

Minderheitenschutz bei der Gewinnthesaurierung in der GmbH

Ein deutsch-spanischer Rechtsvergleich

Von Holger Fleischer und Jennifer Trinks, Hamburg

- I. Einführung
- II. Fehlende Vorsorge durch Gesetzgeber und Gesellschafter
 1. Gesetzliche Schutzvorkehrungen
 - a) Deutschland
 - b) Spanien
 2. Privatautonome Vorsorge
 - a) Deutschland
 - b) Spanien
- III. Gerichtliche Kontrolle des Thesaurierungsbeschlusses
 1. Dogmatische Instrumente des Minderheitenschutzes
 - a) Deutschland: Mitgliedschaftliche Treuepflicht
 - b) Spanien: Verbot des Rechtsmissbrauchs
 2. Gerichtliche Kontrolldichte
 - a) Deutschland: Abwägung zwischen Ausschüttungs- und Selbstfinanzierungsinteresse
 - b) Spanien: Fehlen jeglicher Rechtfertigung für eine systematische Nichtausschüttung
- IV. Prozessuale Durchsetzung des Gewinnbezugsrechts
 1. Deutschland
 2. Spanien
- V. Außerordentliches Austrittsrecht bei übermäßiger Gewinnthesaurierung
 1. Deutschland: Austrittsrecht aus wichtigem Grund
 2. Spanien: Gesetzliches Austrittsrecht wegen Nichtausschüttung (Art. 348 **bis** LSC)
 - a) Neuregelung von 2011
 - b) Rechtspolitische Kritik
 - c) Suspendierung des Inkrafttretens bis Ende 2016
- VI. Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung

289 Minderheitenschutz bei der Gewinnthesaurierung in der GmbH

Ein deutsch-spanischer Rechtsvergleich

Professor Dr. Holger Fleischer, LL. M. und wissenschaftliche Mitarbeiterin Jennifer Trinks*

Wie können Gesetzgeber und Minderheitsgesellschafter im GmbH-Recht Vorsorge gegen Aushungerungsstrategien des Mehrheitsgesellschafters treffen? Welche Kontrollmöglichkeiten stehen den Gerichten im Nachhinein offen und welche Grenzen sind ihnen durch das unternehmerische Ermessen in Fragen der Dividendenpolitik gezogen? Wie kann das Gewinnbezugsrecht zivilprozessual durchgesetzt werden? Diese und weitere Fragen behandelt der vorliegende Beitrag aus der Sicht des deutschen und spanischen GmbH-Rechts. Eine abschließende Gesamtwürdigung bezieht außerdem originelle Lösungsansätze des französischen und US-amerikanischen Rechts ein.

I. Einführung

Zu den Lehrbuchbeispielen für einen Missbrauch der Mehrheitsmacht im GmbH-Recht zählt das „Aushungern“ der Minderheitsgesellschaftler durch übermäßige Gewinnthesaurierung.¹ Zwei neuere Gerichtsentscheidungen aus Deutschland und Spanien veranschaulichen, wie diese Strategie in der Rechtspraxis eingesetzt wird:

*Beispiel Nr. 1:*² Das OLG Brandenburg hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der langjährige Leiter der Buchhaltung im Jahre 2002 einen Geschäftsanteil von 4,9 % an der unternehmenstragenden GmbH erwarb und Mitgeschäftsführer wurde. Nach Unstimmigkeiten mit den Mehrheitsgesellschaftlern berief ihn die Gesellschafterversammlung 2005 als Geschäftsführer wieder ab. In der Folgezeit behielt die GmbH durch Mehrheitsbeschluss über sieben Jahre sämtliche Gewinne ein – insgesamt 2,8 Mio. Euro bei einem Stammkapital von 1,2 Mio. Euro. Zugleich bewilligten sich die Mehrheitsgesellschaftler, die in Personalunion auch Geschäftsführer waren, eine Erhöhung ihrer Bezüge und bestellten als Dienstwagen zwei Porsche Cayenne. Der Minderheitsgesellschaftler, der seinen Geschäftsanteil durch ein Darlehen der GmbH finanziert hatte und von ihr nach seiner Abberufung als Geschäftsführer weder Gehalt noch Dividende bezog, hielt die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs für treuwidrig, weil es für die regelmäßige Vollthesaurierung der Gewinne keinen sachlichen Grund gebe.

*Beispiel Nr. 2:*³ Der Audiencia Provincial de Barcelona lag der Fall eines Ehepaares vor, das im Jahre 1992 gemeinsam eine spanische GmbH (*sociedad de responsabi-*

* Der Autor *Fleischer* ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, die Autorin *Trinks* ist dort als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig.

1 Vgl. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 33; *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, 2013, S. 47 ff.; beide mwN.

2 OLG Brandenburg, ZIP 2009, 1955 = BeckRS 2009, 10127; dazu auch der Nichtannahmebeschluss des BGH, DSStR 2010, 1899.

3 Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona, 7.5.2014 (n° ROJ: SAP B 5381/2014).

290 *lidad limitada*, kurz: SL) gegründet hatte. Mehrheitsgesellschafter mit einem Anteil am Gesellschaftskapital von 70 % und alleiniger Geschäftsführer war der Ehemann; die Ehefrau hielt die übrigen 30 % des Gesellschaftskapitals. Während die Gesellschaft gedieh, scheiterte die private Beziehung der Gesellschafter: 2003 trennte sich das Paar. Just ab diesem Zeitpunkt gewährte die Gesellschaft ihren Gesellschaftern keine Dividende mehr. Ausschüttungsfähige Gewinne der Geschäftsjahre 2003–2010, die sich nach Angaben der Minderheitsgesellschafterin auf knapp 200.000 Euro beliefen, wurden als freiwillige Rücklagen einbehalten; im selben Zeitraum erhielt der Mehrheitsgesellschafter rund 270.000 Euro als Geschäftsführervergütung. Die Minderheitsgesellschafterin focht den Gewinnverwendungsbeschluss für das Geschäftsjahr 2010 an.

So einfach sich dieser klassische Mehrheits-Minderheits-Konflikt illustrieren lässt, so schwer fällt seine Lösung. Dafür gibt es verschiedene Gründe: Erstens stärkt die Einbehaltung von Gewinnen das Finanzpolster der Gesellschaft. Dies wirkt der chronischen Eigenkapitalschwäche vieler GmbHs entgegen, sichert ihre zukünftige Lebens- und Widerstandsfähigkeit und dient daher dem Gesellschaftsinteresse. Zweitens zeigen die Gerichte im In- und Ausland wenig Neigung, sich in Fragen der Unternehmensfinanzierung und Dividendenpolitik einzumischen. Die Höhe der jährlichen Gewinnausschüttung gilt ihnen als unternehmerische Entscheidung, über die kein Richter, sondern die Gesellschafterversammlung befinden soll. Drittens bereitet die prozessuale Durchsetzung des Gewinnbezugsrechts beträchtliche Schwierigkeiten. Mit einer erfolgreichen Anfechtung des Thesaurierungsbeschlusses allein ist dem Minderheitsgesellschafter nicht geholfen, weil sich hieraus für ihn noch kein Gewinnauszahlungsanspruch ergibt.

Es verwundert daher nicht, dass sich in Deutschland zum Minderheitenschutz bei der Gewinnthesaurierung in vielen Einzelpunkten bisher keine einvernehmlichen Antworten abzeichnen.⁴ Immer wieder ringen die Gerichte um dogmatisch tragfähige und zugleich praktikable Lösungen.⁵ Ein rechtsvergleichender Rundblick verspricht insoweit neue Anregungen.⁶ Lohnend erscheint namentlich ein Blick in das spanische Kapitalgesellschaftsrecht, das zu dieser Frage nicht nur über reichhaltiges Fallmaterial und eine große Literaturdichte verfügt,⁷ sondern jüngst auch mit einem gesetzlichen Austrittsrecht wegen der Nichtgewährung von Dividenden einen neuen Rechtsbehelf für Minderheitsgesellschafter eingeführt hat.⁸

-
- 4 Vgl. *OLG Brandenburg*, ZIP 2009, 1955 (1958) = BeckRS 2009, 10127: „Dass ein Minderheitenschutz stattfinden muss, ist in Rechtsprechung und Literatur aber anerkannt, wobei die Einzelheiten umstritten sind.“ Für einen Überblick über den aktuellen Meinungsstand *MüKoGmbHG/Ekkenga*, 2. Aufl. 2015, § 29 Rn. 163 ff.; *Scholz/Verse*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 29 Rn. 53 ff.; monografisch *M. Arnold*, Der Gewinnauszahlungsanspruch des GmbH-Minderheitsgesellschafters, 2001.
- 5 Vgl. etwa *BGH*, WM 1966, 1134; *BGHZ* 132, 263 = NJW 1996, 1678 (KG); *OLG Hamm*, GmbHR 1992, 458; *OLG Düsseldorf*, NZG 2005, 633; *OLG Stuttgart*, DB 2007, 2587 = BeckRS 2007, 15467 (KG); *OLG Nürnberg*, DB 2008, 2415 = NZG 2008, 948 Ls. = BeckRS 2008, 16971; *OLG Brandenburg*, ZIP 2009, 1955 = BeckRS 2009, 10127.
- 6 Für eine breitere Bestandsaufnahme *Fleischer*, The Law of Close Corporations, General Report, International Academy of Comparative Law, World Congress Vienna 2014, unter G I 4.
- 7 Vgl. etwa *Campins/Alfaro*, Liber Amicorum Juan Luis Iglesias, 2014, S. 65; *Iraculis*, RDM n° 281, 2011, 251; beide mwN.
- 8 Dazu etwa *García*, RdS n° 38, 2012, 55; *Iraculis*, RdS n° 38, 2012, 225.

II. Fehlende Vorsorge durch Gesetzgeber und Gesellschafter

Gefahr erkannt, Gefahr gebannt – sollte man meinen. Obwohl das Problem der „Hungerdividende“ der Rechtspraxis seit Langem geläufig ist, haben Gesetzgeber und Gesellschafter hierfür bisher keine hinreichende Vorsorge getroffen.

