschichtungsbilanz soll auch eine Verlusthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters insoweit begründet werden und zu bilanzieren sein, als die maßgebliche, haftungsbegründende Ursache vor dem Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters aus der ARGE liegt – und zwar auch dann, wenn es sich um „schwebende Geschäfte“ handelt. Anders gewendet: § 24.4 des ARGE-Mustervertrages verlagert den maßgeblichen Stichtag – bezogen auf die Begründung der Verlusthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters – auf alle Ursachen, die dieser bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aus der ARGE gesetzt hat, während § 24.2 des ARGE-Mustervertrages als Stichtag zwar ebenfalls das Datum des Ausscheidens des Gesellschafters aus der ARGE fixiert, aber – bezogen auf die Abgrenzung der in der Abschichtungsbilanz nicht enthaltenen „schwebenden Geschäfte“ – auf bereits „ausgeführte Arbeiten“ abstellt. Die von § 24.2 des ARGE-Mustervertrages ins Auge gefaßte vertragliche Regelung wäre dann unbedenklich, wenn gemäß § 740 BGB eine Teilhabe des ausgeschiedenen Gesellschafters am Gewinn oder Verlust der Gesellschaft vorgesehen wäre. Doch führt kein Weg an der Erkenntnis vorbei, daß § 24.4 des ARGE-Mustervertrages diesen Anspruch ausdrücklich abbedingt. Andererseits liegt es auf der Hand, daß die in § 24.4 des ARGE-Mustervertrages auf Lasten des ausgeschiedenen Gesellschafters normierte Verlusthaftung unmittelbar die „schwebenden Geschäfte“, also: die noch nicht „ausgeführten Arbeiten“ betrifft; d. h. Gewinn und Verlust der Gesellschaft, die aus „schwebenden Geschäften“ resultieren, werden natürlich unmittelbar von etwaigen verlustbegründenden Haftungen des ausgeschiedenen Gesellschafters berührt. Dieser gesamte Zusammenhang war in der Fassung des ARGE-Mustervertrages (1971) noch wesentlich deutlicher herausgestellt. Es hieß dort unter § 24.3:

„Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet – unabhängig vom Ergebnis der Auseinandersetzungsbilanz – den verbleibenden Gesellschaftern gegenüber entsprechend der Höhe seines früheren Anteils auch für solche Gewährleistungs- und sonstigen Verpflichtungen oder Verluste in bezug auf das Gesamtbauvorhaben, welche erst nach seinem Aus-

47 Hierzu *Ulmer*, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 95.

48 Vgl. weiter unten cc.

49 Vgl. Übersicht bei *Fahrenschon/Burchardt*, § 24, Rdnrn. 10 ff. m.w.N.

50 RG, 7. 6. 1943, RGZ 171 S. 129, 133.

51 *Staudinger/Kefler*, § 740 Rdnr. 1; im einzelnen auch *Ulmer*, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 96 ff. m.w.N..

52 Hierzu auch *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, § 151 Rdnrn. 132 ff., 138.

scheiden erkennbar geworden sind, deren Ursachen jedoch schon im Zeitpunkt seines Ausscheidens gesetzt waren“.

Diese Formulierung belegt, daß – in der damaligen Fassung des ARGE-Mustervertrages – die Trennlinie zwischen der Abschichtungsbilanz gemäß § 738 BGB und der Gewinn- und Verlusthaftung gemäß § 740 BGB, welche gemäß § 24.1 des ARGE-Mustervertrages (1971) ebenfalls ausdrücklich abgedungen war, total verwischt war. Doch in der Sache ergibt sich letzten Endes zur Regelung von § 24.4 des ARGE-Mustervertrages (1979) kein wesentlicher Unterschied, weil die dort normierte Verlusthaftung auch aus „Gewährleistungs- und sonstigen Verpflichtungen“ resultieren kann.

bb) Vorläufigkeit der Abschichtungsbilanz?

