

## Ausschluss eines GmbH-Geschafters

Bundesgerichtsurteil 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018 (zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von Olivia Wipf und Hans Caspar von der Crone\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
  - 1. Prozessrechtliche Fragen
  - 2. Ausschlussklage nach Art. 823 OR
- III. Bemerkungen
  - 1. Prozessrechtliche Fragen
  - 2. Ausschlussklage nach Art. 823 OR
  - 3. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die A. GmbH (Klägerin, Beschwerdeführerin) mit Sitz im Kanton Zug wurde im Jahre 2007 gegründet. Das Stammkapital von insgesamt CHF 20 000 wird zu 70% von ihrer Geschäftsführerin D. und zu 30% von der in Deutschland domizilierten B. GmbH (Beklagte, Beschwerdegegnerin) gehalten. Wie die B. GmbH bezweckt auch die A. GmbH insbesondere den Vertrieb von Nahrungsergänzungsmitteln, wobei die A. GmbH ursprünglich gegründet wurde, um die Produkte der B. GmbH in der Schweiz zu vertreiben.<sup>1</sup> Am 15. September 2014 reichte die A. GmbH beim Kantonsgericht Zug gegen die B. GmbH eine Ausschlussklage gemäss Art. 823 OR ein, verbunden mit dem Antrag, die im Eigentum der B. GmbH befindlichen Stammanteile seien entschädigungslos auf die Klägerin zu übertragen.<sup>2</sup> Zur Begründung des Ausschlussbegehrens berief sich die Klägerin auf verschiedene angeblich treuwidrige Handlungen ihrer Minderheitsgesellschafterin, die im Mai 2013 in einem Eklat gegipfelt hätten. So habe die B. GmbH unter dem Vorwand einer Informationsveranstaltung die Vertriebspartner der Klägerin eingeladen, diese Gelegenheit dann aber in der Hauptsache zur Abwerbung dieser Vertriebspartner genutzt, indem sie erklärte, dass eine weitere Zusammenarbeit mit der A. GmbH aussichtslos sei und der Vertrieb der Produkte der B. GmbH in Zukunft über ihre neu errichtete Schweizer

Zweigniederlassung stattfinden werde. In der Folge habe die Beklagte begonnen, den Schweizer Markt über diese Zweigniederlassung zu beliefern. Das Zerwürfnis zwischen den Parteien sei besonders schwer und eine weitere Zusammenarbeit unmöglich. Die Beklagte bestritt, dass ihr ein Fehlverhalten vorgeworfen werden könne und ein Ausschlussgrund gegeben sei.<sup>3</sup> Mit Urteil vom 10. November 2016 hiess das Kantonsgericht Zug die Ausschlussklage gut und wies sie im Übrigen, d.h. betreffend den Antrag auf eine entschädigungslose Übertragung der Stammanteile auf die A. GmbH, ab. Als wichtigen Grund i.S.v. Art. 823 OR für den Ausschluss der B. GmbH qualifizierte das Kantonsgericht erstens die «eigentliche Abwerbeveranstaltung», welche die B. GmbH für die Vertriebspartner der Klägerin durchgeführt habe, zweitens das Konkurrenzunternehmen zur Klägerin, das die B. GmbH mit der Zweigniederlassung in der Schweiz errichtet und betrieben habe, und drittens das schwere Zerwürfnis zwischen den Parteien.<sup>4</sup> Das Obergericht des Kantons Zug wiederum schützte die seitens der Beklagten erhobene Berufung mit Urteil vom 24. Oktober 2017 und wies die Ausschlussklage ab. Es erachtete die «Abwerbeveranstaltung» nicht als erwiesen und mangels statutarischen Konkurrenzverbots weder die Errichtung noch den Betrieb eines Konkurrenzunternehmens als Ausschlussgrund. In der Folge gelangte die A. GmbH mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.<sup>5</sup> Vor Bundesgericht machte die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend, mit der Begründung, dass das Obergericht auf die Abnahme verschiedener Beweismittel verzichtet und es unterlassen habe, diverse ihrer rechtserheblichen Vorbringen zu würdigen.<sup>6</sup> Das Bundesgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 17. Juli 2018 teilweise gut, hob den angefochtenen Entscheid

\* MLaw Olivia Wipf und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

<sup>1</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, Sachverhalt A; Urteil des Obergerichts Zug vom 24. Oktober 2017 (Z1 2016 39), Sachverhalt 1.1 ff.; Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), Sachverhalt 1, E. 1.

<sup>2</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, Sachverhalt B.a.

<sup>3</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.3; Urteil des Obergerichts Zug vom 24. Oktober 2017 (Z1 2016 39), Sachverhalt 3.1 ff.; Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 3, 4.1 ff.

<sup>4</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.3.1; Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 4.3.2 ff., 6.

<sup>5</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, Sachverhalt B und C; Urteil des Obergerichts Zug vom 24. Oktober 2017 (Z1 2016 39), E. 3.1 ff., 5; Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 6.

<sup>6</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.2 und 4.3.

auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurück.<sup>7</sup>

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

### 1. Prozessrechtliche Fragen

#### 1.1 Ausbleiben der Berufungsantwort

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass der Beschwerdeführerin aufgrund des Umstandes, dass sie im Berufungsverfahren innert der 30-tägigen Frist gemäss Art. 312 Abs. 2 ZPO keine Berufungsantwort eingereicht hatte, im vorliegenden Fall keine Säumnisfolgen drohten. Da sie nicht ausdrücklich auf die Stellungnahme im Berufungsverfahren verzichtet habe, sondern säumig war, sei sie nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde ans Bundesgericht legitimiert.<sup>8</sup> In Bezug auf das Berufungsverfahren wies das Bundesgericht darauf hin, dass dieses gemäss Art. 147 Abs. 2 ZPO auch ohne die versäumte Handlung und damit unabhängig vom Vorliegen einer Berufungsantwort weitergeführt werde. Mit der Berufungsantwort werde dem Berufungsbeklagten in erster Linie Gelegenheit zur Stellungnahme zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs gegeben. Der Berufungsbeklagte sei allerdings nicht verpflichtet, diese Gelegenheit wahrzunehmen. Ob das Berufungsgericht aufgrund der vorhandenen Akten entscheiden oder die Parteien zu Verhandlungen einladen und weitere Beweise abnehmen wolle, liege grundsätzlich in seinem Ermessen. Wie aus den Erwägungen des Bundesgerichts weiter hervorgeht, hat das Gericht bei diesem Ermessensentscheid zu berücksichtigen, dass der Anspruch des Berufungsgegners auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 53 ZPO in jedem Fall vorbehalten bleibt.<sup>9</sup>

#### 1.2 Gehörsverletzung

Die Beschwerdeführerin rügte eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz in zweierlei Hinsicht. Einerseits habe die Vorinstanz auf die Abnahme angebotener Beweismittel verzichtet, was das Bundesgericht allerdings nicht als Gehörsverletzung anerkannte. Die Parteien seien

grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Be-weisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen – unabhängig davon, ob die Erstinstanz zu ihren Gunsten entschieden habe.<sup>10</sup> Des Weiteren rügte die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, indem es die Vorinstanz unterlassen hatte, verschiedene ihrer rechtserheblichen Vorbringen zu würdigen. Das Bundesgericht erinnerte zunächst daran, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folge die Verpflichtung, den Entscheid kurz zu begründen, sodass dieser sachgerecht angefochten werden könne.<sup>11</sup> Das Berufungsgericht sei im Gegensatz zu den erstinstanzlichen Gerichten ohne entsprechende Parteirügen allerdings nicht gehalten, von sich aus alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen. Offensichtliche Mängel vorbehalten, beschränke sich die Auseinandersetzung mit dem angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid grundsätzlich auf Rechts- oder Tatfragen, die im Berufungsverfahren aufgeworfen bzw. thematisiert werden. Die Berufungsinstanz sei bei dieser Prüfung in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* jedoch in rechtlicher Hinsicht weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. Auch in tatsächlicher Hinsicht sei sie nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, obgleich mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der erstinstanzliche Entscheid in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens diene. Das Berufungsgericht verfüge über eine vollständige Kognition und dürfe insbesondere nicht ausschliesslich Argumente zugunsten einer Partei berücksichtigen.<sup>12</sup> Komme das Berufungsgericht zum Schluss, dass die Kritik des Berufungsklägers nicht berechtigt ist, und keine offensichtlichen Mängel vorliegen, bestätige es den angefochtenen Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Erachte es die Kritik hingegen als berechtigt, würden ihm zwei Möglichkeiten offen stehen: entweder entscheide es neu (*reformatorisches Urteil* i.S.v. Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) oder es weise die Sache an die erste

<sup>7</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 5.

<sup>8</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 1.

<sup>9</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.1 ff.

<sup>10</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.2.

<sup>11</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.1 m.H.

<sup>12</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4 und 4.3.2.1.