1. Gesetzliche Schutzvorkehrungen

a) Deutschland

Hierzulande hatten sowohl die beiden Regierungsentwürfe eines GmbH-Gesetzes von 1971 und 1973 als auch der Regierungsentwurf des Bilanzrichtliniengesetzes von 1982 in Anlehnung an § 254 AktG einen besonderen Anfechtungstatbestand zum „Schutz der Minderheiten vor einer Aushungerung“⁹ vorgesehen. Danach sollte jedem GmbH-Gesellschafter das Recht zur Anfechtung eines Gewinnverwendungsbeschlusses zustehen, wenn die Thesaurierung bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung zur Sicherung der Lebens- und Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft nicht notwendig ist und durch die Thesaurierung unter die Gesellschafter kein Gewinn in Höhe von mindestens 4 % des um nicht eingeforderte Einlagen verminderten gezeichneten Kapitals verteilt werden kann.¹⁰ Der Vorschlag ist allerdings nicht Gesetz geworden.¹¹ Ebenso wenig hat der Gesetzgeber bisher die Anregung aus der Literatur aufgegriffen, die GmbH-Gesellschafter im Wege eines Regelungsauftrags zu verpflichten, individuelle Vorgaben über die Rücklagenbildung und Gewinnverwendung im Gesellschaftsvertrag zu treffen.¹² Daher verbleibt es bei der Regelung in § 29 GmbHG, die jedem Gesellschafter in Absatz 1 zwar einen „Anspruch“ auf seinen Gewinnanteil gewährt, die Gesellschafter aber in Absatz 2 zugleich ermächtigt, Gewinne mit einfacher Mehrheit in Gewinnrücklagen einzustellen oder als Gewinn vorzutragen.

b) Spanien

In Spanien wurde 1993 ein Reformvorschlag vorgelegt, der gesetzliche Vorgaben zur Gewinnausschüttung enthielt: Danach sollte eine GmbH drei Jahre nach ihrer Gründung verpflichtet sein, mindestens ein Drittel ihres ausschüttungsfähigen Jahresgewinns als Dividende auszureichen, sofern Gesellschafter mit einer Beteiligung von mindestens 5 % am Stammkapital dies verlangen.¹³ Auch dieser Vorschlag ist nicht Gesetz geworden. Wie in Deutschland verfügen GmbH-Gesellschafter in Spanien daher nur über ein allgemeines mitgliedschaftliches Gewinnbezugsrecht (*derecho de participar en el reparto de las ganancias*) gem. Art. 93 Buchst. a des Kapitalgesellschaftsgesetzes (*Ley de Sociedades de Capital*, kurz: LSC),¹⁴ das sich erst durch einen förmlichen Ausschüttungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zu einem konkre-

9 Begr. RegE bei *Kropff*, AktG, 1965, S. 340 zu § 254 AktG.

10 So § 42 h GmbHG-E i. d. F. des RegE BiRiLiG, BT-Drs. 9/1878, 39, 110.

11 Dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum BiRiLiG, BT-Drs. 10/4268, 131: „§ 42 h GmbHG-E wird aus ordnungspolitischen Gründen nicht übernommen. Ein bestimmter Gewinnanspruch der Minderheitsgesellschafter soll im Gesetz nicht ausdrücklich festgeschrieben werden.“

12 Grundlegend *Hommelhoff*, GmbHR 1979, 102 (109 ff.); ihm folgend *Beier*, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 239 ff.; *Wedemann* (o. Fn. 1), S. 434 ff.; *Weller*, ZGR 2012, 386 (401).

13 Vgl. Art. 87 Borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada vom 25.6.1993, zitiert bei *Cabanas/Machado*, RdS n° 4, 1995, 292, 296.

14 Vgl. *Cáceres*, CCJC n° 90, 2012, 63, 72: „derecho programático“.

ten Zahlungsanspruch verdichtet. Auf Fassung eines solchen Beschlusses hat der einzelne Gesellschafter jedoch keinen Anspruch. Vielmehr kann die Gesellschafterversammlung nach Art. 273 I LSC grundsätzlich frei über die Gewinnverwendung entscheiden und erzielte Gewinne auch vollständig einbehalten.¹⁵ Ein zumindest mittelbarer Ausschüttungsdruck könnte sich in Zukunft jedoch aus dem Austrittsrecht nach Art. 348 *bis* LSC ergeben.¹⁶

2. Privatautonome Vorsorge

a) Deutschland

291 Mangels gesetzlicher Schutzvorkehrungen obliegt es den Minderheitsgesellschaftern, durch so genannte Ausschüttungsklauseln im Gesellschaftsvertrag selbst Vorsorge gegen ein Aushungern zu treffen. Die Kautelarpraxis bietet hierfür eine Vielzahl von Gestaltungsvorschlägen an, die von der Mindestausschüttung eines prozentualen Anteils am Jahresergebnis über die Ausschüttung eines bezifferten Mindestbetrags oder eine Verzinsung des Anteilswerts in bestimmter Höhe bis hin zu Höchstgrenzen für die Rücklagenbildung reichen.¹⁷ Denkbar sind ferner qualifizierte Mehrheitserfordernisse oder Zustimmungsvorbehalte einer Gesellschafterminderheit für die Rücklagenbildung oder die Vereinbarung eines Austrittsrechts für den Fall, dass die Dividende einen bestimmten prozentualen Anteil des Jahresergebnisses unterschreitet. Von alledem machen die GmbH-Gesellschafter in der Praxis aber nur selten Gebrauch: Nach einer neueren Stichprobe enthalten nur 4 % der Gesellschaftsverträge mehrgliedriger GmbHs Ausschüttungsklauseln in der einen oder anderen Form.¹⁸

b) Spanien

Auch in Spanien steht es den Minderheitsgesellschaftern frei, sich durch Ausschüttungsklauseln, stimmrechtslose Anteile mit Dividendenvorzug oder Austrittsrechte gegen mögliche Aushungerungsstrategien zu wappnen. Die Gestaltungsempfehlungen ähneln denen der deutschen Rechtspraxis und werden ebenso selten umgesetzt.¹⁹ Als einen Grund führt die Literatur die zunehmende Verwendung standardisierter Muster-satzungen an,²⁰ die ein namhafter Autor wesentlich durch das gesetzgeberische Bestreben befördert sieht,²¹ den Gründungsprozess der Gesellschaft zu beschleunigen.²²

III. Gerichtliche Kontrolle des Thesaurierungsbeschlusses

Haben es die Minderheitsgesellschafter versäumt, *ex ante* für entsprechende Schutzvorkehrungen zu sorgen, so stehen die Gerichte vor der Frage, ob sie *ex post* Abhilfe schaffen sollen.

15 Vgl. *Alfaro/Campins*, *Otrosí* n° 5, 2011, 19, 20; *García*, *RdS* n° 38, 2012, 55, 58.

16 Dazu unten V 2.

17 Vgl. etwa *MüAnwaltsHdBGmbH-Recht/Seibt*, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 277, 282, 286 ff., 291 ff., 299, 300, 301, 302.

18 Näher *Wedemann* (o. Fn. 1), S. 212.

19 Vgl. *Sánchez* in *Sánchez*, *Régimen jurídico de la empresa familiar*, 2010, S. 49, 50 f.

20 *Sánchez* (o. Fn. 19), S. 49: „endémica ‘estandarización’ de los estatutos sociales”.

21 So *Embid* in *Embid*, *Introducción al derecho de sociedades de capital*, 2013, S. 35.

22 Vgl. die bereits im Jahre 2003 eingeführte *sociedad limitada nueva empresa*, dazu *MüKo-GmbHG/Fleischer*, 2. Aufl. 2015, Einl. Rn. 228 mwN.

1. Dogmatische Instrumente des Minderheitenschutzes

Zum Schutz der Gesellschafterminderheit haben sich im in- und ausländischen GmbH-Recht Verhaltensstandards für Mehrheitsgesellschafter herausgebildet, die in ihrer dogmatischen Herleitung variieren, funktional aber durchaus vergleichbar sind.²³

a) Deutschland: Mitgliedschaftliche Treuepflicht

Hierzulande greifen Rechtsprechung und Rechtslehre seit einem bahnbrechenden Urteil des *BGH* aus dem Jahre 1975²⁴ auf die Figur der mitgliedschaftlichen Treuepflicht zurück. Danach bestehen in der GmbH nicht nur Treuepflichten des Gesellschafters gegenüber der GmbH, sondern auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander.²⁵ Sie bilden eine wichtige Schranke der Mehrheitsmacht im GmbH-Recht und binden den Mehrheitsgesellschafter bei allen Geschäftsführungsmaßnahmen an das Gesellschaftsinteresse.²⁶ Dieser ist namentlich bei der Wahrnehmung seines Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung gehalten, auf die Interessen der Minderheitsgesellschafter nach den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit Rücksicht zu nehmen.²⁷

Die mitgliedschaftliche Treuepflicht beeinflusst auch die Abstimmung über die Gewinnverwendung gem. § 46 Nr. 1 GmbHG.²⁸ Nach ganz herrschender Meinung muss der Mehrheitsgesellschafter auf die Ausschüttungsinteressen der Minderheit angemessen Rücksicht nehmen.²⁹ Verstößt er hiergegen durch übermäßige und damit treuwidrige Gewinnthesaurierung, so kann jeder Gesellschafter den Gewinnverwendungsbeschluss entsprechend § 243 I AktG („Verletzung des Gesetzes oder der Satzung“) anfechten,³⁰ da anerkanntermaßen auch Generalklauseln wie die Treuepflicht und das Gleichbehandlungsgebot unter den Gesetzesbegriff dieser Vorschrift fallen.³¹

b) Spanien: Verbot des Rechtsmissbrauchs

Auch in Spanien ist der Gedanke einer Treuepflicht der Gesellschafter (*deber de lealtad de los socios*) bekannt – nicht zuletzt dank einer wohletablierten Rechtsvergleichungskultur.³² Konkrete Rechtsfolgen scheinen aber bisher kaum an die Treuepflicht selbst oder deren Verletzung geknüpft zu werden. Stattdessen bemüht man – wie in Frankreich³³ – den Gedanken des Missbrauchs der Gesellschaftermehrheit oder -minderheit (*abuso de mayoría y de minoría*),³⁴ der an das allgemeine zivilrechtliche

23 Näher *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (o. Fn. 1), S. 47 f.

24 Näher *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (o. Fn. 1), S. 47 f.

25 Vgl. *MüKoGmbHG/Merkt*, 2. Aufl. 2015, § 13 Rn. 101 ff. mwN.

26 Vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 24; grundlegend *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 335 ff.

27 Vgl. *Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 14 Rn. 58 mwN.

28 Vgl. *Ekkenga* (o. Fn. 4), § 29 GmbHG Rn. 167 ff. („bewegliche Thesaurierungsschranken kraft Treuepflicht“); *Verse* (o. Fn. 4), § 29 GmbHG Rn. 53 ff.; enger *Joost*, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 289, 303 f.: nur Rechtsmissbrauch als Grenze.

29 Vgl. *BGHZ* 132, 263 = NJW 1996, 1678 (KG); *OLG Stuttgart*, DB 2007, 2587 (2589) = BeckRS 2007, 15467 (KG); *OLG Brandenburg*, ZIP 2009, 1955 (1957 f.) = BeckRS 2009, 10127.

30 Vgl. *Ekkenga* (o. Fn. 4), § 29 GmbHG Rn. 173; *Verse* (o. Fn. 4), § 29 GmbHG Rn. 66.

31 Dazu *Hüffer/Koch*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 243 Rn. 5.

32 Vgl. etwa *Alfaro*, InDret 4/2005, S. 15; *Hernando*, RdS n° 37, 2011, 173, 176 ff.; kritisch aber *Carrasco*, Foro de Derecho Mercantil n° 40, 2013, 127, 129.

