



MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

„Zum Gesellschafterausschluss in der GmbH,
insbesondere zum Ausschluss aus wichtigem Grund“

verfasst von / submitted by

Mag. Alexandra Zickl

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Science (MSc)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 066 915

Studienrichtung lt. Studienblatt /
degree programme as it appears on
the student record sheet:

Master Betriebswirtschaft

Betreut von / Supervisor:

o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Arthur Weilingner

Mitbetreut von / Co-Supervisor

-

Abstract

Im Rahmen des Gesellschafterausschlusses muss zwischen den gesetzlich definierten Formen der Kaduzierung gemäß §§ 66 ff GmbHG und des Ausschlusses nach dem GesAusG und den gesetzlich nicht geregelten Formen des Ausschlusses aus wichtigem Grund sowie der Hinauskündigung eines Gesellschafters (ohne wichtigen Grund) unterschieden werden.

Im Zuge der gegenständlichen Masterarbeit wird der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund in der GmbH möglich ist. Anerkannt ist, dass der Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag möglich ist. Ein besonderes Augenmerk muss hierbei auf die Formulierung der Ausschlussgründe gelegt werden. Weiter ist die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund ohne eine derartige Regelung im Gesellschaftsvertrag denkbar. In diesem Zusammenhang ist insb die subsidiäre Anwendbarkeit von § 1213 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB hervorzuheben. Außerdem wird in der Praxis die Möglichkeit in Betracht gezogen, den Ausschluss eines Gesellschafters ohne wichtigen Grund im Gesellschaftsvertrag vorzusehen. Eine derartige Hinauskündigungsmöglichkeit wird im Hinblick auf die Grenzen der Sittenwidrigkeit und der Möglichkeit, einen unliebsamen Gesellschafter jederzeit auszuschließen, nur eingeschränkt bejaht. Darüber hinaus bedarf es einer ordnungsgemäßen Durchführung des Gesellschafterausschlusses und der Zahlung einer Abfindung an den betroffenen Gesellschafter.

Ziel der Masterarbeit ist es, die Zulässigkeit des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters systematisch darzustellen und die divergierenden Ansichten in Lehre und Rsp kritisch zu beleuchten. Dies ist insb von rechtlicher Relevanz, da die Ausschlussmöglichkeit eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag in der Praxis üblich ist und deren Ausgestaltung in vielen Fällen wohl der (restriktiven) Rsp widerspricht.

Zur Erreichung des Ziels der Masterarbeit wird der Begriff des Gesellschafterausschlusses definiert, die Formen des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters angeführt und die Ausschlussmöglichkeiten – anhand konkreter Beispiele – kritisch vorgeführt. Vor diesem Hintergrund wird überdies die Möglichkeit des Gesellschafterausschlusses bei anderen Gesellschaftsformen betrachtet sowie die daraus gewonnenen Erkenntnisse analysiert.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	1
1 Der Gesellschafterausschluss in der GmbH	5
1.1 Gegenstand und rechtliche Relevanz des Gesellschafterausschlusses.....	5
1.2 Zielsetzung und methodische Vorgehensweise	6
1.3 Die Grundsätze und Besonderheiten der GmbH	6
1.3.1 Die Mitgliedschaft in der GmbH.....	7
1.3.2 Der Geschäftsanteil in der GmbH	8
1.3.3 Das Mindestkapital und die Haftung in der GmbH.....	8
1.4 Der Gesellschafterausschluss	10
1.5 Die Formen des Gesellschafterausschlusses in der GmbH	11
1.5.1 Die Kaduzierung nach §§ 66 ff GmbHG	11
1.5.2 Squeeze-Out nach dem GesAusG.....	13
1.5.3 Nicht gesetzlich geregelte Formen	16
2 Der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag	17
2.1 Die Voraussetzungen des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund.....	17
2.2 Die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund	17
2.2.1 Die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses im historischen Überblick	18
2.2.2 Die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus heutiger Sicht.....	18
2.3 Der Gesellschaftsvertrag in der GmbH.....	19
2.3.1 Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags.....	20
2.3.2 Der Syndikatsvertrag in der GmbH	21
2.4 Der wichtige Grund.....	22
2.4.1 Die Zurechenbarkeit des wichtigen Grundes	23
2.4.2 Die Erheblichkeit des wichtigen Grundes.....	24
2.4.3 Die Grenzen des Gesellschafterausschlusses	25
2.5 Beispiele für Ausschlussgründe.....	26
2.5.1 Verhaltensbezogene Ausschlussgründe	26
2.5.2 Nicht verhaltensbezogene Ausschlussgründe	28
2.5.3 In der Privatsphäre gelegene Ausschlussgründe	29
2.5.4 Keine Ausschlussgründe	29

2.6	Die Ausgestaltung der Ausschlussklausel.....	30
2.6.1	Die Formulierung der Ausschlussklausel	30
2.6.2	Beispiele einer Ausschlussklausel	31
2.6.3	Die nachträgliche Einführung im Gesellschaftsvertrag	32
3	Der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund ohne Regelung im Gesellschaftsvertrag.....	33
3.1	Die Voraussetzungen des Gesellschafterausschlusses ohne gesellschaftsvertragliche Regelung	33
3.2	Die (Un-)Zulässigkeit des Ausschlusses ohne gesellschaftsvertragliche Regelung..	34
3.2.1	Die Unzulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus Sicht der Judikatur	34
3.2.2	Die (Un-)Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus Sicht der Lehre	35
3.3	Die Begründung der (Un-)Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses	36
3.3.1	Die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund.....	36
3.3.2	Die (planwidrige) Unvollständigkeit des GmbH-Rechts	38
3.3.3	Die analoge Anwendung des Ausschlusses aus wichtigem Grund	40
3.4	Der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund im Lichte des GesbR-Reformgesetzes 2015	41
3.4.1	Die Bedeutung von § 1175 Abs 4 ABGB	42
3.4.2	Die Anwendbarkeit von § 1213 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB	43
4	Der Gesellschafterausschluss ohne wichtigen Grund durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag.....	46
4.1	Die Voraussetzungen des Gesellschafterausschlusses ohne wichtigen Grund	46
4.2	Die (Un-)Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses ohne wichtigen Grund.....	47
4.2.1	Die (Un-)Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus Sicht der Judikatur...	47
4.2.2	Die (Un-)Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus Sicht der Lehre	49
4.3	Die Begründung der (Un-)Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln	51
4.3.1	Die Gestaltungsfreiheit in der GmbH	51
4.3.2	Die Inhalts- und Ausübungskontrolle	52
4.3.3	Die Grenzen der Sittenwidrigkeit und deren Wertung	53
4.3.4	Die sachliche Rechtfertigung	55
4.3.5	Beispiele für eine sachliche Rechtfertigung.....	55
4.3.6	Der Blick auf das GesAusG	58
4.4	Der Ausschluss aus sachlichem Grund	59
4.5	Die Ausgestaltung der Ausschlussklausel.....	61

4.5.1	Die Formulierung der Ausschlussklausel	61
4.5.2	Beispiele für eine Ausschlussklausel.....	61
5	Die Abfindung des auszuschließenden Gesellschafters	63
5.1	Die Höhe der Abfindung.....	63
5.1.1	Die Höhe der Abfindung bei Fehlen von einer gesellschaftsvertraglichen Bestimmung.....	63
5.1.2	Die Abfindung durch Regelung im Gesellschaftsvertrag	65
5.1.3	Beschränkungen der Abfindung durch Regelung im Gesellschaftsvertrag	65
5.2	Die Finanzierung der Abfindung.....	68
5.2.1	Die Finanzierung der Abfindung ohne Regelung im Gesellschaftsvertrag	69
5.2.2	Die Finanzierung der Abfindung durch Regelung im Gesellschaftsvertrag	70
5.3	Sonstige Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Abfindung.....	71
5.3.1	Die Haftung der verbleibenden Gesellschafter bzw der Gesellschaft	71
5.3.2	Der Freistellungsanspruch des auszuschließenden Gesellschafters	72
5.4	Die Formulierung der Abfindungsklausel beim Gesellschafterausschluss.....	73
6	Die Durchführung des Gesellschafterausschlusses.....	75
6.1	Die Ausschlussklage in Anlehnung an § 1213 ABGB bzw § 140 UGB	75
6.1.1	Die Aktivlegitimation bei der Ausschlussklage	75
6.1.2	Die Wirkung des Ausschließungsurteils.....	77
6.2	Die gesellschaftsvertraglich geregelte Durchführung des Ausschlusses	79
6.2.1	Die Festsetzung eines Gesellschafterbeschlusses.....	80
6.2.2	Die Festsetzung einer Ausschlussklage	81
6.2.3	Die Formulierung des Ausschlussverfahrens.....	81
7	Der „Gesellschafter“-Ausschluss aus wichtigem Grund im Rechtsformenvergleich.....	83
7.1	Der Gesellschafterausschluss in der GesbR.....	83
7.2	Der Gesellschafterausschluss in OG und KG.....	84
7.3	Der Gesellschafterausschluss in der AG.....	86
7.4	Der Gesellschafterausschluss in anderen Rechtsformen.....	87
7.5	Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Vergleich zur GmbH.....	88
8	Resümee.....	90
	Literaturverzeichnis	92
	Judikaturverzeichnis.....	96

Abkürzungsverzeichnis

aA.....	anderer Ansicht
ABGB.....	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.....	Absatz
aF.....	alte Fassung
AG.....	Aktiengesellschaft
AnwBl.....	Österreichisches Anwaltsblatt
BB.....	Zeitschrift „Betriebs Berater“
BGBI.....	Bundesgesetzblatt
BGH.....	Bundesgerichtshof
BGHZ.....	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlgNR.....	Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
bzw.....	beziehungsweise
DB.....	„Der Betrieb“, Fachzeitschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht
dBGB.....	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
DNotZ.....	Deutsche Notar-Zeitschrift
dRGBI.....	deutsches Reichsgesetzblatt
DStR.....	Zeitschrift „Deutsches Steuerrecht“
ecolex.....	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EKEG.....	Eigenkapitalersatz-Gesetz
ErläutRV.....	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EvBl.....	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreichische Juristenzeitung)
f.....	und der/die Folgende
ff.....	und der/die Folgenden
FS.....	Festschrift

gem.....gemäß

GenG.....Genossenschaftsgesetz

GES.....Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht

GesAusG.....Gesellschafter-Ausschlussgesetz

GesbR.....Gesellschaft bürgerlichen Rechts

GesRZ.....Zeitschrift für Gesellschaft- und Unternehmensrecht

ggfs.....gegebenenfalls

GmbH.....Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG.....Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GmbHR.....„Die GmbH-Rundschau“

