

1

Für das Nachschlagewerk
Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: §§ 61, 34, 21 GmbHG, 140 HGB

Rechtssatz: Aus einer GmbH kann ein Gesellschafter beim Vorliegen eines in seiner Person gegebenen wichtigen Grundes ausgeschlossen werden, auch wenn die Satzung diese Möglichkeit nicht eröffnet. Als Ausschliessungsmittel ist dann Klage erforderlich. Das rechtsgestaltende Urteil ist aber an die Bedingung zu knüpfen, dass der betroffene Gesellschafter von der GmbH binnen einer für den Einzelfall angemessen festzusetzenden Frist den im Urteil zu bestimmenden Gegenwert für seinen Geschäftsanteil erhält.

Aktenzeichen: II ZR 235/52

Urt. des BGH vom 1. April 1953

LG Regensburg

Sprungrevision

Verkündet am 1. April 1953

Jodas, Justizangestell-
ter, als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der S [REDACTED] brauerei, Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
i.L., R [REDACTED], vertreten durch ihren Liquidator, den
Rechtsanwalt Heinz L [REDACTED] in R [REDACTED], Ro [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die offene Handelsgesellschaft Josef G [REDACTED], St [REDACTED],
vertreten durch den Bankier Max G [REDACTED] in St [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 25. März 1953 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Se-
lowsky, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Kuhn

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil der Kammer
für Handelssachen des Landgerichts in Regens-
burg vom 2. Oktober 1952 wird auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Stammkapital 100.000 RM beträgt. Sie befindet sich seit dem 1. Juli 1952 in Liquidation, da sie ihre Kapitalverhältnisse bis zu diesem Zeitpunkt nicht neu festsetzte (§ 80 Abs 1 DMBG in der Fassung des § 7 Ziff 25 des ersten D-Mark-Bilanzergänzungsgesetzes). Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Bestimmung über die Ausschlüssung eines Gesellschafters. In der Gesellschafterversammlung vom 30. Juni 1952 beschlossen Gesellschafter, die Geschäftsanteile im Nennbetrage von zusammen 30.000 RM besitzen, die Klägerin, die mit 60.000 RM Geschäftsanteilen an der Beklagten beteiligt ist, wegen wichtigen Grundes auszuschliessen; zugleich ermächtigten sie den Geschäftsführer vorsorglich, gegen die Klägerin Ausschlüssungsklage zu erheben. Die Parteien streiten über Zulässigkeit und Rechtmässigkeit des Ausschlüssungsbeschlusses. Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihr bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die in Aussicht gestellte Ausschlüssungsklage die vollen Gesellschafterrechte zu gewähren, hilfsweise festzustellen, dass der Ausschlüssungsbeschluss unwirksam sei, und äusserstens, dass ein wichtiger Grund für den Ausschluss nicht vorliege. Die Beklagte hat sich mit dem Klagabweisungsantrag begnügt. Das Landgericht hat den Hauptantrag mangels Feststellungsinteresses abgewiesen und nach dem ersten Hilfsantrage erkannt. Die Beklagte hat mit Zustimmung der Klägerin Sprungrevision eingelegt und verfolgt damit den Klagabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Da die Klägerin die Abweisung des Hauptantrages nicht angegriffen hat, muss ungeprüft bleiben, ob das landgerichtliche Urteil insoweit richtig ist.



Das Landgericht (DNotZ 1953, 52) meint zu dem ersten Hilfsantrage, der Ausschliessungsbeschluss verletze das Gesetz und sei darum unwirksam. Beim Vorliegen eines wichtigen Grundes könne ein GmbH-Gesellschafter zwar auch dann aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag diese Möglichkeit nicht eröffne; mit Rücksicht auf die rechtliche Bedeutung und die wirtschaftliche Tragweite des Ausschlusses komme als Ausschliessungsmittel solchenfalls aber nur ein rechtsgestaltendes Urteil in Betracht. Lege der Gesellschaftsvertrag nicht von sich aus fest, dass die Ausschliessung durch Gesellschafterbeschluss vorgenommen werden könne, so sei die GmbH nicht befugt, sich eines Gesellschafters auf diesem Wege zu entledigen. Auch ein wichtiger Grund, der die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit dem Auszuschliessenden unzumutbar erscheinen lasse, gebe den übrigen Mitgliedern der GmbH nicht das Recht, die Ausschliessung mittels Gesellschafterbeschlusses vorzunehmen.

Diese Beurteilung ist im Ergebnis richtig.

Das GmbH-Gesetz trifft keine Bestimmung darüber, ob ein Gesellschafter aus wichtigem Grunde ausgeschlossen werden kann. Es sieht die Auflösung der Gesellschaft vor, wenn die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird, oder wenn andere, in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind (§ 61). Nach dem GmbH-Gesetz verliert ein Gesellschafter seine Mitgliedschaft lediglich dadurch, dass er seinen Geschäftsanteil an einen anderen abtritt (§ 15), dass er seines Geschäftsanteils und der geleisteten Einzahlungen auf die Stammeinlage zugunsten der Gesellschaft für verlustig erklärt wird (§ 21), dass er der Gesellschaft seinen Geschäft

1

anteil zur Verfügung stellt (§ 27) oder dass sein Geschäftsanteil eingezogen wird (§ 34). Die Auflösung (§ 61 GmbHG) führt zur Vernichtung der Gesellschaft und vielfach auch zur Vernichtung des Betriebes, der Arbeitsplätze und der Firma. Derart weitreichende Folgen sind sachlich nicht gerechtfertigt, wenn der wichtige Grund nicht in den Verhältnissen der Gesellschaft, sondern ausschliesslich in der Person eines Gesellschafters begründet ist; die Auflösung der Gesellschaft kann nur als äusserstes Mittel in Betracht kommen. § 15 GmbHG handelt von der Abtretung des Geschäftsanteils mit Willen des Anteilsberechtigten und bietet darum für eine Massnahme wider seinen Willen, die Ausschliessung, keine Handhabe. § 21 GmbHG setzt voraus, dass ein Gesellschafter mit Zahlungen auf die Stammeinlage säumig ist, § 27 GmbHG geht davon aus, dass sich ein Gesellschafter von der Zahlung eines auf den Geschäftsanteil eingeforderten Nachschusses befreien will, und § 34 GmbHG bestimmt, dass die Einziehung von Geschäftsanteilen nur erfolgen darf, soweit sie im Gesellschaftsvertrage zugelassen ist und der Anteilsberechtigte zustimmt; der Zustimmung bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn die Voraussetzungen der Einziehung vor Erwerb des Anteils bereits satzungsmässig festlagen. Das GmbH-Gesetz sieht also die Ausschliessung eines Gesellschafters aus wichtigem Grunde nicht vor.

Gleichwohl muss die Ausschliessung beim Vorliegen eines wichtigen Grundes zugelassen und ein Rechtsbehelf hierfür gegeben werden. Dieser Forderung stehen Prinzipien des GmbH-Rechts nicht entgegen. Die Ausschliessung aus wichtigem Grunde ist zwar ein Eingriff in den Gesellschafterbestand, aber nicht unvereinbar damit, dass sämtliche Gesellschafter nur beschränkt haften und das Gesellschaftsvermögen das einzige Befriedigungsobjekt der Gläubiger bildet. Gewiss darf die auf das Stammkapital zu leistende Einlage ausser im Falle einer Herabsetzung des Stammkapitals weder erlassen

noch gestundet (§ 19 Abs 2 GmbHG) und das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden (§§ 30 Abs 1, 34 Abs 3 GmbHG). Aber diese Grundsätze schliessen, wie § 34 GmbHG zeigt, eine Veränderung im Mitgliederbestand nicht aus, sondern verlangen auch hierzu lediglich Beachtung. Werden sie beachtet, so fehlt jeder Grund dafür, die Ausschliessung eines untragbaren Gesellschafters zu verwehren.