33 Monografisch *Champetier de Ribes-Justeau*, Les abus de majorité, de minorité et d'égalité, 2010.

34 Eingehend zuletzt *Megias*, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVII (2014), 13 ff.

Rechtsmissbrauchsverbot anknüpft. Gemäß Art. 7 II 2 des spanischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (*Código Civil*, kurz: CC) ist ein Verhalten rechtsmissbräuchlich, wenn es durch die Absicht des Handelnden oder durch den Zweck oder die Umstände des Handelns offenkundig die üblichen Grenzen der Rechtsausübung zum Nachteil Dritter überschreitet. Danach kann auch die Stimmrechtsausübung eines Mehrheitsgesellschafters als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden, wenn sie zu einer systematischen Blockade führt, die keinen anderen Zweck hat, als die Minderheitsgesellschafter zu benachteiligen.³⁵

Nach diesen Maßstäben liegt ein Rechtsmissbrauch des Mehrheitsgesellschafters vor, wenn er fortgesetzt die legitime Erwartung anderer Gesellschafter enttäuscht, an den Gesellschaftsgewinnen beteiligt zu werden, und deren Gewinnbezugsrecht durch systematische Einbehaltung der Gewinne vollständig aushöhlt, ohne dass es hierfür eine wirtschaftliche

292 Rechtfertigung gibt.³⁶ Dies wird nicht nur aus Art. 93 Buchst. a LSC hergeleitet, sondern auch aus den allgemeinen Vorschriften in Art. 1665 CC und Art. 116 I des spanischen Handelsgesetzbuchs (*Código de Comercio*), welche die Gewinnerzielungsabsicht der Gesellschafter als Definitionsmerkmal der Gesellschaft anführen. Geeigneter Rechtsbehelf ist – wie in Deutschland – die Anfechtungsklage,³⁷ die gem. Art. 204 I LSC entweder auf einen Gesetzes- oder Satzungsverstoß oder auf die Verletzung des Gesellschaftsinteresses zu Gunsten bestimmter Gesellschafter oder Dritter gestützt werden kann. Wird die Anfechtung mit der Unbilligkeit des Thesaurierungsbeschlusses begründet, greift die Rechtsprechung auf den Rechtsmissbrauch als Unterfall des Gesetzesverstoßes zurück;³⁸ in der Literatur zieht man das Rechtsmissbrauchsverbot aus Art. 7 II CC zum Teil auch unmittelbar heran.³⁹

2. Gerichtliche Kontrolldichte

Im Vergleich zweier Rechtsordnungen hängt das Niveau des Minderheitenschutzes weniger von der dogmatischen Einkleidung der Schutzinstrumente – Treuepflicht oder Verbot des Rechtsmissbrauchs – ab, sondern vor allem von der gerichtlichen Kontrolldichte.

a) Deutschland: Abwägung zwischen Ausschüttungs- und Selbstfinanzierungsinteresse

Hierzulande besteht im Ausgangspunkt Einigkeit, dass die Entscheidung über die Ergebnisverwendung nicht im Belieben eines jeden Gesellschafters steht.⁴⁰ Vielmehr sind die Ausschüttungsinteressen der einzelnen GmbH-Gesellschafter gegenüber dem Bedürfnis der Selbstfinanzierung und Zukunftssicherung der Gesellschaft abzuwä-

35 Vgl. SAP Madrid, 23.12.2009 (SAP M 17372/2009): „una situación de sistemático bloqueo de carácter abusivo que no pudiese responder a otra finalidad que perjudicar al socio minoritario“; SAP Alicante, 15.7.2010 (SAP A 2372/2010); *Campins/Alfaro* (o. Fn. 7), S. 65, 74; *García*, RdS n° 38, 2012, 55, 59.

36 Vgl. *Alfaro/Campins*, Otrosi n° 5, 2011, 19, 20; *Cáceres*, CCJC n° 90, 2012, 63, 75; *Guisado*, CCJC n° 71, 2006, 833, 845; *Iraculis*, RDM n° 281, 2011, 251, 262.

37 Für ein umfassendes rechtsvergleichendes Panorama der Beschlussmängelklagen im GmbH-Recht *Fleischer*, GmbHR 2013, 1289.

38 Vgl. Sentencia del Tribunal Supremo (STS), 7.1.2011 (STS 9284/2011).

39 So etwa *Ginés*, RdS n° 40, 2013, 273, 305 ff.; wohl auch *Hernando*, RdS n° 37, 2011, 173, 199.

40 So ausdrücklich *BGHZ* 132, 263 = NJW 1996, 1678 Leitsatz 3 (KG); ferner *OLG Hamm*, GmbHR 1992, 458 (459).

gen.⁴¹ Ein allgemeiner Vorrang der Thesaurierungsinteressen der Gesellschaft vor den Ausschüttungsinteressen der Gesellschafter besteht nicht.⁴² In die Interessenabwägung sind nach einer jüngeren obergerichtlichen Entscheidung auf Seiten der Gesellschaft einzustellen: ihr Unternehmensgegenstand und die zu seiner Verfolgung erforderlichen Mittel einschließlich einer angemessenen (Investitions-)Planung für die weitere Entwicklung, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, ihre Ausstattung mit Eigenkapital, die Höhe und Verfügbarkeit schon vorhandener Rücklagen, ihre Kreditfähigkeit und die Art der Ausschöpfung aufgenommener Kredite sowie die Höhe und Laufzeit von Verbindlichkeiten, die allgemeine Wirtschaftslage und Marktsituation und die Zukunftsprognose für den betroffenen Wirtschaftszweig, die Erforderlichkeit von Vorsorgemaßnahmen für Schadens- und Gewährleistungsfälle, ein etwaiger besonderer Kapitalbedarf im Hinblick auf Auseinandersetzungen der Gesellschafter und dadurch drohende Abfindungszahlungen sowie die Erforderlichkeit von Forschungs- und Entwicklungsmaßnahmen.⁴³ Auf Seiten der Minderheitsgesellschafter sind deren wirtschaftliche Situation und ihr Interesse an einer angemessenen Rendite für den Kapitaleinsatz, insbesondere unter Berücksichtigung von Ausmaß und Höhe früherer Gewinnausschüttungen, einzustellen.⁴⁴ Außerdem können die aus der Beteiligung herührenden Steuerlasten des GmbH-Gesellschafters eine Rolle spielen.⁴⁵

Was die Darlegungs- und Beweislast anbelangt, muss die Gesellschaft nach zutreffender Ansicht den Grund der Thesaurierung hinreichend substantiiert darlegen, um eine Überprüfung der Interessenabwägung zu ermöglichen.⁴⁶ Dann ist es allerdings Sache des Minderheitsgesellschafters, darzulegen und zu beweisen, dass die Gesellschaft daraus kein schutzwürdiges Finanzierungsinteresse ableiten kann bzw. dass die Rücklagenbildung zur Erreichung des Finanzierungsziels nicht erforderlich ist.⁴⁷ Eine gerichtliche Überprüfung des Abwägungsergebnisses ist nach herrschender Meinung nur begrenzt möglich.⁴⁸ Sofern das abwägungserhebliche Material vor der Beschlussfassung sorgfältig gesammelt und aufbereitet wurde, respektieren die Gerichte in aller Regel das unternehmerische Ermessen der Gesellschafterversammlung.⁴⁹ Anders liegt es nur, wenn der Gewinnverwendungsbeschluss evident unver-

-
- 41 Vgl. *BGHZ* 132, 263 = *NJW* 1996, 1678 Leitsatz 3 (KG); *OLG Hamm*, *GmbHR* 1992, 458 (459); *OLG Stuttgart*, *DB* 2007, 2587 (2591) = *BeckRS* 2007, 15467 (KG); *OLG Nürnberg*, *NZG* 2008, 948 Ls. = *DB* 2008, 2415 (2418) = *BeckRS* 2008, 16971; *OLG Brandenburg*, *ZIP* 2009, 1955 Leitsatz 2.
- 42 Vgl. *BGHZ* 132, 263 (276) = *NJW* 1996, 1678.
- 43 So die eindrucksvolle (wenn auch nicht abschließende) Aufzählung in *OLG Nürnberg*, *NZG* 2008, 948 Ls. = *DB* 2008, 2415 (2418) = *BeckRS* 2008, 16971; im Wesentlichen zustimmend *Hommelhoff*, *GmbHR* 2010, 1328 (1329 f.); ferner *OLG Brandenburg*, *ZIP* 2009, 1955 (1958) = *BeckRS* 2009, 10127; *Ekkenga* (o. Fn. 4), § 29 *GmbHG* Rn. 169 ff.; *Verse* (o. Fn. 4), § 29 *GmbHG* Rn. 58.
- 44 Vgl. *OLG Nürnberg*, *NZG* 2008, 948 Ls. = *DB* 2008, 2415 (2418) = *BeckRS* 2008, 16971; *Verse* (o. Fn. 4), § 29 *GmbHG* Rn. 59.
- 45 Dazu *Hommelhoff*, *GmbHR* 2010, 1328 (1330).
- 46 Vgl. *OLG Brandenburg*, *ZIP* 2009, 1955 (1958) = *BeckRS* 2009, 10127; *Ekkenga* (o. Fn. 4), § 29 *GmbHG* Rn. 173; *Verse* (o. Fn. 4), § 29 *GmbHG* Rn. 60.
- 47 Vgl. *OLG Brandenburg*, *ZIP* 2009, 1955 (1958) = *BeckRS* 2009, 10127; *Ekkenga* (o. Fn. 4), § 29 *GmbHG* Rn. 173; *Verse* (o. Fn. 4), § 29 *GmbHG* Rn. 60.
- 48 Vgl. *OLG Stuttgart*, *DB* 2007, 2587 (2590) = *BeckRS* 2007, 15467; *Hommelhoff*, *GmbHR* 2010, 1328 (1329).
- 49 Vgl. *OLG Nürnberg*, *NZG* 2008, 948 Ls. = *DB* 2008, 2415 (2418) = *BeckRS* 2008, 16971: „Eine gerichtliche Überprüfung dieser Abwägung kann allerdings nicht dazu führen, dass nur eine einzig denkbare Entscheidung alle abzuwägenden Interessen angemessen berücksichtigt und sämtliche anderen Entscheidungsmöglichkeiten über eine Gewinnverteilung fehlerhaft wären. Andernfalls würden unternehmerische Entscheidungen allein vom Gericht getroffen. Vielmehr ist ein Eingriff des Gerichts in den Kernbereich unternehmerischer Autonomie unzulässig.“

treten ist.⁵⁰ Parallelen zur „Business Judgment Rule“ iSd § 93 I 2 AktG liegen auf der Hand; die Gesellschafterversammlung trifft bei der Gewinnverwendung eine unternehmerische Entscheidung *par excellence*.⁵¹

b) Spanien: Fehlen jeglicher Rechtfertigung für eine systematische Nichtausschüttung

In Spanien prüfen die Gerichte *sub specie* eines Rechtsmissbrauchs, ob durch den Ergebnisverwendungsbeschluss Gewinne systematisch und fortgesetzt nicht ausgeschüttet werden, ohne dass es hierfür eine Rechtfertigung gibt. Die Literatur übersetzt dies in zwei Tatbestandsvoraussetzungen: (1) die sich über mehrere Geschäftsjahre wiederholende Entscheidung, keine Gewinne auszuschütten und (2) das Fehlen jeglicher Rechtfertigung für diese Finanzierungspolitik.⁵²