Instanz zurück (*kassatorisches Urteil* i.S.v. Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Ob das Berufungsgericht ein reformatorisches oder kassatorisches Urteil fälle, liege in seinem Ermessen. Dabei sei allerdings zu beachten, dass Rückweisungsentscheide generell als Vor- und Zwischenentscheide, reformatorische Urteile hingegen als Endentscheide gelten, die nur bei gegebener Spruchreife getroffen werden dürfen. Für einen reformatorischen Entscheid habe das Berufungsgericht deshalb – im Rahmen der im Berufungsverfahren von den Parteien aufgeworfenen bzw. thematisierten Rechts- und Sachfragen – sämtliche vorhandenen Beweise zu würdigen und sämtliche Argumente der Parteien zu prüfen. Fehle die Spruchreife, habe das Berufungsgericht die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen oder, sofern es reformatorisch entscheiden wolle, die Spruchreife selber zu erstellen, indem es von seiner uneingeschränkten Kognition Gebrauch mache. Ein reformatorischer Entscheid des Berufungsgerichts trotz fehlender Spruchreife komme hingegen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Partei, zu deren Ungunsten zweitinstanzlich entschieden wurde, gleich.<sup>13</sup>

## 2. Ausschlussklage nach Art. 823 OR

Zwischen den Parteien war strittig, ob ein wichtiger Grund für einen Ausschluss der Beschwerdegegnerin als Gesellschafterin der Beschwerdeführerin vorliegt.<sup>14</sup> Im Rahmen der Beurteilung, ob für den reformatorischen Entscheid der Vorinstanz über die Ausschlussklage die dafür notwendige Spruchreife vorlag, legte das Bundesgericht dar, welche Tat- und Rechtsfragen im vorliegenden Fall thematisiert wurden und welche Umstände für die entsprechende Prüfung dieser Fragen durch das Berufungsgericht entscheidungswesentlich waren. Der angefochtene erstinstanzliche Entscheid des Kantonsgerichts Zug habe drei wichtige Gründe i.S.v. Art. 823 OR, welche den Ausschluss der Beschwerdegegnerin rechtfertigen würden, als erwiesen erachtet: Erstens habe die Beschwerdegegnerin am 1. Mai 2013 eine «eigentliche Abwerbeveranstaltung» für die Vertriebspartner der Beschwerdeführerin durchgeführt. Zweitens habe die Beschwerdegegnerin ein Konkurrenzunternehmen errichtet,

und drittens sei das Zerwürfnis zwischen den Parteien besonders schwer und eine weitere Zusammenarbeit unmöglich.<sup>15</sup> Indem die Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift die zwischen den Parteien strittigen Punkte in umfassender Weise thematisiert und sich insbesondere mit den vom erstinstanzlichen Gericht bejahten Ausschlussgründen auseinandergesetzt habe, seien diese Teil des Prüfungsprogramms der Vorinstanz geworden. Neben der Berufungsschrift habe sie selbstverständlich den erstinstanzlichen Entscheid und die darin gewürdigten Parteibehauptungen und Beweismittel berücksichtigen müssen. Alle sich daraus ergebenden Umstände, die einen Ausschluss rechtfertigen könnten, hätten von der Vorinstanz umfassend gewürdigt werden müssen.<sup>16</sup> Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das Berufungsgericht den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt habe, indem es verschiedene entscheidungswesentliche Umstände ausser Acht liess, ohne dies hinreichend zu begründen. So sah die Vorinstanz den ersten Ausschlussgrund «Abwerbeveranstaltung» als nicht erwiesen an. Es hätten aber gemäss Bundesgericht durchaus Anhaltspunkte bestanden, deren Zulässigkeit zu hinterfragen, wie der Umstand, dass die Veranstaltung durch die Beschwerdegegnerin bzw. ihren Geschäftsführer C. durchgeführt wurde, diese aber über keine Geschäftsführungsbefugnisse verfügt haben und es zudem unterliessen, D., die alleinige Geschäftsführerin der klagenden A. GmbH, über die Veranstaltung zu informieren. Unabhängig davon, ob die Vorinstanz die eigentliche Abwerbung als erwiesen erachtete, hätte sie sich mit der behaupteten Einmischung der Beschwerdegegnerin in die operative Tätigkeit der Beschwerdeführerin als eine einen Ausschluss rechtfertigende Treuepflichtverletzung befassen müssen.<sup>17</sup> Zum dritten Ausschlussgrund gemäss erstinstanzlichem Entscheid, dem schweren Zerwürfnis zwischen den Parteien, habe sich die Vorinstanz gar nicht geäussert. Den langjährigen Konflikt zwischen den beiden geschäftsführenden Personen der Gesellschaften als Anlass nehmend betonte das Bundesgericht abschliessend, dass es bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 823 OR vorliege oder nicht, um die Frage der Zumutbarkeit der Fortdauer der Mit-

<sup>13</sup> Vgl. zum Ganzen BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.2.1 f.

<sup>14</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 3.

<sup>15</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.3.1.

<sup>16</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.4.

<sup>17</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.5.1.

gliedschaft der auszuschliessenden Gesellschafterin vom Standpunkt der Gesellschaft her gesehen gehe. Dabei komme dem Typus der Gesellschaft, i.c. der Ausgestaltung der Beschwerdeführerin als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), eine massgebende Bedeutung zu. Aus naheliegenden Gründen sei die Frage der Zumutbarkeit anders zu beurteilen, je nachdem ob die Gesellschaft personalistisch oder kapitalistisch ausgestaltet werde, sei doch die im GmbH-Recht vorgesehene Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters Ausdruck der Personenbezogenheit der GmbH. Bei der Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes für den Ausschluss eines Gesellschafters sei unter dem Recht der GmbH im hohen Mass auf die Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen.<sup>18</sup> Vor dem Hintergrund der personalistischen Ausgestaltung der A. GmbH wäre die Einmischung der Beschwerdegegnerin in die operative Tätigkeit der Beschwerdeführerin sowie die bestehende Konfliktsituation zwischen den Parteien Teil der vorinstanzlichen Prüfung gewesen.<sup>19</sup> Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 823 Abs. 1 OR vorliege, entscheide das Gericht nach seinem Ermessen basierend auf einer objektiven Interessenabwägung unter Beachtung der gesamten Umstände des beurteilten Falles (Art. 4 ZGB). Um im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidung den Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren, müsse das Gericht sämtliche entscheidungswesentlichen Umstände berücksichtigen und würdigen.<sup>20</sup> Eine Heilung der vorliegenden Gehörsverletzung komme *in casu* nicht in Frage, da nicht nur Rechts- sondern auch Tatfragen betroffen sind.<sup>21</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. Prozessrechtliche Fragen

##### 1.1 Ausbleiben der Berufungsantwort

Einleitend erwog das Bundesgericht, dass die Beschwerdeführerin zur Beschwerde ans Bundesgericht nach Art. 76 Abs. 1 BGG legitimiert war, da sie nicht ausdrücklich auf die Stellungnahme im Berufungs-

verfahren verzichtet habe, sondern säumig war.<sup>22</sup> Diese Formulierung muss wohl so verstanden werden, dass der Beschwerdeführerin das Beschwerderecht abgesprochen worden wäre, wenn sie im Berufungsverfahren nicht säumig gewesen wäre, sondern ausdrücklich auf die Berufungsantwort verzichtet hätte. Im Einzelfall könnte die Unterscheidung zwischen Säumnis und Verzicht von Relevanz sein, wenn die Beschwerde von einer Person erhoben wurde, die auf Anträge oder Stellungnahmen im vorinstanzlichen Verfahren gänzlich verzichtet hat, und deshalb fraglich ist, ob sie die Voraussetzungen nach Art. 76 Abs. 1 BGG erfüllt oder nicht.<sup>23</sup> In der vorliegenden Konstellation hat die Beschwerdeführerin aber bereits im erstinstanzlichen Verfahren rechtserhebliche Behauptungen und Argumente hervorgebracht, die im Berufungsverfahren zwingend hätten geprüft werden müssen (vgl. E. 4.3.2.1 ff.). Missachtet das Berufungsgericht diese Prüfungspflicht und verletzt es dadurch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör, muss letztere die Möglichkeit haben, diese Verletzung vor Bundesgericht geltend zu machen. Unbeachtlich muss dabei sein, ob die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren mit einem Verzicht auf die Berufungsantwort explizit zum Ausdruck bringt, was bei Säumnis implizit gilt: dass sie keine Ergänzungen zu ihren bisherigen Vorbringen hat. So nahm die Beschwerdeführerin *in casu* zweifellos als Partei am vorinstanzlichen Verfahren teil (Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG), und sie war durch den angefochtenen Entscheid des Berufungsgerichts, welches ihre Ausschlussklage abwies, besonders berührt, und sie hatte ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieses Entscheids, der zustande kam, ohne ihre rechtmässigen Vorbringen aus dem erstinstanzlichen Verfahren zu berücksichtigen (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Für diese Schlussfolgerung spricht auch, dass das Fehlen der Berufungsantwort keine Auswirkung auf die Weiterführung des Berufungsverfahrens hat (Art. 147 Abs. 2 ZPO) und diesbezüglich offenbar gerade nicht unterschieden wird, aus welchem Grund die Beschwerdeantwort im konkreten Fall nicht vorliegt, sprich, ob die Berufungsantwort verspätet eingereicht oder darauf explizit verzichtet wurde.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.5.2.

<sup>19</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.3.2 und 4.3.5.2.

<sup>20</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.6.

<sup>21</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.4 m.H.

<sup>22</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 1.

<sup>23</sup> So wohl in BGer 4A\_387/2012 vom 9. Oktober 2012.