Für die Zulassung der Ausschliessung besteht ein starkes und dringendes Bedürfnis. Das ergibt sich zwar nicht so sehr aus der Zahl der vorkommenden Fälle, wohl aber aus der Sache. Hat ein Gesellschafter die satzungsmässigen Eigenschaften verloren, hat er seine Mitgliedschaft erschlichen oder ist er völlig untragbar geworden, so muss es eine Möglichkeit geben, den Störenfried aus der Gesellschaft auszuschliessen und das Unternehmen, die Firma, den Betrieb mit allen darin stekenden Werten und die vorhandenen Arbeitsplätze zu erhalten. Beim Vorliegen eines ausschliesslich in der Person eines Gesellschafters liegenden Grundes, der die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nur mit diesem Mitglied unzumutbar macht, kann den übrigen Gesellschaftern nicht angesonnen werden, entweder Auflösungsklage zu erheben und damit möglicherweise das eigene Lebenswerk zu zerstören - was vielleicht den Absichten des anderen gar entspricht - oder das abträgliche und dem Gesellschaftsverhältnis hohnsprechende Verhalten des anderen hinzunehmen.

Nur selten wird es gelingen, Abhilfe durch Ergänzung des Gesellschaftsvertrages zu schaffen. Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit kann zwar die Möglichkeit der Ausschliessung eines Gesellschafters satzungsmässig vorgesehen werden. Der Gesellschaftsvertrag kann sowohl bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Ausschliessung zulässig sein soll, wie auch, auf welchem Wege sie vorgenommen werden darf. Ist der

Gesellschaftsvertrag aber ohne eine solche Regelung zustande gekommen, so kann sie nur noch unter den Voraussetzungen und in den Formen der Änderung des Gesellschaftsvertrages nachgeholt werden (§§ 53, 54 GmbHG) und bedarf zudem der Zustimmung aller Gesellschafter (§ 53 Abs 3 GmbHG), da durch sie die Pflichten der Gesellschafter vermehrt werden (Scholz Komm z GmbHG § 53 Anm 27; Baumbach-Hueck GmbHG § 53 Anm 3 E; Vogel GmbHG § 53 Anm 6; KGJ 25, 259; OLG Hamm OLG 32, 136; anderer Ansicht Brodmann GmbHG § 34 Anm 3 a; § 53 Anm 4 f). Ist ein Gesellschafter untragbar geworden und müsste der Gesellschaftsvertrag zur Ermöglichung gerade seiner Ausschlusses geändert werden, so wird die Zustimmung des Betroffenen zur Satzungsänderung nur dann zu erreichen sein, wenn er auch ohnehin bereit ist, aus der Gesellschaft auszusteigen, sich also die Frage nach einer Ausschlusses wider seinen Willen nicht stellt. In den Fällen dagegen, in denen mit der Zustimmung des Betroffenen nicht zu rechnen oder die Zustimmung aller Gesellschafter zur nachträglichen Aufnahme von Ausschlussesbestimmungen in den Gesellschaftsvertrag nicht zu erlangen ist, ist die Satzungsänderung zur Ermöglichung der Ausschlusses ungeeignet. Gerade dann ist das Bedürfnis nach einem Rechtsbehelf für die Ausschlusses aber besonders gross.

Scholz (Ausschlusses und Austritt aus der GmbH, bereits in 3. Aufl. vorliegend; DR 1942, 1667; GmbH-Rundschau 1951, 86 und 1952, 17) will die Ausschlusses in Anlehnung an § 34 GmbHG ermöglichen. Er stellt den wichtigen Grund den gesetzlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift gleich und befürwortet die Gesetzesanalogie zu dieser Bestimmung. Dass der wichtige Grund den Voraussetzungen des § 34 GmbHG gleichwertig sei, kann nicht anerkannt werden. Die Einziehung nach § 34 GmbHG kann nur vorgenommen werden, wenn sie der betroffene Gesellschafter in Voraussetzungen und Auswirkungen aus der Satzung ersehen konnte; regelmässig ist sogar seine Zustimmung erforderlich. Bei der Ausschlusses aus wichtigem

Grunde liegt es dagegen anders: Hier fehlt es an seinem Einverständnis, das bei satzungsmässiger Zulassung der Einziehung vermutet wird und sonst besonders zu erklären ist.

Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 13. August 1942 (Bd 169, 330 [334]; ^{DR 1943, 812} vgl. vordem: RG 164, 257 [262] 128, 1 [15 ff]; 114, 212; 125, 114 [117 ff]) die Meinung vertreten, die Möglichkeit der Ausschliessung müsse als stillschweigend im Gesellschaftsvertrag vereinbart angesehen werden (ebenso Scholz Komm z GmbHG § 34 Anm 5). Dem kann nicht gefolgt werden, da hierbei der Parteiwille über Gebühr beansprucht wird.

Hueck (bei Baumbach GmbHG Einf z § 34 Anm 2, Der Betrieb 1951, 108; NJW 1951, 719) sieht die Rechtsgrundlage der Ausschliessung in einer Analogie zu den §§ 737 BGB, 140 HGB. Beide Bestimmungen haben gemeinsam, dass sie die Ausschliessung eines Gesellschafters aus wichtigem Grunde vorsehen; beide Bestimmungen sind aber auf die in ihnen behandelte Gesellschaftsform (bürgerlich-rechtliche Gesellschaft und OHG) zugeschnitten und rechtfertigen deshalb und wegen der bestehenden Unterschiede zur GmbH keine entsprechende Anwendung. Das werden die weiteren Ausführungen noch im einzelnen aufzeigen.

Die rechtliche Begründung für die Ausschliessbarkeit eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grunde liefert dagegen der sowohl das bürgerliche wie das Handelsrecht beherrschende Grundsatz, dass ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifendes Rechtsverhältnis vorzeitig gelöst werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Dieser Rechtsgedanke findet sich in den bereits erwähnten §§ 737 BGB, 140 HGB (vgl. auch § 161 HGB für die Kommanditgesellschaft). Er hat auch noch mehrfach Niederschlag gefunden. So ist die Ausschliessung aus der Genossenschaft aus den wichtigen Gründen des § 68 GenG möglich; Arbeitsverhältnisse