293 Für das Zeitmoment lautet eine aus unterinstanzlichen Entscheidungen gewonnene Faustformel des Schrifttums, dass eine dreijährige Nichtausschüttung den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs noch nicht trage, acht Jahre aber jedenfalls ausreichen.⁵³ Rückhalt suchen die Gerichte in der Leitentscheidung des *Tribunal Supremo* aus dem Jahre 2005, die auf die systematische Einbehaltung von Gewinnen abstellte und diese im konkreten Fall darin verwirklicht sah, dass die betroffene Gesellschaft noch nie Dividenden ausgeschüttet hatte.⁵⁴ Verschiedene Literaturstimmen haben der Spruchpraxis vorgeworfen, dem Zeitmoment zu große Bedeutung beizumessen. Geboten sei stattdessen eine stärkere Berücksichtigung aller Fallumstände der Nichtausschüttung, zB der Finanzierungspolitik der Gesellschaft, vorhandener Rücklagen oder etwaiger sonstiger Geldflüsse an den Mehrheitsgesellschafter.⁵⁵ Ihnen scheint eine jüngere Entscheidung des *Tribunal Supremo* aus dem Jahre 2011 Recht zu geben: Sie hält fest, dass eine Wiederholung der Nichtausschüttung nicht zwingend erforderlich sei, um einen Rechtsmissbrauch anzunehmen.⁵⁶

In den Vordergrund rückt damit die Frage, wann die Nichtausschüttung von Gewinnen jeglicher Rechtfertigung entbehrt.⁵⁷ Grundsätzlich erkennen die spanischen Gerichte an, dass Gesellschaften durch die Gewinnthesaurierung ihre Eigenkapitaldecke stärken, sich auf geplante Investitionen und anstehende Ausgaben vorbereiten und so eine gewisse Unabhängigkeit von externen Finanzierungsquellen erreichen könnten.⁵⁸ Die Nichtausschüttung sei daher eine prinzipiell zulässige Unternehmenspolitik; ob eine Gesellschaft sie verfolge, liege in ihrem Ermessen. Damit vermeidet es die Rechtsprechung, sich in Fragen der Unternehmensfinanzierung und Dividendenpolitik einzumischen und enthält sich einer Zweckmäßigkeitprüfung.⁵⁹ Nach Einschätzung

50 Vgl. *Hommelhoff*, GmbHR 2010, 1328 (1329).

51 Vgl. *OLG Stuttgart*, DB 2007, 2587 (2591) = BeckRS 2007, 15467 (KG); *OLG Nürnberg*, NZG 2008, 948 Ls. = DB 2008, 2415 (2418) = BeckRS 2008, 16971; *OLG Brandenburg*, ZIP 2009, 1955 Leitsatz 2.

52 Ausdrücklich in diesem Sinne *Cáceres*, CCJC n° 90, 2012, 63, 76.

53 So *Alfaro/Campins*, *Otrosí* n° 5, 2011, 19, 20 mwN.

54 Vgl. STS, 26.5.2005 (STS 3394/2005): „retención sistemática“. Eine konkrete Zahl aufeinanderfolgender Geschäftsjahre ohne Ausschüttung lässt sich der Entscheidung indes nicht entnehmen.

55 Vgl. *Alfaro/Campins*, *Otrosí* n° 5, 2011, 19, 22; *Cáceres*, CCJC n° 90, 2012, 63, 76; ähnlich bereits *Cabanas/Machado*, RdS n° 4, 1995, 292, 297.

56 STS, 7.2.2011 (STS 9284/2011); aufgegriffen von SAP Madrid, 29.9.2014 (SAP M 14064/2014).

57 So ausdrücklich SAP Madrid, 29.9.2014 (SAP M 14064/2014).

58 Vgl. SAP Madrid, 24.9.2009 (SAP M 10792/2009); aufgegriffen von SAP Madrid, 23.12.2009 (SAP M 17372/2009); SAP Alicante, 15.7.2010 (SAP A 2372/2010); S. auch *Guisado*, CCJC n° 71, 2006, 833, 839.

59 Vgl. nur SAP Madrid, 24.9.2009 (SAP M 10792/2009).

spanischer Autoren hat dies dazu geführt, dass eine auch nur ansatzweise vernünftige Begründung der Gesellschaft genügt, um selbst eine fortgesetzte Nichtausschüttung von Gewinnen zu rechtfertigen.⁶⁰ So erklärte die *Audiencia Provincial de Madrid* 2009 in einem Fall, in dem trotz komfortabler Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft jahrelang keine Gewinne ausgeschüttet wurden, dass es zur Feststellung eines Rechtsmissbrauchs weiterer Nachweise bedürfe.⁶¹ Andere Entscheidungen heben dagegen die rechtfertigenden Umstände stärker hervor und billigen eine Gewinnthesaurierung etwa dann, wenn kurzfristige Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht von bestehenden Rücklagen und liquiden Mitteln gedeckt sind.⁶² Bereits geplante oder zumindest ernsthaft erwogene Investitionen können die Einbehaltung von Gewinnen ebenso rechtfertigen.⁶³ In einem 2013 entschiedenen Fall akzeptierte die *Audiencia Provincial de Madrid* eine Thesaurierungsentscheidung, weil die einzig verfügbare Fremdfinanzierungsmöglichkeit der Gesellschaft weggefallen war und die Einnahmen gleichzeitig sanken.⁶⁴

Mehrfach billigten die Gerichte eine Gewinnthesaurierung auch dann, wenn der anfechtende Minderheitsgesellschafter die jahrelange Nichtausschüttungspolitik der Gesellschaft selbst mitgetragen hatte und seinen Gesinnungswandel nicht auf veränderte Umstände stützen konnte.⁶⁵ Im eingangs geschilderten Fall hat die *Audiencia Provincial de Barcelona* aber klargestellt, dass die bloße Hinnahme von Thesaurierungsentscheidungen in vergangenen Geschäftsjahren die Anfechtung späterer Beschlüsse nicht hindere. Der Minderheitsgesellschafter sei weder gehalten, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen und gegen den Mehrheitsgesellschafter zu stimmen, noch die gefassten Beschlüsse anzufechten.⁶⁶

Insbesondere wenn die Gesellschaft keine konkrete Begründung für die Einbehaltung von Gewinnen bietet oder sich auf allgemeine Formeln wie eine vorsichtige Finanzierungspolitik oder die wirtschaftliche Gesamtsituation zurückzieht, kann dem Minderheitsgesellschafter der Nachweis fehlender Rechtfertigung gelingen.⁶⁷ Entscheidend ist dann, die Gerichte davon zu überzeugen, dass bereits erhebliche freiwillige Rücklagen bestehen und die finanzielle Situation der Gesellschaft gesichert ist. In der Literatur scheint jedoch Einigkeit zu bestehen, dass der Nachweis des Rechtsmissbrauchs und insbesondere des Fehlens einer Rechtfertigung schwer zu führen ist.⁶⁸

-
- 60 Vgl. *Alfaro/Campins*, Otrosí n° 5, 2011, 19, 22: „La aplicación por nuestros tribunales de la business judgment rule [...] se traduce en la práctica en que cualquier justificación minimamente razonable para el atesoramiento [...] suele ser suficiente para declarar la validez del acuerdo.“; zustimmend *García*, RdS n° 38, 2012, 55, 64 mit Fn. 38; *Iraculis*, RDM n° 281, 2011, 251, 266.
- 61 Vgl. SAP Madrid, 23.12.2009 (SAP M 17372/2009): „se haría preciso un mayor esfuerzo argumental, y también probatorio“.
- 62 Vgl. SAP Zaragoza, 26.3.2002 (SAP Z 810/2002): „existencia de un desequilibrio financiero“; SAP Alicante, 15.7.2010 (SAP A 2372/2010): „un fondo de maniobra negativo y un elevado volumen de deuda; [...] están pendiente de amortización determinados préstamos“.
- 63 Vgl. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (SJM) de Madrid, 28.4.2014 (SJM M 129/2014); ferner SAP Madrid, 29.9.2014 (SAP M 14064/2014).
- 64 Vgl. SAP Madrid, 13.12.2013 (SAP M 22064/2013).
- 65 Vgl. SAP Barcelona, 21.9.2000 (SAP B 11279/2000); SAP Valencia, 6.2.2008 (SAP V 843/2008); SAP Valencia, 7.5.2014 (SAP V 2465/2014).
- 66 Vgl. SAP Barcelona, 7.5.2014 (SAP B 5381/2014): „[L]a socio [sic] es libre de acudir o no a la junta y de hacerlo y de votar en contra, y/o de impugnarla judicialmente después de su celebración“.
- 67 Vgl. etwa STS, 26.5.2005 (STS 3394/2005); STS, 7.12.2011 (STS 9284/2011); SAP Álava, 19.10.2010 (SAP VI 515/2010); SAP Palma de Mallorca, 22.12.2010 (SAP IB 2639/2010); SAP Barcelona, 21.1.2011 (SAP B 1853/2011); SAP Álava, 27.3.2013 (SAP VI 685/2013); SAP La Coruña, 25.4.2014 (SAP C 1618/2014); SAP Navarra, 2.6.2014 (SAP NA 543/2014).
- 68 Dazu *Alfaro/Campins*, Otrosí n° 5, 2011, 19, 22; *García*, RdS n° 38, 2012, 55, 60; *Iraculis*, RDM n° 281, 2011, 251, 265: „considerable esfuerzo argumental y probatorio“.

Einige Stimmen plädieren daher für eine Verschiebung der Beweislast vom anfechtenden Minderheitsgesellschafter hin zur Gesellschaft.⁶⁹

IV. Prozessuale Durchsetzung des Gewinnbezugsrechts

Die erfolgreiche Anfechtung eines Thesaurierungsbeschlusses – so schwierig sie für sich schon ist – bildet lediglich die erste Hürde auf einem langen prozessualen Hindernislauf für den Minderheitsgesellschafter. Sie entfaltet nur kassatorische Wirkung und begründet noch keinen konkreten Gewinnauszahlungsanspruch.⁷⁰

1. Deutschland

Hierzulande muss der Minderheitsgesellschafter zur Durchsetzung seines Gewinnbezugsrechts nach herrschender Meinung in der Gesellschafterversammlung über einen Beschluss-

294 vorschlag zur Gewinnausschüttung abstimmen lassen. Wird sein Vorschlag abgelehnt, kann er den Beschluss anfechten und zugleich im Wege der positiven Beschlussfeststellungsklage das Zustandekommen des Ausschüttungsbeschlusses feststellen lassen, wenn die Ablehnung des Mehrheitsgesellschafters treuwidrig war.⁷¹ Umstritten ist allerdings, worauf sein Klageantrag konkret zu richten ist. Das gleiche Problem stellt sich, wenn in Umsetzung der Aushungerungsstrategie des Mehrheitsgesellschafters entgegen § 42 a II GmbHG schon gar kein Gewinnfeststellungs- oder -verwendungsbeschluss gefasst wird.⁷² Nach einer Auffassung kann der Minderheitsgesellschafter dann auf Fassung eines Gewinnverwendungsbeschlusses nach billigem Ermessen des Gerichts entsprechend § 315 III 2 Hs. 2 BGB klagen mit der Folge, dass sich die Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO richtet.⁷³ Eine zweite Meinung hält nur einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Herbeiführung (irgend)eines rechtmäßigen Gewinnverwendungsbeschlusses für begründbar, ohne dass dessen Inhalt festgelegt werden könnte.⁷⁴ Für die Zwangsvollstreckung soll dann § 888 ZPO gelten. Eine dritte Ansicht gewährt dem Minderheitsgesellschafter einen Anspruch auf Vollausschüttung, der im Wege der Leistungsklage durchzusetzen sei und mit rechtskräftigem Urteil nach § 894 ZPO als gefasst gelte.⁷⁵

69 In diesem Sinne *Alfaro/Campins*, Orosí n° 5, 2011, 19, 22 f.; dies aufgreifend *Iraculis*, RDM n° 281, 2011, 251, 268; ähnlich *Hernando*, RdS n° 37, 2011, 173, 186.