Gerade im Hinblick auf das spezifische Problem, wie nämlich in der Abschichtungsbilanz gebildete Gewährleistungsrückstellungen – nach Abschluß des Gesamtbauvorhabens – zugunsten oder zu Lasten des ausgeschriebenen Gesellschafters zu behandeln sind, stellt sich mithin die Frage, ob nicht durch § 24.4 des ARGE-Mustervertrages das zuvor gefundene Ergebnis – bezogen auf die Rechtsnatur der Abschichtungsbilanz – falsifiziert wird. In der Tat geht die baurechtliche Spezialliteratur davon aus, daß die „endgültige Auseinandersetzungsbilanz“ auf den Zeitpunkt der „Vollbeendigung der ARGE“⁵³ zu beziehen ist. Mit anderen Worten: Die gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages aufgestellte Abschichtungsbilanz hat demnach nur vorläufigen Charakter.

Es ist ohne weiteres einzuräumen, daß bei „Vollbeendigung der ARGE“ eine Abschichtungsbilanz zu erstellen ist, doch hat diese mit der nach § 738 BGB – bedingt durch das Ausscheiden eines Gesellschafters – geforderten Abschichtungsbilanz nichts gemein. Es ist vielmehr eine Auseinandersetzungsbilanz, die deswegen erforderlich wird, weil die ARGE ihren Zweck durch Beendigung des Gesamtbauvorhabens erreicht hat. Aus § 24.2 des ARGE-Mustervertrages ergibt sich jedoch zwingend, daß – bezogen auf das Datum des Ausscheidens eines Gesellschafters – eine Abschichtungsbilanz zu erstellen ist; und es folgt auch zwingend aus § 24.2 des ARGE-Mustervertrages, daß der ausgeschiedene Gesellschafter am Gewinn und Verlust der ARGE insoweit nicht mehr zu beteiligen ist, als „schwebende Geschäfte“ – ausgenommen erkennbare Verluste – in Rede stehen. Wegen der Einheitlichkeit der Abschichtungsbilanz gemäß § 738 BGB ist es dann aber jedenfalls geboten, ihre zivilrechtliche Einordnung als Vergleich im Sinn von § 779 BGB insoweit aufrecht zu erhalten, als „ausgeführte Arbeiten“ in Rede stehen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn Gewährleistungsrückstellungen – bezogen auf den Stichtag des Ausscheidens des Gesellschafters – in der Abschichtungsbilanz gebildet worden sind. Soweit die Abschichtungsbilanz festgestellt worden ist, führt kein Weg daran vorbei, daß dieser Akt der Feststellung – zwischen den Gesellschaftern – den Charakter einer abschließenden, endgültigen Regelung besitzt. Dies wird auch dadurch verdeutlicht, daß bekanntermaßen Gewinn und Verlust zwei Seiten der gleichen Medaille sind. Anders gewendet: Sind – um ein Beispiel zu formulieren – Gewährleistungsrückstellungen in der Abschichtungsbilanz zu hoch dotiert worden, so sind diese im Zeitpunkt der Beendigung des Gesamtbauvorhabens, spätestens aber im Zeitpunkt der Vollbeendigung der ARGE, aufzulösen. Soweit dies geschieht, realisiert sich ein – zusätzlicher – Gewinn der Gesellschaft. Kraft ausdrücklicher – insoweit auch widerspruchsfreier – Regelung gemäß §§ 24.2 und 24.4 des ARGE-Mustervertrages aber hat der ausgeschiedene Gesellschafter insoweit keinen aus § 740 BGB herzuleitenden Gewinnanspruch; folglich steht ihm insoweit auch kein – wie auch immer begründeter – Auskunftsanspruch zu. Ist aber die Gewährleistungsrückstellung, die in der Abschichtungsbilanz gebildet wurde, zu gering dotiert, dann entsteht – im Zeitpunkt der Vollbeendigung der ARGE – ein zusätzlicher Verlust. Diesen muß der ausgeschiedene Gesellschafter gemäß § 24.4 des ARGE-Mu-

stervertrages insoweit gegenüber den verbliebenen Gesellschaftern übernehmen, als die haftungsbegründende Ursache vor seinem Ausscheiden aus der ARGE gesetzt war.