und das Vertragsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten können beiderseits aus wichtigem Grunde fristlos gekündigt werden (§§ 626 BGB, 70, 92 Abs 2 HGB, 124 a, 133 b GewO); bei der OHG und der KG können Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grunde entzogen werden (§§ 117, 127 HGB); aus dem gleichen Grunde kann die einem Gesellschafter der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft übertragene Geschäftsführungsbefugnis oder die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH widerrufen werden (§§ 712 BGB, 38 Abs 2 GmbHG); dasselbe gilt für die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitz des Vorstandes der Aktiengesellschaft (§ 75 Abs 3 AktG); die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft und die stille Gesellschaft sind aus wichtigem Grunde vorzeitig kündbar (§§ 723 BGB, 339 HGB); OHG, KG und GmbH können aus wichtigem Grunde aufgelöst werden (§§ 133, 161 HGB, 61 GmbHG). Allen diesen Bestimmungen ist gemeinsam, dass sie die vorzeitige Lösung von Rechtsbeziehungen aus wichtigem Grunde vorsehen und dass sie Rechtsverhältnisse von längerer Dauer betreffen, die stark in die Lebensbetätigung der Beteiligten eingreifen oder eine besondere gegenseitige Interessenverflechtung mit sich bringen und ein persönliches Zusammenarbeiten, ein gutes Einvernehmen oder ein ungestörtes gegenseitiges Vertrauen der Beteiligten erfordern (RG 128, 1 167; 148, 81 927; 160, 257 2707; 169, 203 207 m w Nachw; BGH NJW 1951, 836). Demzufolge hat das Reichsgericht beim Vorliegen eines wichtigen Grundes den fristlosen Austritt aus einem Verein zugelassen, auch wenn die Satzung nur die Aufkündigung der Mitgliedschaft unter Einhaltung einer bestimmten Frist vorsieht (Bd 130, 375). Nicht minder gerechtfertigt ist der Schluss, dass ein Vereinsmitglied ausgeschlossen werden kann, falls ein wichtiger Grund vorliegt und die Satzung die Möglichkeit des Ausschlusses nicht vorsieht (RGRKomm z BGB § 39 Anm 2; Erman BGB § 39 Anm 6 uva). Denn auf seiten des Vereins entspricht die Ausschliessung der Kündigung,

Ebenso führt jener allgemeine Rechtsgedanke für den GmbH-Gesellschafter zum fristlosen Austritt wegen wichtigen Grundes und auf der anderen Seite zur Ausschliessung. Dass die Ausschliessung des Gesellschafters der Kündigung entspricht, ist in den §§ 737, 140 HGB (vgl auch Art 128 ADHGB) positiv-rechtlich niedergelegt. Bei der Verwandtschaft der GmbH mit den Personalgesellschaften und dem Verein wäre kaum zu verstehen, wenn die Ausschliessung anders als bei ihnen nicht zulässig sein sollte. Die Rechtsgründe für die Ermöglichung der Ausschliessung aus diesen Vereinigungen sprechen ebenso bei der GmbH für die Ausschliessbarkeit, und das Bedürfnis hierfür ist nicht geringer als dort.

Bei der Aktiengesellschaft liegen die Dinge anders; bei ihr ist die gesellschaftliche Bindung kapitalbedingter als bei der GmbH. die Aktie ist leichter verwertbar als der Geschäftsanteil, die Persönlichkeit der Gesellschafter spielt eine geringere Rolle und das gesellschaftliche Verhältnis erfordert kein solches Vertrauensverhältnis wie dies vielfach bei der GmbH der Fall ist. Aktien können zwar ähnlich dem Geschäftsanteil (§ 34 GmbHG) zwangsweise eingezogen werden (§ 192 AktG); für die Ausschliessung eines Aktionärs aus wichtigem Grunde besteht jedoch kein Bedürfnis.

Dass die Ausschliessung eines GmbH-Gesellschafters selbst beim Schweigen der Satzung rechtlich zulässig ist, lässt sich auch aus der Treupflicht ableiten (Scholz, Ausschliessung und Austritt, und DR 1942, 1667; RG 164, 262; 169, 334; Baumbach-Hueck GmbHG Einf zu § 34 Anm 1 B). Wenn auch anders als bei der OHG kein Gemeinschaftsverhältnis besteht und darum nicht schon hieraus die Pflicht zu gegenseitiger Treue abgeleitet werden kann, so obliegt den Gesellschaftern einer GmbH doch eine echte, nicht bloß den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)beinhaltende Treupflicht, weil die Beziehungen des Gesellschafters zur GmbH und seinen Mitgesellschaftern nicht rein kapitalistisch,

sondern auch persönlicher Art sind (RG DR 1940, 2177; Hueck-Baumbach GmbHG Anm 2 B vor § 13). Je nachdem, wie das innere Verhältnis vom Gesellschaftsvertrag ausgestaltet ist, trifft die Gesellschafter der GmbH die Pflicht, sich persönlich für die Belange der Gesellschaft einzusetzen oder alles zu unterlassen, was deren Interesse schädigen könnte. Zerstört ein Gesellschafter die gesellschaftliche Verbundenheit, so ist für ihn in der GmbH kein Raum mehr. Das gilt ohne Rücksicht darauf, dass der wichtige Grund nicht in einer Pflichtverletzung zu bestehen braucht und kein Verschulden voraussetzt, sondern ebensowohl in Eigenschaften eines Gesellschafters oder in von ihm gesetzten äusseren Umständen liegen kann, die das Verbleiben dieses Gesellschafters in der GmbH untragbar erscheinen lassen und eine gedeihliche Fortführung des Unternehmens in Frage stellen. Denn die Ausschliessung eines GmbH-Gesellschafters ist keine Folge begangener Pflichtverletzung und darf weder zu einer Schädigung des Betroffenen noch zur Bereicherung der übrigen Gesellschafter führen.

Die Möglichkeit der Ausschliessung ist nicht deshalb zu bejahen, weil § 34 GmbHG, § 737 BGB oder § 140 HGB vorhanden ist. Nicht weil ein Gesellschafter durch Einziehung seines Geschäftsanteils (falls der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht) ausgeschlossen werden kann, ist die Ausschliessbarkeit beim Vorliegen eines wichtigen Grundes anzuerkennen, sondern weil dies dem erörterten allgemeinen Rechtsprinzip entspricht und das Rechtsleben einen Behelf hierfür verlangt; auch in den §§ 737 BGB, 140 HGB hat jenes allgemeine Rechtsprinzip nur seinen Niederschlag und eine Auswirkungsform gefunden. Das Recht hat dem Leben zu dienen und muss die entsprechenden Formen zur Verfügung stellen. Ein pflichtbewusster Richter kann sich der Aufgabe, das Recht notfalls fortzuentwickeln, nicht entziehen.

Das führt zu der Frage, auf welchem Wege die Ausschliessung vorgenommen werden kann. Sie ist untrennbar mit der weiteren Frage verbunden, was mit dem Geschäftsanteil geschehen soll. Die Ausschliessung richtet sich gegen die Person des betroffenen Gesellschafters und befasst sich als solche nicht mit dem Schicksal des Geschäftsanteils des Betroffenen. So ist es auch im vorliegenden Falle: Der von den Gesellschaftern der Beklagten gefasste Beschluss beschränkt sich auf den Ausspruch, die Klägerin werde ausgeschlossen und enthält keine Angabe darüber, was mit ihrem Geschäftsanteil werden und welchen Gegenwert sie erhalten soll.

