

Gesellschaftsrechtliche Anteilsbewertung in Frankreich gemäß Art. 1843-4 Code civil

Eine Vorstudie zur Komparatistik im Recht der Unternehmensbewertung

Von HOLGER FLEISCHER und FELIX JAEGER, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. »Bewerten heißt Vergleichen« – Rechtsvergleichung und Unternehmensbewertung	694
II. Gesellschaftsrechtlicher Rahmen der Anteilsbewertung	696
1. Frankreich	696
a) Gesetzliche Grundlage	696
b) Sachlicher Anwendungsbereich	697
2. Deutschland	699
a) Gesetzliche Grundlage	699
b) Sachlicher Anwendungsbereich	700
III. Bewertungsziel und Bewertungsmethoden	701
1. Frankreich	701
2. Deutschland	703

* Abgekürzt werden zitiert: *Baumbach/Hopt (-Hopt)*, Handelsgesetzbuch³⁵ (2012); *Charvériat*, *Mémento Expert Francis Lefebvre – Cession de parts et actions 2013–2014* (2012); *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*²⁵ (2012); *Fleischer*, *Rechtsfragen der Unternehmensbewertung bei geschlossenen Kapitalgesellschaften – Minderheitsabschlag, Fungibilitätsabschlag, Abschlag für Schlüsselpersonen: ZIP 2012, 1633* (zitiert: *Rechtsfragen*); *Großfeld*, *Recht der Unternehmensbewertung*⁷ (2012); *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami*, *Lamy Sociétés Commerciales* (éd. 2013) (2013); *Moury*, *Droit des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers* (2011); *Mousseron*, *Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux: Revue de Jurisprudence de Droit des affaires (RJDA) 2006, 199*; *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG I* (2010) (zitiert: *Münch. Komm. GmbHG [-Bearb.]*); *Palandt (-Sprau)*, *Bürgerliches Gesetzbuch*⁷² (2013); *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*⁴ (2002); *Stein/Jonas (-Leipold)*, *Zivilprozessordnung*²² (2008); *Tricot/Matet/Gondran de Robert/Luquin/Kleiman/Faury/Fournier*, *L'évaluation à dire d'expert prévue à l'article 1843-4 du code civil – état actuel de la jurisprudence*, November 2011, aktualisiert im Februar 2013, abrufbar unter <www.expertcomptablejudiciaire.org> sowie <www.afdd.fr> (zitiert: *Tricot et al.*; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht II* (2004)).

IV. Verhältnis zwischen Bewertungssachverständigem und Gericht	705
1. Frankreich	705
a) Benennung und Stellung des expert	705
b) Verbindlichkeit der Expertenbewertung für Gesellschafter und Gericht	706
c) Ausnahme: Grober Fehler	707
2. Deutschland	708
a) Benennung und Stellung eines Bewertungssachverständigen	708
b) Freie Beweiswürdigung des Sachverständigengutachtens	709
c) Eingeschränkte Gerichtskontrolle bei Vereinbarung einer Schiedsgutachterklausel	709
V. Verhältnis von Rechts- und Tatfrage	710
1. Frankreich	710
2. Deutschland	712
VI. Bewertungszeitpunkt	713
1. Frankreich	713
2. Deutschland	713
VII. Bewertungsabschläge	714
1. Frankreich	714
2. Deutschland	715
VIII. Disponibilität der Abfindungsregelung	716
1. Frankreich	716
2. Deutschland	717
IX. Vergleichende Gegenüberstellung	718
1. Divergenzen	718
2. Konvergenzen	720
3. Teilharmonisierung im Recht der Unternehmensbewertung	721
Summary: Valuation of Shares in France under Art. 1843-4 Code civil – Legal Aspects of Business Valuation in Comparative Company Law	722

I. »Bewerten heißt Vergleichen« – Rechtsvergleichung und Unternehmensbewertung

Das erzwungene oder freiwillige Ausscheiden von Verbandsmitgliedern gehört zu den Grundtatbeständen des in- und ausländischen Gesellschaftsrechts. Gleichwohl hat ihm die Rechtsvergleichung bisher nur wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Dies gilt vor allem für die Ausgestaltung von Abfindungsansprüchen: Wie bemisst sich die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters? Nach welchen rechtlichen Vorgaben und betriebswirtschaftlichen Methoden wird sie ermittelt? Was ist der maßgebliche Bewertungszeitpunkt? Wie gestaltet sich die Aufgabenverteilung zwischen Bewertungssachverständigem und Gericht? Alle diese Fragen führen auf das rechtsvergleichend noch kaum erkundete Feld der Unternehmensbewer-

tung. Unter dem doppelsinnigen Motto »Bewerten heißt Vergleichen«¹ hat eine Gruppe am Hamburger Max-Planck-Institut damit begonnen, diese Forschungslücke zu schließen und unterschiedliche nationale Bewertungstraditionen einander gegenüberzustellen. Erste Einzelstudien liegen inzwischen vor.² Dieses Forschungsprogramm wird hier mit einer Untersuchung zum französischen Recht fortgesetzt, die gleich aus einem doppelten Grundreichen Ertrag verspricht: Zum einen unterscheidet sich das französische Bewertungsregime in Art. 1843-4 Code civil (C. civ.) beträchtlich von der deutschen »Grundnorm«³ in § 738 I BGB; zum anderen hat sich die *Cour de cassation* in jüngster Zeit dutzendfach mit dieser Vorschrift beschäftigt.⁴

¹ Moxter, Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung² (1983) 123.

² Vgl. in zeitlicher Reihenfolge *Fleischer/Strothotte*, Anteils- und Unternehmensbewertung im englischen Kapitalgesellschaftsrecht: RIW 2012, 2 (England); *Fleischer*, Rechtsfragen 1633 (Österreich, Schweiz); *Fleischer/Maugeri*, Rechtsfragen der Unternehmensbewertung bei aktienrechtlichen Abfindungsansprüchen in Deutschland und Italien: RIW 2013, 24 = *Maugeri/Fleischer*, Problemi giuridici in tema di valutazione delle azioni del socio recedente: un confronto tra diritto tedesco e diritto italiano: Riv. soc. 2013, 78 (Italien); *Fleischer*, Zu Bewertungsabschlüssen bei der Anteilsbewertung im deutschen GmbH-Recht und im US-amerikanischen Recht der close corporation, in: FS Hommelhoff (2012) 223 (zitiert: Bewertungsabschlüsse); *Fleischer/Schneider/Thaten*, Unternehmensbewertung bei aktienrechtlichen Abfindungsansprüchen in Deutschland und den Vereinigten Staaten: Der Konzern 2013, 61; *Fleischer*, Zur Behandlung des Fungibilitätsrisikos bei der Abfindung außenstehender Aktionäre (§§ 305, 320b AktG) – Aktienkonzernrecht, Betriebswirtschaftslehre, Rechtsvergleichung, in: FS Hoffmann-Becking (2013) 331 (Vereinigte Staaten).

³ *Fleischer*, Bewertungsabschlüsse (vorige Note) 231.

⁴ Zuletzt Cass. com. 15. 1. 2013, no. 12-11.666 (PB), D. 2013, 342 m. Anm. *Couret* = J. C. P. E 2013, no. 1129 m. Anm. *Dondero* = D. 2013, 241 m. Anm. *Lienhard* = Bull. Joly Sociétés 2013, 182 m. Anm. *Mortier* = Dr. sociétés 2013, no. 42 m. Anm. *Mortier*; Cass. com. 4. 12. 2012, no. 10-16.280 (PB), Rev. trim. com. 2012, 805 m. Anm. *Constantin* = D. 2013, 147 m. Anm. *Couret* = J. C. P. E 2013, no. 30 m. Anm. *Dondero* = J. C. P. E 2013, no. 1115 m. Anm. *Garnier* = D. 2012, 2962 m. Anm. *Lienhard* = Bull. Joly Sociétés 2013, 230 m. Anm. *Lucas* = Dr. sociétés 2013, no. 41 m. Anm. *Mortier*; Cass. com. 15. 5. 2012, no. 11-17.866 und 11-12.999 (PB), Bull. Joly Sociétés 2012, 542 m. Anm. *Le Cannu* = D. 2012, 2573 m. Anm. *Moury* = Rev. sociétés 2012, 491 m. Anm. *Schlumberger*; Cass. com. 3. 5. 2012, no. 11-12.717, D. 2012, 1265 m. Anm. *Lienhard* = Bull. Joly Sociétés 2012, 701 m. Anm. *Mortier* = Rev. sociétés 2013, 18 m. Anm. *Moury* = J. C. P. E 2012, no. 1395 m. Anm. *Viandier*; zusammenfassend *Dondero*, La valorisation des droits sociaux est une chose trop sérieuse pour la confier aux associés: J. C. P. E 2013, no. 1000: »En cinq ans l'article 1843-4 du Code civil a donné lieu à des dizaines d'arrêts de la Cour de cassation.«

II. Gesellschaftsrechtlicher Rahmen der Anteilsbewertung

1. Frankreich

a) Gesetzliche Grundlage

Den gesetzlichen Rahmen für die Anteilsbewertung spannt der schon erwähnte Art. 1843-4 C. civ. auf, der gegenwärtig als streittrüchtigste Vorschrift des gesamten Gesellschaftsrechts gilt⁵ und eine Quelle unerschöpflicher Meinungsverschiedenheiten bildet⁶. Wörtlich lautet er:

«Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.»⁷

Auf dieser schmalen Grundlage hat der Kassationshof in den vergangenen Jahren Stein auf Stein ein gewaltiges Gedankengebäude errichtet,⁸ das noch immer nicht vollendet ist: »Encore et toujours 1843-4!«⁹ Die Literatur bemüht sich nach Kräften, die Saga¹⁰ dieser Vorschrift nachzuerzählen und kritisch einzuordnen,¹¹ fürchtet aber, damit beim Leser nur mehr Verdros-

⁵ Vgl. *Mortier*, Article 1843-4 du Code civil: une conception dangereuse de l'erreur grossière de l'expert: Bull. Joly Sociétés 2012, 701: »[N]ulle autre disposition du droit des sociétés ne produit actuellement plus de contentieux.«; *Lienhard*, Expertise de l'article 1843-4: application aux pactes extra-statutaires: D. 2012, 2962: »l'article 1843-4 du code civil, texte le plus contentieux du droit commun des sociétés«; ganz ähnlich *Lucas*, La liberté de l'expert de l'article 1843-4 (Editorial): Bull. Joly Sociétés 2009, 529: »L'un des textes les plus controverses du droit des sociétés est sans doute à ce jour l'article 1843-4 du Code civil.«

⁶ *Lienhard*, Société civile: date d'évaluation des droits sociaux en cas de retrait: D. 2013, 241: »inépuisable contentieux de l'article 1843-4 du code civil«.

⁷ Loi no. 78-9 du 4 janvier, J. O. vom 5. 1. 1978, rectificatif J. O. vom 15. 1. 1978 und vom 12. 5. 1978. Frei übersetzt: »In allen den Fällen, in denen die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen oder ihr Rückerwerb durch die Gesellschaft vorgesehen ist, wird der Wert dieser Anteile bei Streitigkeiten hierüber durch einen Sachverständigen bestimmt, der entweder von den Parteien oder bei fehlender Einigung zwischen ihnen durch eine im Beschlussverfahren erlassene unanfechtbare Anordnung des Gerichtspräsidenten ernannt wird.«

⁸ Vgl. *Mortier*, L'expert de l'article 1843-4 du Code civil n'a jamais le choix de la date: Bull. Joly Sociétés 2013, 183: »Le présent arrêt apporte une belle pierre à l'édifice monstrueux de l'article 1843-4 du Code civil, tel que se plaît à le construire la chambre commerciale de la Cour de cassation depuis cinq ans déjà.«; ähnlich *Dondero* (oben N. 4): »La Cour pose la dernière pierre (pour le moment?) à une construction commencée en 2007, et qui a pour fondement une disposition du Code civil, l'article 1843-4.«

⁹ *Mortier*, Article 1843-4: l'erreur grossière de l'expert se précise: Dr. Sociétés 2013, no. 42.

¹⁰ *Porachia*, Saga relative à l'interprétation de l'article 1843 du Code civil: Bull. Joly Sociétés 2009, 545.