GP.....Gesetzgebungsperiode

GWR.....Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

hA.....herrschende Ansicht

hins.....hinsichtlich

hL.....herrschende Lehre

Hrsg.....Herausgeber

hRsp.....herrschende Rechtsprechung

idF.....in der Fassung

idR.....in der Regel

insb.....insbesondere

iS.....im Sinne

iVm.....in Verbindung mit

iZm.....im Zusammenhang mit

JAP.....Zeitschrift „Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung“

JBl.....Zeitschrift Juristische Blätter

JGS.....Justizgesetzsammlung

KG.....Kommanditgesellschaft

MDR.....Monatsschrift für deutsches Recht

mE.....meines Erachtens (nach)

mM.....meine(r) Meinung (nach)

NJWNeue Juristische Wochenschrift

NJW-RRNeue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht

NO.....Notariatsordnung

NZÖsterreichische Notariatszeitung

NZGNeue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

OG.....Offene Gesellschaft

OGHOberster Gerichtshof

ÖJZ-LSKLeitsatzkartei in der Österreichischen Juristenzeitung

OLGOberlandesgericht

ÖZW.....Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

PSR.....Zeitschrift „Die Privatstiftung“

RdWZeitschrift Österreichisches Recht der Wirtschaft

RGBIReichsgesetzblatt

RspRechtsprechung

RWZ.....Österreichische Zeitschrift für Rechnungswesen

RzRandziffer

sog.....sogenannte/r

SpaltG.....Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften

stRsp.....ständige Rechtsprechung

SZ.....Sammlung Zivilrecht

ua.....unter anderem

UGBUnternehmensgesetzbuch

UmwG.....Bundesgesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften

uU.....unter Umständen

VereinsG..... Vereinsgesetz 2002
vgl vergleiche
wbl..... Wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und
europäisches Wirtschaftsrecht
WK..... Wiener Kommentar
WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Z Ziffer
Zak Zeitschrift „Zivilrecht aktuell“
zB zum Beispiel
ZfS..... Zeitschrift für Stiftungswesen
ZIK..... Zeitschrift für Insolvenzrecht & Kreditschutz
ZIP..... Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUS Zeitschrift für Unternehmensnachfolge und Steuerplanung
ZVR..... Zeitschrift für Verkehrsrecht

1 Der Gesellschafterausschluss in der GmbH

Im Zuge der gegenständlichen Masterarbeit soll der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafterausschluss (aus wichtigem Grund) in der GmbH möglich ist. Im Rahmen des Gesellschafterausschlusses muss zwischen den gesetzlich definierten Formen der Kaduzierung gemäß §§ 66 ff GmbHG¹ sowie des Ausschlusses² nach dem GesAusG³ und den nicht gesetzlich geregelten Formen des Ausschlusses aus wichtigem Grund sowie der Hinauskündigung eines Gesellschafters⁴ (ohne wichtigen Grund) unterschieden werden.

Das folgende Kapitel dient der Vorstellung der GmbH, der allgemeinen Beschreibung des Gesellschafterausschlusses sowie der Darstellung der verschiedenen gesetzlich geregelten Möglichkeiten des Gesellschafterausschlusses in der GmbH.

1.1 Gegenstand und rechtliche Relevanz des Gesellschafterausschlusses

Grundlage der gegenständlichen Masterarbeit ist die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters. Dabei werden insb die Ausschlussmöglichkeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, der Ausschluss ohne einen wichtigen Grund sowie der Ausschluss ohne entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag im Lichte der divergierenden Ansichten zwischen Lehre und Rsp kritisch betrachtet. Dies ist insb von rechtlicher Relevanz, da die Ausschlussmöglichkeit eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag praktisch üblich ist und die Ausgestaltung in vielen Fällen der (restriktiven) Rsp des OGH⁵ nicht entspricht.

¹ RGBI 1905/58 idF BGBl 1991/10.

² *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 3/1243 ff.

³ Bundesgesetz über den Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern (Gesellschafter-Ausschlussgesetz – GesAusG) BGBl I 2006/75.

⁴ Zur besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf die gleichzeitige Verwendung der männlichen und weiblichen Sprachform verzichtet. Es wird das generische Maskulinum verwendet, wobei alle Geschlechter gleichermaßen gemeint sind, sofern sich aus dem Kontext nichts anderes ergibt.

⁵ Ua OGH 14.09.2011, 6 Ob 80/11z GES 2011, 438 = ZUS 2011, 136 (*Knauder*) = RdW 2012, 85 = *ecolex* 2012, 145 = NZ 2012, 90 = GesRZ 2012, 129 (*Artmann*) = wbl 2012/106 = AnwBl 2012, 306.

1.2 Zielsetzung und methodische Vorgehensweise

Das Ziel dieser Masterarbeit ist die Aufarbeitung des Themas des Gesellschafterausschlusses in der GmbH. Dabei werden praktische Probleme dargelegt und kritisch betrachtet. In der gegenständlichen Masterarbeit wird der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund in der GmbH daher systematisch dargelegt.

Zur Erreichung des Ziels der Masterarbeit werden der Begriff des Gesellschafterausschlusses definiert, die Formen des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters angeführt und die verschiedenen Ausschlussmöglichkeiten aus wichtigem Grund – anhand konkreter Beispiele – kritisch vorgeführt. Vor diesem Hintergrund wird abschließend die Möglichkeit des Gesellschafterausschlusses bei anderen Gesellschaftsformen betrachtet sowie daraus gewonnene Erkenntnisse analysiert.

1.3 Die Grundsätze und Besonderheiten der GmbH

Bei der GmbH handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, die eine eigene Rechtspersönlichkeit hat (§ 61 Abs 1 GmbHG).⁶ Zwar ist die GmbH unbestritten den Kapitalgesellschaftern zuzuordnen, dennoch bewirken einige Regelungen im GmbHG durch die intensivere Einbindung der Gesellschafter in die GmbH eine Annäherung an das Personengesellschaftsrecht.⁷

In der GmbH sind zwingend zwei Organe vorgesehen: die Generalversammlung und der Geschäftsführer.⁸ Die Generalversammlung ist die Versammlung der Gesellschafter, die als oberstes Organ der GmbH gilt und dem Geschäftsführer bindende Weisungen erteilen kann (§ 20 GmbHG).⁹ In der Praxis ist es durchaus üblich, dass der Geschäftsführer, der die GmbH nach außen vertritt und leitet, aus dem Kreis der Gesellschafter kommt.¹⁰ Insofern ist erkennbar, dass die Gesellschafter einer GmbH wohl deutlich enger in die Gesellschaftsstruktur eingebunden sind als die Gesellschafter einer AG (Aktionäre).

⁶ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/22.

⁷ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/24; die Annäherung an das Personengesellschaftsrecht ist besonders bei dem Ausschluss aus wichtigem Grund, der in den folgenden Teilen der gegenständlichen Masterarbeit erläutert wird, von Bedeutung.

⁸ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/31; wonach es auch zulässig ist, mehrere Personen als Geschäftsführer der Gesellschaft zu berufen.

⁹ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/31.

¹⁰ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/31.

1.3.1 Die Mitgliedschaft in der GmbH

Als Gesellschafter der GmbH können sowohl natürliche als auch juristische Personen auftreten,¹¹ wobei die Zulässigkeit der Stellung als Gesellschafter aufgrund von berufsrechtlichen Vorschriften beschränkt sein kann.¹² Auch eine Ein-Mann-Gesellschaft ist als zulässig anzusehen.¹³

Aus der Mitgliedschaft in der GmbH ergeben sich eine Vielzahl von Rechten und Pflichten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft. Das Recht zur Mitwirkung an der Willensbildung der Gesellschaft umfasst das Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen, die Teilnahme an Generalversammlungen, das Recht der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen nach § 41 GmbHG, Einsichts- und Auskunftsrechte sowie bestimmte Minderheitenrechte¹⁴.¹⁵ Die Vermögensrechte der Gesellschafter setzen sich überwiegend aus der Gewinnbeteiligung, der Beteiligung am Liquidationserlös, der Rückzahlung ihrer Stammeinlage bei einer Kapitalherabsetzung und dem Bezugsrecht bei einer Kapitalerhöhung zusammen.¹⁶ Die anteilsimmanenten Rechte sind gem § 75 Abs 1 GmbHG von der Höhe der Stammeinlage des jeweiligen Gesellschafters abhängig,¹⁷ wobei im Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung vorgesehen werden kann. Im Hinblick auf die Mitgliedschaftsrechte muss unterschieden werden, ob eine gesellschaftsvertragliche Beschränkung bzw Entziehung der Mitgliedschaftsrechte zulässig ist, da die Mitwirkung der Gesellschafter in der GmbH nicht gänzlich verhindert werden darf.¹⁸

Den Mitgliedschaftsrechten stehen jene Pflichten gegenüber, die sich aus der Beteiligung an der Gesellschaft ergeben. Hierzu sind die Pflicht zur Leistung der Stammeinlage, die Einhaltung von Treuepflichten und des Wettbewerbsverbots zu zählen.¹⁹ Unter Treuepflichten sind

¹¹ U. Torggler in U. Torggler, Kurzkommentar zum GmbH-Gesetz (2014) § 1 Rz 4.

¹² Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/26.

¹³ In einem solchen Fall kann es gerade keinen Gesellschafterausschluss geben; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/103 ff.

¹⁴ Hierbei kann zwischen positiven und negativen Minderheitenrechten unterschieden werden; näher hierzu Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/318 f.

¹⁵ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/317 ff.

¹⁶ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/320.

¹⁷ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz¹ (2021) § 75 Rz 27.

¹⁸ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 75 Rz 59.