<sup>24</sup> Vgl. *Benedikt Seiler*, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N 1134 f. Zur Weiterführung des Berufungs-

## 1.2 Gehörsverletzung

Im Rahmen der Prüfung, ob das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin von der Berufungsinstanz verletzt wurde, ging das Bundesgericht auf die Prüfungspflichten des Berufungsgerichts ein. Die vom Berufungsgericht zu beurteilenden Punkte ergeben sich aus den Rügen der Parteien. Konkret muss und darf das Berufungsgericht also keine tatsächlichen oder rechtlichen Fragen untersuchen, die sich nicht aus den zulässigen Parteirügen nach Art. 310 ZPO ergeben. Die Rechts- oder Tatfragen, die im Berufungsverfahren aufgeworfen oder thematisiert wurden, hat das Berufungsgericht aber unter vollständiger Ausschöpfung der ihr zustehenden umfassenden Kognition zu prüfen.<sup>25</sup> Im Grundsatz entscheidet die Berufungsinstanz, sobald die Sache spruchreif ist.<sup>26</sup> Kommt die Berufungsinstanz zum Schluss, dass die Berufung materiell unbegründet ist, bestätigt sie den angefochtenen Entscheid, ist die Berufung hingegen materiell begründet, trifft sie i.d.R. einen neuen Entscheid, der an die Stelle des erstinstanzlichen Entscheides tritt (Art. 318 Abs. 1 lit. a und b ZPO).<sup>27</sup> Fehlt hingegen die Spruchreife, so kann sie nur kassieren und die Sache zu neuer Entscheidung an die erste Instanz zurückweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Will das Berufungsgericht trotz fehlender Spruchreife einen Endentscheid fällen und wie im vorliegenden Fall reformatorisch entscheiden, hat es die Spruchreife selber zu erstellen, und es tritt in gewisser Hinsicht an die Stelle der Vorinstanz.<sup>28</sup> Dies bedeutet, dass das Berufungsgericht in Bezug auf die im Berufungsverfahren von den Parteien aufgeworfenen bzw. thematisierten Rechts- und Sachfragen sämtliche vorhandenen Be-  
weise<sup>29</sup> zu würdigen und sämtliche Argumente der

Parteien zu prüfen hat.<sup>30</sup> Bezieht sich die Rüge wie *in casu* auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes für einen Ausschluss i.S.v. Art. 823 Abs. 1 OR, muss sich das Berufungsgericht deshalb mit sämtlichen Umständen befassen, die sich aus dem erstinstanzlichen Verfahren sowie dem Berufungsverfahren ergeben und einen Ausschluss rechtfertigen.<sup>31</sup> Trifft das Berufungsgericht in der Sache einen Endentscheid, obgleich die Spruchreife fehlt bzw. es diese nicht selber erstellt hat, ist mit dem Bundesgericht davon auszugehen, dass eine Gehörsverletzung der Partei vorliegt, zu deren Ungunsten zweitinstanzlich entschieden wurde. Spruchreife setzt nämlich insbesondere voraus, dass das Gericht über sämtliche Entscheidungsgrundlagen zur Beurteilung des strittigen Anspruchs verfügt, das Verfahren ordnungsgemäss durchgeführt wurde und die Parteien Gelegenheit gehabt haben, sich zu allen entscheidenderheblichen Fragen zu äussern.<sup>32</sup>

## 2. Ausschlussklage nach Art. 823 OR

### 2.1 Ausschluss als Ausdruck der Personenbezogenheit der GmbH

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird im Gesetz als eine *personenbezogene Kapitalgesellschaft* definiert (Art. 772 Abs. 1 OR).<sup>33</sup> Es dürfte gerade die Kombination aus Elementen der Personengesellschaften und der kapitalbezogenen Aktiengesellschaft sein, welche die GmbH in der Schweiz zu einer der am meist gewählten Gesellschaftsformen macht.<sup>34</sup> Die

verfahrens ohne Berufungsantwort vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.1 ff. und 4.3.4.

<sup>25</sup> Vgl. Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, N 5 ff. zu Art. 310 ZPO.

<sup>26</sup> Art. 236 Abs. 1 ZPO analog, vgl. Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, N 11 zu Art. 318 ZPO.

<sup>27</sup> Vgl. Reetz/Hilber (Fn. 26), N 22 zu Art. 318 ZPO.

<sup>28</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.2.2; Reetz/Hilber (Fn. 26), N 29 zu Art. 318 ZPO.

<sup>29</sup> Vgl. dazu BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.2 und Ausführungen oben in Ziff. II. 1.2.

<sup>30</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.2.2.

<sup>31</sup> Vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.4.

<sup>32</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.2.2.

<sup>33</sup> Die GmbH ist in Art. 772–827 OR geregelt und wird auch als «Mischform» zwischen personen- und kapitalbezogenen Gesellschaften bezeichnet. Vgl. Florian S. Jörg/Oliver Arter, Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), Bern 2015, 23; Markus Dubs, Der Austritt aus der GmbH, REPRAX 1 (2002), 23–39, 24.

<sup>34</sup> Per 1. Januar 2018 waren in der Schweiz gemäss Handelsregister-Statistik total 188428 GmbH eingetragen. Damit ist die GmbH nach der Rechtsform der AG (total 215194) die am meisten verzeichnete Rechtsform. Vgl. Statistik des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, abrufbar unter: <<https://ehra.fenceit.ch/fr/statistiken/>> (zuletzt besucht am: 30. September 2018). Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Zahlen ist allerdings zu relativieren – einerseits ist die Wertschöpfung einer AG i.d.R. grösser als bei einer GmbH, andererseits erhöhen die Konzerngesellschaften die Anzahl an AG, ohne deren tatsächliche Wertschöpfung zu berücksichtigen.

Ambivalenz zwischen personalistischer und kapitalistischer Ausrichtung kommt insbesondere in der Mitgliedschaft und deren Übertragbarkeit zum Ausdruck: Die Mitgliedschaft eines GmbH-Gesellschafters ist insofern kapitalbezogen, als die Eigenschaft als Gesellschafter wie bei der Aktiengesellschaft mit dem Erwerb einer Beteiligung am Stammkapital erlangt wird.<sup>35</sup> Die Stammanteile sind somit die «Träger» der Mitgliedschaft. Mittels Übertragung eines Stammanteils an eine andere Person wird auch die Mitgliedschaft übertragen. Dadurch ist bei einer GmbH wie bei einer Aktiengesellschaft (AG) das Ausscheiden eines Gesellschafters möglich, ohne dass die Gesellschaft gesamthaft aufgelöst wird.<sup>36</sup> Bei Personengesellschaften hat das Ausscheiden eines Gesellschafters hingegen grundsätzlich auch das Ende der Gesellschaft zur Folge.<sup>37</sup>

Die Mitgliedschaft bei einer GmbH hat aber auch ausgeprägte personenbezogene Komponenten. Die persönliche Bindung der Gesellschafter unter sich und an die GmbH ist wesentlich enger als bei der AG, was insbesondere durch die Treuepflicht (Art. 803 OR) und weitere gesetzliche Gesellschafterpflichten, die mit der Mitgliedschaft zwingend verknüpft sind,

begründet ist.<sup>38</sup> Die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf eine Genossenschaft, wonach in dieser nicht wie in der AG «ein Stück Vermögen» des Aktionärs, sondern «ein Stück der wirtschaftlichen Persönlichkeit» des Gesellschafters selbst aufgehen soll,<sup>39</sup> trifft auch auf den gesetzlich vorgesehenen Typus der GmbH zu. Die Gesellschafter einer GmbH sind in der Regel nicht nur Investoren und Inhaber von Kapitalanteilen. Vielmehr tragen sie mit ihrem persönlichen Einsatz massgebend dazu bei, den verfolgten Gesellschaftszweck zu erreichen, und sind in der GmbH aktiv unternehmerisch tätig, oftmals auch unter direkter Mitverantwortung für die Geschäftsführung.<sup>40</sup> In Bezug auf die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft hat dieses enge persönliche Verhältnis in der GmbH eine einschränkende, aber auch eine ausdehnende Wirkung: Einerseits rechtfertigt die Wichtigkeit des Gesellschafters als Person, dass die Übertragung von Gesellschaftsanteilen mangels anderweitiger Statutenbestimmung gesetzlich erschwert ist.<sup>41</sup> Unabhängig davon kann die Abtretung von

<sup>35</sup> Als Erwerber der Stammanteile kommen nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen in Frage (Art. 775 OR). Wie bei der AG wird die Mitgliedschaft bei der GmbH im Gründungsstadium originär erworben, indem sich der Gründer zu einer Einlage auf das Grundkapital verpflichtet und einen oder mehrere Stammanteile erwirbt. Die Haftung jedes Mitglieds beschränkt sich grundsätzlich auf den jeweiligen Stammanteil (Art. 772 Abs. 1 OR). Vgl. *Jörg/Arter* (Fn. 33), 143, 166 ff.

<sup>36</sup> Die Bestimmungen zum Gesellschafterwechsel im Allgemeinen finden sich in Art. 785–789b OR. Das Gesetz regelt die *Übertragung* der Stammanteile durch Rechtsgeschäft (Abtretung gemäss Art. 785 ff. OR) sowie durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung (Art. 788 OR). Das *Ausscheiden* von Gesellschaftern, das die Übertragung von Stammanteilen zur Folge hat, ist zusammen mit der *Auflösung* der GmbH in Art. 821–826 OR geregelt. Im Vergleich zur *gesamthaften Auflösung* der GmbH nach Art. 821 OR wird das *Ausscheiden* eines Gesellschafters (Art. 822 ff. OR) auch als *partielle Auflösung* bezeichnet. Vgl. *Christoph Stäubli*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016, N 1 zu Art. 821 OR.

<sup>37</sup> Vgl. *Jörg/Arter* (Fn. 33), 24. Vgl. die Regelung für einfache Gesellschaften nach Art. 545 Abs. 1 OR, die auch für Kollektivgesellschaften (Art. 574 Abs. 1 OR) und Kommanditgesellschaften (Art. 619 Abs. 1 OR) gilt.

<sup>38</sup> Durch entsprechende Statutenbestimmungen kann diese Bindungswirkung noch verstärkt werden. *Dubs* (Fn. 33), 27 f. BGE 138 III 407 E. 2.5.1.