¹¹ Vgl. aus der Lehrbuchliteratur etwa *Cozian/Viandier/Deboissy* Nr. 792; *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés⁴ (2011) Nr. 542; *Merle/Fauchon*, Sociétés commerciales¹⁶ (2013) Nr. 324;

senheit hervorzurufen.¹² Historisch geht die Vorschrift auf die Ursprungsfassung des *Code Napoléon* von 1804 zurück, der in Art. 1868 die Abfindung des Erben beim Tod eines Personengesellschafters regelte.¹³ Um die dort vorgesehene Teilauseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens zu vermeiden, enthielten die Gesellschaftsverträge regelmäßig eine eigene Bestimmung zur Ermittlung des Abfindungsanspruchs des Erben, die in vier verschiedenen Varianten begegnete: (a) überschlägige Schätzung durch die Gesellschafter; (b) Bewertung nach Abschluss des Geschäftsjahres auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses; (c) Bewertung auf der Grundlage des Zahlenmaterials der letzten Inventur; (d) Bewertung durch einen Experten.¹⁴ Führende Lehrbücher empfahlen die letztgenannte Variante schon früh als vorzugswürdige Lösung zur Ermittlung des wahren Anteilswertes.¹⁵ Der Reformgesetzgeber von 1966 entschloss sich daraufhin, sie in Art. 1868 al. 5 C. civ. a. F. aufzunehmen und gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (einschließlich des Erben des Gesellschafters¹⁶) als verbindliche Vorgabe festzuschreiben.¹⁷ Mit einer weiteren Umgruppierung von 1978, die den Gesetzeswortlaut um das Tatbestandsmerkmal der *contestation* ergänzte, hat Art. 1843-4 C. civ. dann seine heutige Gestalt gewonnen.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Systematisch steht Art. 1843-4 C. civ. im allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts. Seinem Wortlaut zufolge erstreckt er sich auf alle Fälle, in denen die Übertragung oder der Rückerwerb eines Gesellschaftsanteils vor-

Charvériat/Couret/Zabala, *Mémento Pratique Francis Lefebvre – Sociétés commerciales*⁴³ (2011) Nr. 16790ff.; monographisch *Moury*. Einen guten Überblick über die Rechtsprechung bieten *Tricot et al.*

¹² Vgl. *Couret*, *L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil*, in: *Les droits et le droit, Mélanges Bouloc* (2007) 249: »Encore sur le thème de l'article 1843 [...] peut soupirer le lecteur un peu blasé.«

¹³ Wörtlich hieß es dort: »S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies: au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède.«

¹⁴ Näher *Moury* Nr. 12.11.

¹⁵ Vgl. *Escarra/Rault*, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales I* (1950) Nr. 275; *Hémat/Terré/Mabilat*, *Sociétés commerciales I* (1972) Nr. 319.

¹⁶ Vgl. Art. 1868 al. 3 C. civ. a. F.: »Lorsque la société continue avec les associés survivants, l'héritier est seulement créancier de la société et n'a droit qu'à la valeur des droits sociaux de son auteur.«

¹⁷ Wörtlich hieß es dort: »Dans tous les cas prévus au présent article, la valeur des droits sociaux est déterminée au jour du décès par un expert désigné parmi ceux inscrits sur les listes des cours et tribunaux, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible. Toute clause contraire est inopposable aux créanciers.«

gesehen ist. Im konkreten Zugriff kann man drei Gruppen von Anwendungsfällen unterscheiden:

(1) *Anwendbarkeit kraft gesetzlicher oder höchstrichterlicher Verweisung.* – Kraft gesetzlicher Verweisung gilt Art. 1843–4 C. civ. für folgende Gesellschaftsformen: *société civile*,¹⁸ *société en nom collectif* (SNC),¹⁹ *société en commandite simple* (SCS),²⁰ *société à responsabilité limitée* (SARL),²¹ *société par actions simplifiées* (SAS),²² *société anonyme* (SA).²³

Die Rechtsprechung hat seinen Anwendungsbereich darüber hinaus erstreckt auf die *société en participation* (SEP),²⁴ *société civile professionnelle* (SCP),²⁵ *société d'exercice libéral* (SEL),²⁶ *société créée de fait*.²⁷

Grundsätzlich beansprucht die Vorschrift damit Geltung für alle Gesellschaftsformen.²⁸ Außerdem gilt sie für den Fall der Nichtigkeit einer Gesellschaft.²⁹ Keine Anwendung findet sie lediglich für börsennotierte Gesellschaften, für die Art. L. 433–4, II, Code monétaire et financier gesonderte Bewertungsvorgaben enthält.³⁰

(2) *Anwendbarkeit kraft vertraglicher Vereinbarung.* – Außerdem kann die Anwendbarkeit des Art. 1843–4 C. civ. vertraglich vereinbart werden.³¹ Dies geschieht in der Kautelarpraxis häufig bei der Veräußerung von Gesell-

¹⁸ Artt. 1860 und 1862 C. civ. (u. a. Ausscheiden eines insolventen Gesellschafters), 1869 (statutarisch vorgesehene oder richterlich angeordnetes Ausscheiden eines Gesellschafters) und 1870–1 C. civ. (Abfindung von Erben oder Vermächtnisnehmern, die nicht Gesellschafter werden).

¹⁹ Art. L. 221–15 C. com. (Abfindung von Erben oder Vermächtnisnehmern, die nicht Gesellschafter werden) und L. 221–16 C. com. (Ausscheiden eines Gesellschafters u. a. wegen Berufsverbots oder Geschäftsunfähigkeit).

²⁰ Art. L. 222–11 C. com. (Weiterführung der Gesellschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters).

²¹ Art. L. 223–13 C. com. (Abfindung von Erben oder Vermächtnisnehmern, die nicht Gesellschafter werden) und Art. L. 223–14 C. com. (Zwangserwerb durch die anderen Gesellschafter oder die Gesellschaft, wenn sie der Veräußerung eines Gesellschafters widersprechen).

²² Art. L. 227–18 C. com. (Preisbestimmung bei der Veräußerung vinkulierter Aktien und anderer Tatbestände).

²³ Art. L. 228–24 C. com. (Zwangserwerb bei vinkulierten Aktien) und L. 228–35–10 C. com. (statutarisch vorgesehener Rückerwerb stimmrechtsloser Vorzugsaktien).

²⁴ Cass. civ. 2. 6. 1987, no. 85–17.561, Bull. civ. I, no. 180.

²⁵ Cass. civ. 28. 6. 2007, no. 06–18.074, Bull. civ. I, no. 249.

²⁶ Cass. civ. 20. 12. 2007, no. 04–20.696, Bull. civ. I, no. 398.

²⁷ Cass. civ. 9. 1. 1996, no. 93–19.468, Bull. civ. I, no. 26.

²⁸ Vgl. *Moury* Nr. 12.09; ähnlich *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 875: »[L]e jeu de l'article 1843–4 du Code civil est général à l'ensemble des sociétés.«

²⁹ Art. 1844–12 C. civ. und Art. 235–6 C. com.

³⁰ Vgl. vorerst nur *Cozian/Viandier/Deboissy* Nr. 791 und 1025; näher unten III 1 im Text bei N. 58.

³¹ Vgl. *Charvériat* Nr. 37460; *Moury* Nr. 1351; *Tricot et al.* Nr. 1.2: »Cependant, en dehors de son champ d'application impératif, les parties peuvent conventionnellement décider de recourir à l'article 1843–4 du code civil dans des cas autres que ceux mentionnés ci-dessus. Dans ce

schaftsanteilen, um die aus Art. 1592 C. civ. herrührende Gefahr für die Wirksamkeit dieses Geschäfts zu bannen.³² Nach dieser Vorschrift kommt kein Vertrag zustande, wenn der Kaufpreis vereinbarungsgemäß durch einen Dritten bestimmt werden soll und dieser die Kaufpreisbestimmung nicht vornehmen kann oder will.³³

(3) *Anwendbarkeit kraft eigenen Anwendungsbefehls.* – Unterschiedlich beurteilt wird, ob Art. 1843-4 C. civ. über die bisher behandelten Fallgruppen hinaus auch einen eigenen Anwendungsbereich hat. Praktisch bedeutsam ist dies zunächst für gesellschaftsvertraglich vorgesehene Ausschlusstatbestände. Während eine verbreitete Literaturmeinung Art. 1843-4 C. civ. hier unter Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte für nicht einschlägig hält³⁴, hat die *Cour de cassation* im Jahre 2009 gegenteilig entschieden, weil der Schutzzweck der Vorschrift eine weite Auslegung gebiete.³⁵ Ein ganz ähnliches Problem stellt sich für schuldrechtliche Nebenabreden der Gesellschafter, die eine Verpflichtung zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen enthalten.³⁶ Auch auf sie scheint die *Cour de cassation* nach einem viel beachteten Urteil vom Dezember 2012 Art. 1843-4 C. civ. anwenden zu wollen.³⁷

2. Deutschland

a) Gesetzliche Grundlage

Hierzulande bildet das Recht der BGB-Gesellschaft den traditionellen Ausgangspunkt für die gesellschaftsrechtlich veranlasste Unternehmensbewertung: Nach § 738 I 2 BGB haben die verbleibenden Gesellschafter dem Ausscheidenden dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre; § 738 II BGB ergänzt, dass der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln ist. Historisch hat diese Vorschrift an den Formulierungen in Artt. 806 und 807 des Dresdner Entwurfs eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldver-

cas, le groupe de travail recommande de citer cet article expressément dans la convention de cession.»

³² Vgl. *Moury* Nr. 13.31.

³³ Wörtlich heißt es dort: »Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente.«

³⁴ Näher *Moury* Nr. 12.63.

³⁵ Cass. com. 5.5. 2009, no. 08-17.465 (PBR1), Bull. civ. IV, no. 61 = Bull. Joly Sociétés 2009, 728 m. Anm. *Couret* = J. C. P. E 2009, no. 1767 m. Anm. *Deboissy/Wicker* = D. 2009, 2195 m. Anm. *Dondero* = Rev. trim. civ. 2009, 548 m. Anm. *Gautier* = D. 2009, 1349 m. Anm. *Lienhard* = Dr. Sociétés 2009, no. 114 m. Anm. *Mortier* = Rev. sociétés 2009, 503 m. Anm. *Moury*.

³⁶ Näher *Moury* Nr. 12.81 ff.

³⁷ Cass. com. 4.12. 2012, no. 10-16.280 (oben N. 4).

hältnisse aus dem Jahre 1866 Maß genommen, die sich ihrerseits weitgehend an Artt. 130 und 131 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861 orientierten.³⁸ Bei dessen Vorarbeiten wiederum hatte die französische Ursprungsregelung in Art. 1868 des *Code Napoléon* Erwähnung gefunden.³⁹

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Basisvorschrift des § 738 BGB gilt kraft gesetzlicher Verweisung für die offene Handelsgesellschaft (§ 105 III HGB), die Kommanditgesellschaft (§ 161 II HGB) und die Partnerschaftsgesellschaft (§ 1 IV PartGG). Dagegen fehlt im GmbH-Gesetz bis heute eine ausdrückliche Abfindungsregelung. Einzelne Literaturstimmen operieren hier mit einer ergänzenden Vertragsauslegung⁴⁰ oder einem Satz des Gewohnheitsrechts⁴¹; die herrschende Lehre stützt sich auf eine Analogie zu § 738 I 2 BGB.⁴² Der – gescheiterte – Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes von 1973 hatte in § 209 I eine Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters zum Verkehrswert vorgesehen.⁴³ Für außenstehende Aktionäre enthalten §§ 305, 320b AktG gesonderte Vor-

³⁸ Art. 130 I ADHGB lautete wörtlich: »Wenn ein Gesellschafter ausscheidet oder ausgeschlossen wird, so erfolgt die Auseinandersetzung mit demselben auf Grund der Vermögenslage, in welcher sich die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens oder zur Zeit der Behändigung der Klage auf Ausschließung befindet.«

³⁹ Vgl. etwa Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten – nebst Motiven, Erster Theil (1857) 69.

⁴⁰ So *Scholz (-Westermann)*, Kommentar zum GmbH-Gesetz¹¹ (2012) § 34 Rz. 25.

⁴¹ So *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung in der GmbH-Satzung (1989) 116 ff.; *Kranz*, Der GmbH-Geschäftsanteil in Pfändung und Insolvenz (1998) 107 ff.

⁴² Vgl. Münch. Komm. GmbHG (-Fleischer) Einl. Rz. 185 f.; *Niemeier*, Rechtstatsachen und Rechtsfragen der Einziehung von GmbH-Anteilen (1982) 98; *Ulmer (-ders.)*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG II (2006) § 34 Rz. 72 und Anh. § 34 Rz. 41; ferner *Baumbach/Hueck (-Fastrich)*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG²⁰ (2013) § 34 Rz. 22: »Abfindungsanspruch im GmbHG nicht geregelt, aber auch ohne gesetzliche oder ges[ellschafts]vertragliche Regelung als allg[emeiner] Rechtsgr[undsatz] u[nd] in Analogie zu § 738 I 2 BGB heute allg[emein] anerkannt.«

⁴³ Wörtlich lautete die Vorschrift: »Der Gesellschafter kann von der Gesellschaft als Abfindung den Betrag verlangen, den ein Dritter für den Geschäftsanteil aufwenden würde (Verkehrswert). Der Verkehrswert des Geschäftsanteils bemisst sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Erhebung der Ausschließungsklage. Die endgültige und die vorläufige Abfindung sind gegeneinander zu verrechnen.«; dazu Begr. RegE BT-Drucks. 7/253, S. 200: »Die Vorschrift ist neu. Sie regelt die Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters. In Übereinstimmung mit der zum geltenden Recht ganz überwiegend vertretenen Auffassung bestimmt Absatz 1 Satz 1, dass die Gesellschaft dem Gesellschafter eine Abfindung in Höhe des Betrags zu zahlen hat, den ein Dritter für den Geschäftsanteil aufwenden würde (Verkehrswert). Die Ausschließung trägt keinen Strafcharakter. Die Bemessung der Abfindung nach dem Verkehrswert soll aber auch ermöglichen, die eventuell schwere Verkäuflichkeit des Geschäftsanteils, seine Vinkulierung, die Ertragskraft des fortbestehenden Unternehmens sowie seine eventuelle Kapitalschwächung durch den Ausschluss eines Gesellschafters angemessen berücksichtigen zu können.«

schriften, die eine »angemessene Abfindung« verlangen. Ob man bei ihrer Auslegung ebenfalls auf das »BGB-Modell«⁴⁴ der Unternehmensbewertung zurückgreifen kann, muss hier dahinstehen.⁴⁵

III. Bewertungsziel und Bewertungsmethoden

1. Frankreich

Die Bestimmungen des Art. 1843-4 C. civ. dienen dem Schutz des ausscheidenden Gesellschafters und damit in aller Regel dem Minderheitenschutz.⁴⁶ Sie sollen eine gerechte Bewertung seiner Gesellschaftsanteile gewährleisten⁴⁷ und verhindern, dass er entweder in der Gesellschaft eingeschlossen bleibt⁴⁸ oder aber um eine angemessene Abfindung gebracht wird⁴⁹. Die *raison d'être* der Einschaltung eines Experten liegt mit anderen Worten darin, den ausscheidenden Gesellschafter vor einer Entrechtung oder Enteignung zu bewahren.⁵⁰ Ermittelt werden soll der wirkliche Wert (*valeur réelle*) der Gesellschaftsanteile.⁵¹ Dies ist nach einer stehenden Formel der Rechtsprechung der Wert, der unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände möglichst nahe bei demjenigen liegt, welcher sich durch das gewöhnliche Spiel von Angebot und Nachfrage ergäbe.⁵² Hinsichtlich der Bewer-

⁴⁴ Böcking, Das Verbundberücksichtigungsprinzip als Grundsatz ordnungsmäßiger Unternehmensbewertung, in: Bilanzrecht und Kapitalmarkt, FS Moxter (1994) 1407 (1432).