70 Vgl. für das deutsche Recht *BGHZ* 139, 299 = NZG 1998, 985 Leitsatz 1: „Der Anspruch des Gesellschafters einer GmbH auf Auszahlung des Gewinns entsteht erst mit dem nach Ablauf des Geschäftsjahres gefassten Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Gewinns.“

71 Vgl. *OLG Nürnberg*, NZG 2008, 948 Ls. = DB 2008, 2415 (2420) = BeckRS 2008, 16971; *Bork/Oepen*, ZGR 2002, 241 (245 f.); *Michalski/Römermann*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 49.

72 Zu solchen Fällen *Ulmer/Hüffer/Schürnbrand*, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 29 Rn. 16; *Verse* (o. Fn. 4), § 29 GmbHG Rn. 16.

73 Vgl. etwa *Zöllner*, ZGR 1988, 416 (418 ff.); zustimmend *Fastrich* (o. Fn. 26), § 29 GmbHG Rn. 41; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz*, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 29 Rn. 68.

74 Vgl. etwa *OLG Düsseldorf*, NZG 2001, 1085 (1086); *OLG Nürnberg*, NZG 2008, 948 Ls. = DB 2008, 2415 (2419 f.) = BeckRS 2008, 16971; offengelassen in *BGHZ* 139, 299 (304) = NZG 1998, 985.

75 Vgl. etwa *Henssler/Strohn/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 29 GmbHG Rn. 43; *Hüffer/Schürnbrand* (o. Fn. 72), § 29 GmbHG Rn. 24; *Verse* (o. Fn. 4), § 29 GmbHG Rn. 62.

2. Spanien

Auch in Spanien erschwert der Charakter des Gewinnbezugsrechts als abstraktes Recht, das erst durch einen Gesellschafterbeschluss zu einem konkreten Anspruch erwächst, die prozessuale Durchsetzung. Ob sich die Entscheidungsbefugnis der Gerichte in der Nichtigerklärung rechtsmissbräuchlicher Gewinnverwendungsbeschlüsse erschöpft oder weiter geht, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Den Ausgangspunkt aller Überlegungen bildet Art. 273 I LSC, wonach die Gesellschafterversammlung über die Gewinnverwendung befindet. Wie bereits erwähnt, ist sie in ihrer Entscheidung grundsätzlich frei und kann erzielte Gewinne auch vollständig einbehalten.⁷⁶ Aus diesem Grund halten es verschiedene Stimmen in Rechtsprechung und Rechtslehre für unzulässig, dass ein Richter den Gesellschafterbeschluss durch seine eigene Entscheidung ersetzt, und lassen daher nur ein kassatorisches Urteil zu.⁷⁷ Andere Stimmen gestehen den Gerichten dagegen weiter gehende Kompetenzen zu. Sie berufen sich auf Art. 7 II 2 CC, der es erlaubt, jene administrativen oder gerichtlichen Maßnahmen zu ergreifen, die das Fortwirken des Rechtsmissbrauchs unterbinden.⁷⁸ Dem Prinzip der Nichteinmischung der Gerichte in unternehmerische Entscheidungen tragen sie mit der Figur der Ermessensreduzierung auf Null Rechnung.⁷⁹ Hierzu hat das Madrider *Juzgado de lo Mercantil* in zwei jüngeren Entscheidungen ausgeführt, dass zumindest die Frage nach dem Ob der Gewinnausschüttung nur zwei Antworten zulasse.⁸⁰ Sehe man in der Thesaurierung einen Rechtsmissbrauch, bleibe als einzig rechtmäßige Entscheidung die Ausschüttung. Offen sei demnach allein der Umfang der Gewinnausschüttung, der sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben könne.⁸¹ Fehlen solche Vorgaben, haben es manche Gerichte dabei belassen, die Gesellschafterversammlung zu einer erneuten Beschlussfassung zu verurteilen, aber zugleich gefordert, dass zumindest ein Teil der Gewinne ausgeschüttet wird; den Umfang der Ausschüttung solle die Gesellschafterversammlung bestimmen.⁸² Andere Gerichte haben auf eine teilweise Gewinnausschüttung erkannt und den Ausschüttungsbetrag selbstständig, ausgehend vom Vorbringen des Minderheitsgesellschafters und in Abwägung mit dem Gesellschaftsinteresse festgelegt.⁸³ Wieder andere haben die vollständige Aus-

76 Vgl. den Text zu Fn. 15.

77 In diesem Sinne etwa *Carrasco*, *Foro de Derecho Mercantil* n° 40, 2013, 127, 130; *Ortuño*, in *Rojo/Beltrán*, *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Band II, 2011, Art. 273, I, S. 2032; *Silva/Sambeat*, *DLL* n° 7844, 24.4.2012, 1, 2; *Vela*, *DN* n° 268, 2013, 53, 56; aus der Rechtsprechung wohl auch *SAP Barcelona*, 7.5.2014 (*SAP B 5381/2014*).

78 Art. 7 II 2 CC: „[El abuso de derecho] dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.“; dazu *Alfaro/Campins*, *Otrosí* n° 5, 2011, 19, 25; *Hernando*, *RdS* n° 37, 2011, 173, 202.

79 Vgl. *Alfaro/Campins*, *Otrosí* n° 5, 2011, 19, 25 f.: „Sólo excepcionalmente en aquellos casos que no hubiese margen alguno de discrecionalidad podría pensarse en la sustitución de la voluntad del órgano social por la del juzgador.“

80 Vgl. *SJM Madrid*, 28.11.2013 (*SJM M 490/2013*); *SJM Madrid*, 28.4.2014 (*SJM M 129/2014*).

81 Vgl. *SJM Madrid*, 28.11.2013 (*SJM M 490/2013*); ebenso *Alfaro/Campins*, *Otrosí* n° 5, 2011, 19, 26.

82 In diesem Sinne etwa *SAP Álava*, 19.10.2010 (*SAP VI 515/2010*): „[D]ebemos declarar nulos los acuerdos [...] debiéndose adoptar un nuevo acuerdo por la junta sobre aplicación de los resultados conforme con lo señalada [sic] en el fundamento cuarto.“

83 Vgl. etwa *SJM Madrid*, 28.11.2013 (*SJM M 490/2013*); ferner *SAP Álava*, 28.12.2012 (*SAP VI 971/2012*), das auf die Anfechtung einer erneuten Einbehaltungsentscheidung entgegen der Anordnung des Gerichts, zumindest einen Teil der Gewinne dieses Geschäftsjahrs auszuschütten (*SAP Álava*, 19.10.2010, Fn. 82), ergangen ist.

schüttung der Gewinne des betroffenen Geschäftsjahres angeordnet.⁸⁴ Das *Tribunal Supremo* hat eine solche Verurteilung in einer Leitentscheidung aus dem Jahre 2005 bestätigt,⁸⁵ ohne sich allerdings in den Entscheidungsgründen näher mit dem Rechtsfolgenausspruch auseinanderzusetzen.⁸⁶

V. Außerordentliches Austrittsrecht bei übermäßiger Gewinnthesaurierung

Mehrheits-Minderheits-Konflikte über die Gewinnverwendung erschöpfen sich häufig nicht in einer einmaligen Auseinandersetzung, sondern stellen sich jedes Jahr aufs Neue. Daher erweist sich die Suche nach einer endgültigen Konfliktlösung als besonders dringend. Will man die Auflösung der Gesellschaft vermeiden, kommt namentlich ein außerordentliches Austrittsrecht der Minderheitsgesellschafter bei übermäßiger Gewinnthesaurierung in Betracht.

1. Deutschland: Austrittsrecht aus wichtigem Grund

Das deutsche GmbH-Recht kennt seit Langem ein allgemeines Austrittsrecht aus wichtigem Grund auch ohne entsprechende Satzungsregelung.⁸⁷ Es ist von der Rechtsprechung in Anlehnung an das bürgerlichrechtliche Kündigungsrecht von Dauer-schuldverhältnissen aus wichtigem Grund (heute: § 314 BGB) entwickelt worden.⁸⁸

295

Als nicht im Gesetz ge-regeltes Rechtsinstitut ist es allerdings nur dann anwendbar, wenn keine anderen, für die Gesellschaft weniger einschneidenden Möglichkeiten zur Konfliktlösung bestehen.⁸⁹ Unter Berufung auf diesen *ultima-ratio*-Gedanken wies das *OLG München* im Jahre 1989 die Klage einer Minderheitsgesellschafterin ab, die ihr Austrittsbegehren auf eine zu geringe Gewinnausschüttung gestützt hatte.⁹⁰ Der *BGH* nahm die Revision der Klägerin nicht an und führte zur Begründung aus, es könne ihr zugemutet werden, die Gewinnverwendungsbeschlüsse anzufechten und damit die Gewinnverwendungs-politik der GmbH gerichtlich überprüfen zu lassen, ehe sie zu dem äußersten Mittel des Austritts aus der Gesellschaft greife.⁹¹ Großzügiger zeigte sich zehn Jahre später das *OLG Köln* in einem anderen Fall, in dem es dem Mehrheitsgesellschafter attestier-te, er habe versucht, den Minderheitsgesellschafter ohne wirtschaftliche Notwendig-keit durch Thesaurierungsbeschlüsse „auszuhungern“. Dieser eindeutige Missbrauch der Mehrheitsmacht berechtige den Minderheitsgesellschafter zum Austritt aus wich-tigem Grund.⁹² Die neuere Literatur pflichtet dem vielfach bei, weil es unzumutbar sei, wenn die Mehrheit in hartnäckiger und uneinsichtiger Weise auf ihrem Standpunkt beharre und den Minderheitsgesellschafter damit immer wieder in Prozesse zwingt.⁹³ Unterschiedlich beurteilt wird, ob ein Austrittsrecht auch bei einer rechtmäßigen The-

84 Vgl. den mit SAP Palma de Mallorca, 22.12.2010 (SAP IB 2639/2010), aufrechterhaltenen Tenor des JM Palma de Mallorca: „ordenando la distribución de beneficios obtenidos por dicha entidad en el ejercicio de 2008, en parte proporcional a las participaciones de cada socio“.