Scholz hält in Anlehnung an die §§ 38 Abs 2, 34, 46 Ziff 4 und 5 GmbHG den einfachen Gesellschafterbeschluss für das richtige Ausschliessungsmittel (ebenso, wenn auch ohne Begründung: RG 169, 330; Küster JR 1952, 455; wohl auch Vogel GmbHG § 34 Anm 5). Diese Auffassung hat den Vorzug, dass sie die Lösung im Rahmen des GmbH-Gesetzes und mit dessen Mitteln sucht. Sie hat den Nachteil, dass ausser durch Klage keine Gewissheit darüber zu erlangen ist, ob der Ausschluss wirksam ist oder nicht; die Gesellschafterversammlung ist zwar oberstes Organ der GmbH, der Ausschliessungsbeschluss wirkt aber nur, wenn ein wichtiger Grund gegeben ist. Ob ein Sachverhalt als wichtiger Grund angesprochen werden kann, hängt weitgehend vom Ermessen und dessen richtiger Handhabung ab. Die Frage nach dem Vorliegen eines wichtigen Grundes kann recht unterschiedlich beurteilt werden und bedarf der Prüfung durch den Richter. Ist die richterliche Entscheidung lediglich feststellender Art, so besteht bis zum Erlass des Urteils Unsicherheit, ob der Betroffene noch Gesellschafter oder bereits ausgeschlossen ist. Wegen der Bedeutung der Ausschliessung für den Anteilsberechtigten, die übrigen Gesellschafter und die juristische Person ist jedoch Klarheit über die Rechtslage erforderlich. Deshalb

ist die Ausschliessung durch Gesellschafterbeschluss keine befriedigende Lösung. Scholz verkennt das nicht und hält darum für wünschenswert, die Entscheidung über den Ausschluss von vornherein in die Hand des Gerichts zu legen (Komm z GmbHG § 15 Anm 65; GmbH Rundschau 1951, 86; 1952, 18); er sieht sich jedoch beim gegenwärtigen Inhalt des GmbH-Gesetzes nicht in der Lage, diesem Wunsche Raum zu geben. Dieses Bedenken hat von dem Standpunkt aus, dass die Möglichkeit der Ausschliessung vornehmlich aus § 34 GmbHG zu entwickeln sei, Bedeutung; es verliert jedoch an Gewicht, wenn die Ausschliessbarkeit eines GmbH-Gesellschafters vor allem durch Rechtsanalogie aus einem allgemeinen Gedanken des Rechts ableitbar ist; alsdann erscheint es zu eng, die Lösung des Problems allein mit den Mitteln des GmbH-Gesetzes zu suchen, das die Ausschliessung eines Gesellschafters aus wichtigem Grunde nicht regelt.

§ 192 AktG, der die Zwangseinziehung von Aktien vorsieht, gibt für die Durchführung der Ausschliessung eines GmbH-Gesellschafters lediglich insofern etwas her, als er die Befolgung der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung vorschreibt und bestimmt, dass die Zahlung des Entgelts nur unter Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften (§ 178 Abs 2 AktG) vorgenommen werden darf. Im übrigen begegnet die Heranziehung des § 192 AktG den zu § 34 GmbHG geäusserten Bedenken, da er die Zwangseinziehung der Aktie mittels Gesellschafterbeschlusses vorsieht und dieser Beschluss der Anfechtungsklage ausgesetzt ist, zunächst also keine Gewissheit schafft.

Die Ausschliessung eines Gesellschafters aus der OHG erfordert Klage (§ 140 HGB). Das Ausschliessungsurteil hat rechtsgestaltende Wirkung. Der Sinn dieser Regelung ist, für den Ausschluss als eine besonders einschneidende Massnahme von vornherein klare Verhältnisse zu schaffen. Wird

die Ausschliessung durch Urteil vorgenommen, so wird der sich beim Ausschliessungsbeschluss ergebende Zustand der Unsicherheit und Ungewissheit vermieden. Diese Überlegung lässt die rechtsgestaltende Klage auch für die Ausschliessung aus der GmbH als das geeigneteres Mittel erscheinen (Hueck bei Baumbach GmbHG Einf zu § 34 Anm 2; Der Betrieb 1951, 108 und NJW 1951, 719; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, § 34 IV 4; hiergegen und gegen die Ausschliessbarkeit überhaupt: Masur NJW 1949, 407 [409]).

Damit ist aber noch keine befriedigende Lösung gewonnen. Während die Ausschliessung aus der OHG mit der Rechtskraft des Urteils vollzogen ist, ist dies bei der Ausschliessung aus der GmbH nicht der Fall. Das liegt an dem strukturellen Unterschied beider Gesellschaftsformen. Die OHG ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Die Mitgliedschaft ist nur mit Zustimmung aller Gesellschafter übertragbar, der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern an, der gesellschaftliche Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben wandelt sich in ein reines Gläubigerrecht, den Abfindungsanspruch, um, das Schicksal des Gesellschaftsanteils erfüllt sich automatisch im Augenblick des Ausschlusses, einer Verwertung des Gesellschaftsanteils bedarf es nicht. Die GmbH ist juristische Person, sie besitzt das Vermögen, die Gesellschafter stehen hauptsächlich zu ihr und weniger untereinander in Rechtsbeziehungen, der Geschäftsanteil, der die Rechtspositionen des GmbH-Gesellschafters zu einem Inbegriff zusammenfasst (RG 82, 169), ist nach Maßgabe des § 15 GmbHG übertragbar, er kann kaduziert (§ 21 GmbHG) oder eingezogen werden (§ 34 GmbHG), die Ausschliessung eines Gesellschafters erfordert die Verwertung seines Geschäftsanteils. Mit der Rechtskraft eines Ausschliessungsurteils ist daher der Ausschluss anders als im Falle des § 140 HGB nur rechtskräftig ausgesprochen, aber noch nicht durchge-

führt. Während der Gesellschafter einer OHG mit der Ausschliessung einen sofort durchsetzbaren Abfindungsanspruch hat und alsbald sowohl das Gesellschaftsvermögen wie auch seine Mitgesellschafter persönlich und unbeschränkt in Anspruch nehmen kann, stellen sich dem Abfindungsanspruch des auszuschliessenden GmbH-Gesellschafter im Hinblick auf die Notwendigkeit der Verwertung seines Geschäftsanteils Schwierigkeiten entgegen. Der auszuschliessende GmbH-Gesellschafter kann sich weder uneingeschränkt an das Gesellschaftsvermögen halten (§ 30 Abs 1 GmbHG), noch haften ihm die übrigen Gesellschafter. Diese wesentlichen Unterschiede zu § 140 HGB verlangen Beachtung.

Haupt-Reinhardt (aaO § 42 IV 4) vertreten den Standpunkt, dass die Ausschliessungsklage zugleich auf eine sachdienliche Verwertung des Geschäftsanteils zu richten sei. Es wird aber nicht gesagt, in welcher Weise das geschehen soll.

Für die Durchführung der Ausschliessung kann die Regelung des § 21 GmbHG nicht herangezogen werden. Der nach dieser Vorschrift Ausgeschlossene verliert den Geschäftsanteil ohne Gegenwert und haftet für den Wert der Stammeinlage. Die Verlustigkeitserklärung hat Strafcharakter, eine Bedeutung, die der Ausschliessung nicht zukommt (vgl RG 146, 169 176 für die Ausschliessung aus der OHG). Verwertbar ist lediglich der in § 21 GmbHG ausgedrückte Rechtsgedanke, dass die Ausschliessung eines Gesellschafters nicht zwangsläufig zum Untergang des Geschäftsanteils führt und dass die Gesellschaft berechtigt ist, den Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen zu verwerten. Während aber im Falle des § 21 GmbHG der Geschäftsanteil zur Beschaffung der rückständigen Einlage, also für wirtschaftliche Rechnung des ausgeschlossenen (säu-migen) Gesellschafters zu verwerten ist, ist dem aus wichtigen Grunde Auszuschliessenden der volle Wert des Geschäftsanteils zu vergüten. Hierzu genügt nicht die Zugrundelegung