⁴⁵ Frühe Ansätze in diese Richtung bei Kropff, Rechtsfragen der Abfindung ausscheidender Aktionäre: DB 1962, 155 (156); hieran anknüpfend Adolff, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft (2007) 358.

⁴⁶ Vgl. Guyon, Les sociétés: aménagements statutaires et conventions entre associés⁴ (1999) Nr. 209 unter der Zwischenüberschrift »La protection du cédant«; Moury Nr. 12.12; Tricot et al. Nr. 1.1: »souci du législateur de protéger l'associé minoritaire«.

⁴⁷ So Cass. com. 8.3. 2011, no. 10-40.069 (PBR1), Bull. Joly Sociétés 2011, 366 m. Anm. Mortier = Dr. sociétés 2011, no. 103 m. Anm. Coquelet: »Les dispositions de l'article 1843-4 du Code civil [...] visent seulement à garantir [...] la juste évaluation des droits du cédant par l'intervention d'un tiers chargé de fixer cette valeur«; Tricot et al. Nr. 1.6.

⁴⁸ Vgl. Moury Nr. 12.21: »un instrument de protection du cédant qui, notamment, ne saurait rester prisonnier de ses titres.«

⁴⁹ Vgl. Cohen, Arbitrage et société (1993) 185.

⁵⁰ So Cour de cassation, Rapport Annuel 2009, S. 394 in Erläuterung von Cass. com. 5. 5. 2009, no. 08-17.465 (oben N. 35), Bull. civ. IV, no. 61: »La chambre commerciale a, par cet arrêt, décidé que seul l'expert, dont la raison d'être est d'arbitrer afin que l'associé obligé de céder ses droits ne soit pas spolié ou exproprié, avait le pouvoir de le décider.«

⁵¹ Vgl. Moury Nr. 32.31.

⁵² Vgl. Cass. com. 7. 12. 1993, no. 91-21.795, Bull. civ. IV, no. 460: »[L]a valeur réelle des titres doit être appréciée en tenant compte de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi proche que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande«; ganz ähnlich Cass. com. 28. 1. 1992, no. 90-11.459, Bull. civ. IV, no. 44: »[P]our la perception des droits de mutation à titre de succession, la valeur de parts sociales non cotées en bourse doit être appréciée en tenant compte de tous les éléments dont l'ensemble

tungsmethoden hüllt sich der Gesetzgeber in Schweigen.⁵³ Dabei handelt es sich um eine bewusste Zurückhaltung, die der französische Justizminister auf eine parlamentarische Anfrage einmal mit der Schwierigkeit begründet hat, einheitliche Bewertungsmethoden vorzugeben, weil diese zu starr und in bestimmten Fällen kaum handhabbar wären oder gar das gesetzliche Schutzziel verfehlen könnten:

»Le législateur a laissé le soin de fixer les méthodes d'évaluation aux professionnels dont il a cherché à renforcer la compétence et l'indépendance. Selon les termes mêmes de la loi, ceux-ci effectuent les opérations dont ils sont chargés sous leur responsabilité. Ces opérations sont complexes, et il paraît difficile de fixer dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation qui seraient, dans certains cas, difficiles à appliquer ou qui pourraient aller à l'encontre du but de protection recherché.«⁵⁴

Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Anteils- oder Unternehmensbewertung hat der *Conseil constitutionnel* im Zusammenhang mit Gesetzen zur Nationalisierung (1982) und zur Privatisierung von Wirtschaftsunternehmen (1986) entwickelt.⁵⁵ Danach verlangt der Eigentumsschutz gemäß Art. 17 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789,⁵⁶ dass sich der Bewerter objektiver und etablierter Methoden bediene und dass der ermittelte Wert den wahren Verkehrswert der Gesellschaftsanteile nicht unterschreite.⁵⁷ Je nach Einzelfall seien dabei der Börsenkurs, die Aktiva, die erzielten Gewinne, die Existenz und der Wert von Tochtergesellschaften sowie die zukünftigen Ertragsaussichten zu berücksichtigen. An diesen Vorgaben orientiert sich heute die kapitalmarktrechtliche Regelung zur Abfindungsbemessung beim Ausschluss von Minderheitsaktionären (*retrait obligatoire*),⁵⁸ die einen Multi-Kriterien-Test vorsieht:

»L'évaluation des titres, effectuée selon les méthodes objectives pratiquées en cas de cession d'actifs tient compte, selon une pondération appropriée à chaque cas,

permet d'obtenir une évaluation aussi proche que possible de celle qu'aurait entraîné le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel au jour du décès.«

⁵³ Vgl. *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 882: »Le législateur a choisi le silence, il n'a pas fixé de méthode d'évaluation des parts ou actions.«

⁵⁴ Réponses ministérielles, Journal Officiel de l'Assemblée Nationale vom 18.5. 1974, S. 2171; dazu etwa *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 882; *Moury* Nr. 3290.

⁵⁵ Dazu *Charvériat* Nr. 35105; *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 886.

⁵⁶ Wörtlich heißt es dort: »Les propriétés étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.«

⁵⁷ Vgl. Cons. const. 16. 1. 1982, Rev. sociétés 1982, 132; 11. 2. 1982, ebd. 354 m. Anm. *Saint-Girons*; Cons. const. 25. und 26. 6. 1986 sowie Cons. const. 18. 9. 1986, Rev. sociétés 1986, 606 m. Anm. *Guyon*.

⁵⁸ Näher *Viandier*, OPA, OPE et autres offres publiques (2010) Nr. 2802 ff.

de la valeur des actifs, des bénéfices réalisés, de la valeur boursière, de l'existence de filiales et des perspectives d'activité.⁵⁹

Ob sich diese Leitlinien über ihren spezialgesetzlichen Anwendungsbereich hinaus auch auf gesellschaftsrechtliche Bewertungen im Rahmen des Art. 1843-4 C. civ. übertragen lassen, wird unterschiedlich beurteilt.⁶⁰

2. Deutschland

Hierzulande gehört das Recht eines Gesellschafters, bei Ausscheiden aus der Gesellschaft eine Abfindung zu erhalten, zu seinen »Grundmitgliedsrechten«. ⁶¹ Nach ständiger Rechtsprechung ist die Abfindung auf der Grundlage des wirklichen Wertes des lebenden Unternehmens einschließlich der stillen Reserven und des *goodwill* zu errechnen; ⁶² zu ermitteln ist mit anderen Worten der »volle wirtschaftliche Wert (Verkehrswert) des Geschäftsanteils«. ⁶³ Dieser ergibt sich im Allgemeinen aus dem Preis, der bei einem Verkauf des Unternehmens als Einheit erzielt würde. ⁶⁴ Zum Bewertungsverfahren enthält § 738 BGB keinerlei Hinweise, und auch die Gerichte geben keine bestimmte betriebswirtschaftliche Bewertungsmethode vor. ⁶⁵ Sie verlangen lediglich, dass die gewählte Methode dem rechtlich vorgegebenen

⁵⁹ Art. L. 433-4, II, 2. Halbsatz Code monétaire et financier; frei übersetzt: »Die Bewertung der Anteile, die nach den für die Übertragung von Vermögenswerten gängigen objektiven Methoden durchzuführen ist, berücksichtigt unter angemessener Gewichtung im Einzelfall den Wert der Vermögensgegenstände, die erzielten Gewinne, den Börsenwert, die Existenz von Tochtergesellschaften und die Geschäftsaussichten.«

⁶⁰ Befürwortend *Guyon*, Anm. zu Cons. const. 25. und 26.6. 1986 (beide oben N. 57) sowie Cons. const. 18.9. 1986 (oben N. 57), *Rev. sociétés* 1986, 609 (612): »Sans doute le Conseil a-t-il statué dans l'hypothèse particulière d'un transfert de valeurs mobilières du secteur public au secteur privé. Néanmoins ses décisions s'expriment dans des termes généraux et doivent donc se transposer aux litiges auxquels donneraient lieu des cessions intervenues entre des personnes privées. Par conséquent, malgré la difficulté de la matière, et la prudence qui est donc de mise, il semblerait souhaitable que les juges du fond recherchent si les évaluations ont été conduites selon les règles fixées par le Conseil constitutionnel et que la Cour de cassation censure les arrêts qui ne l'auraient pas fait; zurückhaltend *Moury* Nr. 32.111; sowie *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 886: »Nous serions donc tentés de limiter leur autorité vis-à-vis du juge judiciaire au domaine précis des lois qu'elles ont envisagées.«

⁶¹ BGH 16. 12. 1991, BGHZ 116, 359 (364); 27.9. 2011, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (NZG) 2011, 1420 Rz. 8.

⁶² Vgl. BGH 24. 9. 1984, NJW 1985, 192 (193); 16. 12. 1991 (vorige Note) 365.

⁶³ BGH 16. 12. 1991 (oben N. 61) 359 Leitsatz c).

⁶⁴ Vgl. BGH 21. 4. 1955, BGHZ 17, 130 (136); 24. 9. 1984 (oben N. 62) 193; 16. 12. 1991 (oben N. 61) 370.

⁶⁵ Vgl. zur Bewertung eines landwirtschaftlichen Betriebs im familienrechtlichen Zusammenhang BGH 7. 5. 1986, NJW-RR 1986, 1066 (1068): »Dabei muß es Ziel der Wertermittlung sein, das Unternehmen mit seinem »vollen, wirklichen Wert« anzusetzen. Grundsätze darüber, nach welcher Methode das im einzelnen zu geschehen hat, enthält das Gesetz nicht.«

Bewertungsziel gerecht wird.⁶⁶ Einzelbewertungsverfahren scheiden vor diesem Hintergrund regelmäßig aus, da sie das Unternehmen nicht als Einheit betrachten.⁶⁷ Gesamtbewertungsverfahren, die den Zukunftserfolgswert des Unternehmens ermitteln, sind dagegen verschiedentlich gebilligt worden. Ganz im Vordergrund steht dabei das Ertragswertverfahren,⁶⁸ welches von den Bewertungsstandards des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) empfohlen wird.⁶⁹ Diese berufsständischen Bewertungsgrundsätze wirken tief in die Praxis hinein,⁷⁰ auch wenn es sich bei ihnen nicht um Rechtsnormen handelt.⁷¹ Zur Begründung des Anspruchs auf eine »volle Abfindung« hat sich die aktienrechtliche Spruchpraxis schon früh auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG gestützt.⁷² Diese grundrechtliche Überwölbung der einfachgesetzlichen Abfindungsvorschriften (»Abfindungsverfassungsrecht«⁷³) dürfte sich auch auf die Bewertung von GmbH-Geschäftsanteilen und Anteilen an Personengesellschaften übertragen lassen.⁷⁴

⁶⁶ Vgl. *Fleischer/Maugeri* (oben N. 2) 24 (26); *K. Schmidt* § 50 IV 1 d, S. 1477; *Stilz*, Unternehmensbewertung und angemessene Abfindung, Zur vorrangigen Maßgeblichkeit des Börsenkurses, in: FS Goette (2011) 529 (535) mit N. 43: »Unternehmensbewertung ist funktional, dient also einem Bewertungszweck, der deshalb vorrangig zu klären ist.«; *Wiedemann* § 3 III 3 c aa, S. 243: »Die Bewertung hat sich an der *ratio legis*, die Schätzung am Sinn und Zweck der Abfindung zu orientieren.«

⁶⁷ Vgl. *Fleischer/Schneider/Thaten* (oben N. 2) 64.