85 Vgl. STS, 26.5.2005 (STS 3394/2005).

86 Kritisch dazu *Alfaro/Campins*, *Otrosí* n° 5, 2011, 19, 26.

87 Eingehend *MüKoGmbHG/Strohn*, 2. Aufl. 2015, § 34 Rn. 101 ff. mwN.

88 Grundlegend *BGHZ* 9, 157 (161 f.) = *NJW* 1953, 780.

89 Vgl. zuletzt *BGH*, *NZG* 2014, 541 Rn. 12; *Strohn* (o. Fn. 87), § 34 GmbHG Rn. 189.

90 Vgl. *OLG München*, *GmbHR* 1990, 221.

91 Vgl. *BGH*, *GmbHR* 1990, 222.

92 Vgl. *OLG Köln*, *NZG* 1999, 1222 (1223).

93 So *Strohn* (o. Fn. 87), § 34 GmbHG Rn. 187.

saurierung in Betracht kommt, etwa wenn den Minderheitsgesellschafter die geringe Verzinsung seiner Einlage besonders hart trifft und die entgegenstehenden Interessen der GmbH nicht überwiegen.⁹⁴

2. Spanien: Gesetzliches Austrittsrecht wegen Nichtausschüttung (Art. 348 *bis* LSC)

a) Neuregelung von 2011

Im spanischen Kapitalgesellschaftsrecht besteht ein gesetzliches Austrittsrecht nur bei bestimmten, abschließend aufgezählten Grundlagenbeschlüssen.⁹⁵ Dazu gehören Fortsetzungsbeschlüsse einer auf bestimmte Zeit gegründeten oder bereits aufgelösten Gesellschaft,⁹⁶ Umwandlungsbeschlüsse⁹⁷ oder Beschlüsse über eine Sitzverlegung ins Ausland.⁹⁸ Für das Problem rechtsmissbräuchlicher Gewinnthesaurierung hat der spanische Gesetzgeber im Jahre 2011⁹⁹ eine weitere Fallgruppe hinzugefügt: Art. 348 *bis* LSC eröffnet Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften¹⁰⁰ ein Austrittsrecht wegen der Nichtgewährung von Dividenden. Dieses gesetzliche Austrittsrecht entsteht ab dem fünften Geschäftsjahr seit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister, wenn die Gesellschafterversammlung nicht die Ausschüttung einer Dividende in Höhe des gesetzlich festgelegten Mindestbetrags beschließt. Die obligatorische Mindestausschüttung beträgt ein Drittel des im vergangenen Jahr erwirtschafteten und ausschüttungsfähigen Gewinns.¹⁰¹ Zum Austritt berechtigt sind Gesellschafter, die für eine Gewinnausschüttung gestimmt haben; sie können ihr Recht innerhalb eines Monats ab dem Tag der Versammlung ausüben. Erklärtes Ziel der Neuregelung, die auf einen Reformvorschlag aus dem Jahre 2002 zurückgeht,¹⁰² ist es, eine regelmäßige Gewinnausschüttung sicherzustellen und Gesellschafterkonflikte zu reduzieren.¹⁰³

-
- 94 Dafür *Röhricht*, FS Kellermann, 1991, S. 361, 383; dagegen für Familiengesellschaften *Eschenlohr*, FS Sigle, 2000, S. 131, 138.
- 95 Vgl. *Alonso*, RDM n° 287, 2013, 89, 93; *Campins/Alfaro* (o. Fn. 7), S. 65, 71 f.; monografisch *Rodas*, La separación del socio en la Ley de sociedades de capital, 2013, S. 22 f.; *dies.*, RDM n° 288, 2013, 141, 143 f., 151 f.
- 96 Art. 346 I Buchst. b und c LSC.
- 97 Art. 346 III LSC iVm Art. 15 I Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (kurz: LME).
- 98 Art. 346 III LSC iVm Art. 99 LME (bzw. Art. 62 LME bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen). Ein auf die SL beschränktes Austrittsrecht entsteht zudem bei Beschlüssen, die das Regelungsregime von Anteilsübertragungen ändern, Art. 346 II LSC.
- 99 Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, in Kraft getreten am 2.10.2011.
- 100 Die Regelung gilt sowohl für die SL wie auch die *sociedad anónima* (SA). Ausdrücklich ausgeschlossen sind börsennotierte Gesellschaften, Art. 348 bis III LSC.
- 101 Zu einzelnen Streitfragen über den Umfang der Mindestausschüttung *Cáceres*, DN n° 263-264, 2012, 29, 36 f.; *Rojo/Cañabate*, REF 2 (2); 2012, 41 (45 f.); *Silva/Sambeat*, DLL n° 7844, 24.4.2012, 1, 4; *SJM Barcelona*, 25.9.2013 (SJM B 379/2013).
- 102 Vgl. Art. 150 Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, Madrid, 2002.
- 103 Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs bei *Brenes*, RdS n° 37, 2011, 19, 31 mit Fn. 41: „mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad“; zur Entstehungsgeschichte auch *Silva/Sambeat*, DLL n° 7844, 24.4.2012, 1, 2 f.

b) Rechtspolitische Kritik

Die konkrete Ausgestaltung des Art. 348 *bis* LSC hat eine Welle der Kritik ausgelöst,¹⁰⁴ die neben redaktionellen Mängeln der Norm¹⁰⁵ auch materielle Grundentscheidungen des Gesetzgebers betrifft.¹⁰⁶ Bedenken richten sich insbesondere gegen die Anknüpfung des Austrittsrechts an eine nur einmal ausbleibende oder unter der gesetzlichen Schwelle liegende Gewinnausschüttung. Auf diese Weise erfasse die Vorschrift nicht nur die pathologischen Fälle missbräuchlicher Gewinnthesaurierung, sondern gebe den Minderheitsgesellschaftern ein weiter gehendes Gestaltungsrecht zur Durchsetzung ihrer pekuniären Interessen an die Hand.¹⁰⁷ Diese könnten die Gesellschaft vor die Wahl stellen, entweder die erwirtschafteten Gewinne zumindest teilweise ausschütten oder ihren Austritt gegen eine angemessene Abfindung hinnehmen zu müssen. Zahlreiche Autoren monieren, dass der Kapitalabfluss beim Austritt eines Minderheitsgesellschafters – zumal in Zeiten der allgemeinen Wirtschaftskrise – eine ernsthafte Bedrohung für viele Gesellschaften darstelle, und warnen insbesondere vor Liquiditätsengpässen angesichts der kurzfristig fälligen Abfindungsansprüche.¹⁰⁸ Ähnliche Gefahren sehen sie im Falle der Ausschüttung des gesetzlichen Mindestbetrags, der zu hoch sei und die Gesellschaften in ihrer Finanzplanung zu stark einschränke.¹⁰⁹ Vor allem aber fehle eine Möglichkeit, im Einzelfall von einer Ausschüttung abzusehen, wenn die wirtschaftliche oder finanzielle Situation einer Gesellschaft dies erfordere.¹¹⁰ Als ein möglicher Ausweg wird verschiedentlich bereits vorgeschlagen, das Austrittsrecht über das Verbot des Rechtsmissbrauchs oder die Treuepflicht der Gesellschafter einzuschränken.¹¹¹ Rechtssicherheit für die betroffenen Gesellschaften lässt sich auf diesem Wege allerdings kaum erreichen.

296

c) Suspendierung des Inkrafttretens bis Ende 2016

Wegen der breiten Kritik ist die Anwendung des Art. 348 *bis* LSC bereits acht Monate nach seinem Inkrafttreten zunächst bis zum 31.12.2014, inzwischen bis Ende 2016 suspendiert worden.¹¹² Der im Mai 2014 verabschiedete Vorentwurf zu einem Han-

-
- 104 Vgl. *Campins/Alfaro* (o. Fn. 7), S. 65, 77: „una buena idea pero mal articulada“; für eine positive Gesamteinschätzung aber *García*, RdS n° 38, 2012, 55, 63 ff., insbesondere 64: „llave para [...] abrir la sociedad cerrada“.
- 105 Auslegungsbedürftig sind etwa die Anforderungen an das Abstimmungsverhalten des Gesellschafters; dazu *Brenes*, RdS n° 37, 2011, 19, 32; *Cáceres*, CCJC n° 90, 2012, 63, 87 f.; *García*, RdS n° 38, 2012, 55, 66 ff.; *Rojo/Cañabate*, REF 2 (2); 2012, 41 (44 ff.); *Silva/Sambeat*, DLL n° 7844, 24.4.2012, 1, 3 f.; *Vela*, DN n° 268, 2013, 53, 57 f.
- 106 Behauptet wird zum Teil gar eine Verfassungswidrigkeit der Norm wegen Verletzung der unternehmerischen Freiheit und des Gebots der Rechtssicherheit, so *Ibáñez*, DN n° 263-264, 2012, 7, 15 ff.
- 107 Vgl. *Campins/Alfaro* (o. Fn. 7), S. 65, 79 f., 87; *Rodas* (o. Fn. 95), S. 80.
- 108 Vgl. *Brenes*, RdS n° 37, 2011, 19, 33; *Cáceres*, DN n° 263-264, 2012, 29, 36; *Ibáñez*, DN n° 263-264, 2012, 7, 16; wohl auch *Campins/Alfaro* (o. Fn. 7), S. 65, 80 f.; anders aber *García*, RdS n° 38, 2012, 55, 65.
- 109 Vgl. *Brenes*, RdS n° 37, 2011, 19, 32 f.; *Rodas* (o. Fn. 95), S. 79: „descapitalización obligatoria“.
- 110 Vgl. *Brenes*, RdS n° 37, 2011, 19, 32 f.; *Campins/Alfaro* (o. Fn. 7), S. 65, 80 f.; *Luceño*, DLL n° 7709, 5.10.2011, 6; *Silva/Sambeat*, DLL n° 7844, 24.4.2012, 1, 5. Hingewiesen wird auch auf Konflikte mit externen Finanzierungsverträgen der Gesellschaft, die u. U. eine Gewinnausschüttung untersagen, vgl. *Rojo/Cañabate*, REF 2 (2); 2012, 41 (46); *Silva/Sambeat*, DLL n° 7844, 24.4.2012, 1, 6; *Vela*, DN n° 268, 2013, 53, 58.
- 111 Vgl. *Cáceres*, CCJC n° 90, 2012, 63, 88 f.; *Campins/Alfaro* (o. Fn. 7), S. 65, 81 f.; *Silván/Pérez*, DLL n° 7813, 7.3.2012, 1, 5 f.
- 112 Vgl. Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital und Real Decreto-ley 11/2014, de

delsgesetzbuch (*Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*) hält jedoch grundsätzlich am Austrittsrecht wegen der Nichtgewährung von Dividenden fest. Allerdings verringert er die obligatorische Mindestdividende auf ein Viertel der ordentlichen ausschüttungsfähigen Gewinne und knüpft das Austrittsrecht an die weitere Voraussetzung, dass bereits im vorangegangenen Geschäftsjahr ausschüttungsfähige Gewinne erzielt worden sind.¹¹³ In der Begründung des Vorentwurfs heißt es dazu, auf diese Weise solle ein besseres Gleichgewicht zwischen dem legitimen Interesse der Gesellschaft an einer vernünftigen Ergebnisverwendung und dem des Gesellschafters an einer Gewinnausschüttung erreicht werden.¹¹⁴ Sollte das Austrittsrecht wegen Nichtgewährung von Dividenden zum Jahresbeginn 2017 oder im Rahmen eines neuen Gesetzes tatsächlich in Kraft treten, dürfte die bereits eröffnete Diskussion neu entflammen, ob es im Gesellschaftsvertrag abgedungen werden kann.¹¹⁵ Gleiches gilt für die Debatte über allfällige Normvermeidungsstrategien.¹¹⁶