<sup>39</sup> Vgl. zur Rolle des GmbH-Gesellschafters *Sandro Germann*, Die personalistische AG und GmbH, Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen, Diss. Zürich 2015, N 10 ff.; *Lukas Handschin/Christof Truniger*, Die neue GmbH, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, § 19, N 1 ff.; *Reto Sanwald*, in: Martin F. Nussbaum/Reto Sanwald/Markus Scheidegger (Hrsg.), *Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht*, Muri bei Bern 2007, N 2 zu Art. 822 OR; *Corinne Kaufmann*, Austritt und Ausschluss aus der GmbH, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Bewegung*, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen 2008, 276–280, 269 f. Zur Rolle des Aktionärs vgl. *Hans Caspar von der Crone*, *Aktienrecht*, Bern 2014, § 3 N 1, 56.

<sup>41</sup> So kann die Gesellschafterversammlung einer GmbH ihre Zustimmung zur Übertragung der Mitgliedschaft an einen Dritten mittels Abtretung ohne Grundangabe verweigern oder die Anerkennung eines Erben als stimmberechtigten Gesellschafters verhindern (vgl. die gesetzliche Vinkulierungsordnung gemäss Art. 786 Abs. 1 OR und Art. 788 Abs. 2 und 3 OR). Das Gesetz lässt zwar auch flexible statutarische Gestaltungsmöglichkeiten zu (Art. 786 Abs. 2 OR), vorbehalten bleibt aber immer das Recht auf Austritt aus wichtigem Grund (Art. 786 Abs. 3 OR). Vgl. dazu *Botenschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht)* vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148 ff., 3221; BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 36), N 7 f. zu

Stammanteilen natürlich auch rein faktisch scheitern, indem kein potentieller Erwerber gefunden werden kann. Andererseits kann die umschriebene enge persönliche Beziehung in einer GmbH für den einen oder die anderen Gesellschafter auch unzumutbar werden und die Fortführung der GmbH gefährden. Daraus kann sich ein legitimes Bedürfnis nach einer Trennung von der Gesellschaft oder einem Ausschluss einzelner Mitglieder aus der Gesellschaft entwickeln. Ist in einer solchen Konfliktsituation eine Übertragung oder ein einvernehmlicher Gesellschafterwechsel nach Art. 785 ff. OR nicht möglich, sieht das GmbH-Recht zwei Rechtsbehelfe vor, die – im Sinne eines Ausgleichs für die erschwerte Übertragbarkeit – das Ausscheiden von Gesellschaftern erwirken können: der freiwillige *Austritt* eines Gesellschafters (Art. 822 f. OR) und der von der Gesellschaft initiierte *Ausschluss* eines Gesellschafters (Art. 823 OR).<sup>42</sup> Beim gesetzlichen Ausschluss- und Austrittsrecht handelt es sich um zwingende und unverzichtbare Rechte.<sup>43</sup> Sie können im Rahmen von Art. 822 Abs. 2 OR und Art. 823 Abs. 2 OR statutarisch geregelt, aber nicht ausgeschlossen werden.<sup>44</sup> Im Gegensatz dazu kennt die kapitalbezogene Aktiengesellschaft weder ein Ausschluss- noch ein Austrittsrecht. Der Aktionär zählt nur als Kapitalgeber, die persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des Aktionärs

sind unwichtig. Bei der AG gilt deshalb im Grundsatz die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft. Dies eröffnet den Weg zu einer einfachen Handelbarkeit und lässt gleichzeitig das Bedürfnis nach einem Ausschluss- und Austrittsrecht entfallen.<sup>45</sup>

Diese Ausgangslage wird in den Ausführungen des Bundesgerichts bestätigt. Demnach ist das Recht auf Ausschluss gemäss Art. 823 OR Ausdruck der Personenbezogenheit der Gesellschaftsform der GmbH und das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach Art. 823 OR ist entsprechend stets vor dem Hintergrund der personalistischen Ausgestaltung einer GmbH zu würdigen.<sup>46</sup> Bei der Beurteilung, ob im Einzelfall ein Ausschluss gerechtfertigt ist oder nicht, sind die personenbezogenen Elemente einer GmbH deshalb besonders zu berücksichtigen.<sup>47</sup>

## 2.2 Voraussetzungen

### 2.2.1 Gesellschafterbeschluss

Die Erhebung einer Ausschlussklage nach Art. 823 Abs. 1 OR setzt zunächst einen qualifizierten Beschluss der Gesellschafterversammlung voraus.<sup>48</sup> Die Möglichkeit des Ausschlusses Einzelner ist folglich ein Schutzrecht für die zur Klage aktivlegitimierte Gesellschaft bzw. für die verbleibenden Mehrheitsgesellschafter, die einen entsprechenden Beschluss fassen können.<sup>49</sup> Der auszuschliessende Gesellschafter ist

Art. 822 OR; *Reto Sanwald*, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2009, 32; *Kaufmann* (Fn. 40), 269.

<sup>42</sup> Vgl. *Botschaft GmbH* (Fn. 41), 3222; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 2 f. zu Art. 822 OR; *Kaufmann* (Fn. 40), 269 f.; *Hans Rudolf Trüeb*, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere, Bucheffektengesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 2 zu Art. 822 OR.

<sup>43</sup> Zum Ausschluss vgl. *Germann* (Fn. 40), N 2123; zum Austritt vgl. *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 9 zu Art. 822 OR; *Manfred Küng/Raphaël Camp*, Orell Füssli Kommentar zum GmbH-Recht, Zürich 2006, N 4 zu Art. 822 OR; *Rino Siffert/Marc Pascal Fischer/Martin Petrin*, Stämpfli Handkommentar zum GmbH-Recht, Bern 2008, N 2 zu Art. 822 OR; *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 3 zu Art. 822 OR.

<sup>44</sup> So kann eine GmbH ein grundsätzliches Recht auf freiwilligen Austritt gewähren (Art. 822 Abs. 2 OR) oder bestimmte Gründe vorsehen, bei welchen ein Gesellschafter mittels Beschluss der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen werden kann (Art. 823 Abs. 2 OR). Diese Ausschlussgründe sind in den Statuten jedoch klar zu umschreiben und eng auszulegen. Vgl. *Botschaft GmbH* (Fn. 41), 3222; *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 4 zu Art. 823 OR; *BSK OR II-Stäubli* (Fn. 36), N 1 und 4 zu Art. 823 OR.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 684 Abs. 1 OR für Namenaktien. Die Übertragung kann im Rahmen der gesetzlichen Schranken statutarisch eingeschränkt werden. Aufgrund solcher statutarischen Vinkulierungsvorschriften kann die Person des Aktionärs u.U. relevant werden. Vgl. *von der Crone* (Fn. 40), § 2 N 66, § 3 N 1, 56, § 8 N 234, § 9 N 28 ff.

<sup>46</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.5.2, 4.3.6; vgl. auch *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 2 zu Art. 823 OR.

<sup>47</sup> Vgl. dazu unten Ziff. III. 2.2.2 (3).

<sup>48</sup> Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 OR i.V.m. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8 OR. Die gesetzlich vorgesehene qualifizierte Mehrheit kann statutarisch erhöht, nicht aber gesenkt werden (vgl. statt vieler *BSK OR II-Stäubli* [Fn. 36] N 2 f. zu Art. 823 OR). Das Erfordernis des qualifizierten Gesellschafterbeschlusses zur Ausschlussklage kann nicht mit einer Auflösungsklage nach Art. 821 Abs. 3 OR, zu welcher auch ein Minderheitsgesellschafter aktivlegitimiert ist und im Rahmen welcher das Gericht statt auf Auflösung auch auf eine andere sachgemässe und zumutbare Lösung erkennen kann, umgangen werden (vgl. dazu Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 30. November 2015 [HE150521], E. 4.2.).

<sup>49</sup> Vgl. *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 2 zu Art. 823 OR; *Kaufmann* (Fn. 40), 274; *Jörg/Arter* (Fn. 33), 152 f.

bei der Abstimmung über die Klageerhebung stimm-berechtigt (Art. 806a OR *e contrario*) und kann somit sein Stimmrecht zu seinen Gunsten ausüben. Dies hat zur Folge, dass ein Gesellschafter, der über die qualifizierte Mehrheit verfügt, nicht ausgeschlossen werden kann. Minderheitsgesellschafter haben allerdings die Möglichkeit, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes beim Gericht auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen (Art. 821 Abs. 3 OR).<sup>50</sup> Der Gesellschafterbeschluss kann innerhalb von zwei Monaten angefochten werden (Art. 808c i.V.m. Art. 706 ff. OR).<sup>51</sup>