⁶⁸ Vgl. schon BGH 24. 9. 1984 (oben N. 62) 193; zusammenfassend *Großfeld* Rz. 1078: »Die Gerichte nutzen bisher ganz überwiegend das Ertragswertverfahren«; ähnlich *Soergel (-Hadding/Kießling)*, Bürgerliches Gesetzbuch¹³ (2011) § 738 BGB Rz. 32; Münchener Kommentar zum BGB³ (-Ulmer/Schäfer) (2009) § 738 Rz. 35 (zitiert: Münch. Komm. BGB [-Ulmer/Schäfer]).

⁶⁹ Vgl. IDW S 1 i. d. F. 2008: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (2008) Rz. 111 ff.; *Baumbach/Hopt (-Hopt)* vor § 1 HGB Rz. 36.

⁷⁰ Vgl. *Großfeld* Rz. 9; *Baumbach/Hopt (-Hopt)* vor § 1 HGB Rz. 36.

⁷¹ Vgl. OLG Stuttgart 3. 4. 2012, AG 2012, 839, 841 m. w. N.

⁷² Grundlegend BVerfG 7. 8. 1962, BVerfGE 14, 263 (284) – »Feldmühle«; vertiefend BVerfG 27. 4. 1999, BVerfGE 100, 289 (305) – »DAT/Altana«; siehe zuletzt auch BGH 22. 1. 2013, ZIP 2013, 263 Rz. 16: »Ein entschädigungsloser oder nur mit einer unangemessen geringen Abfindung verbundener Ausschluss greift unzulässig in die vermögensmäßige Rechtsposition des Aktionärs ein und verstößt deshalb grundsätzlich gegen das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG und gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB.«

⁷³ *Klöhn*, Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche (2009) 77, im Anschluss an *Fleischer*, Anm. zu BVerfG vom 23. 8. 2000, DNotZ 2000, 876 (879) (»Aktienverfassungsrecht«).

⁷⁴ Vgl. Münch. Komm. GmbHG (-Fleischer) Einl Rz. 130; *ders.*, Rechtsfragen (oben N. 2) 1639 mit N. 107; ferner *Hauschild/Kallrath/Wachter (-Kallrath)*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht (2011) § 13 Rz. 344: »Mangels abweichender Satzungsregelung richtet sich die Höhe der Abfindung – schon im Hinblick auf die auf das Zivilrecht ausstrahlende Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 GG – nach dem vollen wirtschaftlichen Wert des betroffenen Geschäftsanteils (Verkehrswert).«

IV. Verhältnis zwischen Bewertungssachverständigem und Gericht

1. Frankreich

a) Benennung und Stellung des *expert*

Die Benennung des Experten nach Art. 1843–4 C. civ. obliegt grundsätzlich den Parteien. Einigen sie sich nicht, so kann jede von ihnen die Benennung durch den Vorsitzenden des erstinstanzlichen Gerichts beantragen. Das Benennungsrecht liegt nicht bei dem gesamten Spruchkörper, sondern in wörtlicher Lesart der Vorschrift allein bei dem Vorsitzenden des *tribunal*.⁷⁵ Gegen dessen Benennung steht grundsätzlich weder der *appel* noch der *pourvoi en cassation* offen.⁷⁶ Anderes gilt nur ausnahmsweise, wenn der Vorsitzende seine gesetzlichen Befugnisse überschritten hat oder wenn das betreffende Gericht unzuständig war.⁷⁷

Der Experte ist kein Sachverständiger im Sinne des französischen Zivilprozessrechts.⁷⁸ Da er kein Recht spricht, ist er auch kein Schiedsrichter,⁷⁹ sondern nach ganz herrschender Meinung Beauftragter beider Parteien (*mandataire commun des parties*).⁸⁰ Eine besondere Qualifikation schreibt das Gesetz nicht vor,⁸¹ doch wird es im Interesse aller Beteiligten liegen, eine möglichst fachkundige Person zu bestellen,⁸² in der Regel einen *expert comptable*.⁸³ Es muss sich bei ihm um einen wirklichen Dritten handeln, der von keiner der beiden Parteien abhängig ist.⁸⁴ Fehlende Unabhängigkeit oder Befangenheit stellen einen Ablehnungsgrund dar.⁸⁵ Rechtsprechung

⁷⁵ Vgl. Cass. civ. 28.3.2012, no. 10–26.531 (PB), D. 2012, 943 m. Anm. Lienhard = Bull. Joly Sociétés 2012, 573 m. Anm. Lucas; Charvériat Nr. 37530; Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami Nr. 877; Moury Nr. 22.111.

⁷⁶ Vgl. Charvériat Nr. 37535; Tricot et al. Nr. 2.3.

⁷⁷ Vgl. Charvériat Nr. 37537; Tricot et al. Nr. 2.3.

⁷⁸ Vgl. Charvériat Nr. 37480; Cozian/Viandier/Deboissy Nr. 792; Moury Nr. 31.61 und 31.81; Tricot et al. Nr. 1.5.

⁷⁹ Vgl. Charvériat Nr. 37480; eingehend Cadiet, Arbitrator, Arbitrator, Gloses et post-gloses sous l'article 1843–4 du code civil, in: Mélanges Guyon (2003) 153 (155 ff.).

⁸⁰ Vgl. Cass. com. 4.2.2004, no. 01–13.516 (PB), Bull. civ. IV, no. 23 = J. C. P. E 2004, no. 601 m. Anm. Caussain/Deboissy/Wicker = Rev. trim. civ. 2004, 310 m. Anm. Gautier = Rev. sociétés 2004, 863 m. Anm. Moury; Charvériat Nr. 37482; Cozian/Viandier/Deboissy Nr. 792; Tricot et al. Nr. 1.5; abweichend Moury Nr. 31.141 ff.

⁸¹ Vgl. Moury Nr. 21.41: »Aucune qualification requise.«

⁸² Vgl. Charvériat Nr. 37540; Moury Nr. 21.41.

⁸³ Vgl. Mousseron 199: »Il est dès lors naturel que l'évaluation soit le plus souvent confiée à des experts-comptables ou des commissaires aux comptes«; ferner Moury Nr. 21.41; zuletzt der (Werbe-)Text von Bricard, Décideurs, Oktober 2012, S. 20 unter der Überschrift »Pour l'évaluation de votre entreprise, pensez aux experts-comptables!«.

⁸⁴ Vgl. (zu Art. 1592 C. civ.) Cass. civ. 2.12.1997, no. 95–19.791, Bull. civ. I, no. 334 = Dr. sociétés 1998, no. 55 m. Anm. Bonneau = Bull. Joly Sociétés 1998, 460 m. Anm. Daigre = Rev. sociétés 1998, 332 m. Anm. Randoux; Charvériat Nr. 37545; Moury Nr. 21.61 ff.

⁸⁵ Vgl. Charvériat Nr. 37545 m. w. N.

zur persönlichen Haftung des *expert* für Pflichtverletzungen liegt bisher nicht vor;⁸⁶ die Literatur bejaht eine vertragsrechtliche Haftung gegenüber der geschädigten Partei.⁸⁷ Wer die Kosten für die *expertise* trägt, kann und sollte gesellschaftsvertraglich geregelt werden.⁸⁸ Bei einer fehlenden Vereinbarung sind sie jeweils hälftig von den Parteien zu zahlen.⁸⁹

b) Verbindlichkeit der Expertenbewertung für Gesellschafter und Gericht

Die Bewertungsentscheidung des Experten ist für die Gesellschafter grundsätzlich verbindlich.⁹⁰ Dies folgt aus der gesetzlichen Funktion des Art. 1843-4 C. civ., Streitigkeiten über den Wert der Gesellschaftsanteile ein für allemal zu beenden.⁹¹ Auch dem Gericht ist es in aller Regel nicht erlaubt, die Bewertungsentscheidung des Experten zu revidieren oder gar durch eine eigene zu ersetzen.⁹² Dies hat der Kassationshof in einem Grundsatzurteil aus dem Jahre 1987 ausgesprochen.⁹³ Die *force obligatoire* der Expertenbewertung unterstreicht noch einmal, dass der *expert* kein gerichtlicher Sachverständiger ist.⁹⁴

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Art. 1843-4 C. civ. hat die *Cour de cassation* kürzlich zurückgewiesen und von einer seit 2010 möglichen Vorlage an den *Conseil constitutionnel* in Form einer sogenannten *question prioritaire de constitutionnalité* abgesehen.⁹⁵ Die Antragsteller brachten im Wesentlichen vor, Art. 1843-4 C. civ. verstoße gegen das Prinzip rechtlichen Gehörs (*principe du contradictoire*) und sei daher nicht vereinbar mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. Der *Cour de cassation* zufolge trifft dies nicht zu, da die Vorschrift dem Experten keine Sanktions- bzw. Strafgewalt einräume und der Gewährung rechtlichen Gehörs ohnehin

⁸⁶ Vgl. *Tricot et al.* Nr. 5; siehe im Rahmen des Art. 1592 C. civ. aber Cass. com. 4. 2. 2004 (oben N. 80).

⁸⁷ Näher *Moury* Nr. 51.21.

⁸⁸ Vgl. *Tricot et al.* Nr. 3.6.

⁸⁹ So CA Rouen 25. 10. 2007, no. 06/02835, RJD A 2009, no. 119; *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 878; *Tricot et al.* Nr. 3.6: »Dans le silence des statuts, la cour d'appel de Rouen a décidé un partage égalitaire entre les parties reprenant l'idée admise par la jurisprudence que l'expert serait le mandataire commun des parties.«

⁹⁰ Vgl. *Charvériat* Nr. 37600; *Cozian/Viandier/Deboissy* Nr. 792; *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 880; *Moury* Nr. 42.21.

⁹¹ Vgl. *Moury* Nr. 42.21.

⁹² Vgl. *Charvériat* Nr. 37600; *Cozian/Viandier/Deboissy* Nr. 792; *Moury* Nr. 42.41; *Tricot et al.* Nr. 4.1.

⁹³ Vgl. Cass. com. 4. 11. 1987, no. 86-10.027, Bull. civ. IV, no. 226 = J. C. P. E 1988, no. 15212 mit Anm. *Viandier*.

⁹⁴ So *Cozian/Viandier/Deboissy* Nr. 792.

⁹⁵ Cass. com. 8. 3. 2011, no. 10-40.069 (oben N. 47).

nicht entgegenstehe.⁹⁶ Nicht Gegenstand des Verfahrens war allerdings die höchstrichterliche Spruchpraxis zum zwingenden Charakter des Art. 1843-4 C. civ.,⁹⁷ deren Verfassungsmäßigkeit manche Literaturstimmen in Zweifel ziehen.⁹⁸

c) Ausnahme: Grober Fehler

An Grenzen stößt die Verbindlichkeit der Bewertung nur dort, wo dem Experten bei der Bewertung ein grober Fehler (*erreur grossière*) unterlaufen ist.⁹⁹ Eine Definition dafür hat der Kassationshof bisher nicht entwickelt,¹⁰⁰ nach einer verbreiteten Schriftumsformel ist ein grober Fehler gegeben, wenn ihn ein Fachmann bei umsichtiger Ausführung seiner Aufgaben gewöhnlich nicht begehen würde.¹⁰¹ Bei dem Verdikt eines groben Fehlers zeigt sich die Spruchpraxis im Allgemeinen zurückhaltend.¹⁰² Bejaht worden ist er insbesondere, wenn der *expert* von einer fehlerhaften Prämisse ausgegangen ist, nämlich von der Ermittlung des Liquidationswerts bei tatsächlicher Fortführung der Gesellschaft,¹⁰³ wenn ihm Rechenfehler unterlaufen sind oder er einen wichtigen Aktivposten außer Betracht gelassen hat,¹⁰⁴ wenn er nachweislich parteiisch war,¹⁰⁵ nur ein einziges Bewertungs-

⁹⁶ Abweichend *Mortier*, L'article 1843-4 du Code civil et la question préjudicielle de constitutionnalité: Bull. Joly Sociétés 2011, 366 (368) (zitiert: L'article 1843-4 du Code civil), nach dem der *expert* schon nicht Teil der Rechtsprechung ist, so dass das Prinzip rechtlichen Gehörs von vornherein nicht anwendbar sei.

⁹⁷ Näher dazu unten VIII.

⁹⁸ In diesem Sinne *Mortier*, L'article 1843-4 du Code civil (oben N. 96) 368f., demzufolge die Rechtsprechung zu Art. 1843-4 C. civ. die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit »mit Füßen trete«. Generell zur Vorlage von Rechtsprechung als Gegenstand einer *question prioritaire de constitutionnalité* die Anmerkungen von *Coquelet*, Le non-respect du principe du contradictoire par l'expert de l'article 1843-4 du Code civil n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles: Dr. sociétés 2011, no. 103.

⁹⁹ Grundlegend Cass. com. 4. 11. 1987, no. 86-10.027 (oben N. 93).

¹⁰⁰ Vgl. *Charvériat* Nr. 37620; *Moury* Nr. 42.72: »Quoiqu'il s'agisse d'une création prétorienne, la Cour de cassation n'en a pas dessiné précisément les contours dans une définition, ce qui aurait il est vrai présenté l'inconvénient d'en figer la silhouette.«

¹⁰¹ In diesem Sinne *Viandier*, Anm. zu Cass. com. 4. 11. 1987, no 86-10.027 (oben N. 93); zuletzt etwa *Tricot et al.* Nr. 4.3: »[...] celle qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne commet pas.«

¹⁰² Vgl. *Charvériat* Nr. 37625: »[U]ne telle erreur est rarement reconnue par les tribunaux.«; Zusammenstellungen des Fallmaterials etwa bei *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 881; *Moury* Nr. 42.81 ff.; *Tricot et al.* Nr. 4.3.