¹⁹ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/339 ff.

jene Verpflichtungen zu verstehen, die der Wahrung und Förderungen der Interessen der Gesellschaft dienen.²⁰ Auch etwaige Nachschusspflichten oder Nebenleistungspflichten der Gesellschafter können vorgesehen werden.²¹

1.3.2 Der Geschäftsanteil in der GmbH

Als Geschäftsanteil wird die Summe an Rechten und Pflichten eines Gesellschafters in der GmbH verstanden.²² Der Geschäftsanteil muss einer oder mehreren²³ Personen (namentlich) zugeordnet werden können und kann originär bei Gründung der Gesellschaft oder derivativ im Zuge der Übertragung erworben werden.²⁴

Im Gegensatz zur AG ist die Ausgabe der Geschäftsanteile als vertretbare Wertpapiere nicht möglich (§ 75 Abs 2 GmbHG). Gem § 76 Abs 1 GmbHG ist der Geschäftsanteil frei übertragbar und vererblich, demgegenüber sind die Mitgliedschaftsrechte bei Personengesellschafter unveräußerlich.²⁵ Nach § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG kann die Übertragbarkeit durch gesellschaftsvertragliche Regelungen eingeschränkt werden, so kann die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft werden (Vinkulierung).²⁶ Eine derartige Regelung soll verhindern, dass unerwünschte Personen in die GmbH eintreten. Auch Aufgriffsrechte durch die übrigen Gesellschafter können vereinbart werden.²⁷

Eine Übertragung des Geschäftsanteils unter Lebenden setzt idR entweder die Gesamtrechtsnachfolge oder einen Notariatsakt voraus.²⁸

1.3.3 Das Mindestkapital und die Haftung in der GmbH

Das Stammkapital ist in einzelne Geschäftsanteile zerlegt, die von den Gesellschaftern zu leisten sind.²⁹ Darüber hinaus setzt die Gründung einer Gesellschaft voraus, dass die Vorschriften

²⁰ Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/353.

²¹ Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/348 ff.

²² Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/41; *Zollner* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 75 Rz 3.

²³ Es ist zulässig, dass der Geschäftsanteil im Miteigentum mehrerer Personen steht.

²⁴ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 28.

²⁵ *Zollner* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 1.

²⁶ Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/41; *Zollner* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 8 f.

²⁷ Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/41.

²⁸ Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/307 f; *Zollner* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 15 ff.

²⁹ Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/22.

über das Mindestkapital eingehalten werden.³⁰ Unter Mindestkapital ist das gesetzlich vorgeschriebene Kapital zur Gründung einer Kapitalgesellschaft (GmbH, AG) zu verstehen, dieses beträgt bei der GmbH € 35.000,-- (bzw € 10.000,-- bei Gründungsprivilegierung).³¹ Das Mindestkapital dient der Kapitalerhaltung bzw dem Gläubigerschutz, der in der GmbH ausgeprägt ist.³²

Zentraler Grundsatz der GmbH ist die Kapitalerhaltung.³³ Aus den Vorschriften zur Kapitalerhaltung folgt, dass einerseits die Gesellschafter ihre Stammeinlage nicht zurückfordern können, andererseits darf das Vermögen der GmbH durch Zuwendungen nur innerhalb eines gesetzlich festgelegten Rahmens an die Gesellschafter fließen.³⁴ Dadurch soll das Stammkapital vor der Schmälerung durch die Gesellschafter gesichert werden, um den Haftungsstock für Interessen von Dritten zu sichern.³⁵

Die GmbH haftet ihren Gläubigern unbeschränkt mit ihrem gesamten Gesellschaftsvermögen (§ 61 Abs 2 GmbHG). Im Gegensatz zu ihrem Namen („Gesellschaft mit beschränkter Haftung“) haften lediglich die Gesellschafter gegenüber Dritten beschränkt.³⁶ So besteht eine Haftung der Gesellschafter bis zur Höhe ihrer Einlage, eine darüberhinausgehende Haftung ist bis auf wenige Ausnahmen³⁷ nicht vorgesehen.³⁸ Gegenüber der Gesellschaft haften die Gesellschafter im Zuge der Ausfallhaftung nach § 70 Abs 1 GmbHG subsidiär bei Nichteinzahlung der Stammeinlage durch einen Mitgesellschafter.³⁹

³⁰ *Brugger*, Mindestkapital, in RDB Keywords¹ Rz 1 (Stand 11. 10. 2021, rdb.at).

³¹ *Brugger*, Mindestkapital, in RDB Keywords¹ Rz 1.

³² *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/35; *Oelkers*, Mindestkapital und Nennkapital - Leistungskraft für den Gläubigerschutz (Teil I), GesRZ 2004, 360 (360 ff).

³³ *Köppl* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 82 Rz 1.

³⁴ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/407 f.

³⁵ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/407.

³⁶ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/351 f; *S.-F. Kraus* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 18.

³⁷ Zu nennen ist hierbei bspw die Haftung aufgrund einer Bürgschaft, wegen Insolvenzverschleppung sowie die Durchgriffshaftung bei Unterkapitalisierung; nähere hierzu *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/352 ff; *S.-F. Kraus* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 19.

³⁸ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/22, 4/351 f.

³⁹ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/35.

1.4 Der Gesellschafterausschluss

Unter dem Ausschluss eines Gesellschafters ist das zwangsweise Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft zu verstehen.⁴⁰ Es handelt sich hierbei um ein Gestaltungsrecht,⁴¹ das den Verlust sämtlicher Rechte und Pflichten, die mit der Stellung als Gesellschafter innerhalb der Gesellschaft verbunden sind, bedeutet.⁴² Hervorzuheben ist, dass es keiner Zustimmung des Gesellschafters bedarf, weshalb dieser auch gegen seinen Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann.⁴³

Die Möglichkeit einen Gesellschafterausschluss in der GmbH vorsehen zu können, spiegelt die Vertragsbeendigungsfreiheit innerhalb der Gesellschaft wider,⁴⁴ wobei den verschiedenen Formen des Gesellschafterausschlusses uU unterschiedliche Rechtsinteressen der Mitgesellschafter bzw der Gesellschaft zugrunde liegen.

Der Ausschluss bzw die Möglichkeit eines Ausschlusses aus der Gesellschaft aus wichtigem Grund zielt auf das persönliche Verhalten eines Gesellschafters ab, welches unzumutbare Auswirkungen auf die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter hat.⁴⁵ Ein weitere Möglichkeit, die in der Praxis vorkommt, ist, dass der Gesellschafter seiner Pflicht zur Leistung seiner Einlage nicht nachkommt und er sich somit im Schuldnerverzug befindet.⁴⁶ Überdies begründet das Interesse (der Öffentlichkeit) „an der Schaffung wettbewerbsfähiger und reaktionsschneller Unternehmens- und Kontrollstrukturen“⁴⁷ den Ausschluss eines oder mehrere Minderheitengesellschafter.⁴⁸

⁴⁰ Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht² (2020) Rz 1060.

⁴¹ RIS-Justiz RS0022281; RIS-Justiz RS0022170, zuletzt OGH 18.05.2022, 6 Ob 72/22i JAP 2022/2023, 48 (Rauter).

⁴² Lotz, Der Gesellschafterausschluss aus der GmbH: Möglichkeiten und Grenzen der Satzungsgestaltung (2016) 4.

⁴³ Harrer, Die nicht konsensuale Beendigung der Mitgliedschaft, GES 2019, 107 (107).

⁴⁴ Leopold in U. Torggler (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 1.

⁴⁵ Leopold in U. Torggler (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2.

⁴⁶ Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht² Rz 1061; Koppensteiner/Rüffler, Kommentar zum GmbH-Gesetz³ (2007) § 66 Rz 1.

⁴⁷ ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 26.

⁴⁸ Näheres hierzu in Kapitel 1.5.2.

Jeder Gesellschafterausschluss stellt für den betroffenen Gesellschafter einen Eingriff in sein Eigentum dar.⁴⁹ Folglich handelt es sich beim Ausschluss eines Gesellschafters um ein so starkes Eingriffsrecht, sodass dieses nicht zu leichtfertig erfolgen darf bzw gar nur als ultima ratio vorzusehen ist.⁵⁰

1.5 Die Formen des Gesellschafterausschlusses in der GmbH

Neben den gesetzlich geregelten Ausschlussformen der Kaduzierung gem §§ 66 ff GmbHG und des Ausschlusses nach dem GesAusG, gibt es in der GmbH überdies die Möglichkeit eines Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund. Bei letzterer Ausschlussmöglichkeit muss unterschieden werden, ob dieser im Gesellschaftsvertrag geregelt wurde. Weiter kann unterschieden werden, ob der Ausschluss ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen kann. Die Möglichkeit der Festlegung eines privatautonom geregelten Gesellschafterausschlusses wird durch die gesetzlichen Regelungen nicht berührt.⁵¹

Zur besseren Übersicht wird an dieser Stelle auf §§ 2 und 5 UmwG⁵² sowie §§ 9 und 11 SpaltG⁵³, die ebenso jeweils die Möglichkeit eines Ausschlusses vorsehen, verwiesen.⁵⁴ Auf eine genauere Erläuterung dieser Normen wird im Zuge der gegenständlichen Masterarbeit verzichtet.

1.5.1 Die Kaduzierung nach §§ 66 ff GmbHG

Bei der Kaduzierung handelt es sich um die Ausschlussmöglichkeit eines Gesellschafters für den Fall, dass dieser mit der Leistung der Einlageforderung säumig ist.⁵⁵ Die Kaduzierung stellt

⁴⁹ ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 26; *Kalss/Deutsch*, Der Gesellschafterausschluss auf dem Prüfstand des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, ÖZW 2019, 26 (26).

⁵⁰ RIS-Justiz RS0022244.

⁵¹ *Kalss*, Kommentar zur Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung einschließlich internationaler Verschmelzung und Gesellschafterausschluss³ (2021) § 1 GesAusG Rz 38.

⁵² Bundesgesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften BGBl 304/1996 idF BGBl I 71/2009.

⁵³ BGBl 304/1996 idF BGBl I 107/2017.

⁵⁴ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 1.