VI. Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung

Aushungerungsstrategien des Mehrheitsgesellschafters sind ein Grundproblem des Minderheitenschutzes im GmbH-Recht, für dessen Lösung sich national und international noch kein Königsweg abzeichnet. Die vielfach erhobene Mahnung, die Gewinnausschüttung im Gesellschaftsvertrag vorzustrukturieren,¹¹⁷ verhält in Deutschland und Spanien zumeist ungehört: Gesellschafter geschlossener Kapitalgesellschaften, die einander persönlich kennen und vertrauen, verspüren im Gründungsstadium wenig Neigung, mögliche Streitpunkte anzusprechen und dadurch vielleicht den Vertragsabschluss zu gefährden.¹¹⁸ Ob ein gesetzlicher Regelungsauftrag dem abzuhelpen vermag, erscheint entgegen mancher Reformstimmen¹¹⁹ keineswegs ausgemacht: Sein sanfter Stups (*nudge*¹²⁰) macht die (Minderheits-)Gesellschafter zwar auf das Regelungsproblem aufmerksam, mindert allerdings nicht ihren übermäßigen Optimismus, der eine häufige Ursache für falsche Wahlentscheidungen bei der Anbahnung eines Gesellschaftsvertrags darstellt.¹²¹ Unabhängig davon ist es im Gründungsstadium

5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal; zur Bedeutung dieser „Suspendierung“ *Vilarrubias/Fauria*, RdS n° 41, 2013, 429. Einige Fälle haben dennoch die Gerichte erreicht, vgl. SJM Barcelona, 25.9.2013 (SJM B 379/2013); SAP La Coruña, 21.3.2014 (SAP C 2101/2014).

113 Vgl. Art. 271–6 Abs. 1: „[...] derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, una cuarta parte de los beneficios [...], siempre que se hayan obtenido dichos beneficios durante los dos ejercicios anteriores.“; im Vorfeld *Luceño*, DLL n° 7912, 30.7.2012, 10, 11.

114 Vgl. Motivo III-78 des Vorentwurfs i. d. F. vom 30.5.2014.

115 Dazu *Alonso*, RDM n° 287, 2013, 89, 99 ff.; *Campins/Alfaro* (o. Fn. 7), S. 65, 82 ff.; *Silván/Pérez*, DLL n° 7813, 7.3.2012, 1, 3 f.

116 Dazu bereits *Silván/Pérez*, DLL n° 7813, 7.3.2012, 1, 6 f., unter der Überschrift „Estrategias de la mayoría“; ferner *Luceño*, DLL n° 7912, 30.7.2012, 10, 11.

117 So etwa *Hommelhoff* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 29 Rn. 26 mwN.

118 Dazu *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (o. Fn. 1), S. 42 f.

119 Fn. 12.

120 Begriff und Konzept: *Thaler/Sunstein*, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, 2008; für gesellschaftsrechtliche Adaptionen *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (o. Fn. 1), S. 63 ff.; *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 626 ff.; *Sneirson*, *Wis. L. Rev.* 2008, 899.

121 Vgl. *Fleischer/Schmolke/Zimmer* in *Fleischer/Zimmer*, *Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2011, S. 9, 59 f.; ferner *Molitor*, 14 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 491 (2009): „Unless some level of protection is mandatory, trusting and optimistic shareholders may be induced to abandon it at the outset of the venture.“

schwierig, die zukünftige Geschäftsentwicklung zuverlässig abzuschätzen und für sie eine sachgerechte Ausschüttungsklausel zu konzipieren. Nicht ohne Grund soll die Austrittsregelung in Art. 348 *bis* LSC erst ab dem fünften Geschäftsjahr eingreifen, wenn sich die Gesellschaft und ihr Geschäftsmodell stabilisiert haben. Noch weniger geeignet ist eine einheitliche gesetzliche Vorgabe zur Mindestausschüttung, die weder der Vielfalt der Unternehmen (Größe, Branche, Eigenkapitalbedarf) noch den wirtschaftlichen Wechselfällen im Leben einer Gesellschaft gerecht wird. Sie hat sich daher in Deutschland und Spanien mit Recht nicht durchgesetzt und kommt international nur vereinzelt vor, etwa in Finnland und Portugal.¹²² Schließlich böte eine Sonderregelung für Gewinnausschüttungen in Gesellschaftsvertrag oder Gesetz stets nur einen unvollkommenen Minderheitenschutz, weil ein unredlicher Mehrheitsgesellschafter auf zahlreiche andere Ausbeutungsstrategien zurückgreifen kann, die von unausgewogenen Drittgeschäften mit der Gesellschaft über ein exzessives Geschäftsführergehalt bis hin zur heimlichen Aneignung von Geschäftschancen und Gesellschaftsressourcen reichen.¹²³

Rechtsprechung und Rechtslehre konzentrieren sich daher folgerichtig auf einen nachgelagerten Schutz der Minderheitsgesellschafter, der in geschlossenen Kapitalgesellschaften unentbehrlich ist. Während die Anteilseigner börsennotierter Gesellschaften Wertsteigerungen infolge ständiger Gewinnthesaurierung durch einen Verkauf ihrer Anteile in klingende Münze umsetzen können (so genannte *homemade dividend*¹²⁴), steht Minderheitsgesellschaftern in der GmbH ein solcher Weg nicht offen. Dieser Unterschied rechtfertigt eine höhere gerichtliche Kontrolldichte der Gewinnverwendungsentscheidung in geschlossenen Kapitalgesellschaften.¹²⁵ Geboten ist eine umfassende Würdigung aller Fallumstände bei der Anwendung der jeweiligen Generalklausel. Das deutsche Recht lässt dem Minderheitsgesellschafter mit der mitglied-

297 Schutz ange-deihen als der spanische Rechtsmissbrauchsgedanke, auch wenn die praktischen Ergebnisse enger beisammen liegen dürften als ihre theoretischen Ausgangspunkte.¹²⁶ Die dogmatische „Wahl der Waffen“ folgt häufig nationalen Pfadabhängigkeiten: In den Vereinigten Staaten bevorzugen die Gerichte zumeist einen treuepflichtgestützten Ansatz, der dem deutschen in vielerlei Hinsicht gleicht;¹²⁷ in Frankreich¹²⁸ und Italien¹²⁹ dominiert dagegen wie in Spanien ein missbrauchsgestütztes Schutzkonzept.

122 Vgl. *Fleischer* (o. Fn. 6), unter G I 4 a.

123 Vgl. die „Typologie minderheitsschädigender Verhaltensweisen“ bei *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (o. Fn. 1), S. 32 ff.; noch detaillierter *O’Neal/Thompson*, *Oppression of Minority Shareholders and LLC Members*, 2. Aufl. 2009, §§ 3:4-3:20, die einen Katalog von 17 Verdrängungsstrategien („Squeeze-out Techniques“) vorstellen.

124 Vgl. *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 231: „Investors can turn future profits into today’s cash by selling stock, a form of homemade dividend.“

125 Dazu bereits sehr früh *Manne*, 53 Va. L. Rev. 259, 280 (1967): „[A] failure to pay dividends may be used by the controlling group in small corporations to force minority shareholders to sell their shares at a bargain price. Here it can be seen that it makes considerably less sense to adopt a judicial hands-off attitude. In fact, it would not be too extreme to put the burden of proving the propriety of its dividend policy on the controlling shareholders.“

126 Vgl. etwa *OLG Nürnberg*, NZG 2008, 948 Ls. = DB 2008, 2415 (2418) = BeckRS 2008, 16971: „Dies hat zur Folge, dass die von der Gesellschafterversammlung getroffene Entscheidung nur äußerst restriktiv daraufhin überprüft werden darf, ob sie gegen gesetzliche Schranken (§§ 138, 226, 242, 826 BGB) verstößt oder ob sich das Abstimmungsverhalten einzelner Gesellschafter bei Abwägung der einzustellenden Interessen [...] als Verstoß gegen die Treuepflicht der Gesellschafter erweist.“

127 Vgl. etwa *Moll/Ragazzo*, *The Law of Closely Held Corporations*, Loseblatt, Stand: 2011, § 7. 01[C] [4] mwN.

Im konkreten Zugriff ist sowohl in Deutschland wie in Spanien die wirtschaftliche Rechtfertigung der Gewinnthesaurierung wesentlich für die rechtliche Bewertung, wobei die dazu vorgetragenen Erwägungen in beiden Rechtsordnungen nur eingeschränkter gerichtlicher Überprüfung unterliegen. Für einen wirksamen Minderheitenschutz ist es wichtig, dass die Gesellschaft im Streitfall – wie in Deutschland¹³⁰ – die Gründe für eine Gewinnthesaurierung substantiiert vortragen muss. Sie ist hierzu auch ohne Weiteres in der Lage, weil dem Geschäftsführer die Finanzierungs- und Investitionsplanung obliegt und er hierfür über alle erforderlichen Informationen verfügt. Halten die angeführten Gründe einer Plausibilitätskontrolle stand, werden (und sollten) die Gerichte die Entscheidung der Gesellschaftermehrheit in der Regel nicht weiter hinterfragen, um deren Prärogative bezüglich der Unternehmensfinanzierung und Dividendenpolitik nicht zu beschneiden. Zur Begründung stützt man sich in Deutschland und Spanien verschiedentlich auf den Grundgedanken der „Business Judgment Rule“;¹³¹ in den angelsächsischen Systemen ist diese Rechtsfigur sogar unmittelbar anwendbar, weil dort nicht die Gesellschafterversammlung, sondern das Geschäftsführungsorgan (*board of directors*) für die Gewinnverwendung zuständig ist.¹³² Eine ganz ähnliche Zurückhaltung hinsichtlich der Unternehmensplanung legen die Gerichte hierzulande im Übrigen bei der Wahrnehmung ihres Kontrollauftrags im Spruchverfahren an den Tag: Sie orientieren sich bei der Überprüfung der Unternehmensbewertung an den Planungen und Prognosen der Geschäftsleitung, sofern diese auf realistischen Annahmen beruhen und nicht widersprüchlich sind.¹³³