¹⁰³ Vgl. Cass. com. 19. 12. 2000, no. 98-10.301, Droit & patrimoine 92 (April 2001) 110 (111) m. Anm. *Poracchia*.

¹⁰⁴ Vgl. *Cozian/Viandier/Deboissy* Nr. 792; *Tricot et al.* Nr. 4.3 unter Verweis auf Cass. com. 6. 6. 2001, no. 98-18.503, J.C.P. E 2002, no. 1292 m. Anm. *Cohen*.

¹⁰⁵ Vgl. *Cozian/Viandier/Deboissy* Nr. 792; *Tricot et al.* Nr. 4.3 unter Verweis auf Cass. com. 6. 6. 2001, no. 98-18.503 (vorige Note).

kriterium angewandt¹⁰⁶ oder sein Mandat überschritten hat, indem er eine eigene Bilanz aufstellte¹⁰⁷. Dagegen hat es die Spruchpraxis nicht als grob fehlerhaft angesehen, dass sich ein *expert* anderer Sachverständiger bedient hat, ohne deren Namen und Ansichten offenzulegen.¹⁰⁸ Nicht beanstandet wurde außerdem, dass er einen Mittelwert aus den Ergebnissen zweier verschiedener Bewertungsmethoden gebildet¹⁰⁹ oder die sog. *survaleur*-Methode angewandt hat.¹¹⁰

Liegt ausnahmsweise ein grober Fehler vor, so entfaltet der Expertenbericht keine Wirkung.¹¹¹ Das Gericht kann den groben Fehler allerdings nicht selbst berichtigen.¹¹² Vielmehr ist nach Maßgabe des Art. 1843-4 C. civ. ein neuer *expert* zu benennen. Die Entscheidung der Tatgerichte über das Vorliegen oder Fehlen eines groben Fehlers wird von der *Cour de cassation* nachgeprüft, doch ist die Kontrolldichte stark zurückgenommen.¹¹³

2. Deutschland

a) Benennung und Stellung eines Bewertungssachverständigen

Deutsche Gerichte bedienen sich regelmäßig eines Sachverständigengutachtens, wenn der Anteilswert strittig ist.¹¹⁴ Die Bestellung des Sachverständigen obliegt dem Gericht (§ 404 I 1 ZPO). Der Sachverständige wird als eine Art neutraler Richter Gehilfe tätig;¹¹⁵ das Gericht kann ihm für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen erteilen (§ 404a I ZPO). Fehlende Unabhängigkeit oder Unbefangenheit des Sachverständigen können zu seiner Ablehnung führen (§ 406 I i. V. m. §§ 41, 42 ZPO). Der gerichtlich bestellte Sachverständige steht in keiner vertraglichen Beziehung zum Gericht oder zu den Parteien;¹¹⁶ eine Deliktshaftung für Vermögensschäden durch fehler-

¹⁰⁶ Vgl. *Cozian/Viandier/Deboissy* Nr. 792.

¹⁰⁷ Vgl. *Cass. civ.* 20. 11. 2003, no. 00-22089, *Bull. civ.* I, no. 243.

¹⁰⁸ Vgl. *Cass. com.* 19. 4. 2005, no. 03-11.790 (PBR), *Bull. Joly Sociétés* 2005, 1392 m.

Anm. *Le Nabasque*.

¹⁰⁹ Vgl. *CA Paris* 14. 12. 2010, no. 09/06686.

¹¹⁰ Vgl. *CA Montpellier* 22. 6. 2010, no. 09/03047.

¹¹¹ Vgl. *Tricot et al.* Nr. 4.3.

¹¹² Vgl. *Mestre/Velardochio/Mestre-Chami* Nr. 881.

¹¹³ Vgl. *Charvériat* Nr. 37620: »La Cour exerce ces dernières années un contrôle dit «léger»; ferner *Moury* Nr. 42.101.

¹¹⁴ Vgl. BGH 16. 12. 1991 (oben N. 61) 371; 24. 9. 1984 (oben N. 62) 193; *Baumbach/Hueck (-Fastrich)* (oben N. 42) § 34 GmbHG Rz. 143; *Lutter/Hommelhoff (-Lutter)*, GmbHG¹⁸ (2012) § 34 Rz. 78; Münch. Komm. GmbHG (-Strohn) § 34 Rz. 216; *Scholz (-Westermann)* (oben N. 40) § 34 GmbHG Rz. 35.

¹¹⁵ Vgl. *Musielak (-Huber)*, ZPO⁹ (2012) § 402 Rz. 1; *Stein/Jonas (-Leipold)* vor § 402 Rz. 5.

¹¹⁶ Vgl. *Stein/Jonas (-Leipold)* vor § 402 ZPO Rz. 68.

hafte Begutachtung nach § 839a BGB trifft nur den Sachverständigen persönlich.

b) Freie Beweiswürdigung des Sachverständigengutachtens

An ein eingeholtes Bewertungsgutachten ist der Tatrichter nicht gebunden.¹¹⁷ Vielmehr muss er in eigener Verantwortung und unter Berücksichtigung des gesamten Prozessstoffes über die geschuldete Abfindung entscheiden.¹¹⁸ In diesem Rahmen unterliegt das Bewertungsgutachten gemäß § 286 ZPO seiner freien Beweiswürdigung.¹¹⁹ Er kann von ihm abweichen, muss dies aber eingehend begründen¹²⁰ und bei fehlender eigener Sachkunde notfalls ein Gegen- oder Obergutachten einholen.¹²¹ Die Entscheidung darüber, nach welchen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen die Höhe des Unternehmenswerts zu ermitteln ist, obliegt der höchstrichterlichen Rechtsprechung zufolge grundsätzlich dem Tatrichter,¹²² doch hat der Bundesgerichtshof (BGH) in Einzelfällen gleichwohl nicht gezögert, korrigierend einzugreifen.¹²³

c) Eingeschränkte Gerichtskontrolle bei Vereinbarung einer Schiedsgutachterklausel

Weniger streng fällt die gerichtliche Kontrolle aus, wenn die Parteien im Gesellschaftsvertrag oder ad hoc vereinbart haben, dass die Abfindung verbindlich durch einen sachverständigen Schiedsgutachter festgesetzt werden soll. Eine solche Vorgehensweise hat der frühere Präsident des Bundesgerichtshofs, Robert Fischer, schon in den fünfziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts in einer Urteilsanmerkung empfohlen.¹²⁴ Heute empfehlen

¹¹⁷ Vgl. Münch. Komm. GmbHG (-Strohn) § 34 GmbHG Rz. 216; allgemein *Stein/Jonas (-Leipold)* vor § 402 ZPO Rz. 15.

¹¹⁸ Vgl. Münch. Komm. GmbHG (-Strohn) § 34 GmbHG Rz. 216.

¹¹⁹ Allgemein dazu *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung⁷⁰ (2012) § 286 Rz. 52; *Zöller (-Greger)*, Zivilprozessordnung²⁹ (2012) § 402 Rz. 7a; *Stein/Jonas (-Leipold)* vor § 402 ZPO Rz. 15.

¹²⁰ Vgl. *Stein/Jonas (-Leipold)* § 286 ZPO Rz. 20.

¹²¹ Vgl. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* (oben N. 119) vor § 402 ZPO Rz. 5; *Zöller (-Greger)* (oben N. 119) § 402 ZPO Rz. 7a.

¹²² Vgl. BGH 28. 4. 1977, WM 1977, 781 (782); 13. 3. 1978, WM 1978, 401 (405); 7. 5. 1986 (oben N. 65) 1068.

¹²³ Vgl. etwa BGH 13. 3. 2006, NZG 2006, 425 (436): »Ohne Bedeutung ist auch, dass nach der Rechtsprechung des Senats die Entscheidung, nach welcher betriebswirtschaftlichen Bewertungsmethode die Höhe des Unternehmenswerts zu ermitteln ist, grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten ist. Denn im vorliegenden Fall ist es jedenfalls rechtsfehlerhaft, bei der Berechnung allein auf den Ertragswert abzustellen.«

¹²⁴ Vgl. *Fischer*, LM Nr. 7 zu § 319 BGB: »Im Regelfall liegt die Schlichtung eines Streits über die Berechnung eines Abfindungsguthabens durch ein Schiedsgutachten im Interesse

nahezu alle Formular- und Handbücher die Vereinbarung einer entsprechenden Schiedsgutachterklausel¹²⁵, die sich auch der Kostenfrage annehmen solle.¹²⁶ Eine solche Klausel ist keine Schiedsgerichtsvereinbarung gemäß §§ 1029 ff. ZPO, sondern unterliegt §§ 317 ff. BGB.¹²⁷ Infolgedessen hat das Gericht entsprechend § 319 BGB nur zu prüfen, ob die Bewertung offenbar unrichtig ist, sich also aus Sicht eines sachkundigen und unbefangenen Beobachters ergebnisrelevante Fehler aufdrängen.¹²⁸

V. Verhältnis von Rechts- und Tatfrage

1. Frankreich

In Frankreich ist die Anteilsbewertung nach Art. 1843–4 C. civ. weniger durch rechtliche Bindungen,¹²⁹ sondern vielmehr durch beträchtliche Freiheiten des *expert* geprägt.¹³⁰ Nach ständiger Rechtsprechung verfügt er über einen größtmöglichen Freiraum bei der Durchführung der Anteilsbewertung.¹³¹ Dieses Prinzip der Bewertungsfreiheit zeigt sich zunächst in der

aller Beteiligten. Das Schiedsgutachten bildet in solchen Fällen meist die zweckentsprechende Lösung, weil sie verhältnismäßig billig ist und eine schnelle und auch sachgerechte Erledigung des Streitfalls ermöglicht. Das kontradiktorische Gerichtsverfahren hat demgegenüber meist manche Nachteile, weil sich in vielen Fällen der Streit über die Berechnung des Abfindungsguthabens sinnvollerweise nur durch die Beurteilung eines Wirtschaftsprüfers entscheiden lässt.«; dazu auch BGH 3. 10. 1957, NJW 1957, 1834.

¹²⁵ Vgl. etwa *Eckardt/Hermanns (-Fleischhauer)*, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht (2011) Rz. 484f. (zitiert: Kölner Hdb. GesR [-Bearb.]); *Hauschild/Kallrath/Wachter (-Hauschild/Kallrath)* (oben N. 74) § 13 Rz. 358; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (-*Piehler/Schulte*) I³ (2009) § 76 Rz. 61 (zitiert: Münch. Hdb. GesR [-Bearb.]); aus der Spruchpraxis BGH 14. 2. 2005, NZG 2005, 394.

¹²⁶ Vgl. Münch. Hdb. GesR (-*Piehler/Schulte*) (vorige Note) § 76 Rz. 61: »Es wird empfohlen, ausdrücklich zu regeln, dass die Kosten des Schiedsgutachtens entweder zwischen den Beteiligten geteilt werden oder aber orientiert am Ergebnis des Gutachtens zwischen den Beteiligten verteilt werden.«

¹²⁷ Vgl. *Baumbach/Hopt (-Hopt)* § 131 HGB Rz. 53; *K. Schmidt* § 50 IV 1 d, S. 1478.

¹²⁸ Vgl. BGH 14. 7. 1986, NJW-RR 1987, 21 (22); zuvor bereits BGH 3. 10. 1957 (oben N. 124) 1834; ferner *Soergel (-Hadding/Kießling)* (oben N. 68) § 738 BGB Rz. 43; Münch. Komm. GmbHG (-*Strohn*) § 34 GmbHG Rz. 216.

¹²⁹ Dies betonend schon *Guyon* (oben N. 60) 609: »Habituellement le législateur et les tribunaux considèrent que ces évaluations sont des questions plus techniques que juridiques, qui relèvent donc du domaine de l'expertise [...]«

¹³⁰ Vgl. *Cozian/Deboissy/Viandier* Nr. 792: »la totale liberté de l'expert«; *Tricot et al.* Nr. 3.5.1: »L'examen des arrêts des cours d'appel et de la Cour de cassation montre que la jurisprudence réaffirme de façon constante la liberté de l'expert désigné dans le cadre de l'article 1843-4 du code civil pour retenir les critères et méthodes d'évaluation de son choix.«

¹³¹ Vgl. Cass. com. 19. 4. 2005, no. 03-11.790 (oben N. 108), Bull. Joly Sociétés 2005, 1393 m. Anm. *Le Nabasque*: »[L]es experts ont toute latitude pour déterminer la valeur des actions selon les critères qu'ils jugent opportuns«; *Charvériat* Nr. 37595; *Tricot et al.* Nr. 3.5.1.