⁵⁵ Gleiches gilt nach § 73 GmbHG, wenn der Gesellschafter mit der Zahlung des eingeforderten Nachschusses säumig ist und nicht gleichzeitig mit der Festsetzung der Verpflichtung zum Nachschuss im Gesellschaftsvertrag eine andere Regelung vorgesehen wird; *F. Schuhmacher* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 66 Rz 2.

dadurch ein wesentliches Instrument in Form eines Gestaltungsrechts der Gesellschaft zur Sicherung der Kapitalaufbringung dar.⁵⁶ Zweck der Kaduzierung ist es, die Voraussetzungen der Veräußerung des Anteils des säumigen Gesellschafters an Dritte zu schaffen.⁵⁷

Unter der Einlageforderung ist nicht nur die zu leistende Stammeinlage zu verstehen, vielmehr werden nach hA auch die Differenzhaftung nach § 10a Abs 1 GmbHG, Gewährleistungsansprüche aus Sacheinlagen⁵⁸, der Verzug der Nachschusspflicht nach § 73 GmbHG⁵⁹ und die Vorbelastungshaftung⁶⁰ darunter subsumiert. Das Recht der Kaduzierung ist wiederum nicht gegeben, wenn der Gesellschafter nur mit Verzugszinsen⁶¹ oder anderen Nebenverbindlichkeiten⁶² säumig ist.

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 66 Abs 1 GmbHG steht es der Gesellschaft – vertreten durch den Geschäftsführer – frei, die Kaduzierung gegen einen säumigen Gesellschafter einzuleiten. Die Einleitung des Ausschlusses steht dabei im Ermessen des Geschäftsführers, ein rechtlicher Zwang besteht nicht.⁶³ Vielmehr kann auch mittels Leistungsklage bzw Zwangsvollstreckung gegen den im Verzug befindlichen Gesellschafter vorgegangen werden.⁶⁴

Zu beachten ist der Gleichheitsgrundsatz nach § 66 Abs 1 letzter Satz GmbHG, der gebietet, dass bei Säumigkeit mehrerer Gesellschafter gegen alle säumigen Gesellschafter der Ausschluss angedroht werden muss.⁶⁵ Eine Ungleichbehandlung ist als unzulässig anzusehen und stellt eine unwirksame Kaduzierung dar.⁶⁶

Für die Durchführung der Kaduzierung bedarf es der Benachrichtigung des säumigen Gesellschafters über die Setzung einer Nachfrist für die Zahlung und der Androhung des Ausschlusses. Eine solche Mitteilung hat nach § 66 Abs 1 erster Satz GmbHG mittels eines eingeschriebenen Briefs zu erfolgen. Im Gesellschaftsvertrag darf hiervon nur abgewichen werden, wenn

⁵⁶ F. Schuhmacher in U. Torggler (Hrsg), GmbHG § 66 Rz 1; Völkl/Khamis, Kaduzierung, in RDB Keywords¹ (Stand 11. 10. 2021, rdb.at).

⁵⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 66 Rz 2.

⁵⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 66 Rz 3; Schopper in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 66 Rz 5 ff.

⁵⁹ F. Schuhmacher in U. Torggler (Hrsg), GmbHG § 66 Rz 2.

⁶⁰ Schopper in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 66 Rz 6.

⁶¹ OGH 10.02.1988, 3 Ob 595/86 SZ 61/33 = RdW 1988, 197 = NZ 1989, 17 = wbl 1988, 198 = GesRZ 1988; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/344; Schopper in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 66 Rz 6.; aA jedoch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 66 Rz 3, sofern das Stammkapital beeinträchtigt werden würde.

⁶² OGH 10.02.1988, 3 Ob 595/86 SZ 61/33 = RdW 1988, 197 = NZ 1989, 17 = wbl 1988, 198 = GesRZ 1988; F. Schuhmacher in U. Torggler (Hrsg), GmbHG § 66 Rz 2.

⁶³ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/344.

⁶⁴ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/344.

⁶⁵ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 66 Rz 6.

⁶⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 66 Rz 12; F. Schuhmacher in U. Torggler (Hrsg), GmbHG § 66 Rz 10.

die Signal- und Warnfunktion sowie die Beweissicherung gewahrt bleibt.⁶⁷ Inhalt des Schreibens muss die Aufforderung zur Einbringung der ziffernmäßig bestimmten Leistung binnen eines Monats bei sonstiger Kaduzierung sein.⁶⁸

Zahlt der säumige Gesellschafter den ausstehenden Betrag nach Aufforderung durch die Gesellschaft, so bleibt er Gesellschafter der GmbH. Zahlt der säumige Gesellschafter den ausstehenden Betrag hingegen nicht innerhalb der Frist, so hat die Gesellschaft vertreten durch ihre Geschäftsführer – wiederum mit eingeschriebenem Brief – den Ausschluss des säumigen Gesellschafters zu erklären. Dem Geschäftsführer steht in dieser Phase im Gegensatz zur Einleitung des Verfahrens kein Ermessen zu.⁶⁹ Der Ausschluss wirkt ex nunc und hat zur Folge, dass der nunmehr ausgeschlossene Gesellschafter sämtliche Rechte, die mit dem Anteil an der Gesellschaft verbunden sind, verliert.⁷⁰ Gleichlaufend mit dem Verlust der Rechte wird der Gesellschafter auch von seinen mitgliedschaftlichen Pflichten befreit.⁷¹ Die Pflicht zur Leistung der Einlage bleibt jedoch weiter bestehen (§ 69 GmbHG) und kann im Klageweg geltend gemacht werden.⁷²

Praktisch bedeutend ist bei der Kaduzierung bereits die Möglichkeit der Androhung des Ausschlusses eines säumigen Gesellschafters,⁷³ zumal dem säumigen Gesellschafter vor Augen geführt wird, dass die Nichtzahlung der Einlage in weiterer Folge den Verlust sämtlicher Mitwirkungs- und Vermögensrechte bewirkt.

1.5.2 Squeeze-Out nach dem GesAusG

Das GesAusG regelt die formale Vorgehensweise des Ausschlusses eines Minderheitengesellschafters in einer Kapitalgesellschaft⁷⁴ und ist auch unter dem Begriff „Squeeze-Out“ bekannt.

⁶⁷ P. Bydlinski, (Form-)Fragen bei der Kaduzierung von GmbH-Geschäftsanteilen (§ 66 GmbHG), JBl 2002, 703.

⁶⁸ OGH 10.02.1988, 3 Ob 595/86 SZ 61/33 = RdW 1988, 197 = NZ 1989, 17 = wbl 1988, 198 = GesRZ 1988; bei Einforderung eines zu geringen Betrages, genügt aufgrund der strengen Auslegung des § 66 Abs 1 GmbHG dessen Zahlung, um die Kaduzierung abzuwenden, so RIS-Justiz RS0060025.

⁶⁹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 66 Rz 9.

⁷⁰ F. Schuhmacher in U. Torggler (Hrsg), GmbHG § 66 Rz 8.

⁷¹ Schopper in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 66 Rz 44/1.

⁷² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 66 Rz 9.

⁷³ Schopper in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 66 Rz 1.

⁷⁴ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 3.

Als Hauptgesellschafter (dh Gesellschafter mit einer bestimmten Mindestbeteiligung⁷⁵) ist jene natürliche oder juristische Person anzusehen, in deren Eigentum sich zum Zeitpunkt der Beschlussfassung mindestens 90 % des Grund- bzw Stammkapitals befinden. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass die Voraussetzungen des GesAusG nicht vorliegen können, wenn ein Minderheitengesellschafter oder mehrere Minderheitengesellschafter zusammen mit mehr als 10 % am Nennkapital beteiligt sind.⁷⁶ Anteile von Unternehmen, die nach § 189a Z 8 UGB verbunden sind, werden dem Gesellschafter zugerechnet.⁷⁷ Schließen sich mehrere Gesellschafter zusammen, die zusammengerechnet mindestens 90 % Eigentum am Grund- bzw Stammkapital haben, sind die Voraussetzungen des GesAusG nicht verwirklicht.⁷⁸ Auf mehr als 90 % der Stimmrechte kommt es – mit Ausnahme eines Ausschluss nach einem Übernahmeangebot iSd § 7 GesAusG – nicht an.

Mit dem Squeeze-Out wird dem Mehrheitsgesellschafter die Möglichkeit eröffnet eine Vereinfachung und dadurch Verbesserung der Gesellschaftsstruktur, eine (etwaige) Kostenreduktion, ggfs die Vorbereitung eines Delistings sowie die Verhinderung bzw Beseitigung von rechtmisbräuchlichem oder lästigem Verhalten der Minderheitengesellschafter vorzunehmen.⁷⁹ Derartige Verbesserungen kommen sowohl direkt der Gesellschaft als auch dem Mehrheitsgesellschafter zugute.⁸⁰

Für den Gesellschafterausschluss nach dem GesAusG bedarf es dem Verlangen des Hauptgesellschafters, den Minderheitengesellschafter aus „seiner“ Gesellschaft auszuschließen. Im Zuge dessen müssen dem Minderheitengesellschafter umfangreiche Informationen vorgelegt werden. Dem gewünschten Ausschluss müssen die General- bzw die Hauptversammlung sowie der Hauptgesellschafter zustimmen.⁸¹ Die Zustimmung der General- bzw Hauptversammlung liegt aufgrund der Haltung von mindestens 90 % des Grund- bzw Stammkapitals ohnehin vor, sofern der Hauptgesellschafter in dieser für den Ausschluss stimmt. Eine Zustimmung des Minderheitengesellschafters ist nicht vorgesehen.⁸²

⁷⁵ *Arlt*, Gesellschafterausschluss, in RDB Keywords¹ (Stand 03. 03. 2022, rdb.at).

⁷⁶ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 3.

⁷⁷ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 3. Die Verbindung muss im letzten Jahr vor Beschlussfassung bereits durchgehend bestanden haben, so *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht³ Rz 3/1246.

⁷⁸ ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 26; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out - Der Gesellschafterausschluss bei AG und GmbH (2006) Rz 37.

⁷⁹ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 5.

⁸⁰ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 5.

⁸¹ *Arlt*, Gesellschafterausschluss, in RDB Keywords¹.

⁸² *Arlt*, Gesellschafterausschluss, in RDB Keywords¹.