Es ist jedoch ausgeschlossen, den einheitlichen Akt der Feststellung einer Abschichtungsbilanz im Sinn von § 779 BGB – dies gilt gleichermaßen, wenn man die Feststellung der Abschichtungsbilanz als Schuldanerkenntnis im Sinn der §§ 781, 182 BGB wertet – insoweit zu spalten, als Verlustansprüche gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter zugunsten der verbliebenen Gesellschafter in Rede stehen. Selbst wenn man – was zivilrechtlich zulässig wäre – insoweit einen „Vorbehalt“ formulieren würde, um den Wertungswiderspruch von § 24.2 und § 24.4 des ARGE-Mustervertrages aufzulösen, wäre dies nur dann möglich, wenn auch – in bezug auf den Gewinnanspruch, resultierend aus „schwebenden Geschäften“ – ein solcher „Vorbehalt“ eingreifen würde. Denn wenn Gewinn und Verlust zwei Seiten einer Medaille sind, dann entscheidet sich – bezogen auf das hier formulierte Beispiel – die Frage, ob die ARGE einen Gewinn oder einen Verlust erwirtschaftet, erst im Zeitpunkt der Vollbeendigung der ARGE. Dieses Ergebnis ist aber schon auf Basis der h. M. in den Fällen verfehlt, in denen – entsprechend der gesetzlichen Regelung – dem ausgeschiedenen Gesellschafter ein Gewinn- oder Verlustanspruch im Sinn von § 740 BGB zusteht. Denn selbst in diesen Fällen hat die Abschichtungsbilanz – wie gezeigt – einen auf Schätzungen beruhenden abschließenden Charakter im Sinn von § 779 BGB. Dies muß aber – erst recht – dann gelten, wenn gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages – in Abänderung von § 740 BGB – ausdrücklich bedungen ist, daß der ausgeschiedene Gesellschafter am Gewinn und Verlust der „schwebenden Geschäfte“ nicht teil hat. Allein aus der Tatsache, daß eine Verlusthaftung zu Lasten des ausgeschiedenen Gesellschafters begründet wird, kann folglich nicht der Schluß abgeleitet werden, die Abschichtungsbilanz gemäß § 738 BGB habe – bezogen auf § 24.2 des ARGE-Mustervertrages – lediglich vorläufigen Charakter.

cc) Vorschlag einer Auflösung des Wertungswiderspruchs von § 24.2 und § 24.4 des ARGE-Mustervertrages

Es ist zu überlegen, insoweit die allgemeine Unklarheitenregelung Anwendung finden zu lassen, die für vorformulierte AGB-Klauseln in ständiger Rechtsprechung entwickelt wurde⁵⁴. Ihre Anwendung könnte indessen Bedenken hervorrufen, weil – gerade bei einem ARGE-Vertrag – schwer erkennbar sein kann, wer „Verwender“ eines derartigen Mustervertrages ist. Wendet man jedoch die Grundsätze der BGH-Judikatur zum Individualvertrag gemäß § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz an⁵⁵, dann kommt es lediglich darauf an, wem eine bestimmte AGB-Klausel günstig ist, so daß der Schutz – wegen der in § 24.2 des ARGE-Mustervertrages bewirkten Abbedingung von § 740 Abs. 1 BGB – dem ausgeschiedenen Gesellschafter zugute käme. Dies hätte dann zur Konsequenz, daß der ausgeschiedene Gesellschafter – wegen der Unklarheit der getroffenen Regelungen – lediglich gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages haften würde; eine Verlusthaftung für „schwebende Geschäfte“ käme also nur insoweit in Betracht, als „erkennbare Verluste“ – bezogen auf den Stichtag des Ausscheidens des Gesellschafters – vorliegen. Daß im unmittelbaren Anschluß an diese Regelung in § 24.2 des ARGE-Mustervertrages ein Hinweis auf § 24.4 des ARGE-Mustervertrages erfolgt, beseitigt die hiermit festgestellte Unklarheit nicht, weil – wie gezeigt – der Regelungsgehalt beider Bestimmungen zu disparaten, nicht harmonisierungsfähigen Ergebnissen führt.