## 2.2.2 «Wichtiger Grund» i.S.v. Art. 823 Abs. 1 OR

### (1) Allgemeines

Art. 823 Abs. 1 OR setzt für die Ausschlussklage das Vorliegen eines «wichtigen Grundes» voraus. Dieser Begriff wird im Zivilrecht regelmässig als Voraussetzung für die ausserordentliche Beendigung von Dauerschuldverhältnissen und insbesondere von Gesellschaftsverhältnissen aufgeführt, so auch für die Klage auf Auflösung «aus wichtigem Grund» der GmbH (Art. 821 Abs. 3 OR) und die Klage auf Austritt eines GmbH-Gesellschafters «aus wichtigem Grund» (Art. 822 Abs. 1 OR), die im Resultat, wie der Ausschluss, zum Verlust der Mitgliedschaft eines Gesellschafters führen. Gemäss Art. 4 ZGB hat das Gericht seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen, wenn das Gesetz auf wichtige Gründe verweist. Dabei hat das Gericht alle sachlich wesentlichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und seinen Entscheid nach objektiven Gesichtspunkten zu fällen.<sup>52</sup> Ein Ereignis – etwa, wie vorliegend geltend gemacht, die Errichtung eines Konkurrenzunternehmens – kann deshalb grundsätzlich nicht kategorisch, sondern nur basierend auf den Umständen des Einzelfalls als «wichtiger Grund» qualifiziert werden. Denkbar ist nämlich, dass dasselbe Ereignis bzw. derselbe potentielle Ausschlussgrund aufgrund der kon-

kreten Umstände (i) gar keinen Ausschluss rechtfertigt und deshalb auch keinen «wichtigen Grund» darstellt, (ii) als «wichtiger Grund» qualifiziert wird, oder (iii) erst in Kombination mit weiteren Ereignissen einen Ausschluss rechtfertigt und so einen «wichtigen Grund» für den Ausschluss begründet. Als Beispiel: Die Errichtung eines Konkurrenzunternehmens kann einen Ausschluss (i) gar nicht rechtfertigen, bspw. bei vorgängiger Einwilligung der Gesellschaft, (ii) bereits für sich allein rechtfertigen, insbesondere wenn diese als grobe Treuepflichtverletzung zu qualifizieren ist oder wenn ein statutarisches Konkurrenzverbot besteht,<sup>53</sup> oder (iii) rechtfertigen, weil das errichtete Konkurrenzunternehmen zumindest zusammen mit anderen Vorkommnissen ein gestörtes Vertrauensverhältnis zur Gesellschaft begründet, sodass eine Fortdauer der Mitgliedschaft unzumutbar ist. Von einem «wichtigen Grund» i.S.v. Art. 823 Abs. 1 OR kann deshalb konsequenterweise erst dann die Rede sein, wenn der Grund den Ausschluss des Gesellschafters im konkreten Einzelfall rechtfertigt. Wie der Gesetzeswortlaut klar zum Ausdruck bringt, müssen für den Ausschluss nicht mehrere wichtige Gründe nachgewiesen werden, «ein wichtiger Grund» genügt.<sup>54</sup> Im Einzelfall ist aber natürlich denkbar, dass mehrere wichtige Ausschlussgründe vorliegen.

Zusammengefasst ist der richterliche Entscheid über das Vorliegen eines «wichtigen Grundes» i.S.v. Art. 823 Abs. 1 OR das Resultat der Prüfung, ob im konkreten Fall ein Grund vorliegt, der erstens so beschaffen ist, dass er einen Ausschluss grundsätzlich begründen kann (nachfolgend: «potentielle Ausschlussgründe», Ziff. 2.2.2 [2]) und der zweitens basierend auf einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung einen Ausschluss im konkreten Fall auch tatsächlich rechtfertigen kann (nachfolgend Ziff. 2.2.2 [3]).

<sup>50</sup> Vgl. zum Ganzen BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 36), N 2 f. zu Art. 823 OR; CHK-*Trüeb* (Fn. 42), N 2 zu Art. 823 OR; KuKo GmbH-Recht-*Sanwald* (Fn. 40), N 4 zu Art. 823 OR; OFK GmbH-*Küng/Camp* (Fn. 43), N 1 zu Art. 823 OR; SHK-*Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 3 zu Art. 823 OR; *Germann* (Fn. 40), N 2124; *Sanwald* (Fn. 41), 327.

<sup>51</sup> Vgl. dazu CHK-*Trüeb* (Fn. 42), N 8a ff. zu Art. 823 OR.

<sup>52</sup> *Heinrich Honsell*, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser* (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 9 und 15 zu Art. 4 ZGB.

<sup>53</sup> Vgl. dazu auch die Anmerkungen unten in Ziff. III. 2.2.2 (2) (b).

<sup>54</sup> Obwohl Art. 736 Ziff. 4 OR den Plural verwendet («aus wichtigen Gründen») kann auch hier im Einzelfall ein einziger wichtiger Grund für die Auflösung der Aktiengesellschaft genügen. Vgl. *Sanwald* (Fn. 41), 144, 328.

## (2) Potentielle Ausschlussgründe

## (a) Beschaffenheit

Zunächst stellt sich die Frage, wie ein Grund beschaffen sein muss, damit er den Ausschluss eines Gesellschafters grundsätzlich rechtfertigen kann. Wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall betonte, stellt sich bei der richterlichen Prüfung zum Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine Ausschlussklage die Frage der Zumutbarkeit der Fortdauer der Mitgliedschaft des auszuschliessenden Gesellschafters aus Sicht der Gesellschaft.<sup>55</sup> Zu beurteilen ist folglich die Fortdauer der Mitgliedschaft des Auszuschliessenden aus der Perspektive der klagenden Gesellschaft. Da der Ausschluss des Gesellschafters umgekehrt dazu führen muss, dass die unzumutbare Situation behoben werden kann, muss ein potentieller Ausschlussgrund der Sphäre des Auszuschliessenden, d.h. seiner Person, seinen persönlichen Verhältnissen oder seinem Verhalten, zugeordnet werden können.<sup>56</sup> Der Auszuschliessende bzw. die Organe einer auszuschliessenden juristischen Person<sup>57</sup> müssen folglich für das Entstehen dieses Grundes verantwortlich sein. Ein Verschulden wird aber nicht vorausgesetzt.<sup>58</sup> Im Gegensatz zur Ausschlussklage ist sowohl bei der Auflösungsklage nach Art. 821 Abs. 3 OR wie auch bei der Austrittsklage nach Art. 822 OR – die beide von einem einzelnen Gesellschafter unabhängig von seiner Beteiligung erhoben werden können und insofern ein Schutzrecht für den einzelnen Gesellschafter darstellen – die Fortdauer der Gesellschaft bzw. das Verbleiben in der Gesellschaft aus der Perspektive des klagenden Gesellschafters zu beurteilen. Der Blickwinkel ist hier entsprechend weiter als bei der Ausschlussklage: Potentielle Auflösungs- und Austrittsgründe können nicht nur in der persönlichen Sphäre der Gesellschafter, sondern in der Sphäre der ganzen

Gesellschaft, also auch in den sachlichen Verhältnissen der Gesellschaft selbst, liegen.<sup>59</sup>

## (b) Beispiele

In der Literatur und Rechtsprechung werden insbesondere folgende Gründe aufgeführt, welche diese Anforderungen erfüllen und einen Ausschluss eines Gesellschafters nach Art. 823 OR grundsätzlich rechtfertigen können: Die Unfähigkeit zur Ausübung der Geschäftsführung bzw. der einem Gesellschafter zugeteilten Funktionen; die Verletzung wesentlicher gesellschaftlicher Pflichten, wie etwa eine Verletzung der Treuepflicht (bspw. Verletzung der Schweigepflicht oder Zusammenarbeit mit Konkurrenzunternehmen), des Konkurrenzverbots, der Geschäftsführungspflicht oder von Nachschuss- und Nebenleistungspflichten; schwere Krankheit; begangene Straftat, insb. gegenüber der Gesellschaft; gesellschaftswidriges, diffamierendes oder anderweitig intolerables Verhalten; Gefährdung des Gesellschaftszwecks durch Handlungen oder persönliche Eigenschaften; finanzielle Unregelmässigkeiten oder Betrugsversuch; schwere Zerwürfnisse oder Streitigkeiten unter den Gesellschaftern sowie schwere Störung des gesellschaftlichen Vertrauensverhältnisses.<sup>60</sup> Keine wichtigen Gründe sind demgegenüber i.d.R. unternehmerische Fehlentscheide, kontroverse Meinungen und vorübergehende Differenzen zwischen den Gesellschaftern oder die gerichtliche Geltendmachung

<sup>55</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.5.2 und 4.3.6.

<sup>56</sup> Vgl. *Germann* (Fn. 40), N 2130; *Sanwald* (Fn. 41), 388; *Kaufmann* (Fn. 40), 274. Etwas differenzierter, nämlich dass der wichtige Grund vorwiegend, in der Regel bzw. hauptsächlich in der Person oder im Verhalten des Auszuschliessenden liegen muss: *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 3 zu Art. 823 OR; *SHK-Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 2 zu Art. 823 OR; *BSK OR II-Stäubli* (Fn. 36), N 3 zu Art. 823 OR.

<sup>57</sup> Das Verhalten der Organe einer juristischen Person wird dieser nach Art. 55 ZGB zugerechnet.

<sup>58</sup> Vgl. *Kaufmann* (Fn. 40), 274; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 3 zu Art. 823 OR.

<sup>59</sup> Obwohl für die Austritts- und Auflösungsklage des GmbH-Rechts grundsätzlich dieselben Kriterien gelten (vgl. statt vieler Verweis in *BSK OR II-Stäubli* [Fn. 36], N 3 zu Art. 822 OR auf wichtige Gründe gemäss Art. 821 OR), kann nicht jeder Austrittsgrund auch eine Auflösungsklage rechtfertigen. Zu denken ist etwa an den subjektiven Austrittsgrund der beruflichen Neuorientierung. Beim Austritt ist nämlich im Unterschied zur Auflösung die Fortdauer der Gesellschaft nicht als Ganzes, sondern nur für den austretenden Gesellschafter nicht mehr zumutbar. Vgl. zu den wichtigen Gründen für die Auflösung und den Austritt: *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 9 zu Art. 821 OR; *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 4 zu Art. 822 OR; *BSK OR II-Stäubli* (Fn. 36), N 3 zu Art. 822 OR; *Sanwald* (Fn. 41), 328 ff., 341 ff.; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 20 ff. zu Art. 821 OR; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 6 f. zu Art. 822 OR; *Kaufmann* (Fn. 40), 270 f.; *SHK-Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 10 ff. zu Art. 821 OR und N 3 zu Art. 822 OR.