Ab dem Zeitpunkt der Eintragung des Gesellschafterbeschlusses über den Ausschluss des Gesellschafters im Firmenbuch geht der Geschäftsanteil des Minderheitengesellschafters auf den Hauptgesellschafter über.⁸³ Als Ausgleich für dessen Anteil verbleibt dem Minderheitengesellschafter der Anspruch auf eine angemessene Barabfindung.⁸⁴

Vor dem Hintergrund des Schutzes des Minderheitengesellschafters, der bei der GmbH insb im Hinblick auf Familiengesellschaften und in einer mehrseitigen Joint-Venture-Gesellschaft relevant ist,⁸⁵ besteht die gesetzliche Möglichkeit den Ausschluss durch die Satzung bzw den Gesellschaftsvertrag gänzlich auszuschließen (§ 1 Abs 4 GesAusG). Darüber hinaus sieht das GesAusG auch die Möglichkeit vor, dass die gesetzlich erforderliche Schwelle von 90 % des Nennbetrags sowie die erforderliche Mehrheit bei der Beschlussfassung in der Generalversammlung erhöht werden können.⁸⁶ Hingegen dazu ist es nicht möglich diese beiden Schwellen herabzusetzen.⁸⁷

Für die Einführung derartiger Einschränkungen der Gesellschafterausschlussmöglichkeit bedarf es der satzungsändernden Mehrheit.⁸⁸ Diese liegt in der GmbH bei einer Mehrheit von Dreiviertel der gültig abgegebenen Stimmen vor. Die Aufhebung solcher Bestimmungen bedarf hingegen der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter.⁸⁹ In der Satzung bzw dem Gesellschaftsvertrag kann jedoch die Möglichkeit vorgesehen werden, ausdrücklich auf die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zu verzichten und zumindest eine Dreiviertelmehrheit vorzusehen.⁹⁰ Grundsätzlich ist die Zustimmung des Hauptgesellschafters, welcher in aller Regel zumindest Dreiviertel der Stimmrechte hält, erforderlich.⁹¹ Auch in Syndikatsverträgen kann die Möglichkeit die Schwelle von 90 % des Nennbetrags und die Mehrheit bei der Beschlussfassung erhöht werden sowie die generelle Ausschlussmöglichkeit des Gesellschafters vorgesehen werden.⁹²

⁸³ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 3.

⁸⁴ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 179 ff; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 3.

⁸⁵ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 39.

⁸⁶ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 40.

⁸⁷ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 40.

⁸⁸ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 175; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 43.

⁸⁹ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 43.

⁹⁰ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 175; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 43.

⁹¹ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 43.

⁹² *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 46

1.5.3 Nicht gesetzlich geregelte Formen

Neben den gesetzlich geregelten Formen des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters, welche soeben behandelt wurden, besteht ein Interesse an weiteren Ausschlussmöglichkeiten. Auf die Ausschlussmöglichkeit eines Gesellschafters aus wichtigem Grund bzw ohne wichtigen Grund wird in den folgenden Kapiteln näher eingegangen.

Von dem Gesellschafterausschluss ist die außerordentliche Kündigung eines Gesellschafters, die zum Verlust der Mitgliedschaft an der Gesellschaft führt, sowie die Auslösung der Gesellschaft zu unterscheiden.⁹³ Aufgrund des Umfangs der gegenständlichen Masterarbeit werden diese beiden Formen der Änderung der Gesellschafter bzw der Gesellschaft nicht näher erläutert.

⁹³ Ua *Harrer*, GES 2019, 107.

2 Der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag

Im folgenden Kapitel wird die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund, der im Gesellschaftsvertrag vorgesehen wird, näher erläutert. Hierbei wird näher auf die Zulässigkeit und Ausgestaltungsmöglichkeit sowie auf Probleme, die sich ergeben können, eingegangen.

2.1 Die Voraussetzungen des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund

Für die in diesem Kapitel erläuterte Form des Ausschlusses aus wichtigem Grund bedarf es einer Regelung im Gesellschaftsvertrag, die den Ausschluss aus wichtigem Grund vorsieht.⁹⁴

Darüber hinaus muss für die Zulässigkeit des Ausschlusses ein wichtiger Grund gegeben sein, der die weitere Zusammenarbeit der übrigen Gesellschafter mit dem auszuschließenden Gesellschafter unzumutbar macht.⁹⁵

2.2 Die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund

Der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund ist, wie bisher erläutert wurde, im GmbHG nicht eigens geregelt. Da für Dauerschuldverhältnisse Kündigungs- bzw. Auflösungsmöglichkeiten aus wichtigem Grund allgemein anerkannt sind,⁹⁶ entspricht es dem allgemeinen Rechtsverständnis eine derartige Ausschlussmöglichkeit auch für Gesellschafter in der GmbH vorzusehen.⁹⁷

⁹⁴ RIS-Justiz RS0102055, zuletzt OGH 10.06.2016, 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (*Oberndorfer/Zobl*) = GES 2016, 352 = PSR 2017,18 (*Hartlieb*).

⁹⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11, 14; *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2.

⁹⁶ RIS-Justiz RS0018305, bereits OGH 15.03.1961, 1 Ob 35/61 EvBl 1961, 261 = JBl 1962, 319 (*Schwimann*).

⁹⁷ *Weber*, Der „wichtige Grund“ zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts, GesRZ 2016, 306.

2.2.1 Die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses im historischen Überblick

Im Gegensatz zur nunmehrigen Ansicht verneinten sowohl die Lehre als auch die damalige Judikatur zur Zeit (nach) der Einführung des GmbH-Rechts die Zulässigkeit eines Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund, auch wenn ein derartiger Ausschluss durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen wurde.⁹⁸ Diese Ansicht basierte auf dem Gedanken einer nur sehr eingeschränkten Privatautonomie in der GmbH.⁹⁹ Neben der eingeschränkten Privatautonomie wurde der Gesellschafterausschluss aufgrund einer „Enteignung des Gesellschafters“, iS eines „Ausschlusses eines Gesellschafters unter gleichzeitigem Verlust aller Rechte aus dem Geschäftsanteil“, pauschal als nicht zulässig erachtet.¹⁰⁰

2.2.2 Die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus heutiger Sicht

Erst seit den 1990er Jahren ist von der sRsp anerkannt, dass die Möglichkeit des Gesellschafterausschlusses in der GmbH bejaht wird, sofern eine solche in Anlehnung an einen wichtigen Grund iSd (nunmehrigen) § 140 UGB¹⁰¹ vorgesehen ist.¹⁰² Zusätzlich muss der Gesellschaftsvertrag ggfs Regelungen bzw das Prozedere des Gesellschafterausschlusses vorsehen.¹⁰³ Nicht vergessen werden darf hierbei, dass weiterhin eine Unzulässigkeit im Hinblick auf den Ausschluss eines Gesellschafters „unter gleichzeitigem Verlust aller Rechte aus dem Geschäftsanteil“ besteht.¹⁰⁴ Ein derartiges Ausscheiden ist nur im Falle der Kaduzierung nach § 66 GmbHG zulässig.¹⁰⁵ Unstrittig ist, dass durch entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag sodann ein Ausschluss aus wichtigem Grund als zulässig anerkannt wird.¹⁰⁶

Auch die hL erkennt den Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund als zulässig an, sofern dieser im Gesellschaftsvertrag geregelt ist.¹⁰⁷ Begründet wird dies mit dem Bedürfnis sich von

⁹⁸ Zusammenfassend ua *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 125 ff; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH - Möglichkeiten und Grenzen (2005) 77.

⁹⁹ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 125 ff; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77.

¹⁰⁰ RIS-Justiz RS0059745, bereits OGH 05.02.1974, 4 Ob 596/73 HS 9667/2.

¹⁰¹ dRGI 1897, 219 idF BGBl I 83/2014.

¹⁰² RIS-Justiz RS0102055, zuletzt OGH 10.06.2016, 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (*Oberndorfer/Zobl*) = GES 2016, 352 = PSR 2017, 18 (*Hartlieb*).

¹⁰³ RIS-Justiz RS0102055.

¹⁰⁴ RIS-Justiz RS0059745.

¹⁰⁵ RIS-Justiz RS0059745.

¹⁰⁶ RIS-Justiz RS0102055, zuletzt OGH 10.06.2016, 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (*Oberndorfer/Zobl*) = GES 2016, 352 = PSR 2017, 18 (*Hartlieb*).

¹⁰⁷ Ua *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 506; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 125 ff.

dem unliebsamen Gesellschafter trennen zu können.¹⁰⁸ Dies betrifft insb jene Fälle, in welchen eine Zusammenarbeit zwischen einem Gesellschafter und den anderen Gesellschaftern bzw der Gesellschaft unzumutbar ist. Zu beachten ist dennoch stets der Gläubigerschutz, der den Schranken des Ausschlusses eines Gesellschafters bildet.¹⁰⁹ Dies ist insb im Hinblick auf eine gesellschaftsvertragliche Regelung der Abfindung, auf die in einem späteren Teil der gegenständlichen Arbeit näher eingegangen wird, von Bedeutung.¹¹⁰

Neben der Regelung des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund im Gesellschaftsvertrag der GmbH kann nach einem Teil der Lehre eine derartige Ausschlussmöglichkeit auch auf schuldrechtlicher Ebene, bspw im Rahmen eines Syndikatsvertrags, festgelegt werden.¹¹¹ Die hRsp verneint die Zulässigkeit eines derartigen Ausschlusses wohl indirekt, indem auf die notwendige Ausgestaltung einer derartigen Klausel im Gesellschaftsvertrag verwiesen wird.¹¹²

Ein Blick nach Deutschland zeigt, dass auch dort der Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund anerkannt ist.¹¹³ An einer entsprechenden gesetzlichen Regelung fehlt es ebenso wie in Österreich.¹¹⁴ Zwar wurde in den 1970-Jahren ein Versuch der Kodifikation des Ausschlusses aus wichtigem Grund vorgenommen, dieser wurde jedoch verworfen und der Ausschluss aus wichtigem Grund bis dato nicht gesetzlich festgesetzt.¹¹⁵

2.3 Der Gesellschaftsvertrag in der GmbH

Der Gesellschaftsvertrag ist das privatrechtliche Rechtsgeschäft zwischen den Gesellschaftern, mit dem die GmbH errichtet wird, und bedarf gem § 4 Abs 3 GmbHG¹¹⁶ eines Notariatsakts.

¹⁰⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11; hins der Unzumutbarkeit RIS-Justiz RS0027780; RS0098749; RS0113230.