Auswahl der Bewertungsmethoden: »Seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits sociaux.«¹³² Es zeigt sich darüber hinaus in der Möglichkeit des *expert*, sich über gesellschaftsvertragliche Vorgaben zu den Bewertungsmethoden hinwegzusetzen, wenn er dies für zweckmäßig hält.¹³³ Und es zeigt sich schließlich in der völligen Weisungsunabhängigkeit gegenüber gerichtlicher Einflussnahme.¹³⁴

Vor diesem Hintergrund hat sich die *Cour de cassation* im Rahmen des Art. 1843-4 C. civ. bisher mit Ausführungen zu den angewandten Bewertungsmethoden zurückgehalten.¹³⁵ Gewisse Leitlinien enthält die steuerliche Bewertungspraxis¹³⁶: Zum einen haben die französischen Steuerbehörden in diesem Bereich einen zuletzt im Jahre 2006 aktualisierten Leitfaden herausgegeben;¹³⁷ zum anderen gibt es eine reichhaltige Rechtsprechung der Zivilgerichte, die für Streitigkeiten über Stempel- und Verkehrssteuern zuständig sind. Ein Praktiker-Handbuch hat aus dieser Rechtsprechung vier Prinzipien für die Bewertung nicht börsennotierter Unternehmen abgeleitet: (a) Vorrang der Vergleichsmethode, solange der Vergleich strengen Objektivitäts- und Relevanzkriterien genügt; (b) kein alleiniger Rückgriff auf den als Einzelbewertungsverfahren konzipierten *valeur mathématique*; (c) Kombination dieses Bewertungsverfahrens mit anderen Methoden; (d) Berücksichtigung der Ertragsaussichten des Unternehmens zum maßgeblichen Bewertungszeitpunkt.¹³⁸ Allerdings vermögen diese steuerrechtlichen Vorgaben grundsätzlich an der Methodenfreiheit des *expert* im Rahmen gesellschaftsrechtlich veranlasster Bewertungen nichts zu ändern. Ein schmales Einfallstor bietet allein die schon erwähnte Figur des groben Bewertungsfehlers,¹³⁹ die der Kassationshof jüngst bei der Bestimmung des Bewertungszeitpunkts fruchtbar gemacht hat.¹⁴⁰ Im Schrifttum gibt es einzelne Stimmen, die für eine stärkere rechtliche Vorstrukturierung der Bewertungsentscheidung eintreten.¹⁴¹

¹³² Cass. com. 5. 5. 2009, no. 08-17.465 (oben N. 35).

¹³³ Vgl. Cass. com. 4. 12. 2007, no. 06-13.912 (PB), J. C. P. E 2008, no. 2001 m. Anm. *Grimaldi/Netto* = J. C. P. E 2008, no. 1159 m. Anm. *Hovasse* = Bull. Joly Sociétés 2008, 216 m. Anm. *Lucas* = Dr. sociétés 2008, no. 23 m. Anm. *Mortier* = Rev. sociétés 2008, 341 m. Anm. *Moury* = Revue trimestrielle de droit financier (RTDF) 2008, Nr. 1, S. 65 m. Anm. *Porachia*; *Tricot et al.* Nr. 3.5.1; zur Vorsicht mahrend aus den Reihen der *experts-comptables* aber *Fournier/Loeper*, L'article 1843-4 du code civil: bombe à retardement lors d'évaluation à dire d'expert de titres de société?: *Experts* 2009, Nr. 2, S. 8 (12).

¹³⁴ Vgl. *Charvériat* Nr. 37532; *Le Cannu/Dondero* (oben N. 11) Nr. 542.

¹³⁵ Vgl. *Tricot et al.* Nr. 3.5.2.

¹³⁶ Vgl. *Charvériat* Nr. 35110; *Mestre/Velardochio/Mestre-Chami* Nr. 863.

¹³⁷ *Direction générale des impôts*, L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés (2007).

¹³⁸ Vgl. *Charvériat* Nr. 35122.

¹³⁹ Vgl. oben IV 1 c.

¹⁴⁰ Näher unten VI 1.

¹⁴¹ Grundlegend *Mousseron* 199: »Il convient cependant d'observer un contraste entre la

2. Deutschland

Hierzulande ist die Bestimmung der Abfindung bei gesellschaftsrechtlich geprägten Bewertungsanlässen nicht nur eine Tat-, sondern vorrangig eine Rechtsfrage,¹⁴² deren Beurteilung der Richter infolgedessen nicht dem gerichtlichen Sachverständigen überlassen darf.¹⁴³ Zu den Rechtsgrundsätzen, die dem Bewertungssachverständigen heteronom vorgegeben sind, gehören etwa der Grundsatz der indirekten Anteilsbewertung,¹⁴⁴ der Bewertungsstichtag,¹⁴⁵ die (Nicht-)Berücksichtigung bestimmter Bewertungsabschlüsse,¹⁴⁶ die Behandlung des Liquidationswertes als Wertuntergrenze¹⁴⁷ und die Teilhabe an Verbundvorteilen.¹⁴⁸ In diesem Sinne kann man von einer *rechtsgeleiteten* oder *rechtsgeprägten* Anteils- und Unternehmensbewertung sprechen.¹⁴⁹

méticulosité de l'appréhension des éléments comptables et financiers et le caractère parfois rudimentaire de la prise en compte des facteurs juridiques»; unter Bezugnahme auf ihn auch *Mestre/Velardochio/Mestre-Chami* Nr. 883: »On peut penser également, dans l'évaluation des droits sociaux, à tenir compte de facteurs juridiques«; ferner *Mourry* Nr. 32.92.

¹⁴² Eingehend *Fleischer*, Die Barabfindung außenstehender Aktionäre nach den §§ 305 und 320b AktG – Stand-alone-Prinzip oder Verbundberücksichtigungsprinzip?: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1997, 368 (374 ff.) (zitiert: Barabfindung); *Hüttemann*, Rechtliche Vorgaben für ein Bewertungskonzept: Die Wirtschaftsprüfung (WPg) 2007, 812 f.

¹⁴³ Vgl. *Fleischer*, Rechtsfragen 1642: »Rechtsprechung und Rechtslehre haben ihre frühere Auffassung, wonach man Fragen der Unternehmensbewertung den »Fachleuten« überlassen solle, längst revidiert. Inzwischen herrscht allenthalben die Überzeugung vor, dass Bewertungsprobleme, wo immer sie Rechtsfolgen auslösen, auch Rechtsprobleme sind«; ähnlich *Hüttemann*, Die angemessene Barabfindung im Aktienrecht, in: FS Hoffmann-Becking (2013) 603; *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008) 417: »Letztlich ist aber nicht die Betriebswirtschaftslehre ausschlaggebend; die einschlägigen rechtlichen Erwägungen geben dem Bewerter die Bewertungsziele vor. Es geht in diesem Sinne um die Ermittlung von »Normwerten«. Die Bewertung muss daher nicht realitätsgerecht sein, sondern rechtsrichtig [...]«.

¹⁴⁴ Vgl. OLG Köln 26.3.1999, NZG 1999, 1222 (1224); *Baumbach/Hopt (-Hopt)* § 131 HGB Rz. 49; *Hüttemann* (oben N. 142) 812, 815; *Kühner*, Unternehmensbewertung: Tatsachenfrage oder Rechtsfrage?: WPg 2007, 825 (829 f.); *Palandt (-Sprau)* § 738 BGB Rz. 5; *Wiedemann* § 3 III 3 c, S. 241: »Theorie: Tortenschnitte«.

¹⁴⁵ Vgl. *Großfeld* Rz. 309 ff.; *K. Schmidt* § 50 IV 1 d, S. 1477.

¹⁴⁶ Vgl. *Fleischer*, Rechtsfragen 1635 ff. m. w. N.

¹⁴⁷ Vgl. *Fleischer/Schneider*, Der Liquidationswert als Untergrenze der Unternehmensbewertung bei gesellschaftsrechtlichen Abfindungsanprüchen: Deutsches Steuerrecht: (DStR) 2013; *Baumbach/Hopt (-Hopt)* § 131 HGB Rz. 49.

¹⁴⁸ Vgl. *Fleischer*, Barabfindung (oben N. 142) 378 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *Adolff* (oben N. 45) 4; *Fleischer*, Rechtsfragen 1636; *Großfeld* Rz. 169 ff.; *Hüttemann* (oben N. 143) 603; *K. Schmidt* § 50 IV 1 d, S. 1477: »Erst wenn das Bewertungsziel feststeht, hilft der Blick auf die Bewertungsmethoden weiter, und dann zeigt sich, dass das Recht doch zwischen »richtigen« und »falschen« Methoden zu unterscheiden weiß.«

VI. Bewertungszeitpunkt

1. Frankreich

Gesetzliche Regelungen zum Bewertungszeitpunkt finden sich nur vereinzelt.¹⁵⁰ Nach einer Entscheidung des Kassationshofs aus dem Jahre 2010 ist das maßgebliche Datum in Ermangelung einer gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung so nahe wie möglich an die tatsächliche Gewährung der Vergütung des Anteils zu rücken.¹⁵¹ Verkennt der *expert* diesen Bewertungszeitpunkt, so begeht er nach einem aktuellen Urteil des Kassationshofs vom Januar 2013 einen groben Fehler, mit der Folge, dass seine Bewertung nicht verbindlich ist.¹⁵² Die Spruchpraxis prüft damit den Bewertungszeitpunkt wesentlich strenger als die Bewertungsentscheidung des *expert* im Übrigen. Bemerkenswert ist weiterhin, dass die Entscheidungsformel des aktuellen Urteils keinen Hinweis mehr auf die Möglichkeit einer abweichenden gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung enthält,¹⁵³ was im Schrifttum unterschiedlich gedeutet wird.¹⁵⁴

2. Deutschland

Im deutschen Personengesellschaftsrecht ist beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen gemäß § 738 I 2 BGB grundsätzlich der Zeitpunkt des Ausscheidens maßgeblich.¹⁵⁵ Bei der Ausschließung eines Gesellschafters kommt es dagegen nach § 140 II HGB ausnahmsweise auf die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkt an, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist.¹⁵⁶ Im GmbH-Recht richtet sich der Bewertungsstichtag für die Abfindungsberechnung nach dem zugrunde liegenden Vorgang: Bei der

¹⁵⁰ Vgl. etwa Art. 1870-1 C. civ. für den Abfindungsanspruch des Erben einer *société civile*: »La valeur de ces droits sociaux est déterminée au jour du décès dans les conditions prévues à l'article 1843-4.«

¹⁵¹ Vgl. Cass. civ. 4. 5. 2010, no. 08-20.639, Bull. Joly Sociétés m. Anm. *Lucas*: »[...] qu'en l'absence de dispositions statutaires, la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits.«

¹⁵² Vgl. Cass. com. 15. 1. 2013, no. 12-11.666 (PB) (oben N. 4).

¹⁵³ Vgl. Cass. com. 15. 1. 2013, no. 12-11.666 (PB) (oben N. 4): »[L]a valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits.«

¹⁵⁴ Für die Zulässigkeit einer Parteivereinbarung über den Bewertungszeitpunkt *Mortier*, Article 1843-4: l'erreur grossière (oben N. 9); dagegen *Dondero*, Date d'évaluation des droits sociaux en cas de retrait d'un associé: J. C. P. E 2013, no. 1129.

¹⁵⁵ Vgl. BGH 20. 10. 2003, DStR 2004, 97 (98); *Soergel (-Hadding/Kießling)* (oben N. 68) § 738 BGB Rz. 29; *Baumbach/Hopt (-Hopt)* § 131 HGB Rz. 50; *K. Schmidt* § 50 IV 1 d, S. 1475 f.; *Palandt (-Sprau)* § 738 BGB Rz. 3.

¹⁵⁶ Vgl. *Baumbach/Hopt (-Hopt)* § 140 HGB Rz. 26; *K. Schmidt* § 50 IV 1 d, S. 1476.

Einziehung des Geschäftsanteils ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens abzustellen;¹⁵⁷ bei der Ausschließung kommt es entsprechend § 140 II HGB auf den Zeitpunkt der Klageerhebung an,¹⁵⁸ im Falle der Ausschließung durch Gesellschafterbeschluss auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung;¹⁵⁹ beim Austritt ist der Zugang der Austrittserklärung maßgeblich.¹⁶⁰ Den Parteien steht es frei zu vereinbaren, dass auch Entwicklungen nach dem jeweiligen Bewertungsstichtag berücksichtigt werden sollen.¹⁶¹

VII. Bewertungsabschläge

1. Frankreich

Abschläge (*décotes, abatements*) spielen in Frankreich bisher vor allem bei der steuerrechtlichen Bewertung eine Rolle.¹⁶² So hat die *Cour de cassation* implizit einen Fungibilitätsabschlag (*décote d'illiquidité*) von bis zu 25% gebilligt, der die erschwerte Wiederverkaufsmöglichkeit von Aktien einer nicht börsennotierten Gesellschaft widerspiegelt.¹⁶³ Zurückhaltender zeigt sich insoweit allerdings der schon erwähnte Leitfaden der französischen Steuerbehörden.¹⁶⁴ Auch Minderheitsabschläge (*décote de minorité*) sollen diesem Leitfaden zufolge nur in Ausnahmefällen Anwendung finden.¹⁶⁵ Abschläge für den Verlust von Schlüsselpersonen (*décote de disparition de l'homme-clef*) finden dagegen einen Anhalt in Art. 764A Code général des impôts.¹⁶⁶

Gesellschaftsrechtlich gebietet Art. 1843-4 C. civ. gegenwärtig wohl keine Bewertungsabschläge, weil der *expert* über einen größtmöglichen Bewertungsfreiraum verfügt und unterbliebene Abschläge keinen groben Fehler darstellen.¹⁶⁷ Einem Minderheitsabschlag könnte zudem der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz entgegenstehen, der von verschiedenen Autoren im Rahmen des Art. 1843-4 C. civ. geradezu emphatisch

¹⁵⁷ Vgl. BGH 28. 4. 1977 (oben N. 122) 783; *Lutter/Hommelhoff (-Lutter)* (oben N. 114) § 34 GmbHG Rz. 78.