<sup>60</sup> Vgl. *Sanwald* (Fn. 41), 389 ff. m.w.H.; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 3 zu Art. 823 OR; *SHK-Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 2 zu Art. 823 OR; *Kaufmann* (Fn. 40), 274; *Germann* (Fn. 40), N 2134.

berechtigter Zahlungsansprüche.<sup>61</sup> Das Handelsgericht St. Gallen erachtete in einem Entscheid aus dem Jahr 2011 einen längeren Aufenthalt eines Gesellschafters an einem unbekanntem Ort als grundlegende Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht und damit als wichtigen Ausschlussgrund, da der Gesellschafter die ihm zugeteilte Funktion nicht wahrnehmen konnte.<sup>62</sup>

Im vorliegenden Entscheid urteilte das Bundesgericht nicht über das Vorliegen von Ausschlussgründen. Es wies aber darauf hin, dass ein schweres Zerwürfnis aufgrund der langjährigen Konfliktsituation zwischen den Parteien bzw. ihren Organen sowie eine Treuepflichtverletzung aufgrund der Einmischung in die operative Tätigkeit von der Vorinstanz hätten gewürdigt werden müssen.<sup>63</sup> Die Entscheide der Erst- und Vorinstanz bestätigen, dass ein durch den auszuschliessenden Gesellschafter hauptsächlich zu verantwortendes schweres Zerwürfnis zwischen den Parteien sowie eine Abwerbung von Geschäftspartnern der Gesellschaft durch den auszuschliessenden potentielle Ausschlussgründe darstellen.<sup>64</sup> Die Errichtung eines Konkurrenzunternehmens erachtete das Kantonsgericht explizit unabhängig von einem statutarischen Konkurrenzverbot als grobe Treuepflichtverletzung und damit als wichtigen Ausschlussgrund.<sup>65</sup> Das Obergericht kam hingegen zum Schluss, dass die Errichtung des Konkurrenzunternehmens vorliegend nicht als wichtiger Grund qualifiziert werden könne. Ein Konkurrenzverbot könne nämlich gar nicht verletzt sein, da ein solches weder statutarisch verankert sei noch sich aus der ge-

nerellen Treuepflicht nach Art. 803 OR ableiten lasse.<sup>66</sup> Daraus ist zu schliessen, dass das Kantonsgericht die Errichtung eines Konkurrenzunternehmens generell als potentiellen Ausschlussgrund qualifiziert, das Obergericht hingegen nur bei Vorliegen eines statutarischen Konkurrenzverbots. Zwar unterstehen Gesellschafter, die keine geschäftsführende Stellung innehaben und deshalb nicht unter das Konkurrenzverbot von Art. 812 Abs. 3 OR fallen, nur einem Konkurrenzverbot, falls dies in den Statuten ausdrücklich vorgesehen ist.<sup>67</sup> Allerdings dürfte die Erstellung eines Konkurrenzunternehmens entgegen der Auffassung des Obergerichts auch unabhängig von einer solchen statutarischen Vorschrift als Treuepflichtverletzung oder schwere Störung des Vertrauensverhältnisses und somit als potentiellen Ausschlussgrund qualifiziert werden. So erachtet die Lehre bereits die Zusammenarbeit mit Konkurrenzunternehmen als Verletzung der Treuepflicht und damit als einen wichtigen Ausschlussgrund.<sup>68</sup> Bei der Beurteilung von potentiellen Ausschlussgründen im Allgemeinen und konkurrenzierenden Tätigkeiten eines Gesellschafters im Besonderen steht nicht das Verhältnis der Gesellschaft, also bspw. eine allfällige wirtschaftliche Schädigung der Gesellschaft, vor welcher ein Konkurrenzverbot schützen soll, sondern vielmehr das persönliche Verhältnis, also bspw. das gebrochene Vertrauensverhältnis, welches das weitere Zusammenwirken mit den übrigen Gesellschaftern unzumutbar macht, im Fokus. Die Errichtung eines Konkurrenzunternehmens stellt deshalb u.E. generell einen potentiellen Ausschlussgrund dar, vermag aber, aufgrund der konkreten Umstände, den Ausschluss nicht in jedem Fall zu rechtfertigen.<sup>69</sup>

### (3) Einzelfallbezogene Interessenabwägung

Bei der richterlichen Prüfung, ob ein in der Verantwortung des Auszuschliessenden liegender Grund im konkreten Fall das erforderliche Mass an «Wichtigkeit» aufweist, um den Ausschluss zu rechtfertigen, ist auf den Einzelfall abzustellen. Das Gericht hat dabei unter Beachtung der Verhältnismässigkeit eine objektive Abwägung der Interessen der fortsetzen-

<sup>61</sup> Vgl. *Sanwald* (Fn. 41), 391 f.; *Germann* (Fn. 40), N 2135; Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 4.3.1; Urteil des Obergerichts Zug vom 24. Oktober 2017 (Z1 2016 39), E. 2.2.

<sup>62</sup> Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 10. Mai 2011 (HG.2010.405), E. II. 2. c.

<sup>63</sup> Vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.3.1, 4.3.5.1 f., 4.3.6.

<sup>64</sup> Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 4.3.1, 4.3.2, 4.3.4, 4.4.1. Das Obergericht ging zwar auf das schwere Zerwürfnis nicht weiter ein, führte dieses aber als wichtigen Ausschlussgrund auf (Urteil des Obergerichts Zug vom 24. Oktober 2017 [Z1 2016 39], E. 2.2.). Auch betreffend die Abwerbeveranstaltung kam es zu einem anderen Schluss als das Kantonsgericht, prüfte diese aber als potentiellen Ausschlussgrund (E. 3.4.1 ff.).

<sup>65</sup> Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 4.3.3.

<sup>66</sup> Urteil des Obergerichts Zug vom 24. Oktober 2017 (Z1 2016 39), E. 4 ff.

<sup>67</sup> Vgl. statt vieler *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 8 zu Art. 803 OR.

<sup>68</sup> Vgl. *Sanwald* (Fn. 41), 389 m.w.H.

<sup>69</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Ziff. III. 2.2.2 (3).

den Gesellschafter einerseits sowie der Interessen des auszuschliessenden Gesellschafters andererseits vorzunehmen, die den konkreten Umständen im Zeitpunkt des Gesellschafterbeschlusses Rechnung trägt.<sup>70</sup> Im Gegensatz zum potentiellen Ausschlussgrund an sich, der in der Sphäre des Auszuschliessenden liegen muss, beziehen sich diese Umstände auf die Gesellschaft als Ganzes. Sie können die Person und das Verhalten des auszuschliessenden Gesellschafters aber auch der übrigen Gesellschafter oder die Verhältnisse der Gesellschaft betreffen. Insbesondere hat der Richter bei der Interessenabwägung folgende Punkte zu berücksichtigen: Den Zweck der Gesellschaft, die rechtliche und faktische Stellung der Parteien, insbesondere die Beteiligungsverhältnisse und Geschäftsführungsbefugnisse, ein allfällig der Gesellschaft verursachter Schaden, die tatsächlichen Übertragungsmöglichkeiten durch faktische und statutarische Beschränkungen, nicht aber die früheren Verdienste des auszuschliessenden Gesellschafters.<sup>71</sup> Wie erwähnt, muss der auszuschliessende Gesellschafter den Ausschlussgrund verantworten, nicht erforderlich ist, dass er diesen auch verschuldet.<sup>72</sup> Liegt ein Verschulden vor, ist dies allerdings in der Interessenabwägung zu berücksichtigen.<sup>73</sup> Genauso hat das Gericht auch Umstände in die Interessenabwägung einfließen zu lassen, die das Verhalten des auszuschliessenden Gesellschafters rechtfertigen, bspw. wenn interne Abmachungen getroffen wurden oder das Verhalten der anderen Gesellschafter eine entsprechende Reaktion des Auszuschliessenden rechtfertigt.<sup>74</sup> Als ausserordentlicher Rechtsbehelf soll die Ausschlussklage zudem nur greifen, wenn der wichtige Grund einen planmässigen, systematischen oder aus anderen Gründen fortdauernden Missstand darstellt. Lediglich vorübergehende oder auf andere Weise behebbare Eigenschaften, Verhaltensweisen oder Zustände des Auszuschliessenden

genügen diesem Erfordernis nicht.<sup>75</sup> Wie das Bundesgericht vorliegend betonte, kommt schliesslich bei der Prüfung der Frage der Zumutbarkeit dem Typus der Gesellschaft eine massgebende Bedeutung zu. Da das Ausschlussrecht Ausdruck der Personenbezogenheit der GmbH ist, muss die Zumutbarkeit anders beurteilt werden, je nachdem, ob die Gesellschaft personalistisch oder kapitalistisch ausgestaltet ist.<sup>76</sup> Je ausgeprägter die personenbezogenen Elemente einer GmbH, umso wichtiger ist auch der einzelne Gesellschafter mit seiner Persönlichkeit und seinem Verhalten für das Bestehen und die Fortführung der Gesellschaft. Folglich muss auch ein Grund, der in der Person oder im Verhalten eines Gesellschafters liegt, umso gewichtiger sein, je personalistischer (und weniger kapitalistisch) die konkrete GmbH ausgestaltet ist.<sup>77</sup> So beurteilte das Bundesgericht im vorliegenden Fall die Einmischung der auszuschliessenden Gesellschafterin in die operative Tätigkeit der A. GmbH und die andauernde Konfliktsituation vor dem Hintergrund der personalistischen Ausgestaltung der Beschwerdeführerin als entscheidungswesentliche Umstände.<sup>78</sup> Ob eine GmbH eher personalistisch oder kapitalistisch ausgestaltet ist, kann insbesondere anhand der Statutenbestimmungen<sup>79</sup> sowie der Anzahl Mitglieder<sup>80</sup>, aber auch basierend auf anderen Indizien beurteilt werden, die über die Stellung des einzelnen Gesellschafters als Person oder Investor Aufschluss geben, wie bspw. der Zweck, Aufbau und die Organisation der Gesellschaft, Gesellschafterpflichten, Verantwortlichkeiten oder die Unternehmenskultur.<sup>81</sup>

#### (4) Fazit

In Anlehnung an die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts zu wichtigen Gründen für die Auflö-

<sup>70</sup> Vgl. dazu auch *Germann* (Fn. 40), N 2131 und 2035; *SHK-Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 9 zu Art. 821 OR; Entscheidung des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 4.3.