der Zahlen der Jahresbilanz, sondern es muss eine Vermögensbilanz aufgestellt und der wirkliche Wert des Geschäftsanteils ermittelt werden. Zur Beschaffung des Entgelts eignet sich die öffentliche Versteigerung (§ 23 GmbHG) nicht; hierfür kommt aber der freiwillige Verkauf durch die Gesellschaft in Frage, der allerdings anders als nach § 23 GmbHG nicht der Zustimmung des Betroffenen bedarf, weil der wichtige Grund und die darauf beruhende Ausschlössung die Zustimmung entbehrlich machen. Als Erwerber kommen die Mitgesellschafter, Dritte und die GmbH in Betracht. Ein Erwerb der Gesellschaft ist ausgeschlossen, wenn die Stammeinlage noch nicht voll eingezahlt ist (§ 33 Abs 1 GmbHG) und das Stammkapital nicht gleichzeitig entsprechend herabgesetzt wird (§ 58 GmbHG). Sonst ist ein Erwerb der Gesellschaft nur möglich, wenn der Gegenwert aus über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenem Vermögen gezahlt werden kann (§ 33 Abs 2 GmbHG). Ein Verkauf an einen der übrigen Gesellschafter oder einen Dritten setzt die Bereitwilligkeit nicht bloß zur Übernahme des Geschäftsanteils, sondern auch dazu voraus, den vollen Wert als Preis zu zahlen. Deshalb wird der Erwerb des Geschäftsanteils durch die GmbH, die übrigen Gesellschafter oder einen Dritten nicht allzu oft praktisch werden.

Für die Durchführung der Ausschlössung aus wichtigem Grunde kommt vornehmlich die Einziehung des Geschäftsanteils in Betracht. Doch auch dieser Möglichkeit stellen sich erhebliche Schwierigkeiten entgegen. Durch die Einziehung wird der Geschäftsanteil vernichtet, das Stammkapital bleibt jedoch unverändert. Der Geschäftsanteil darf nicht eingezogen werden, wenn er noch nicht voll eingezahlt ist und sich niemand findet, der die Volleinzahlung an Stelle des Auszuschlössenden vornimmt. Denn damit würde die Einlageforderung erlöschen, und eine Streichung der Einlageschuld ist durch § 19 Abs 2 GmbHG verboten. Handelt es sich um die Einziehung eines Geschäftsanteils mit voll eingezahlter

Stammeinlage, so ist wieder § 30 Abs 1 GmbHG zu beachten (§ 34 Abs 3 GmbHG), das Entgelt für den einzuziehenden Geschäftsanteil darf also nur aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Gesellschaftsvermögen geleistet werden. Maßgebender Zeitpunkt für die Einhaltung dieses Grundsatzes ist nicht die Zeit der Entstehung der Zahlungsverpflichtung, sondern die der Erfüllung (RG 133, 395; 136, 264; 142, 290; 168, 301 ff; JW 1938, 1176; Urteil des Senats vom 20.12.1952 II ZR 45/52; Urteil des I. Zivilsenats vom 14.1.1953 I ZR 169/51). In der Regel wird ein Auszahlungsversprechen dahin zu verstehen sein, dass die Verpflichtung nur mit der Maßgabe erfüllt werden soll, dass das Stammkapital dadurch nicht verkürzt zu werden braucht; alsdann ist das Leistungsversprechen wirksam (wie zuvor und RG DR 1942, 40). Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet werden, sind der Gesellschaft zu erstatten (§ 31 Abs 1 GmbHG). Diesem Rückforderungsrecht darf der wider seinen Willen, aus wichtigem Grunde Auszuschliessende nicht ausgesetzt werden. Ist es auch durch Auflösung stiller Reserven nicht möglich, das Entgelt für den einzuziehenden Geschäftsanteil ohne Verletzung des Grundsatzes des § 30 GmbHG zu leisten, so müssen ausreichende Teile des Gesellschaftsvermögens durch Herabsetzung des Stammkapitals (§ 58 GmbHG) freigesetzt werden.

Unter Umständen werden die Mittel für die Zahlung des Entgelts durch teilweisen Verkauf des oder der einzuziehenden Geschäftsanteile und durch teilweise Einziehung, diese wiederum verbunden mit einer Kapitalherabsetzung, aufgebracht werden können. Auch das kann der GmbH nicht verschlossen werden, da es um die Ermöglichung einer durch wichtigen Grund notwendig gewordenen Ausschliessung geht.

Aus dem gleichen Grunde muss der Gesellschaft ein Wahlrecht zugestanden werden. Ist auf Grund des oben erör-

terten allgemeinen Rechtsprinzips anzuerkennen, dass ein Gesellschafter beim Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der GmbH ausgeschlossen werden kann, so müssen zur Durchführung der Ausschliessung alle aufgezeigten Möglichkeiten offen sein, soweit sie Erfolg versprechen und dabei das Interesse des Betroffenen gewahrt werden kann. Das Interesse des Auszuschliessenden besteht darin, dass er den vollen Gegenwert für seinen Geschäftsanteil erhält. Das muss im Augenblick des Verlustes des Geschäftsanteils geschehen. Da die Ausschliessung aus wichtigen Grunde anders als die Einziehung nach § 34. GmbHG wider den Willen des Betroffenen und ohne freiwillige Unterwerfung unter die Einziehungsvoraussetzungen und -bedingungen vorgenommen und vollzogen wird, kann der Auszuschliessende unmöglich dem ausgesetzt werden, den Gegenwert für seinen Geschäftsanteil nicht sofort zu erlangen. Das gilt gleichviel, ob die Gesellschaft die Abtretung des Geschäftsanteils oder dessen Einziehung wünscht. Im Fall verlangter Abtretung droht dem Auszuschliessenden, dass der von der GmbH vorgesehene Käufer das Entgelt für den Geschäftsanteil nicht oder nicht sofort zu zahlen in der Lage ist. Beim Erwerb durch die Gesellschaft oder bei der Einziehung darf der Betroffene nicht der Gefahr ausgesetzt werden, die Gesellschaft im Hinblick auf den Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals nicht in Anspruch nehmen zu können oder diesem Grundsatz zuwider erhaltene Zahlungen erstatten zu müssen. Beides wäre eine Entrechtung, die vermieden werden muss. Bei der Ausschliessung aus wichtigem Grunde ist daher darauf Bedacht zu nehmen, dass der Betroffene nicht seinen Geschäftsanteil verliert, ohne zugleich den vollen Gegenwert dafür zu erhalten.

Für den Auszuschliessenden stellt sich nicht die Frage, ob auch er ein Wahlrecht haben soll. Denn bis zum Wirksamwerden seiner Ausschliessung kann er seinen Geschäftsanteil kraft Inhaberschaft verkaufen und abtreten. Dass er

dies möglicherweise tut, um einen Strohmann in der Gesellschaft zu haben und damit im Ergebnis seinerseits in der Gesellschaft zu bleiben, rechtfertigt es vielleicht, nun den Strohmann auszuschliessen, nicht aber, den Grundsatz der Veräusserlichkeit des Geschäftsanteils einzuschränken.