¹⁵⁸ Vgl. BGH 1. 4. 1953, BGHZ 9, 157 (176); 17. 2. 1955, BGHZ 16, 317 (322).

¹⁵⁹ Vgl. Münch. Komm. GmbHG (-*Strohn*) § 34 GmbHG Rz. 215.

¹⁶⁰ Vgl. Münch. Komm. GmbHG (-*Strohn*) § 34 GmbHG Rz. 215.

¹⁶¹ Vgl. OLG Köln 26. 3. 1999 (oben N. 144) 1226; *Großfeld* Rz. 322.

¹⁶² Eingehend *Charvériat* Rz. 35895 ff.; außerdem *Mousseron* 200 ff.

¹⁶³ Vgl. Cass. com. 8. 2. 2000, no. 97-17.307, *Revue de jurisprudence fiscale* 2000, 5, no. 717.

¹⁶⁴ Vgl. *Direction générale des impôts* (oben N. 137) 105 f.; kritisch dazu *Charvériat* Nr. 35910.

¹⁶⁵ Dazu *Direction générale des impôts* (oben N. 137) 108 f.; kritisch *Charvériat* Nr. 35920 f.

¹⁶⁶ Dazu auch *Charvériat* Nr. 35985.

¹⁶⁷ Dies einräumend auch *Mousseron* 203.

beschworen wird.¹⁶⁸ Gleichwohl halten sich Gegenstimmen, die auch im Gesellschaftsrecht Bewertungsabschläge aus Rechtsgründen für angezeigt halten und sich dabei nicht zuletzt auf US-amerikanische Vorbilder berufen.¹⁶⁹

2. Deutschland

In Deutschland kommt die Diskussion über Bewertungsabschläge erst allmählich in Gang. Fungibilitätsabschläge in geschlossenen Gesellschaften werden mehrheitlich abgelehnt:¹⁷⁰ Sie verstoßen zwar nicht gegen das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot, doch stehen ihnen der Grundsatz indirekter Anteilsbewertung sowie die Erwägung entgegen, dass ein ausscheidender Gesellschafter nicht mit dem Illiquiditätsrisiko aufgrund eines fremdinduzierten Ausscheidens belastet werden darf.¹⁷¹ Minderheitsabschläge scheiden nach herrschender Meinung ebenfalls aus Rechtsgründen aus, weil sie dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der sog. Liquidationshypothese des § 738 I 2 i. V. m. § 734 BGB (quotale Teilhabe am Liquidationserlös) zuwiderlaufen.¹⁷² Abschläge für Schlüsselpersonen verstoßen dagegen weder gegen das Gleichbehandlungsgebot noch gegen den Grundsatz indirekter Anteilsbewertung. Vielmehr handelt es sich bei ihnen um Korrekturposten auf Unternehmensebene (*entity level discounts*), indem personenbezogene Erfolgsbeiträge des ausscheidenden Gesellschafters bei der zukünftigen Erfolgsplanung im Zähler des Bewertungskalküls unberücksichtigt bleiben. Sie sind bei sorgfältiger Begründung durch den Bewertungssachverständigen rechtlich statthaft.¹⁷³

¹⁶⁸ Vgl. *Tricot et al.* Nr. 1.3: »Chacun a contribué pour un certain montant à la constitution du capital de la société; chacun doit être traité de façon identique lorsqu'en se retirant de la société, il reçoit sa part de l'entreprise commune.«

¹⁶⁹ Namentlich *Mousseron* 203: »Les tribunaux américains ont par ailleurs mis sur point depuis plusieurs années une jurisprudence plus affinée qu'en France en matière de facteurs juridiques d'évaluation«; aufgeschlossen auch *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 883. Die Rechtslage in den Vereinigten Staaten stellt sich allerdings bei Lichte besehen differenzierter dar; näher *Fleischer*, Bewertungsabschläge (oben N. 2) 223 ff.

¹⁷⁰ Vgl. OLG Köln 26. 3. 1999 (oben N. 144) 1227; *Großfeld* Rz. 1046 ff.

¹⁷¹ Näher *Fleischer*, Rechtsfragen 1637 ff.

¹⁷² Vgl. OLG Köln 26. 3. 1999 (oben N. 144) 1227; *Großfeld* Rz. 948; *Baumbach/Hopt (-Hopt)* § 131 HGB Rz. 49; Münch. Komm. GmbHG (-*Reichert/Weller*) § 14 Rz. 23.

¹⁷³ Näher *Fleischer*, Rechtsfragen 1639 ff.

VIII. Disponibilität der Abfindungsregelung

1. Frankreich

»La valorisation des droits sociaux est une chose trop sérieuse pour la confier aux associés«,¹⁷⁴ heißt es in einem aktuellen Zeitschriftenbeitrag zur gesellschaftsrechtlichen Anteilsbewertung. Diese süffisante Bemerkung zielt auf die Einordnung des Art. 1843-4 C. civ. als zwingendes Recht (*disposition d'ordre public*),¹⁷⁵ die seit einem *arrêt de principe* des Kassationshofs aus dem Jahre 2007 die Rechtspraxis dominiert¹⁷⁶ und trotz kritischer Literaturstimmen¹⁷⁷ kurz darauf noch einmal bestätigt worden ist.¹⁷⁸ Sie hat zur Folge, dass sich der *expert* ohne Weiteres über gesellschaftsvertragliche und außerstatutarische Vereinbarungen in Bewertungsfragen hinwegsetzen darf.¹⁷⁹ Kritiker sehen hierin einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Vertragsfreiheit¹⁸⁰ und verweisen darauf, dass es bei entsprechenden Partevereinbarungen über die Anteilsbewertung schon an einer *contestation* im Sinne des Art. 1843-4 C. civ. fehle.¹⁸¹ Zuletzt haben Praktiker unverhohlen mit der Wahl eines ausländischen Gesellschaftsrechts gedroht, um den Kassationshof zu einer Änderung seiner Rechtsprechung zu bewegen.¹⁸² Für die *société civile professionnelle* und die *société d'exercice libéral* hat nunmehr der Gesetzgeber das Heft in die Hand genommen: Hier können die Gesellschafter fortan gesellschaftsvertraglich verbindliche Regeln für die Anteilsbewer-

¹⁷⁴ So die Aufsatzüberschrift von *Dondero* (oben N. 4).

¹⁷⁵ Vgl. *Merle/Fauchon* (oben N. 11) Nr. 324; *Moury* Nr. 12.31; *Tricot et al.* Nr. 1.3.

¹⁷⁶ Vgl. *Cass. com.* 4. 12. 2007, no. 06-13.912 (oben N. 133).

¹⁷⁷ Besonders pointiert *Mortier*, *L'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du Code civil*: *Dr. sociétés* 2008, no. 23: »[I]a portée de l'arrêt du 4 décembre est redoutable et devrait faire l'effet d'une véritable bombe à retardement sur nombre d'accords. [...] Nous doutons que la Cour de cassation ait bien mesuré l'effet dévastateur de sa jurisprudence.«

¹⁷⁸ Vgl. *Cass. com.* 5. 5. 2009, no. 08-17.465 (oben N. 35).

¹⁷⁹ Einzelnachweise in N. 133.

¹⁸⁰ Vgl. *Dondero* (oben N. 4); *Mortier*, *L'article 1843-4 du Code civil* (oben N. 96) 368 f.

¹⁸¹ Vgl. *Mestre/Velardochio/Mestre-Chami* Nr. 876: »Lorsque des associés ont accepté une clause d'évaluation, statutaire ou extrastatutaire, ils ont bien, par hypothèse, donné leur accord à son application ultérieure et, dès lors, on ne saurait admettre qu'il y ait place ensuite ici pour une «contestation» au sens de l'article 1843-4 du Code civil.«

¹⁸² In diesem Sinne *Dammann/Thillaye*, *Application controversée de l'article 1843-4 du code civil aux pactes extrastatutaires*: *Revue Lamy droit des affaires* 2013, Nr. 80, S. 10 (12): »La généralisation de l'article 1843-4 du code civil aux pactes extrastatutaires est susceptible de porter gravement atteinte à la sécurité juridique et pourrait même ouvrir la porte à la mauvaise foi d'actionnaires désireux de bénéficier d'une seconde chance. Dès lors, il est à craindre que les acteurs économiques choisissent un droit étranger garantissant la sécurité juridique des transactions.«

tung festlegen.¹⁸³ Als Vorbild diente Art. L. 227-18 C. com., der Gleiches schon bisher für die *société par actions simplifiées* vorsah.¹⁸⁴

2. Deutschland

Hierzulande sind die Vorschriften der § 738 I 2 und 3, §§ 739, 740 BGB nachgiebigen Rechts.¹⁸⁵ Abweichende Vereinbarungen in Personen- und GmbH-Gesellschaftsverträgen sind daher grundsätzlich zulässig und in der Kautelarpraxis weit verbreitet.¹⁸⁶ Sie sollen in der Regel gerichtliche Streitigkeiten und aufwendige Begutachtungen des Unternehmenswertes vermeiden sowie die Gesellschaft vor zu hohem Kapitalabfluss schützen,¹⁸⁷ beeinflussen aber mitunter schon das Verhalten im Vorfeld einer Auseinandersetzung: Ein Gesellschafter wird sich bei einer ungünstigen Abfindungsklausel hüten, eine Kündigung auszusprechen, weil er sich damit um einen wesentlichen Teil seines Vermögens bringen würde.¹⁸⁸ Geregelt werden können insbesondere die Art und Weise, die Höhe und der Zeitpunkt der Abfindung.¹⁸⁹ Grenzen zieht die Rechtsprechung der Gestaltungsfreiheit in einem zweistufigen Verfahren: Zum einen übt sie gemäß § 138 BGB eine auf den Abschlusszeitpunkt bezogene Wirksamkeitskontrolle aus, wenn eine Abfindungsklausel einen Gesellschafter grob benachteiligt oder Gläubiger diskriminiert; zum anderen nimmt sie gemäß § 242 BGB eine auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Abfindungsbeschränkung bezogene Ausübungskontrolle vor, wenn dem Ausscheidenden das Festhalten an einer Abfindungsklausel wegen veränderter Wirtschaftsverhältnisse nicht mehr zugemutet werden kann.¹⁹⁰ Spruchpraxis und Schrifttum zu diesem »beson-

¹⁸³ Näher *Monsérié-Bon*, Cession des droits sociaux d'une SCP ou d'une SEL: Dr. sociétés 2013, no. 3.

¹⁸⁴ Wörtlich heißt es dort: »Si les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions [...] ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil.«

¹⁸⁵ Vgl. *Soergel (-Hadding/Kießling)* § 738 BGB Rz. 1; Münch. Komm. BGB (-Ulmer/Schäfer) § 738 BGB Rz. 12 (beide oben N. 68); *Wiedemann* § 3 III 3 c bb, S. 244 ff.

¹⁸⁶ Vgl. Kölner Hdb. GesR (-Fleischhauer) (oben N. 125) Rz. 484f.; *Hauschild/Kallrath/Wachter (-Hauschild/Kallrath)* (oben N. 74) Rz. 358; ausführlich zu einzelnen Abfindungsklauseln *Leitzen*, Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften und GmbHs – Aktuelle Entwicklungen und Auswirkungen der Erbschaftsteuerreform: RNotZ 2009, 315 (316ff.); Münch. Komm. GmbHG (-Strohn) § 34 GmbHG Rz. 244 ff.

¹⁸⁷ Vgl. *K. Schmidt* § 50 IV 2 b, S. 1483; *Palandt (-Sprau)* § 738 BGB Rz. 7; *Wiedemann* § 3 III 3 c bb, S. 245.

¹⁸⁸ Vgl. *Wiedemann* § 3 III 3 c bb, S. 245; ähnlich *Baumbach/Hopt (-Hopt)* § 131 HGB Rz. 58.

¹⁸⁹ Vgl. *Palandt (-Sprau)* § 738 BGB Rz. 7.

¹⁹⁰ Vgl. BGH 16. 12. 1991 (oben N. 61) 359 (GmbH); 20. 9. 1993, BGHZ 123, 281 (KG); 13. 6. 1994, BGHZ 126, 226 (GmbH); eingehend dazu auch *Henze*, Einschränkung und Aus-

ders charakteristischen Problem der Privatautonomie im Verbandsrecht«¹⁹¹ sind inzwischen Legion und können hier nicht näher entfaltet werden.¹⁹²

IX. Vergleichende Gegenüberstellung

Eine vergleichende Gegenüberstellung der Bewertungsregime diesseits und jenseits des Rheins fördert zahlreiche Unterschiede, aber auch manche Gemeinsamkeiten zutage.