<sup>71</sup> Vgl. *Germann* (Fn. 40), N 2131 und N 2035, vgl. auch N 1909 f.; Entscheidung des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 3 m.w.H.

<sup>72</sup> Vgl. Ziff. III. 2.2.2 (a).

<sup>73</sup> *Germann* (Fn. 40), N 2136.

<sup>74</sup> Vgl. dazu auch Entscheidung des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 4.4 ff.

<sup>75</sup> *Germann* (Fn. 40), N 2136.

<sup>76</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.5.2 m.H.; *Germann* (Fn. 40), N 19 ff., 2132 und 2037; *Sanwald* (Fn. 41), 389; vgl. auch einleitend dazu oben Ziff. III. 2.1.

<sup>77</sup> Vgl. *Germann* (Fn. 40), N 2132 und 2038 f.; Entscheidung des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 4.3.4.

<sup>78</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.6.

<sup>79</sup> Vgl. dazu *OFK GmbH-Küng/Camp* (Fn. 43), N 8 zu Art. 821 OR.

<sup>80</sup> Vgl. dazu Entscheidung des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 4.3.4.

<sup>81</sup> Vgl. auch Ziff. III. 2.1.

sung einer personalistischen Gesellschaft<sup>82</sup> kann das Vorliegen eines «wichtigen Grundes» für den Ausschluss eines Gesellschafters i.S.v. Art. 823 Abs. 1 OR folgendermassen zusammengefasst werden: Ein wichtiger Grund, der den Ausschluss eines Gesellschafters rechtfertigt, liegt vor, wenn wesentliche Voraussetzungen *persönlicher Natur*, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht mehr vorhanden sind, sodass, unter Berücksichtigung aller Interessen und Umstände, die Erreichung des Gesellschaftszwecks verunmöglicht, wesentlich erschwert oder gefährdet wird und die Fortsetzung seiner Mitgliedschaft im Ergebnis der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann. Im Rahmen der richterlichen Prüfung der Ausschlussklage sind folglich alle Umstände als «entscheidwesentlich» zu qualifizieren und entsprechend zu berücksichtigen, die für diese Qualifikation eines wichtigen Grundes von Bedeutung sein können.<sup>83</sup>

### 2.2.3 Subsidiarität

Als *ultima ratio* steht die Ausschlussklage nur dann zur Verfügung, wenn sich die unzumutbare Situation der Gesellschaft nicht mit milderer Mitteln beseitigen lässt. Im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung, die ein wesentlicher Teil der gerichtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung darstellt, hat das Gericht deshalb zu beurteilen, ob den Interessen der klagenden Gesellschaft unter den gegebenen Umständen nicht mit anderen milderer, zumutbaren und geeigneteren Massnahmen als dem Ausschluss Rechnung getragen werden kann, bspw. mit der Entbindung des betreffenden Gesellschafters von Nebenleistungspflichten oder Geschäftsführungsbefugnissen. Lässt sich die unzumutbare Situation der Gesellschaft mit milderer Massnahmen nachhaltig beseitigen, hat das Gericht die Ausschlussklage abzuweisen.<sup>84</sup> Die Subsidiaritätsprüfung wird i.d.R. mit der einzelfallbezogenen Interessenabwägung zum Vorliegen eines wichtigen Grundes einhergehen.

<sup>82</sup> Vgl. BGer 4C.249/2006 vom 13. November 2006, E. 3.1 (Kollektivgesellschaft); *Germann* (Fn. 40), N 1907 und 2034 m.w.H.

<sup>83</sup> Vgl. dazu oben Ziff. II. 1.2, 2. sowie III. 1.2.

<sup>84</sup> Vgl. zum Ganzen *Germann* (Fn. 40), 2126; *Sanwald* (Fn. 41), 386 f.; *SHK-Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 1 zu Art. 823 OR.

## 2.3 Prozessuales

### 2.3.1 Allgemeines

Zur Ausschlussklage aktivlegitimiert ist lediglich die Gesellschaft, nicht aber ein einzelner Gesellschafter. Passivlegitimiert ist der bzw. sind die auszuschliessenden (Minderheits-)Gesellschafter.<sup>85</sup> Im Prozess handeln die Geschäftsführer für die Gesellschaft. Handelt es sich beim auszuschliessenden Gesellschafter um den einzigen Geschäftsführer, so bestellt das Gericht einen Vertreter für die Gesellschaft.<sup>86</sup> Die Ausschlussklage kann auch widerklageweise geltend gemacht werden, insbesondere auf eine Auflösungsklage eines Gesellschafters hin.<sup>87</sup> Grundsätzlich ist das Gericht am Wohnsitz bzw. Sitz des auszuschliessenden Gesellschafters für die Ausschlussklage örtlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. a und b ZPO).<sup>88</sup> Das Gesetz sieht keine Frist für die Einreichung der Ausschlussklage vor. Gleichwohl kann die Erhebung der Ausschlussklage bei allzu langem Zuwarten missbräuchlich sein, erwartet man doch von der klagenden Gesellschaft, welche eine unzumutbare Situation moniert, rasches Handeln statt widerspruchsloses Dulden. Da die Subsidiarität der Ausschlussklage auf der anderen Seite aber gerade für ein Abwarten spricht, während vorerst andere Rechtsbehelfe zum Zuge kommen, dürfte es im konkreten Fall schwierig zu begründen sein, ab welchem Zeitpunkt Rechtsmissbrauch vorliegt.<sup>89</sup> Das Rechtsbegehren lautet i.d.R. auf Ausschluss des Gesellschafters und auf Übertragung der Stammanteile an den bzw. die verbleibenden Gesellschafter. Der Kläger hat nachzuweisen, dass ein Ausschlussgrund vorliegt, der im Verhalten oder der Person des Auszuschliessenden liegt und die Fortführung der Mitgliedschaft unzumutbar macht. Wird die Klage gutgeheissen, weist

<sup>85</sup> BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 36), N 5 zu Art. 823 OR; *Sanwald* (Fn. 41), 386; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 5 zu Art. 823 OR; *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 3 zu Art. 823 OR.

<sup>86</sup> Art. 250 lit. c Ziff. 10 ZPO analog. Vgl. *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 3b zu Art. 823 OR; vgl. auch *Sanwald* (Fn. 41), 386; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 5 zu Art. 823 OR.

<sup>87</sup> *Sanwald* (Fn. 41), 386.

<sup>88</sup> *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 3b zu Art. 823 OR m.w.H. Liegt der (Wohn-)Sitz im Kanton Zürich, ist das Handelsgericht ausschliesslich zuständig (§ 44 lit. b GOG ZH i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO). Im Kanton Zürich entfällt entsprechend ein Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. f. ZPO).

<sup>89</sup> *Germann* (Fn. 40), N 2129 und N 1905; vgl. auch *SHK-Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 13 zu Art. 821 OR.

das Gericht das zuständige Handelsregisteramt zur entsprechenden Übertragung der Stammanteile an.<sup>90</sup> Für den Übergang von Stammanteilen auf andere Personen gelten die Regeln zur Übertragung der Gesellschafterteile (Art. 785 ff. OR), bei einer Übertragung an die Gesellschaft müssen die Voraussetzungen für den Erwerb eigener Stammanteile erfüllt sein (Art. 783 OR).<sup>91</sup> Art. 824 OR sieht für das Verfahren des Ausscheidens eines Gesellschafters, d.h. für das Austritts- und Ausschlussverfahren nach Art. 822 ff. OR, vorsorgliche Massnahmen vor. Demnach kann das Gericht auf Antrag einer Partei bestimmen, dass den konkreten Umständen entsprechend einzelne oder alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der betroffenen Person ruhen.<sup>92</sup> Der Beklagte hat die ihm zustehende Abfindung nach Art. 825 OR seinerseits zu beantragen.<sup>93</sup>

### 2.3.2 Wirkung des gerichtlichen Ausschlusses

Das Urteil über eine Ausschlussklage ist ein Gestaltungsurteil. Der Ausschluss erfolgt im Umfang der gesamten Beteiligung des betreffenden Gesellschafters und bedeutet das Erlöschen der Mitgliedschaft und – gesetzliche und vertragliche Ausnahmen vorbehalten – sämtlicher damit verbundenen Rechte und Pflichten.<sup>94</sup> Im Innenverhältnis wirkt der Ausschluss infolge Ausschlussklage *ex nunc*, d.h. im Zeitpunkt der formellen Rechtskraft des Urteils, und *erga omnes*, d.h. auch für nicht am Verfahren beteiligte Gesellschafter. Gegenüber Dritten entfaltet der Ausschluss grundsätzlich erst mit der Eintragung ins Handelsregister Wirkung.<sup>95</sup>