Hueck (in Baumbach GmbHG Einf z § 34 Anm 2 C) meint, der Betroffene verliere infolge des Ausschlusses (durch rechtsgestaltendes Urteil) seinen Geschäftsanteil, er habe aber Anspruch auf Erstattung des vollen Werts; der Verlust der Mitgliedschaft könne nach Wahl der Gesellschaft durch Amortisation entsprechend § 34 GmbHG oder dadurch herbeigeführt werden, dass der Ausscheidende den Anteil gegen volle Entschädigung an die Gesellschaft oder einen von ihr zu bezeichnenden Dritten abtritt; zu einer solchen Abtretung sei er nach Rechtskraft des Urteils verpflichtet; der Auszuschliessende brauche die Abtretung des Geschäftsanteils nur Zug um Zug gegen Zahlung des Wertes vorzunehmen (Der Betrieb 1951, 108). Das ist nicht miteinander in Einklang zu bringen. Soll der Betroffene seinen Geschäftsanteil mit der Rechtskraft des Ausschlussurteils verlieren, so kann der Verlust nicht mit der davon verschiedenen Vernichtung des Geschäftsanteils (entsprechend § 34 GmbHG) eintreten. Der durch Urteil Ausgeschlossene kann keine Übertragung des Geschäftsanteils mehr vornehmen. Soll die Ausschlussung mittels Einziehung des Geschäftsanteils erfolgen, so kann dies nicht durch rechtsgestaltendes Urteil, sondern nur durch Gesellschaftsbeschluss geschehen, da nicht das Gericht, sondern nur die Gesellschafterversammlung die Einziehung herbeiführen kann (Scholz GmbH Rundschau 1952, 19). Wenn die Ausschlussung durch Abtretung des Geschäftsanteils vor sich gehen und Zug um Zug dagegen das Entgelt bezahlt werden soll, so kann kein rechtsgestaltendes Urteil ergehen, sondern es muss ein Leistungsurteil erlassen werden; alsdann tritt der Ausschluss nicht mit der Rechtskraft des Urteils, sondern

mit Vornahme der Abtretung und im Vollstreckungsfall nach Maßgabe des § 894 Abs 1 Satz 2 ZPO ein.

Scholz, der den Gesellschafterbeschluss für das richtige Ausschliessungsmittel hält, vertritt den Standpunkt (vgl. GmbH Rundschau 1952, 19), die Gesellschaft müsse auf Abtretung des Geschäftsanteils Zug um Zug gegen Zahlung des Entgelts klagen, wenn sie den Geschäftsanteil selbst erwerben oder durch Verkauf an einen Dritten verwerten wolle; wünsche die Gesellschaft aber den Geschäftsanteil einzuziehen, so werde die Ausschliessung mit Zugang des Gesellschafterbeschlusses wirksam, und beim Streit über die Rechtmässigkeit der Ausschliessung könne der Ausgeschlossene die negative Feststellungsklage und die Gesellschaft die positive Feststellungsklage erheben, um jeden Zweifel über Begründetheit und Rechtmässigkeit der Ausschliessung zu klären. Der Ausschliessungsbeschluss soll also eine verschiedene Bedeutung haben, je nachdem ob die Gesellschaft den Geschäftsanteil abgetreten haben oder einziehen will. Auch hiermit ist keine angemessene Lösung der Schwierigkeiten zu gewinnen. Bei Fassung des Ausschliessungsbeschlusses kann vielfach noch gar nicht geklärt oder auch nur entschieden werden, was mit dem Geschäftsanteil des Auszuschliessenden geschehen soll. Muss das bereits bei der Beschlussfassung gesagt werden, so engt man das Wahlrecht der GmbH unnötig ein. Scholz (Ausschliessung und Austritt, zu Fußnote 97) scheint allerdings in Kauf nehmen zu wollen, dass die Ausschliessung wegen der aufgezeigten Schwierigkeiten weitgehend versagt. Gewiss lässt sich die Ausschliessung nicht erreichen, wenn der Auszuschliessende auf keine Weise abgefunden werden kann. Aber es ist nicht gerechtfertigt, die Möglichkeit der Ausschliessung zu versperren, wenn die benötigten Mittel für das Entgelt in angemessener Zeit beschafft werden können. Dazu kommt folgendes: Bei der Einziehung nach § 34 GmbHG richtet sich der Wert des Geschäftsanteils nach dem Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses,

das Entgelt braucht nicht schon im Einziehungsbeschluss angegeben zu werden. (Scholz (Ausschliessung und Austritt, S 38) will in Übereinstimmung mit RG 125, 114 /S 118 und 121/122/ den Tag des Einziehungsbeschlusses auch für die Wertberechnung im Fall der Einziehung des Geschäftsanteils aus wichtigem Grunde maßgebend sein lassen (ebenso Vogel GmbHG § 34 Anm 1; Küster JR 1952, 457)). Das macht es unmöglich, dem aus wichtigem Grunde Auszuschliessenden den Gegenwert in dem Augenblick zu verschaffen, in dem er seinen Geschäftsanteil verliert. Soll die Ausschliessung durch Abtretung des Geschäftsanteils erfolgen, so kann der Auszuschliessende durch eine Zug-um-Zug-Verurteilung dagegen gesichert werden, dass er seinen Geschäftsanteil verliert, ohne zugleich den Gegenwert zu erhalten. Da dann das Entgelt im Urteil festgesetzt werden muss, muss ein vor dem Urteil liegender Zeitpunkt für die Wertberechnung genommen werden; das könnte, wie Scholz will, wieder der Tag des "Ausschliessungs"beschlusses sein; in diesem Zeitpunkt tritt aber anders als bei der Ausschliessung durch Einziehung nicht die Ausschliessungswirkung ein, da der Auszuschliessende seine Mitgliedschaft ja erst verliert, wenn er die Abtretung vornimmt oder nach den Bestimmungen der §§ 726, 730 ZPO eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist (§ 894 Abs 1 Satz 2 ZPO). Es erscheint nicht sinnvoll, der Wertberechnung sowohl im Fall des Ausschlusses durch Einziehung des Geschäftsanteils wie im Fall verlangter Abtretung den Ausschliessungsbeschluss zugrunde zu legen, der im ersteren Falle die Ausschliessung bewirkt und im anderen Falle nur vorbereitet. Noch weniger gerechtfertigt ist, nur im Fall der Abtretung eine Sicherung dafür zu schaffen, dass der Auszuschliessende seine Mitgliedschaft nur herzugeben braucht, wenn er auch zu seinem Gelde kommt. Die Aufspaltung des Ausschliessungsbeschlusses in einen sofort wirkenden (Einziehungsfall) und einen erst bei Vornahme der Abtretung wirkenden steht auch das Bedenken entgegen, was eigentlich gelten soll oder noch

geschehen kann, wenn sich die Gesellschafter bei Fassung des Ausschliessungsbeschlusses für eine der beiden Durchführungsarten entschieden haben und sich dann herausstellt, dass sie unausführbar ist. Das kann sowohl bei vorgesehener Abtretung wie bei der Einziehung eintreten, sei es, dass der in Aussicht genommene Käufer abspringt, zahlungsunfähig wird oder über dem sich bei der Wertermittlung ergebenden Preis erschrickt und nicht das volle Entgelt geben will, sei es, dass die Gesellschaft unerwartete Verluste erleidet und nun ohne Schmälerung des Stammkapitals ihrerseits nicht mehr zahlen kann.