¹⁰⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Sitzungsgestaltung in der GmbH 77.

¹¹⁰ Näheres hierzu in Kapitel 5.

¹¹¹ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 506; *Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, Scheiden tut weh? – Ausscheiden und Ausschluss von Gesellschaftern im Kapitalgesellschaftsrecht, in *Adensamer/Mitterecker* (Hrsg), Gesellschaftstreit (2021) Rz 11/63.

¹¹² RIS-Justiz RS0102055, insb OGH 14.09.2011, 6 Ob 80/11z GES 2011, 438 = ZUS 2011, 136 (*Knauder*) = RdW 2012, 85 = ecolx 2012, 145 = NZ 2012, 90 = GesRZ 2012, 129 (*Artmann*) = wbl 2012/106 = AnwBl 2012, 306.

¹¹³ Näher hierzu *Sosnitzer in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, Kommentar zum Gesetz betreffend die GmbH³ (2017) Anhang zu § 34 Rz 4.

¹¹⁴ *Sosnitzer in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 4.

¹¹⁵ *Sosnitzer in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 5.

¹¹⁶ Gem § 4 Abs 3 GmbHG bedarf der Gesellschaftsvertrag „der Form eines Notariatsakts, wobei dieser auch elektronisch unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit (§ 69b NO) errichtet werden kann.“

Dies dient sowohl dem Schutz der abschließenden Gesellschafter, welcher durch die Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars verwirklicht wird, als auch der Rechtssicherheit gegenüber Dritten,¹¹⁷ da der Gesellschaftsvertrag als öffentliche Urkunde¹¹⁸ beim Firmenbuchgericht einsehbar ist.

2.3.1 Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags

Der Gesellschaftsvertrag hat nach § 4 Abs 1 GmbHG die Firma, den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stammkapitals sowie die Stammeinlage eines jeden Gesellschafters als Mindestinhalt (*essentialia negotii*)¹¹⁹ vorzusehen.

Es steht den Gesellschaftern im Rahmen der vorgesehenen Vertragsfreiheit in der GmbH¹²⁰ frei, weitere Bestandteile in den Gesellschaftsvertrag einzufügen. Hierbei ist auf Seiten der Gesellschafter zu beachten, dass ausschließlich Bestimmungen, die nicht gegen zwingendes Recht, die guten Sitten oder die Grundprinzipien der GmbH verstoßen, in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden dürfen.¹²¹ Werden unzulässige Bestimmungen in den Vertrag mitaufgenommen, entfalten diese keine Rechtswirksamkeit.¹²²

Richtigweise wird heute anerkannt, dass eine Modifikation des Rechts der GmbH durch den Gesellschaftsvertrag zulässig ist.¹²³ Ob die Ungültigkeit einer Bestimmung vorliegt, ist einzel-fallabhängig zu beurteilen.¹²⁴ Ein Teil der Lehre hält hingegen die Bestimmungen des GmbHG vorbehaltlich von entsprechenden Abweichungen im Einzelfall für zwingend.¹²⁵

In der Praxis wird die Gestaltungsfreiheit regelmäßig genutzt, um den Gesellschaftsvertrag dahingehend zu erweitern, dass neben dem Mindestinhalt auch die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen (sog Vinkulierung), Aufgriffsrechte von Geschäftsanteilen, die Teilbarkeit der

Die Unterzeichnung durch Bevollmächtigte setzt eine besondere, auf dieses einzelne Geschäft ausgestellte beglaubigte Vollmacht voraus, die dem Verträge anzuschließen ist.“ Bei der in § 4 Abs 3 Satz 2 GmbHG angesprochenen Vollmacht handelt es sich um eine Spezialvollmacht, so *Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 4 Rz 5; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/117.

¹¹⁷ *Fitz/Roth*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBl 2004, 205 (206).

¹¹⁸ RIS-Justiz RS0059806, insb OGH 13.12.1988, 4 Ob 631/88 SZ 61/269 = EvBl 1989/105 = RdW 1989/127.

¹¹⁹ *Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 4 Rz 1.

¹²⁰ *Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 4 Rz 4, 34.

¹²¹ *Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 4 Rz 4, 34.

¹²² *Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 4 Rz 34.

¹²³ Näher hierzu *Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 4 Rz 36.

¹²⁴ *Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 4 Rz 36.

¹²⁵ *U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185 (185 ff).

Anteile, interne Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis sowie Regelungen hinsichtlich des Gesellschafterausschlusses (aus wichtigem Grund) geregelt werden.¹²⁶

In Bezug auf den Gesellschaftsvertrag kann zwischen materiellen und formellen Satzungsbestandteilen unterschieden werden.¹²⁷ Die Unterscheidung in materielle und formelle Satzungsbestandteile wirkt sich auf die Rechtsstellung der Gesellschafter, den Umfang der Geltung der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen für neu hinzukommende Gesellschafter sowie die Möglichkeit der Abänderung des Gesellschaftsvertrags aus.¹²⁸

Zu den materiellen Satzungsbestandteilen zählen der obligatorische Inhalt des Gesellschaftsvertrags gem § 4 Abs 1 GmbHG und die fakultativen Bestandteile, die die organisatorische Basis der GmbH bilden.¹²⁹ Als materielle Satzungsbestandteile sind diese auch für neu hinzutretende Gesellschafter verbindlich. Im Gegensatz dazu liegen formelle Satzungsbestandteile vor, sofern ein formeller Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag als solcher besteht und der Inhalt auch außerhalb des Gesellschaftsvertrags vereinbart werden kann.¹³⁰

Grundsätzlich steht es den Gesellschaftern jedoch frei, de facto formelle Satzungsbestandteile als materielle Satzungsbestandteile in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.¹³¹ Ausgenommen hiervon ist ua die „*Begründung von Rechten und Pflichten zwischen ganz bestimmten Gesellschaftern*“¹³². Da das Recht der Gesellschafter einen anderen Gesellschafter auszuschließen, allgemein und für alle Gesellschafter gleich geregelt sein muss,¹³³ ist es mMn zulässig, den Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund als materiellen Satzungsbestandteil auszugestalten.

2.3.2 Der Syndikatsvertrag in der GmbH

Ein Syndikatsvertrag ist eine schuldrechtliche (Neben-)Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern.¹³⁴ Er dient der Ergänzung des Gesellschaftsvertrags bzw der Satzung sowie der

¹²⁶ Feltl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 4 Rz 38 ff; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/128 ff; Rauter, Gesellschaftsvertrag (GmbH), in RDB Keywords¹ (Stand 11. 10. 2021, rdb.at).

¹²⁷ Umfahrer, Formfragen bei Abänderung des GmbH-Vertrages, ecolex 1996, 99 (99).

¹²⁸ Umfahrer, ecolex 1996, 99.

¹²⁹ Umfahrer, ecolex 1996, 99.

¹³⁰ Umfahrer, ecolex 1996, 99.

¹³¹ Genauer hierzu Feltl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 4 Rz 46; Umfahrer, ecolex 1996, 99.

¹³² Umfahrer, ecolex 1996, 99.

¹³³ Siehe hierzu den Gleichbehandlungsgrundsatz iZm der Kaduzierung gem § 66 Abs 1 GmbHG, Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 66 Rz 12; F. Schuhmacher in U. Torggler (Hrsg), GmbHG § 66 Rz 10.

¹³⁴ Kalss, Zur Zulässigkeit eines Hinweises auf einen Syndikatsvertrag in einem GmbH-Vertrag, GesRZ 2013, 344 (344).

Rechtsbeziehung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern sowie den Gesellschaftern untereinander.¹³⁵ In Syndikatsverträgen sind typischerweise Stimmbindungen, Nominierungsrechte sowie Aufgriffs- und Abtretungsrechte geregelt.¹³⁶

Einer bestimmten Formvorschrift unterliegen Syndikatsverträge nicht, auch werden diese nicht im Firmenbuch veröffentlicht.¹³⁷ Im Unterschied zum öffentlich einsehbaren Gesellschaftsvertrag entfaltet der Syndikatsvertrag aufgrund seiner schuldrechtlichen Wirkung daher grundsätzlich nur gegenüber den beteiligten Gesellschaftern der GmbH sowie deren Gesamtrechtsnachfolgern Wirksamkeit.¹³⁸ In der Praxis wird bei Unternehmenskäufen wohl meist vereinbart, dass die übernehmenden Gesellschafter verpflichtet sind, im Rahmen einer Einzelrechtsnachfolge auch dem Syndikatsvertrag beizutreten.

Droht ein Gesellschafter gegen den Syndikatsvertrag zu verstoßen, kann gegen ihn mittels vorbeugender Unterlassungsklage sowie einer einstweiligen Verfügung vorgegangen werden.¹³⁹

2.4 Der wichtige Grund

Im Hinblick auf den Begriff des „wichtigen Grundes“ findet sich im Kontext der Kündigungs- bzw. Ausschlussmöglichkeit in der österreichischen Rechtsordnung keine Legaldefinition.¹⁴⁰ In Anlehnung an einen deutschen Gesetzesvorschlag, der den Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund vorsah, kann folgender Definition Beachtung geschenkt werden:¹⁴¹

„Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn der Gesellschafter durch seine Person oder durch sein Verhalten die Erreichung des Geschäftszwecks unmöglich macht oder erheblich gefährdet oder wenn sonst die Person des Gesellschafters oder sein Verhalten sein Verbleiben in der Gesellschaft untragbar erscheinen lässt. Der Ausschluss ist nicht zulässig, wenn die der

¹³⁵ Fritz/Gratzl in Fritz/Gratzl (Hrsg), Mustersammlung zum GmbH-Recht, Band III² (2018) 1391 ff; Kalss, GesRZ 2013, 344.

¹³⁶ Kalss, GesRZ 2013, 344

¹³⁷ Fritz/Gratzl in Fritz/Gratzl (Hrsg), Mustersammlung GmbH-Recht III² 1394 f.

¹³⁸ Fritz/Gratzl in Fritz/Gratzl (Hrsg), Mustersammlung GmbH-Recht III² 1395; OGH 22.07.2009, 3 Ob 72/09y = SZ 2009/100 = RWZ 2009, 332 (Wenger) = wbl 2009, 612/269 = GesRZ 2010, 49 (Enzinger) = AnwBl 2010, 343 = ecolex 2010, 164 = ZVR 2010, 79 (Danzl) = RdW 2009, 842.