### 2.3.3 Abfindung nach Art. 825 OR

Art. 825 Abs. 1 OR sieht vor, dass ein Gesellschafter, der aus der Gesellschaft ausscheidet, Anspruch auf eine *Abfindung* hat, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht. Es handelt sich dabei um einen finanziellen Ausgleich für die ursprünglich geleisteten Einlagen auf die Stammanteile, die auch nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters der GmbH für die Fortsetzung der wirtschaftlichen Tätigkeit verbleiben müssen.<sup>96</sup> Ausser für den Fall des Ausscheidens basierend auf einem statutarischen Austrittsrecht können die Statuten die Abfindung nicht abweichend regeln (Art. 825 Abs. 2 OR). Beim Ausschluss ist eine Abfindung folglich zwingend in der Höhe des wirklichen Werts der Stammanteile geschuldet, und dies auch bei Verschulden des Ausgeschiedenen.<sup>97</sup> Eine entschädigungslose Übertragung, wie sie vorliegend von der Klägerin beantragt wurde, kann deshalb nur dann erfolgen, wenn der wirkliche Wert null Franken beträgt.<sup>98</sup> Bei der Abfindung nach Art. 825 f. OR handelt es sich nicht um ein gesellschaftsrechtliches Mitwirkungs- oder Vermögensrecht, sondern um eine schuldrechtliche Forderung, die im Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters entsteht und die der ausgeschiedene Gesellschafter als Gläubiger gegenüber der Gesellschaft geltend machen kann. Die Bewertung und Auszahlung der Abfindung ist deshalb keine Voraussetzung, Bedingung oder Gegenleistung des Ausschlusses, sondern deren Rechtsfolge.<sup>99</sup> Da der Abfindungsanspruch von der freiwilligen oder richterlichen Entziehung der Mitgliedschaft unabhängig ist, kann über die Frage der Ausschliessung auch entschieden werden, wenn die Höhe der Abfindung des Auszuschliessenden noch nicht festgelegt wurde.<sup>100</sup> Erfolgt die Abfindung nicht freiwillig oder können sich die Parteien über die Ab-

<sup>90</sup> Vgl. Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 10. Mai 2011 (HG.2010.405), E. II. 3.

<sup>91</sup> Vgl. *Handschin/Truniger* (Fn. 40), § 19, N 16 f., 28 ff., 55 ff.

<sup>92</sup> BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 36), N 1 zu Art. 824 OR. Das Handelsgericht Zürich wies in einem Urteil den Antrag eines Minderheitsgesellschafters ab, der gestützt auf Art. 821 Abs. 3 (Auflösungsklage) i.V.m. Art. 824 OR eine Sistierung des Stimmrechts des Auszuschliessenden geltend machen wollte (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 30. November 2015 [HE150521], E. 4.2).

<sup>93</sup> Vgl. dazu unten Ziff. III. 2.3.3.

<sup>94</sup> Vgl. Art. 795d OR zur Fortdauer der Nachschusspflicht; vgl. *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 19 zu Art. 823 OR.

<sup>95</sup> Vgl. zum Ganzen: BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 36), N 6 zu Art. 823 OR; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 16 ff. zu Art. 823 OR; *Kaufmann* (Fn. 40), 275 f.; *Sanwald* (Fn. 41), 392 und 167.

<sup>96</sup> *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 3 zu Art. 825 OR.

<sup>97</sup> Vgl. *Botschaft GmbH* (Fn. 41), 3223 f.; BGE 89 II 133, 136; BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 36), N 2 zu Art. 825 OR; *Sanwald* (Fn. 41), 88 ff.; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 1 und 5 zu Art. 825 OR; *Kaufmann* (Fn. 40), 277 f.; *SHK-Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 3 zu Art. 823 OR.

<sup>98</sup> Vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 5 und 6.

<sup>99</sup> BGE 89 II 133, 136 f.; vgl. *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 1 zu Art. 825 OR; *Germann* (Fn. 40), N 2188; *KuKo GmbH-Recht-Sanwald* (Fn. 40), N 4 zu Art. 825 OR; Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 3.

<sup>100</sup> Vgl. dazu BGE 89 II 133.

findungshöhe nicht einigen, so kann der Auszuschliessende seinen Abfindungsanspruch gerichtlich durchsetzen und die richterliche Bestimmung des wirklichen Werts beantragen.<sup>101</sup> Der Auszuschliessende kann seine Abfindung im Ausschlussverfahren oder in einem separaten Verfahren geltend machen.<sup>102</sup>

Mit dem «wirklichen Wert» ist der innere Wert bzw. Verkehrswert des Stammanteils gemeint.<sup>103</sup> Unabhängig davon, ob die Abfindungshöhe von den Parteien oder vom Richter bemessen wird, ist die Bestimmung des wirklichen Wertes eine Herausforderung, weil Stammanteile einer GmbH nicht an einem Markt gehandelt werden, der wertvolle Informationen dafür liefern könnte.<sup>104</sup> Grundsätzlich entspricht der wirkliche Wert eines Stammanteils dem Gesamtwert des Unternehmens geteilt durch die Anzahl Stammanteile. Der Gesamtwert ist für den Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Gesellschaft nach den üblichen betriebswirtschaftlichen Methoden der Unternehmensbewertung festzustellen. Sofern das Geschäft nicht aufgegeben und liquidiert wird, gilt als Gesamtwert der Fortführungswert des Unternehmens.<sup>105</sup> Hat ein Gesellschafter Nachschüsse an die Gesellschaft geleistet, sind diese zum Nennwert der Stammanteile hinzuzurechnen.<sup>106</sup> Eine Verrechnung der Abfindung mit anderen Ansprüchen ist bei entsprechender Substantiierung möglich. Zu denken ist bspw. an allfällige Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber dem ausscheidenden Gesellschafter<sup>107</sup> oder an Nachschüsse, die vom ausscheidenden Gesellschafter an

die Gesellschaft i.S.v. Art. 795d OR geschuldet, aber noch nicht bezahlt sind. Die Modalitäten zur Erfüllung des Abfindungsanspruchs sind in Art. 825a OR geregelt.

### 3. Schlussbemerkungen

Das Bundesgericht kam im vorliegenden Entscheid zum Schluss, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der beschwerdeführenden A. GmbH verletzte, als sie über die von der GmbH gegen ihre Minderheitsgesellschafterin erhobene Ausschlussklage nach Art. 823 OR urteilte, ohne alle entscheidungswesentlichen Umstände zu berücksichtigen. In seinen Erwägungen hat das Bundesgericht Grundsätze aufgeführt, die ein Gericht bei der Prüfung einer Ausschlussklage aus prozessrechtlicher sowie aus materiellrechtlicher Sicht zu beachten hat. Der richterliche Entscheid über das Vorliegen eines «wichtigen Grundes», der einen Ausschluss rechtfertigt, ist ein Ermessensentscheid, der auf einer objektiven, einzelfallbezogenen Interessenabwägung basiert.<sup>108</sup> Damit das Gericht bei dieser Billigkeitsentscheid seine verfahrensrechtliche Prüfungspflicht sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt, muss es sich grundsätzlich mit allen Umständen befassen, die einen Ausschluss rechtfertigen.<sup>109</sup> Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht stellt sich folglich die Frage, welche Umstände für einen Gesellschafterausschluss nach Art. 823 OR entscheidungswesentlich sind. Wie aufgezeigt wurde, ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts relevant, ob die Fortdauer der Mitgliedschaft des auszuschliessenden Gesellschafters aus Sicht der Gesellschaft zumutbar ist. Entscheidend sind folglich Umstände, welche mit dem auszuschliessenden Gesellschafter zusammenhängen, d.h. in seiner Person, seinen persönlichen Verhältnissen oder seinem Verhalten liegen. Im Rahmen der Interessenabwägung, ob ein solcher Umstand im konkreten Fall eine unzumutbare Situation schafft und den Ausschluss rechtfertigt, kommt dem Typus der Gesellschaft massgebende Bedeutung zu. Ein Grund, der persönlicher Natur ist, kann einen Ausschluss des Gesellschafters umso eher rechtfertigen, je personalistischer eine GmbH ausgestaltet ist, ist doch das Ausschlussrecht

<sup>101</sup> Art. 825 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 789 Abs. 1 OR; vgl. *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 3 zu Art. 825 OR; *Germann* (Fn. 40), N 2193 ff.

<sup>102</sup> Vgl. Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen vom 10. Mai 2011 (HG.2010.405), E. II. 3; *Handschin/Truniger* (Fn. 40), § 19 N 21.

<sup>103</sup> Vgl. *SHK-Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 2 zu Art. 825 OR m.w.H.

<sup>104</sup> Vgl. *Germann* (Fn. 40), 2191.

<sup>105</sup> Vgl. *CHK-Trüeb* (Fn. 42), N 2 f. zu Art. 825 OR; *BSK OR II-Stäubli* (Fn. 36), N 3 zu Art. 825 OR und *Shelby du Pasquier/Matthias Wolf/Matthias Oertle*, in: Heinrich Honnell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, N 3 ff. zu Art. 789 OR; *OFK GmbH-Küng/Camp* (Fn. 43), N 3 ff. zu Art. 825 OR; *SHK-Siffert/Fischer/Petrin* (Fn. 43), N 2 zu Art. 825 OR; vgl. auch *Kaufmann* (Fn. 40), 278 f.

<sup>106</sup> *Sanwald* (Fn. 41), 91.

<sup>107</sup> Vgl. *Sanwald* (Fn. 41), 90; vgl. auch Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 10. November 2016 (A3 2015 18), E. 5.

<sup>108</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.6.

<sup>109</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.2.1 ff.; vgl. oben Ziff. III. 1.2.

gerade Ausdruck der Personenbezogenheit dieser Gesellschaftsform. So erachtete das Bundesgericht im vorliegenden Fall vor dem Hintergrund der personalistisch ausgestalteten A. GmbH die Einmischung in die operative Tätigkeit sowie eine langjährige Kon-

fliktsituation zwischen den geschäftsführenden Personen der klagenden A. GmbH und der auszuschließenden B. GmbH als rechtserhebliche Umstände, die vom Berufungsgericht hätten beachtet werden müssen.<sup>110</sup>

<sup>110</sup> BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.3.5.2, 4.3.6.