Der Einziehungsbeschluss nach § 34 GmbHG steht unter der gesetzlichen Bedingung, dass das Stammkapital erhalten bleibt (RG 142, 290; vgl auch RG 150, 287 Scholz KleinKomm § 34 Anm 2; Komm z GmbHG § 34 Anm 6; Hueck-Baumbach GmbHG § 34 Anm 3 A; Vogel GmbHG § 34 Anm 2, 8; Brodmann GmbHG § 34 Anm 5 a; Hachenburg GmbHG § 34 Anm 14). Darum kann der Beschluss nicht ausgeführt werden, wenn das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen bei Beschlussfassung fehlt oder bis zu dem Zeitpunkt, in dem zu erfüllen ist, verloren geht. Der Einziehungsbeschluss ist nichtig, wenn er gegen § 34 GmbHG verstößt (RG 142, 286 290 m Nachw; 150, 28 34/35). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Gesellschafter das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angreifen wollen, ohne zugleich eine Kapitalherabsetzung vorzunehmen (§§ 34 Abs 3, 30 Abs 1 GmbHG). Alsdann verbleibt der "eingezogene" Geschäftsanteil dem Anteilsberechtigten. Der betroffene Gesellschafter kann dann auf Feststellung der Nichtigkeit der Einziehung seines Geschäftsanteils klagen. Kommt die gesetzwidrige Absicht der Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, erst heraus, nachdem auf Feststellungsklage hin bereits rechtskräftig festgestellt ist, dass die Ausschliessung wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes wirksam ist, so erhebt

sich die Frage, ob die Rechtskraft auch den bewussten Verstoß gegen die §§ 34 Abs 3, 30 Abs 1 GmbHG deckt, also den nichtigen Ausschluss heilt und den unzulässigen Eingriff in das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen sanktioniert.

Alle diese Überlegungen ergeben, dass die aus wichtigem Grunde notwendige Ausschliessung eines GmbH-Gesellschafters oftmals nicht bedingungsfrei vorgenommen werden kann. Der Senat hält es darum angesichts aller aufgezeigten Umstände und Schwierigkeiten für richtig, als Ausschliessungsmittel ein rechtsgestaltendes Urteil zu fordern, den Urteilsausspruch aber an die Bedingung zu knüpfen, dass der betroffene Gesellschafter von der GmbH oder durch sie binnen einer für den Einzelfall angemessen festzusetzenden Frist den im Urteil zu bestimmenden Gegenwert für seinen Geschäftsanteil erhält.

In gewissem Umfange gibt Art 822 Abs 4 des Schweizer Obligationenrechts hierfür das Vorbild.

Dass die rechtsgestaltende Wirkung des Urteils nicht mit der Rechtskraft, sondern bei Ausfall der Bedingung gar nicht und bei Eintritt der Bedingung erst hiermit eintreten soll, ist zwar ungewöhnlich. Eine solche Regelung ist aber auch nicht ausgeschlossen. Das gilt auch vom Kostenpunkt her, da es selbst beim Ausfall der Bedingung im Hinblick auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht ungerecht erscheint, den zum Ausschluss verurteilten Gesellschafter die Kosten des Rechtsstreits tragen zu lassen.

Gewiss könnte man sagen, wenn die Gesellschaft kein das Stammkapital ausreichend übersteigendes Vermögen besitzt und nicht in der Lage ist, den Gegenwert für den Geschäftsanteil des Auszuschliessenden durch Zuzahlungen der Gesell-

schafter oder mit Hilfe eines Dritten aufzubringen, so müsse die Gesellschaft von der Ausschliessung Abstand nehmen, wie dies das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 8. 12. 1933 (Bd 142, 373 377) für den Fall der Einziehung nach § 34 GmbHG angenommen hat. Damit würde man ihr aber die Ausschliessung eines untragbar gewordenen Gesellschafters für die Fälle schwieriger, aber immerhin möglicher Durchführung versperren. Das wäre sinnwidrig und führt zwangsläufig zu der Ausgangsfrage zurück, ob die Ausschliessbarkeit eines Gesellschafters aus wichtigem Grunde ohne satzungsrechtliche Zulassung befürwortet werden kann oder nicht. Entscheidet nicht so sehr das Vorliegen eines wichtigen Grundes, sondern die Schwierigkeit der Durchführung der Ausschliessung, so engt man den tragenden Grund ihrer Zulassung ein und bringt diese in Gefahr. Ist dagegen ein Rechtsbehelf für die Ausschliessung zu eröffnen, so kann er beim Vorliegen eines wichtigen Grundes nur dann versagen, wenn die Ausschliessung überhaupt nicht oder nicht in angemessener Zeit durchführbar ist. Das erstere ist der Fall, wenn allein die Möglichkeit der Kapitalherabsetzung besteht und sie in einem Umfange erforderlich ist, dass das Stammkapital entgegen dem Verbot der §§ 58 Abs 2, 5 Abs 1, 3 GmbHG unter die gesetzliche Mindestziffer gedrückt werden müsste; hier ist die Ausschliessungsklage trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes abzuweisen. Besteht dagegen eine ernsthafte Möglichkeit der Geldbeschaffung, und sei es auch lediglich durch Kapitalherabsetzung oder im Zusammenhang mit ihr, so wird eine, wenn auch nur bedingte Ausschliessung die zu deren Durchführung notwendigen Massnahmen fördern.

Der Erlass eines bedingten Ausschliessungsurteils schafft für die Zeit nach Eintritt der Rechtskraft Klarheit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Hiermit ist eine feste Grundlage für die Durchführung des Aus-

1

schlusses, insbesondere für Verhandlungen mit Dritten vorhanden. Sowohl für eine vor Urteilserlass wie für eine danach beschlossene Kapitalherabsetzung wird durch die Rechtskraft des Ausschlussurteils klargestellt, dass die Stimme des Auszuschliessenden nicht mit zu rechnen ist. Denn vor wie nach Rechtskraft des Ausschlussurteils ist der Auszuschliessende zwar noch Gesellschafter, aber er kann Maßnahmen, die der Durchführung seines Ausschlusses dienen, nicht vereiteln. Das folgt zunächst aus dem Vorliegen eines wichtigen Grundes und nach Rechtskraft des Urteils auch noch aus dem Rechtsgedanken der §§ 160, 162 BGB. Auf diese Weise ist auch für die Eintragung im Handelsregister, durch die die Kapitalherabsetzung erst wirksam wird (§ 54 Abs 3 GmbHG), eine Grundlage vorhanden, die allerdings, aber auch nur dann wieder entfällt, falls die im Urteil gesetzte Bedingung etwa nicht eintritt.

Im Urteil ist die für den Geschäftsanteil des Auszuschliessenden zu zahlende Vergütung festzusetzen. Das verlangt, einheitlich als Stichtag für die Wertbemessung einen Zeitpunkt vor Urteilserlass zu nehmen. Hierfür bietet sich der in § 140 Abs 2 HGB vorgesehene Zeitpunkt, also der der Klageerhebung, an. Der Grund für diese gesetzliche Regelung liegt darin, die Berechnung der Abfindung von dem Zufall unabhängig zu machen. wann das Ausschlussurteil rechtskräftig wird; auf diese Weise wird dem beklagten Gesellschafter der Anreiz der Prozessverschleppung genommen, er aber auch von dem Wagnis des Unternehmens befreit und vor einer ungünstigen Entwicklung geschützt, auf die er keinen oder kaum noch Einfluss nehmen kann; die übrigen Gesellschafter werden davor bewahrt, den Auszuschliessenden an einer Aufwärtsbewegung des Unternehmens teilhaben lassen oder bei Verzögerung des Prozesses ein umso höheres Entgelt zahlen zu müssen (Weipert in RGRKomm z HGB § 140

Anm 28; Hueck, OHG, § 29 I). Für das bedingte Ausschlussurteil treffen diese Überlegungen nicht ganz gleichwertig zu, denn, kann die GmbH nicht bloss durch Klagerücknahme, sondern noch nach Rechtskraft des Urteils - dann durch Nichterbeiführen der Bedingung - von der Durchführung der Ausschlössung absteßen, so wird der auszuschliessende Gesellschafter immer von einer Aufwärtsbewegung, nicht aber stets von einer ungünstigen Entwicklung des Unternehmens ausgeschlossen werden. Dieser Unterschied ist aber nicht so bedeutend, dass es nicht sinnvoll oder ungerechtfertigt wäre, den Zeitpunkt der Klageerhebung für die Ermittlung des Werts des Geschäftsanteils massgebend sein zu lassen. Hierfür spricht auch die praktische Notwendigkeit, da das Entgelt für den Geschäftsanteil ohne ausreichenden zeitlichen Abstand des Bemessungszeitpunkts vom Urteil richterlich nicht festgelegt werden kann.