¹³⁹ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/135.

¹⁴⁰ Weber, GesRZ 2016, 306.

¹⁴¹ Sosnítza in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 4 f zu RegE GmbHG 1971/73 BT Drucks 7/253 S 57.

*Gesellschaft drohenden Nachteile durch andere zumutbare Mittel abgewendet werden können.*¹⁴²

2.4.1 Die Zurechenbarkeit des wichtigen Grundes

Fest steht, dass es für den Ausschluss eines Gesellschafters einen personenbezogenen, wichtigen Grund aufseiten des auszuschließenden Gesellschafters bedarf, ein Verschulden des Gesellschafters muss hierbei nicht zwingend vorliegen.¹⁴³ Das Vorliegen eines wichtigen Grundes kann sich aus den Eigenschaften, dem Verhalten und/oder den persönlichen Verhältnissen des Gesellschafters ergeben.¹⁴⁴

Ein Fehlverhalten dritter Personen ist einem Gesellschafter zuzurechnen, wenn diese als gesetzliche Vertreter des Gesellschafters agieren, so ist bspw das Fehlverhalten eines Organmitglieds der jeweiligen Gesellschaft zurechenbar.¹⁴⁵ Darüber hinaus kann auch das Verhalten des Treugebers sowie das Verhalten des Vertreters dem Treuhänder bzw dem Vertretenen zugerechnet werden.¹⁴⁶

Sonstige Personen, die in enger Verbindung mit dem Gesellschafter stehen, sind ihm nur zurechenbar, sofern diese Personen derartig schwere Verfehlungen setzen, als dass eine Zusammenarbeit mit dem Gesellschafter nicht mehr zumutbar ist.¹⁴⁷ Ein derartiges Verhalten ist dem auszuschließenden Gesellschafter jedenfalls zuzurechnen, wenn das Verhalten von Dritten vom Gesellschafter selbst veranlasst, gebilligt oder in pflichtwidriger Weise nicht verhindert wurde.¹⁴⁸

¹⁴² RegE GmbHG 1971/73 BT Drucks 7/253 S 57.

¹⁴³ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 885 f; *Leopold* in *U. Torgler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2.

¹⁴⁴ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 132.

¹⁴⁵ *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), Großkommentar zum Unternehmensgesetzbuch (2016) § 140 UGB Rz 21.

¹⁴⁶ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 132; RIS-Justiz RS0062064.

¹⁴⁷ *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 21.

¹⁴⁸ BGH 14. 10. 1957, II ZR 109/56 WM 1958, 49 = DB 1958, 105; *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 21.

2.4.2 Die Erheblichkeit des wichtigen Grundes

Der wichtige Grund muss derart schwer wiegen, als dass die Fortsetzung der Beziehung den übrigen Gesellschaftern nicht zugemutet werden kann.¹⁴⁹ Die einzeln vorwerfbaren wichtigen Gründe sind in einer Gesamtschau zu betrachten.¹⁵⁰

Für das Vorliegen eines wichtigen Grundes bedarf es der Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit zwischen dem auszuschließenden Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern.¹⁵¹ Die Unzumutbarkeit ist dabei im Rahmen einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung zu beurteilen,¹⁵² bei der „im Rahmen einer auf den Zeitpunkt der Auflösungserklärung bezogenen Gesamtbetrachtung und umfassenden Abwägung der Bestandsinteressen des einen Vertragspartners und des Auflösungsinteresses des anderen zu beurteilen“¹⁵³ sind.

Im Ergebnis ist daher das Vorliegen eines wichtigen Grundes wie folgt zu prüfen: Zuerst muss der wichtige Grund näher betrachtet werden. Hierbei wird zuerst auf die grundsätzliche Intensität und die Anforderungen des Ausschlusses eines Gesellschafter abgestellt (objektive Geeignetheit).¹⁵⁴ Im zweiten Schritt sind die Interessen des auszuschließenden Gesellschafter mit jenen Interessen der übrigen Gesellschafter zu vergleichen (subjektive Zumutbarkeit).¹⁵⁵

So liegt ein wichtiger, den Ausschluss rechtfertigender Grund nicht zwingend vor, wenn der Gesellschafter wegen einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlung verurteilt wurde. Vielmehr muss eine umfassende Abwägung der Umstände vorgenommen werden.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Harrer, GES 2019, 109; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11, 14; Leopold in U. Torggler (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2; hins der Kündigung im Gesellschaftsrecht Elsner, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, eolex 1995, 175 (175).

¹⁵⁰ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 75 Rz 132; im Hinblick auf § 1213 ABGB, Merzo/Rauter in Rummel/Lukas, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2019) § 1213 Rz 17.

¹⁵¹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11; hins der Unzumutbarkeit RIS-Justiz RS0027780; RS0098749; RIS-Justiz RS0113230.

¹⁵² Weber, GesRZ 2016, 308.

¹⁵³ OGH 23.03.1999, 1 Ob 340/98a; OGH 01.12.2005, 2 Ob 122/05p Zak 2006, 76; OGH 29.05.2013, 2 Ob 173/12y Zak 2013, 238 = eolex 2013, 691 (Wilhelm).

¹⁵⁴ Weber, GesRZ 2016, 309.

¹⁵⁵ Weber, GesRZ 2016, 309 f.

¹⁵⁶ Jabornegg/Artmann in Artmann (Hrsg), Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, Band 1³ (2019) § 140 Rz 30.

2.4.3 Die Grenzen des Gesellschafterausschlusses

Aufgrund der Schwere des Eingriffs in die Rechtsposition des auszuschließenden Gesellschafters ist anerkannt, dass ein Ausschluss nur zulässig ist, sofern keine gelindere Möglichkeit besteht, den Schutz der übrigen Gesellschafter zu gewährleisten. Daraus folgt, dass ein Ausschluss eines unzumutbaren Gesellschafters erst als „ultima ratio“ zulässig ist.¹⁵⁷

Die Anforderungen an den wichtigen Grund variieren dabei ua im Hinblick auf die Rechte und Pflichten des betreffenden Gesellschafters,¹⁵⁸ sein Verschulden, etwaige Abfindungsansprüche sowie die Gesellschaftsstruktur im Allgemeinen. Infolgedessen ergibt sich, dass der Ausschluss in vielen Fällen nicht gerechtfertigt ist, da der Ausschluss des Gesellschafters als überschießend zu betrachten ist.¹⁵⁹

Verwirklichen mehrere Gesellschafter einer GmbH den gleichen Ausschlussgrund, so sind alle Gesellschafter, die diesen wichtigen Grund gesetzt haben, auszuschließen.¹⁶⁰ Die Vorgehensweise nur einen von mehreren Gesellschaftern auszuschließen, würde dem Grundgedanken – sich von „unzumutbaren“ Gesellschaftern trennen zu wollen – zuwiderlaufen. Es bleibt daher nur die Möglichkeit alle Gesellschafter, die den gleichen wichtigen Grund für einen Ausschluss gesetzt haben, auch tatsächlich auszuschließen oder gegen keinen dieser Gesellschafter vorzugehen.¹⁶¹ Trifft einen Gesellschafter die Hauptverantwortung für eine Störung und sind andere Gesellschafter nur im geringeren Ausmaß beteiligt, ist mittels Interessenabwägung zu beurteilen, ob der Ausschluss des hauptverantwortlichen Gesellschafters bzw aller beteiligten Gesellschafter gerechtfertigt ist.¹⁶²

Bei einem Fehlverhalten eines Gesellschafter-Geschäftsführers ist anzunehmen, dass die Abberufung als Geschäftsführer ausreichend ist, um die Zumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit zwischen dem Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern wiederherzustellen.¹⁶³ Ein Ausschluss wäre in diesem Fall aufgrund der Möglichkeit der Geschäftsführerabberufung, welche idR einen schwächeren Eingriff in die Rechtsposition des unzumutbaren Gesellschafters

¹⁵⁷ RIS-Justiz RS0022244.

¹⁵⁸ *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, Band I⁴ (2020) § 140 Rz 8; *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), Kurzkommentar zum Unternehmensgesetzbuch³ (2019) § 140 Rz 12.

¹⁵⁹ *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2.

¹⁶⁰ *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 Rz 18.

¹⁶¹ Vgl *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 13; *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 Rz 18.

¹⁶² *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 Rz 18.

¹⁶³ *Weber*, GesRZ 2016, 310.

darstellt, nicht zulässig.¹⁶⁴ Daraus ergibt sich, dass der wichtige Grund bei der Abberufung des Geschäftsführers nicht zwingend auch den Gesellschafterausschluss rechtfertigt.¹⁶⁵

Als gelindere Mittel können ebenso Schadenersatz- oder Unterlassungsansprüche und Gesellschaftsvertragsänderungen, denen der potentiell auszuschließende Gesellschafter zustimmt, gelten.¹⁶⁶

2.5 Beispiele für Ausschlussgründe

Grundsätzlich muss der wichtige Grund auf Seiten des auszuschließenden Gesellschafters liegen und personenbezogenen sein.¹⁶⁷ In Anlehnung an § 140 UGB (bzw § 1213 ABGB¹⁶⁸) lassen sich die Gründe für einen Ausschluss daher in verhaltensbezogene, nicht verhaltensbezogene und in der Privatsphäre des Gesellschafters gelegene Ausschlussgründe gliedern,¹⁶⁹ die in weiterer Folge vorgestellt werden.

2.5.1 Verhaltensbezogene Ausschlussgründe

Als einer der wichtigsten verhaltensbezogenen Ausschlussgründe kann die Verletzung von Gesellschafterpflichten genannt werden.¹⁷⁰ Zu denken ist hierbei an den Verstoß gegen Wettbewerbsverbote,¹⁷¹ die Eröffnung eines Konkurrenzbetriebs¹⁷² sowie der Missbrauch von Einrichtungen der betroffenen Gesellschaft für eigene Rechnung.¹⁷³ Auch die vollständige Interessenlosigkeit eines Gesellschafters an seiner Gesellschaft¹⁷⁴ und das illoyale bzw treulose Verhalten eines Gesellschafters gegenüber seinen Mitgesellschaftern können den Ausschluss aus wichtigen Grund rechtfertigen.¹⁷⁵

¹⁶⁴ Weber, GesRZ 2016, 310.