Man kann allerdings auch noch einen Schritt weitergehen: Unter Berücksichtigung des Instrumentariums der „richterlichen Inhaltskontrolle“ von AGB-Klauseln im Sinn von

⁵³ *Fahrenschon/Burchardt*, a.a.O., § 24 Rdnr. 41.

⁵⁴ Statt aller *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Kommentar, 4. Aufl., § 5 Rdnr. 20 ff. m.w.N.

⁵⁵ *BGH*, WM 1982 S. 822 m.w.N.

§ 242 BGB ist festzuhalten⁵⁶: § 24.4 des ARGE-Mustervertrages weicht einseitig zugunsten der verbliebenen Gesellschafter – zum Nachteil des ausgeschiedenen bzw. ausscheidungswilligen ARGE-Partners – erkennbar vom Leitbild des § 740 BGB ab. Denn dem ausgeschiedenen Gesellschafter steht – dies ist unzweifelhaft – ein Gewinnanspruch aus „schwebenden Geschäften“, die in der Abschichtungs Bilanz gemäß § 738 BGB nicht zu berücksichtigen waren, nicht zu, während eine Verlusthaftung im Sinn von § 24.4 des ARGE-Mustervertrages begründet wird. Diese Regelung ist für den ausgeschiedenen Gesellschafter äußerst nachteilig, weil die Verlusthaftung lediglich daran anknüpft, daß bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens des ausgeschiedenen Gesellschafters eine haftungsbegründende Ursache gesetzt worden ist. Damit weicht diese Regelung – und dies ist entscheidend – erkennbar vom haftungsbegründenden Verschuldensprinzip der §§ 275, 276 BGB ab. Des weiteren gilt: Zwar ist davon auszugehen, daß – gerade im Werkvertragsrecht – bezogen auf das Kriterium des Verschuldens eine Beweislastumkehr von der Rechtsprechung bejaht wird⁵⁷; doch ist die in § 24.4 des ARGE-Mustervertrages enthaltene Beweislastregelung – zum Nachteil des ausgeschiedenen Gesellschafters – nicht darauf beschränkt, diesem den Nachweis aufzuerlegen, daß ihn – im Hinblick auf die Setzung einer haftungsbegründenden Ursache – kein Verschulden trifft. Vielmehr geht die Beweislastregelung in § 24.4 des ARGE-Mustervertrages über diesen Tatbestand wesentlich hinaus, indem nämlich – zum Nachteil des ausgeschiedenen Gesellschafters – bestimmt wird, dieser müsse nachweisen, daß die haftungsbegründenden Ursachen von den verbliebenen Gesellschaftern „allein zu vertreten“ sind. Dies aber besagt in der Sache, daß vom ausgeschiedenen Gesellschafter ein Verschuldensnachweis – bezogen auf einen fremden Herrschafts- und Organisationsbereich, nämlich: auf den in der ARGE verbliebenen Gesellschaftern – verlangt wird. Dies ist schon – bezogen auf allgemeine beweisrechtliche Grundsätze⁵⁸ – eine unangemessene Benachteiligung des ausgeschiedenen Gesellschafters; nimmt man allerdings, was geboten ist, hinzu, daß dem ausgeschiedenen Gesellschafter praktische keine Mitwirkungs- oder Kontrollrechte – abgesehen von § 740 Abs. 2 BGB – zustehen⁵⁹, so ist die Unangemessenheit und Treuwidrigkeit dieser Regelung zum Nachteil des ausgeschiedenen Gesellschafters eklatant.