1. Divergenzen

Konzeptionell liegen die größten Unterschiede in der Rollenverteilung zwischen Bewertungssachverständigem und Richter: Das französische Gesellschaftsrecht legt die Anteilsbewertung nahezu vollständig in die Hände des *expert*, der über größtmögliche Freiheiten verfügt und die Höhe des Abfindungsanspruchs verbindlich festlegt. Demgegenüber hat nach deutschem Recht der Richter das »letzte Wort«. Zwar ist auch er auf betriebswirtschaftlichen Sachverstand angewiesen, doch stehen die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben nicht zur Disposition des Bewertungssachverständigen. Dieser hat den Richter vielmehr bei der sachverhaltsspezifischen Auswahl und Anwendung der Bewertungsmethoden zu unterstützen.¹⁹³

Verstärkt wird diese gesetzliche Vorprägung noch durch das Verfassungsgebot der »vollen Abfindung«¹⁹⁴ gemäß Art. 14 I GG, das zu den stilprägenden Elementen des deutschen Bewertungsrechts gehört. In Frankreich hat sich eine solche »constitutionnalisation«¹⁹⁵ auf der Grundlage von Art. 17 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 dagegen nur in Randbereichen Bahn gebrochen, nämlich im Zusammenhang mit der Nationalisierung und Privatisierung von Wirtschaftsunternehmen.

Eine dritte markante Abweichung liegt in der unterschiedlich weit gediehenen Standardisierung der Unternehmensbewertung durch die berufsständischen Verbände. In Deutschland hat das IDW Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen entwickelt und ständig verfeinert, die

schluss des Abfindungsanspruchs des Personengesellschafters in der Rechtsprechung des BGH, in: FS K. Schmidt (2009) 619 ff.

¹⁹¹ K. Schmidt § 50 IV 2 c, S. 1484.

¹⁹² Vertiefend etwa Baumbach/Hopt (-Hopt) § 131 HGB Rz. 64 ff.; K. Schmidt § 50 IV 2 c, S. 1484 ff.; Wiedemann § 3 III 3 c bb, S. 244 ff.

¹⁹³ Vgl. BGH 7. 5. 1986 (oben N. 65) 1068: »[Die Bewertungsmethoden] sachverhaltsspezifisch auszuwählen und anzuwenden, ist Sache des – sachverständig beratenen – Tatrichters.«

¹⁹⁴ BVerfG 7. 8. 1962 (oben N. 72) 284.

¹⁹⁵ Guyon (oben N. 60) 609.

einen enormen Einfluss auf die gerichtliche Praxis ausüben.¹⁹⁶ Zwar werden die Gerichte nicht müde zu betonen, dass es sich bei diesen Grundsätzen nicht um bindende Rechtsnormen, sondern nur um Expertenauffassungen aus dem Kreis der Wirtschaftsprüfer handle.¹⁹⁷ Dennoch entnehmen sie ihnen häufig die streitentscheidende Aussage.¹⁹⁸ In Frankreich sind berufsständische Bewertungsstandards von ähnlicher Dominanz und Prägekraft unbekannt, auch wenn der *ordre des experts-comptables* im Juni 2012 einen ausführlichen Bewertungsleitfaden veröffentlicht hat.¹⁹⁹ Dieser hält sich ausweislich seiner Präambel mit normativen Aussagen weitgehend zurück²⁰⁰ und hegt im Gegensatz zum IDW-Standard, der sich unzweideutig zum Ertragswertverfahren bekennt,²⁰¹ gewisse Sympathien für einen Multi-Kriterien-Ansatz.²⁰²

Schließlich unterscheiden sich das französische und deutsche Bewertungsrecht diametral in ihrer Grundhaltung gegenüber privatautonomem Abfindungsvereinbarungen: Art. 1843–4 C. civ. stärkt im Interesse des Minderheitenschutzes die Unabhängigkeit des *expert* und erlaubt ihm sogar, sich über gesellschaftsvertragliche oder außerstatutarische Abreden der Parteien hinwegzusetzen: Er ist gleichsam der Bewertungs-Souverän. Demgegenüber lässt § 738 BGB den Gesellschaftern breiten Raum zur Vereinbarung einer maßgeschneiderten Abfindungsregelung im Einzelfall, wie dies auch international üblich ist.²⁰³

¹⁹⁶ Einzelnachweise oben N. 70.

¹⁹⁷ Siehe oben N. 71.

¹⁹⁸ Dazu bereits *Fleischer/Schneider/Thaten* (oben N. 2) 74 m. w. N.

¹⁹⁹ *Ordre des experts-comptables*, Mission d'évaluation, Guide pratique (édition 2012).

²⁰⁰ Vgl. *Ordre des experts-comptables* (vorige Note) 5: »Ce guide n'a pas de caractère normatif, étant observé que d'autres instituts tels que l'institut canadien des experts en évaluation d'entreprise, proposent un référentiel normatif et que l'IVSC (International Valuation Standards Council) réfléchit également à des standards internationaux.«

²⁰¹ Siehe oben N. 69.

²⁰² Vgl. *Ordre des experts-comptables* (oben N. 199) 34: »D'une façon générale, il est conseillé de ne pas s'en tenir à une seule méthode, même si souvent une méthode a un rôle prédominant dans la détermination finale de la valeur qui sera retenue, et de comparer les résultats de plusieurs approches (méthode multicritère)«; dies empfehlen zur Vermeidung einer vertragsrechtlichen Haftung auch *Fournier/Loeper* (oben N. 133) 10.

²⁰³ Zum privatautonomem Gestaltungsspielraum bei nichtbörsennotierten Gesellschaften in Italien *Fleischer/Maugeri* (oben N. 2) 32; zur Rechtslage in England und den Vereinigten Staaten *Schmolke*, *Expulsion and Valuation Clauses – Freedom of Contract vs. Legal Paternalism in German Partnership and Close Corporation Law: European Company and Financial Law Review* (ECFR) 2012, 380 (398 f.).

2. Konvergenzen

Die Gemeinsamkeiten beginnen mit dem jeweils höchstrichterlich vorgegebenen Ziel, dem ausscheidenden Gesellschafter den wahren Wert (*valeur réelle*) seiner verlorenen Mitgliedschaft zu verschaffen. Geboten ist also kein Ausgleich zwischen seinen Interessen und denen der restlichen Gesellschafter, sondern eine volle Abfindung ohne jede Einschränkung.²⁰⁴

Übereinstimmung herrscht überdies in dem Bestreben, eine rechtsformübergreifende Regelung für das Bewertungsproblem zu etablieren. Insoweit ist das französische Gesellschaftsrecht mit seinem im »Allgemeinen Teil« (*dispositions générales*) angesiedelten Art. 1843-4 C. civ. weiter entwickelt als das deutsche Recht mit seiner »Grundnorm« in § 738 BGB. Nachholbedarf besteht hierzulande vor allem im GmbH-Recht, wo sich – ungeachtet aller Vorteile eines schlanken Statuts – die Aufnahme einer ausdrücklichen Abfindungsregelung in den Gesetzestext empfiehlt.

Keine der beiden Rechtsordnungen hat bisher – anders etwa als das italienische Recht²⁰⁵ – den Versuch unternommen, die gängigen betriebswirtschaftlichen Bewertungsmethoden in Gesetzesform zu gießen. Gesetzliche Wertfindungsmodelle begegnen nur (aber immerhin) in speziellen Regelungszusammenhängen, in Frankreich im Kapitalmarkt- und Steuerrecht, in Deutschland in §§ 3 ff. WpÜG-AngebotsVO, § 33a AktG sowie in §§ 95 ff. und 199 ff. BewG.

Die rechtspraktischen Vorgehensweisen bei der Abfindungsermittlung nähern sich schließlich von unterschiedlichen Ausgangspunkten an: Art. 1843-4 C. civ. beauftragt hiermit von Gesetzes wegen den *expert* und verspricht sich davon eine effektive und rasche Streitlösung.²⁰⁶ In Deutschland empfiehlt man eine statutarische Schiedsgutachterklausel und erreicht damit auf privatautonomen Wege ein ganz ähnliches Ergebnis: So wie die Entscheidung des *expert* lediglich bei einem groben Fehler attackiert werden kann, ist die Feststellung der Abfindungshöhe durch einen Schiedsgutachter gemäß § 319 I 1 BGB nur dann angreifbar, wenn sie offenbar unbillig ist. Hierzulande könnte man daran denken, die Einschaltung eines Schiedsgutachters in das dispositive Gesetzesrecht aufzunehmen.²⁰⁷

²⁰⁴ Für »bemerkenswert« hält dies in allgemeinerem Zusammenhang *Wiedemann* § 3 III 3 c, S. 241.

²⁰⁵ Dazu *Fleischer/Maugeri* (oben N. 2) 27.

²⁰⁶ Vgl. *Cohen* (oben N. 49) 185: »[...] évacuer tout débat judiciaire sur la valeur des droits sociaux. La mise en place d'une procédure spécifique, rapide et définitive, s'explique au regard des principes du droit des sociétés«; ferner *Dondero* (oben N. 4): »Toutes ces situations peuvent être résolues de manière simple, rapide et vraisemblablement équitable par l'intervention d'un tiers, choisis par les parties ou nommé par le juge, et qui fixera le prix auquel la cession doit intervenir.«

²⁰⁷ Noch weitergehend *Wiedemann* § 3 III 3 c, S. 241: »Insoweit wäre die Ergänzung durch

3. Teilharmonisierung im Recht der Unternehmensbewertung

Nur kurz gestreift sei zum Schluss die Frage, ob eine unionsrechtliche Harmonisierung im Recht der Unternehmensbewertung ratsam ist.²⁰⁸ Praktiker aller Berufsrichtungen empfehlen dies vor allem für grenzüberschreitende Verschmelzungen,²⁰⁹ bei denen sich unterschiedliche nationale Bewertungsstandards als veritables Binnenmarkthindernis erweisen können.²¹⁰ Die Europäische Kommission hat in ihrem Aktionsplan zum Europäischen Gesellschaftsrecht und zur Corporate Governance vom Dezember 2012 entsprechende Legislativmaßnahmen in Aussicht gestellt.²¹¹ Man darf gespannt sein, wie ein Brückenschlag zwischen dem Ertragswertverfahren deutscher Prägung nach dem IDW-Standard²¹² und dem französischen Multi-Kriterien-Ansatz bei Fusionen²¹³ aussehen könnte.

eine zwingende Verfahrensregel, wie sie das französische Gesellschaftsrecht enthält, *de lege ferenda* wünschenswert.«

²⁰⁸ Vgl. *Fleischer*, Corporate Governance in Europa als Mehrebenensystem: ZGR 2012, 160 (172f.).

²⁰⁹ Vgl. *European Commission*, Feedback Statement, Summary Responses to the Public Consultation on the Future of European Company Law, July 2012, Question 17: »All the potential areas for further harmonisation received considerable support, of at least around a half of respondents. The methods for valuation of assets in cross-border mergers were the most supported area for introduction of the rules; for instance, a large majority of companies (80%) indicated this area as a priority. Lawyers, accountants and consultants also expressed a preference for focusing on the methods for valuation of assets [...]«

²¹⁰ Zum Problem konkurrierender Bewertungsmethoden bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen *Adolff*, Konkurrierende Bewertungssysteme bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Aktiengesellschaften: ZHR 173 (2009) 67; *Kiem*, Die Ermittlung der Verschmelzungswertrelation bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung: ZGR 2007, 542.

²¹¹ Vgl. *Europäische Kommission*, Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, KOM(2012) 740 endg., Rz. 4.2: Verbesserung des Mechanismus für grenzüberschreitende Verschmelzungen: »Wichtig scheint vor allem der Ausbau der Verfahrensregeln zu sein, da eine Reihe von Punkten als potenzielle Quelle der Rechtsunsicherheit und Komplexität ausgemacht wurden. Dies gilt vor allem für die mangelnde Harmonisierung der Bewertungsmethoden für Vermögenswerte [...]«

²¹² Kritisch dazu *W. Müller*, Unternehmenswert und börsennotierte Aktie, in: FS G.H. Roth (2011) 517 (518): »die Herrschaft praktisch nur eines Standards, der spezifisch deutsch, im Ausland aber kaum gebräuchlich und in seinen mehrfach geänderten Fassungen nicht konsistent ist.«

²¹³ Dazu *Mestre/Velardocchio/Mestre-Chami* Nr. 1915 ff.

Summary

VALUATION OF SHARES IN FRANCE UNDER ART. 1843-4 CODE CIVIL –
LEGAL ASPECTS OF BUSINESS VALUATION IN COMPARATIVE
COMPANY LAW

Valuation of shares is of critical importance when shareholders are forced to leave their company. Despite this importance, there is little comparative scholarship on how the valuation issue is handled in different jurisdictions. As part of a broader research agenda, this paper explores the approach taken by French company law which through art. 1843-4 Code civil relies on the final decision of an independent expert. The interpretation of this provision has given rise to many disputes in recent years, leading to a dozen cases before the Cour de cassation and a vast number of law review articles. Taking stock of these developments, the paper addresses questions such as the purpose of the valuation procedure, permissible valuation methods, judicial review of the expert's decision, the proper date for determining the value of the shares, marketability or minority discounts, and the mandatory nature of the valuation procedure. All those elements are compared to the basic provision in § 738 of the German Civil Code, which is predicated on a remarkably different concept.