Erfolgreich anfechtbar sind Thesaurierungsentscheidungen dann, wenn Geschäftsführung oder Gesellschaftermehrheit für sie keine schlüssigen Gründe vortragen oder wenn ihre Ausführungen zur zukünftigen Investitions- und Finanzierungsplanung auf unrealistischen Annahmen beruhen. Ersteres war nach Auffassung des *OLG Brandenburg* im Beispiel Nr. 1 der Fall.¹³⁴ Indizien für ein treuwidriges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten können außerdem darin liegen, dass der Mehrheitsgesellschafter nach einem Zerwürfnis mit dem Minderheitsgesellschafter zu einer Politik der Vollthesaurierung übergeht, von der er wegen eines auskömmlichen Geschäftsführergehalts weniger stark belastet wird als der Minderheitsgesellschafter. Dies schwingt in

-
- 128 Vgl. etwa *Merle/Fauchon*, *Sociétés commerciales*, 18. Aufl. 2014, Rn. 664 (für die *société anonyme*).
- 129 Vgl. etwa *Campobasso*, *Diritto delle società*, 8. Aufl. 2012, S. 495 (für die *società per azioni*); Trib. Milano, 22.4.1993, *Dir. fall.*, 1994, II, 122 („eccesso di potere“); 28.5.2007, *Giur. it.* 2008, 130.
- 130 Fn. 46.
- 131 Vgl. für Deutschland *Hommelhoff*, *GmbHR* 2010, 1328 (1329): „Deshalb gelten für diesen Gesellschafterentscheid die rechtsstrukturellen Leitlinien der business judgment rule“; für Spanien der Hinweis bei *Alfaro/Campins*, *Otrosí* n° 5, 2011, 19, 22.
- 132 Grundlegend dazu der „landmark case on court-compelled dividends for closed corporations“, *Dodge v. Ford Motor Co.*, 204 Mich. 459, 500 (1919): „It is a well-recognized principle of law that the directors of a corporation, and they alone, have the power to declare a dividend of the earnings of the corporation, and to determine its amount.“
- 133 So *OLG Stuttgart*, AG 2006, 421 (426); NZG 2011, 30 Ls. = AG 2011, 49 (53) = BeckRS 2010, 25689; zustimmend *Fleischer/Bong*, NZG 2013, 881 (888): „Die Alternative kann [...] nicht darin liegen, dem Spruchrichter die Unternehmensplanung zu überlassen.“
- 134 Vgl. *OLG Brandenburg*, ZIP 2009, 1955 (1958) = BeckRS 2009, 10127: „Dieser Vortrag ist unzureichend. Der allgemeine Hinweis auf harten Wettbewerb kann nicht eine Vollthesaurierung über sieben Jahre hinweg in der genannten Größenordnung rechtfertigen. Gleiches gilt für den Vortrag zum Rohgewinn. Die Klägerin [= die GmbH] unterlässt es, die mittelfristigen Investitions- und Finanzpläne für ihre sinnvolle wirtschaftliche Entwicklung und/oder Stabilisierung vorzutragen.“

der Entscheidung der *Audiencia Provincial de Barcelona* im Beispiel Nr. 2 mit.¹³⁵ Allein der Umstand, dass nur der Mehrheits- und nicht auch der Minderheitsgesellschafter als Geschäftsführer amtiert, macht eine Gewinnthesaurierung ohne das Hinzutreten weiterer Umstände jedoch noch nicht verdächtig. Anders liegt es womöglich, wenn der Minderheitsgesellschafter auf Grund der Fallumstände die berechnete Erwartung hegen durfte, an den *de facto dividends* der Gesellschaft in der einen oder anderen Form zu partizipieren.¹³⁶

Was die Anspruchsdurchsetzung anbelangt, stehen das deutsche und das spanische Recht ebenso wie viele andere kontinentaleuropäische Jurisdiktionen vor der Schwierigkeit, dass den Gerichten die Kompetenz zur Anordnung konkreter Gewinnausschüttungen fehlt. Ihre Zurückhaltung reicht indes nicht so weit wie die des französischen Rechts, das besonders streng auf den ehernen Prinzipien der Nichteinmischung des Richters in die Unternehmensführung und der Souveränität der Gesellschaftsorgane beharrt.¹³⁷ So behelfen sich französische Gerichte mehr schlecht als recht mit der Bestellung eines gerichtlichen Sachwalters (*mandataire de justice*), der an Stelle des rechtsmissbräuchlich handelnden Gesellschafters dessen Stimmrecht ausübt,¹³⁸ zeigen sich jüngst aber etwas flexibler.¹³⁹ Eine ebenso einfache wie elegante Lösung halten hier nur die *equitable remedies* im Vereinigten Königreich und den Vereinigten Staaten bereit: Sie gewähren den Gerichten im Rahmen der *unfair-prejudice-* bzw. *oppression-*Doktrin auf der Rechtsfolgenseite große Gestaltungsfreiheit („as they think fit“), die auch eine Ermächtigung zur Anordnung konkreter Dividendenzahlungen einschließt.¹⁴⁰

298 Diese Flexibilität haben US-Gerichte gelegentlich zu zeitlich weitreichenden Rechtsfolgenaussprüchen genutzt, um dem Minderheitsgesellschafter die Last einer alljährlichen Klage abzunehmen: In einem Urteil aus dem Jahre 1955 billigte der *Texas Supreme Court* einen erstinstanzlichen Richterspruch, der die Gesellschaft verpflichtete, in den kommenden Jahren eine angemessene Dividende aus erzielten Gewinnen auszuschütten, sofern dies guter unternehmerischer Praxis nicht eindeutig zuwiderlief;¹⁴¹ ähnlich urteilte der *Michigan Court of Appeals* im Jahre 1977 in einem Fall, in dem sich das erstinstanzliche Gericht die Zuständigkeit zur Anordnung zukünftiger Divi-

135 Fn. 3. Im Ergebnis erklärte die AP Barcelona den Nichtausschüttungsbeschluss für nichtig. Gestützt auf ein Sachverständigengutachten war der Klägerin der Nachweis gelungen, dass die Gewinnthesaurierung wirtschaftlich nicht gerechtfertigt war.

136 Näher dazu *Moll*, 60 Wash. & Lee L. Rev. 841, 876–877 (2003): „Perhaps the clearest case for judicial intervention into a close corporation’s dividend policy involves the majority shareholder’s receipt of ‘de facto dividends’ to the exclusion of the minority shareholder. [...] A ‘de facto dividend’, therefore, is simply a distribution of corporate profit to shareholders that a company disguises, often for tax reasons, as some other form of compensation or perquisite.“

137 Vgl. *Hovasse*, Dr. sociétés 2014, 33, 34: „[I]l n’appartient pas au juge de dicter cet intérêt [de la société] mais de contrôler qu’il est une justification sérieuse à la décision des majoritaires.“

138 Vgl. etwa Cass.com., 31.3.2009, Rev. soc. 2009, 601. Dies für das spanische Recht ablehnend *Ginés*, RdS n° 40, 2013, 273, 311 mwN.

139 Vgl. Cass. 3 e civ., 7.2.2012, Rev. soc. 2012, 622: „[L]a cour d’appel, qui n’a pas prononcé dans son dispositif la distribution des dividendes mais celle de bénéfices, a pu [...] retenir un abus de majorité et ordonner la distribution de ces bénéfices [...]“

140 Vgl. für das US-amerikanische Recht *O’Neal/Thompson* (o. Fn. 123), § 9:20: „Compelling declaration of dividends“; für das englische Recht *Joffe/Drake/Richardson/Lightman/Collingwood*, *Minority Shareholders*, 4. Aufl. 2011, Rn. 7161 ff.; allerdings legen die englischen Gerichte selbst keine bestimmte Dividende fest, sondern verpflichten den Mehrheitsgesellschafter zum Erwerb der Minderheitsanteile zu einem angemessenen Preis, vgl. *Sealy/Worthington*, *Cases and Materials in Company Law*, 19. Aufl. 2013, S. 543.

141 Vgl. *Patton v. Nicholas*, 154 Tex. 385, 399 (1955).

denden für fünf weitere Jahre vorbehalten hatte.¹⁴² Es steht zu erwarten, dass die Diskussion über einen tragfähigen Kompromiss zwischen den konfligierenden Zielen eines wirksamen Minderheitenschutzes und der gerichtlichen Nichteinmischung in die Gesellschaftsinterna auch in Kontinentaleuropa an Fahrt aufnehmen wird.

Als letztes Mittel billigt Deutschland dem Minderheitsgesellschafter bei übermäßiger Gewinnthesaurierung ein Lösungsrecht auf richterrechtlicher Grundlage zu. Spanien hat mit Einführung des Art. 348 *bis* LSC einen ähnlichen Weg eingeschlagen. Ein solches Lösungsrecht hat viel Charme, weil es jahrelange zermürbende Auseinandersetzungen durch einen endgültigen Schnitt vermeiden hilft. Es muss aber mit Augenmaß gehandhabt werden, um den rechtsökonomisch an sich sinnvollen *lock-in*-Effekt einer Gesellschafterbeteiligung nicht zu gefährden.¹⁴³ In seiner konkreten Ausgestaltung spricht vieles für eine Generalklausel, die sich – anders als Art. 348 *bis* LSC – nicht nur auf die übermäßige Gewinnthesaurierung beschränkt, sondern auch alle sonstigen Ausbeutungsstrategien des Mehrheitsgesellschafters erfasst. Eine mittlere Lösung mit vier Fallbeispielen fand sich in Art. 18 Nr. 1 Buchst. d des Vorschlags für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft.¹⁴⁴ „Ein Anteilseigner hat das Recht, aus der SPE auszusteigen, wenn deren Geschäfte in einer Weise geführt werden oder wurden, die seinen Interessen auf Grund eines der nachstehenden Sachverhalte schwer schadet: [...] (d) es wurden mindestens drei Jahre lang keine Dividenden ausgeschüttet, obwohl die Finanzlage der SPE eine solche Ausschüttung erlaubt hätte.“ In jedem Fall steht und fällt die rechtspraktische Nützlichkeit eines Austrittsrechts aus wichtigem Grund mit der Angemessenheit der Abfindung,¹⁴⁵ die in Deutschland und Spanien grundsätzlich gewahrt erscheint: Hierzulande hat der GmbH-Gesellschafter, der durch missbräuchliches Verhalten des Mehrheitsgesellschafters zum Austritt aus wichtigem Grund veranlasst worden ist, einen Abfindungsanspruch in Höhe des vollen wirtschaftlichen Werts seines Geschäftsanteils,¹⁴⁶ in Spanien ist dem austretenden Gesellschafter gem. Art. 353 ff. LSC der angemessene Wert (*valor razonable*) seines Anteils zu ersetzen.¹⁴⁷

142 Vgl. *Miller v. Magline, Inc.*, 76 Mich. App. 284, 315 (1977).

143 Allgemein dazu *Rock/Wachter*, 24 J. Corp. L. 913 (1999).

144 KOM(2008) 396 endg.

145 Zur Bedeutung der Ausgestaltung der Rechtsfolgen eines Austritts für die betroffene Gesellschaft *Alonso*, RDM n° 287, 2013, 89, 111 f.

146 Vgl. *OLG Köln*, NZG 1999, 1222 Leitsatz 2; *Fleischer*, in *Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2015, § 22 Rn. 12.

147 Vgl. *Alfonso* in *Embid*, Introducción al derecho de sociedades de capital, 2013, S. 193 ff.