Will man also wegen des Wertungswiderspruchs von § 24.2 und § 24.4 des ARGE-Mustervertrages es nicht dabei bewenden lassen, die allgemeine Unklarheitenregel für AGB-Klauseln im Hinblick auf § 24.4 des ARGE-Mustervertrages zur Anwendung zu bringen, so wird man folglich einen Schritt weiter gehen müssen, indem nämlich § 24.4 des ARGE-Mustervertrages als unangemessene AGB-Klausel im Sinn von § 242 BGB als unwirksam erklärt wird. Es verbleibt dann bei der Regelung von § 24.2 des ARGE-Mustervertrages – mit der Maßgabe, daß der Hinweis auf die Haftung gemäß § 24.4 des ARGE-Mustervertrages entfällt.

c) Rechte des ausgeschiedenen Gesellschafters

Unter der Voraussetzung, daß die Abschichtungs Bilanz von den verbliebenen Gesellschaftern festgestellt worden ist, verbleibt dem ausgeschiedenen Gesellschafter – wegen der Abbedingung der Beteiligung am Gewinn und Verlust von „schwebenden Geschäften“ – nur der Weg, etwaige Einwände betreffend die einzelnen Bilanzpositionen, einschließlich der Ermittlung von Gewinn und Verlust sowie im Hinblick auf die Dotierung der Gewährleistungsrückstellungen im Wege einer Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO geltend zu machen. Entscheidend kommt es insoweit auf den Stichtag, nämlich: das Datum des Ausscheidens des Gesellschafters an, weil dieser für § 24.2 des ARGE-Mustervertrages – in Übereinstimmung mit § 738 BGB – maßgeblich ist. Dabei kann der ausgeschiedene Gesellschafter – bezogen auf das praktisch bedeutsame Problem der Gewährleistungsrückstellungen – nur geltend machen, daß – bezogen auf eben diesen Stichtag – die verbliebenen Gesellschafter die Ge-

währleistungsrückstellungen fehlerhaft dotiert haben, daß sie insbesondere Erkenntnisse, welche im damaligen Zeitpunkt vorhanden waren, im Sinn von § 152 Abs. 7 AktG nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt haben. Es ist dem ausgeschiedenen Gesellschafter verwehrt, später eintretende Erkenntnisse zur Begründung der Feststellungsklage im Sinn von § 256 ZPO zu verwenden. Zwar hat der BGH in einer kürzlich ergangenen Entscheidung⁶⁰ erklärt, bei der Bewertung von Vermögensgegenständen in einer Abschichtungs Bilanz seien – bezogen auf den Stichtag des Ausscheidens des Gesellschafters – auch ausnahmsweise solche Erkenntnisse zu werten, die erst später anfallen. Doch muß es sich hierbei, wie der BGH ausdrücklich betont, stets um solche Erkenntnisse handeln, die auf den Stichtag bezogen sind.

Ohne Rücksicht auf die Frage, ob man diese BGH-Entscheidung, welche eine Publikums-KG betraf und die Bewertung von Vermögensgegenständen zur Grundlage hatte, auf das hier interessierende Problem ohne weiteres übertragen kann, ist jedenfalls im Hinblick auf das praktisch bedeutsame Problem der Dotierung von Gewährleistungsrückstellungen zu beachten: Es geht hierbei stets um eine am Vorsichtsprinzip orientierte Prognose⁶¹. Zugrunde zu legen sind die Erkenntnisse, wie sie einem ordentlichen Kaufmann – bezogen auf eben diesen Stichtag – zur Verfügung stehen, wobei ein gewisses Ermessen unmittelbare Konsequenz der zu erstellenden Prognose ist. Demzufolge geht es nicht an, erst später gewonnene Erkenntnisse – bezogen auf den Stichtag des Ausscheidens des Gesellschafters – für die Dotierung der Gewährleistung, d. h. für ihre spätere Korrektur zugrunde zu legen, zumal dies der Feststellungswirkung einer Abschichtungs Bilanz im Sinn von § 779 BGB widerspricht: Der in der Feststellungswirkung liegende Vergleich dient gerade dem Zweck, eine ungewisse Entwicklung durch „Schätzungen“⁶² zu erfassen, ohne daß eine spätere Korrektur – aufgrund zusätzlicher Erkenntnisse, die am Stichtag noch nicht vorlagen oder noch nicht vorliegen konnten – in Betracht kommt.