Die Klage ist dagegen nicht, wie im Falle des § 140 HGB, von den übrigen Mitgliedern, sondern von der GmbH zu erheben. Hierzu führt, dass die Gesellschaft juristische Person ist und dass es bei der Ausschlössung vornehmlich darum geht, die Rechtsbeziehungen des Betroffenen zur Gesellschaft und nicht so sehr der Gesellschafter untereinander zu lösen. Auch bei dem Ausschluss säumiger Gesellschafter (§ 21 GmbHG) und bei der Durchführung der Einziehung (§ 34 GmbHG) tritt die Gesellschaft als Handelnde auf. Hinzu kommt, dass die Verwertung des Geschäftsanteils der GmbH und nicht den verbleibenden Gesellschaftern obliegt. Ob bei der Zweimannesgesellschaft die Klage des einen Gesellschafters gegen den anderen zuzulassen ist, mag späterer Beurteilung überlassen bleiben.

Die Entscheidung darüber, ob Ausschlössungsklage erhoben werden soll, obliegt nicht dem Geschäftsführer. Ein so weitgehender Eingriff in das Gesellschaftsverhältnis ge-

hört nicht zu seinen Aufgaben. Über die Erhebung der Ausschlussklage haben vielmehr die Gesellschafter Beschluss zu fassen. Einfache Mehrheit kann nicht ausreichen, mag sich auch das GmbH-Gesetz zur Abberufung eines Geschäftsführers und zur Einziehung von Geschäftsanteilen mit einfacher Mehrheit begnügen (§ 46 Ziff 4 und 5). Einstimmigkeit ist aber auch nicht zu fordern, wie Baumbach in Analogie zu § 140 HGB (vgl auch §§ 117, 127 HGB) verlangt (GmbHG Einf z § 34 Anm 2 c). Denn der Ausschluss aus der GmbH erhöht anders als der Ausschluss aus der OHG nicht die Haftung der verbleibenden Gesellschafter. Richtig erscheint, dass die Klageerhebung mit derjenigen Mehrheit beschlossen werden muss, die statutarisch oder nach § 60 Abs 1 Ziff 2 GmbHG für die Auflösung der Gesellschaft vorgesehen ist. Denn die Ausschluss kommt ihrer Bedeutung nach dem Auflösungsbeschluss am nächsten.

Bei der Beschlussfassung über die Erhebung der Ausschlussklage hat der Betroffene kein Stimmrecht. Das kann bereits aus § 47 Abs 4 GmbHG hergeleitet werden. Diese Bestimmung schliesst das Stimmrecht u.a. dann aus, wenn die Beschlussfassung die Einleitung eines Rechtsstreits gegenüber einem Gesellschafter betrifft. Hierbei wird kein Unterschied gemacht, ob der Betroffene der Gesellschaft als Dritter oder als Gesellschafter gegenübertritt. Will man aber darauf abheben, dass der Sache nach darüber Beschluss zu fassen ist, ob ein wichtiger Grund für den Ausschluss als vorliegend erachtet wird oder nicht, und will man deshalb die Anwendbarkeit des § 47 Abs 4 GmbHG verneinen, so greift jedenfalls durch, dass kein Gesellschafter Richter in eigener Sache sein darf. So kann es dahin kommen, dass auch ein Mehrheitsgesellschafter auf Beschluss der Minderheit hin durch das Gericht auszuschliessen ist, wenn nur ein wichtiger Grund vorliegt

Die Ansicht der Klage, es sei grotesk, dass die Minderheit die Ausschlussung eines Gesellschafters herbeiführen könne, der seinerseits die Mehrheit besitzt, übersieht, dass eine Mehrheitsbeteiligung keinen Freibrief für gesellschaftswidriges Verhalten gibt.

Beim durch die Zahlung des vollen Entgelts bedingten Ausschlussurteil fällt der Geschäftsanteil des Betroffenen mit der Zahlung an die Gesellschaft. Wie die Gesellschaft den Geschäftsanteil verwertet, geht den verurteilten Gesellschafter nur insofern etwas an, als durch die Zahlung § 19 Abs 2 GmbHG verletzt oder der Auszuschliessende einem Rückforderungsanspruch aus § 31 Abs 1 GmbHG ausgesetzt wird. Dann erfüllt die Zahlung nicht die im Urteil gestellte Bedingung. Das kann durch Feststellungsklage geklärt werden. In diesem Fall ist eine zweite Klage unvermeidlich. Aber davon kann der fragliche Gesellschafter nicht freigesetzt werden, da Zahlungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter immer unter der gesetzlichen Bedingung stehen, dass damit die §§ 19 Abs 2, 30 Abs 1 GmbHG nicht verletzt werden. Wollen die Gesellschafter jeden Zweifel über die Rechtmässigkeit der Zahlung vermeiden, so haben sie die Möglichkeit, die Gefahr eines Verstosses gegen § 30 Abs 1 GmbHG durch freiwillige Zuzahlungen auszuschalten. Die Gesellschafter, die die Ausschlussung betreiben, können auch ein unbedingtes Urteil erreichen, indem sie veranlassen, dass die Gesellschaft einen den vollen Wert des Geschäftsanteils deckenden Betrag hinterlegt. Hierzu wird umso grössere Bereitwilligkeit vorhanden sein, je stärker der Wunsch und je dringlicher das Bedürfnis nach Ausschlussung ist.

Dass sich die beklagte Gesellschaft in Liquidation befindet, hindert die Ausschlussung der Klägerin nicht. Das ist für die Einziehung eines Geschäftsanteils nach § 34

GmbH anerkannt (RG 125, 114; Schölz Komm z GmbHG § 34 Anm 8; Vogel GmbHG § 34 Anm 1). Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 4. 4. 1951 (BGHZ 1, 324) den Standpunkt vertreten, dass das Übernahmerecht nach § 142 HGB auch dann gegeben sein kann, wenn die offene Handelsgesellschaft bereits aufgelöst ist. Für die Ausschliessung auch wichtigem Grunde kann nichts anderes gelten. Unter Umständen ist die Ausschliessung eines Gesellschafters sogar das einzige Mittel, um die Liquidation sachgemäss durchzuführen und die Zerschlagung des Betriebes mit allen seinen Werten und Arbeitsplätzen zu vermeiden.

Die Mitgesellschafter der Klägerin haben zwar die Erhebung der Ausschliessungsklage gegen die Klägerin beschlossen. Die Beklagte hat sich jedoch darauf beschränkt, ihren Standpunkt durchzusetzen, dass die Klägerin bereits durch den gefassten Ausschliessungsbeschluss aus der Gesellschaft ausgeschieden sei. Widerklage hat sie nicht erhoben. Bei dieser Sach- und Rechtslage war dem Antrag der Klägerin, festzustellen, dass sie noch die vollen Gesellschafterrechte habe, stattzugeben, ohne dass geprüft werden konnte, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Die Revision der Beklagten war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Canter Dr. Selowsky Dr. Haidinger Dr. Fischer Dr. Kuhn