Verweist man den ausgeschiedenen Gesellschafter auf den Weg der Feststellungsklage im Sinn des § 256 ZPO, so wird man berücksichtigen müssen, daß die Rechte des ausgeschiedenen Gesellschafters nicht vollständig beschnitten werden. Der ausgeschiedene Gesellschafter hat deshalb zumindest den Anspruch, Einsicht in Unterlagen und Papiere der ARGE gemäß § 810 BGB zu nehmen, d. h. er ist auch verpflichtet, deren Vorlage zu fordern. Dafür ist jedoch erforderlich, daß der ausgeschiedene Gesellschafter geltend macht, welche Unterlagen im einzelnen – konkret und spezifiziert – vorzulegen sind. Dies gilt freilich nur dann, wenn man der Auffassung ist, daß der ausgeschiedene Gesellschafter nicht befugt ist, an der Aufstellung oder der Feststellung der Abschichtungs Bilanz mitzuwirken. Konzidiert man ihm dieses Mitwirkungsrecht, so fehlt es im Hinblick auf ein weitergehendes Vorlagerecht im Sinne des § 810 BGB an dem notwendigen rechtlichen Interesse.

Dem ausgeschiedenen Gesellschafter steht insbesondere kein an § 740 Abs. 2 BGB ausgerichteteter Auskunfts- oder Gewinnanspruch zu, weil dieser Weg gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages versperrt ist. Insoweit scheidet auch eine Berufung auf die Regelung von § 24.4 des ARGE-Mustervertrages aus, weil diese Bestimmung insoweit gemäß § 242 BGB unwirksam ist, als sie über § 24.2 des ARGE-Mustervertrages hinausreicht.

Ist indessen die Abschichtungs Bilanz noch nicht festgestellt, dann steht dem ausgeschiedenen Gesellschafter ein

⁵⁶ Vgl. § 23 Abs. 1 AGB-Gesetz.

⁵⁷ BGHZ 23 S. 288, 290; BGHZ 27 S. 236, 238.

⁵⁸ Vgl. insbesondere BGHZ 41 S. 151, 155 – Richterliche Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB.

⁵⁹ Hierzu Ulmer, in: RGRK-HGB, § 138 Anm. 51 m.w.N.

⁶⁰ BGH, 17. 11. 1980, WM 1981 S. 452.

⁶¹ Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O. (Fn. 15), § 152 Rdnrn. 141 f.

⁶² BGH, 9. 7. 1959, NJW 1959 S. 1963.

Leistungsanspruch gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern auf Feststellung der Bilanz zu, weil diese gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages sowohl zur Aufstellung als auch zur Feststellung der Abschichtungsbilanz verpflichtet sind. Das gleiche gilt dann, wenn und soweit die in der ARGE verbliebenen Gesellschafter die Abschichtungsbilanz – entgegen der Verpflichtung gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages – nicht aufgestellt haben.

III. Zusammenfassung

Die beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer ARGE von den verbleibenden Gesellschaftern aufzustellende und festzustellende Abschichtungsbilanz im Sinn von § 738 BGB hat endgültigen Charakter; ihre rechtliche Wirkung ist ein Vergleich im Sinn von § 779 BGB. Dies gilt vor

allem auch deswegen, weil eine Gewinn- und Verlustbeteiligung an „schwebenden Geschäften“ gemäß § 24.2 des ARGE-Mustervertrages zugunsten oder zu Lasten des ausgeschiedenen Gesellschafters ausdrücklich abbedungen ist. Soweit § 24.4 des ARGE-Mustervertrages darüber hinaus eine Verlusthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters – im Innenverhältnis – vorsieht, ist diese Bestimmung wegen Widerspruchs gegen die vorrangige Regelung von § 24.2 des ARGE-Mustervertrages unklar; sie ist aber auch wegen der darin enthaltenen unangemessenen Benachteiligung des ausgeschiedenen Gesellschafters gemäß § 242 BGB unwirksam, zumal sie sich auch als Erschwerung der Kündigung im Sinn von § 723 Abs. 3 BGB erweist. Dem ausgeschiedenen Gesellschafter steht regelmäßig nur das Recht zu, bezogen auf den Stichtag der Errichtung der Abschichtungsbilanz, eine Feststellungsklage im Sinn von § 256 ZPO zu erheben.