¹⁶⁵ Weber, GesRZ 2016, 310.

¹⁶⁶ Leopold in U. Torggler (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 10; Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 23.

¹⁶⁷ Leopold in U. Torggler (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2.

¹⁶⁸ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 946/1811 idF BGBl I 83/2014.

¹⁶⁹ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 32 ff; mit ähnlicher Gliederung Stefanink/Punte, Der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH, GWR 2018, 403 (405 f).

¹⁷⁰ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 32.

¹⁷¹ OGH 13.07.1956, 3 Ob 553/55 SZ 29/51; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht² Rz 1064.

¹⁷² OGH 13.07.1956, 3 Ob 553/55 SZ 29/51; einschränkend OGH 27.10.1992, 5 Ob 1574/92 (5 Ob 1575/92) EvBl 1993, 635 =WBI 1993, 194 = RZ 1994, 88 = RdW 1993, 109.

¹⁷³ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 32.

¹⁷⁴ RIS-Justiz RS0062067; RS0062037.

¹⁷⁵ OGH 10.10.1951, 3 Ob 432/51 SZ 24/269; Leopold in U. Torggler (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 11.

Die Unzumutbarkeit einer weiteren Zusammenarbeit liegt auch vor, wenn der Gesellschafter Geschäftschancen, die sich für die Gesellschaft ergeben, für sich selbst nützt.¹⁷⁶ Dies ist insofern nachvollziehbar, da durch ein derartiges Verhalten zwar die Gesellschaft an sich geschädigt wird, der Schaden sich aber wohl indirekt auf die übrigbleibenden Gesellschafter auswirkt. Im Hinblick auf den Erhalt der Gesellschaft stellt ein Verhalten, dass die Existenz der Gesellschaft gefährdet,¹⁷⁷ ebenso wie die ungerechtfertigte bzw missbräuchliche Stellung von Insolvenzanträgen gegen die Gesellschaft wichtige Gründe für den Ausschluss eines Gesellschafters dar.¹⁷⁸ Die weitere Zusammenarbeit mit dem „abtrünnigen“ Gesellschafter gilt ebenso als unzumutbar, sofern der Gesellschafter ein kollusives Verhalten (gemeinsam mit einem Dritten) setzt, um der Gesellschaft zu schaden.¹⁷⁹ Zusammenfassend liegt ein wichtiger Grund zum Ausschluss eines Gesellschafters vor, wenn dieser ein Verhalten setzt, dass der Gesellschaft einen Schaden zufügt bzw dazu geeignet ist, die Gesellschaft zu schädigen.

In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass ein Gesellschafter in der GmbH grundsätzlich keine Geschäftsführungspflichten hat, diese treffen den Geschäftsführer (§ 15 ff GmbHG). Dahingehend sind Entscheidungen zu § 140 UGB, die die Geschäftsführungspflichten eines Gesellschafters betreffen, nur sehr eingeschränkt auf die GmbH anwendbar. Ein wichtiger Grund kann bspw in der Entnahme von finanziellen Mitteln der Gesellschaft für eigene Zwecke und die Weigerung der Rückzahlung des Geldes¹⁸⁰ oder in der Anweisung an Kunden zur Überweisung der Rechnung auf sein eigenes Konto liegen.¹⁸¹ Eine strafrechtliche Verurteilung ist nicht Voraussetzung des Gesellschafterausschlusses.¹⁸²

¹⁷⁶ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 32; OLG München 01.12.1998, 23 U 2700/95 NZG 1999, 591.

¹⁷⁷ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 32; OGH 10.06.2016, OGH 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (Oberndorfer/Zobl) = GES 2016, 352 = PSR 2017,18 (Hartlieb).

¹⁷⁸ BGH 17.09.1964, II ZR 136/62 MDR 1965, 26 = DNotZ 1965, 492 = WM 1964, 1188 = DB 1961, 1061.

¹⁷⁹ Ähnlich Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 32.

¹⁸⁰ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 33.

¹⁸¹ BGH 03.02.1997, II ZR 71/96 NJW-RR 1997, 925; Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 33.

¹⁸² Jabornegg/Artmann in Artmann (Hrsg), UGB 1³ § 140 Rz 30.

Ebenso einen Ausschlussgrund kann ein Verhalten, das dazu geeignet ist, das Ansehen der Gesellschafter gegenüber Dritten herabzusetzen,¹⁸³ oder ein ungebührliches Verhalten, das gegenüber den Mitgesellschaftern gesetzt wird, darstellen.¹⁸⁴ Unter letzterer Möglichkeit werden Tätlichkeiten gegenüber den übrigen Gesellschaftern sowie Beleidigungen verstanden.¹⁸⁵ Schikaniert der auszuschließende Gesellschafter die anderen Gesellschafter unentwegt, so setzt er durch sein Verhalten ebenso einen Ausschlussgrund.¹⁸⁶ Dies ist damit zu begründen, als dass die GmbH auf Dauer eingerichtet ist und von den Gesellschaftern, die sich als Generalversammlung zusammenschließen, abhängig ist. Gleiches gilt auch, wenn der Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter bzw die Gesellschaft mutwillig Prozesse führt¹⁸⁷ oder unberechtigterweise Strafanzeige gegen sie erstattet.¹⁸⁸ So kann sich ein derartiges Verhalten, das primär gegen einen Mitgesellschafter gerichtet ist, auch negativ auf die GmbH an sich auswirken. Auch das ungebührliche Verhalten gegenüber Dritten kann die Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit begründen.¹⁸⁹

2.5.2 Nicht verhaltensbezogene Ausschlussgründe

Ist der auszuschließende Gesellschafter nicht mehr in der Lage seine gesellschaftsvertraglichen Pflichten als Gesellschafter zu erfüllen, sei es aufgrund andauernder Krankheit oder Geschäftsunfähigkeit, liegt ein wichtiger Grund vor, der den Gesellschafterausschluss rechtfertigen kann.¹⁹⁰ Dies ist unter dem Aspekt zu betrachten, dass im Gegensatz zu Personengesellschaften, die einzelnen Gesellschafter nicht die gesellschaftsrechtlichen Vertreter der GmbH sind. Dennoch bilden die einzelnen Gesellschafter zusammen als Generalversammlung das zentrale Organ der Gesellschaft. Bedenkt man dies, so ist die Geschäftsfähigkeit eine zentrale Grundvoraussetzung, die ein nützlicher Gesellschafter (sofern kein Vertreter für ihn bestellt ist) mitbringen muss.

¹⁸³ RIS-Justiz RS0062038.

¹⁸⁴ Leopold in U. Torggler (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 11.

¹⁸⁵ Leopold in U. Torggler (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 11.

¹⁸⁶ Leopold in U. Torggler (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 11.

¹⁸⁷ OLG Frankfurt 15.01.1992, 13 U 196/88 GmbHR 1993, 659; Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 33.

¹⁸⁸ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 34.

¹⁸⁹ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 34.

¹⁹⁰ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 36, so bei langer Krankheit des Gesellschafters.

Weiters können erhebliche vermögensrechtliche Schwierigkeiten, in denen sich der auszuschießende Gesellschafter befindet, wie bspw in der Form der Ablehnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse, einen Ausschlussgrund darstellen.¹⁹¹

2.5.3 In der Privatsphäre gelegene Ausschlussgründe

Gründe, die in der Privatsphäre des Gesellschafters liegen, berechtigen nur zum Ausschluss, sofern sich das Verhalten unmittelbar negativ auf die Gesellschaft auswirkt.¹⁹² Dies kann durch ein Verhalten oder eine Lebensweise, die objektiv geeignet ist, den Ruf der Gesellschaft zu schädigen, gegeben sein.¹⁹³ Kommt es in der Familiengesellschaft zu ehebrecherischen Verhalten des auszuschließenden Gesellschafters¹⁹⁴ oder begeht ein Gesellschafter Ehebruch mit dem Ehepartner eines der Mitgesellschafter,¹⁹⁵ kann der Ausschluss gerechtfertigt werden. In diesen Fällen ist das Vertrauen in den auszuschließenden Gesellschafter derart erschüttert, dass die weitere Zusammenarbeit den übrigen (insb betroffenen) Gesellschaftern nicht mehr zuzumuten ist.

2.5.4 Keine Ausschlussgründe

Generell gilt, dass die Verletzung von bloß untergeordneten Pflichten des Gesellschafters dessen Ausschluss nicht rechtfertigen.¹⁹⁶ Demgemäß ist ein bloß lästiges oder hinderliches Verhalten eines Gesellschafters nicht ausreichend, um einen Ausschluss zu begründen.¹⁹⁷ Gleiches hat beim Fernbleiben von Generalversammlungen zu gelten, sofern die Mitwirkung des Gesellschafters bei der Beschlussfassung nicht unerlässlich ist.¹⁹⁸ Dies ist mE nach dahingehend einschränkend auszulegen, als dass die Generalversammlung bzw die Gesellschaft durch den fernbleibenden Gesellschafter nicht übermäßig blockiert werden darf.

Ein wichtiger Grund liegt jedenfalls nicht vor, wenn der Gesellschafter berechtigterweise Anzeige gegen einen Mitgesellschafter erstattet oder gegen diesen bzw die Gesellschaft Prozess

¹⁹¹ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 Rz 36.

¹⁹² BGH 09.11.1972, II ZR 30/70 NJW 1973, 92 = MDR 1973, 205 = DNotZ 1973, 312 = DB 1973, 60.

¹⁹³ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 35.

¹⁹⁴ BGH 09.11.1972, II ZR 30/70 NJW 1973, 92 = MDR 1973, 205 = DNotZ 1973, 312 = DB 1973, 60.

¹⁹⁵ BGH 30.11.1951, II ZR 109/51 BGHZ 4, 108 = NJW 1962, 461 = DB 1952, 184.

¹⁹⁶ Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 32.

¹⁹⁷ BGH 10.06.1991, II ZR 234/89 NJW 1992, 572 = NJW-RR 1991, 1249; Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 32.

¹⁹⁸ OLG Hamm 25.11.1991, 8 U 68/91 DB 1992, 673.

führt.¹⁹⁹ Auch die bloße Kritik an dem Verhalten anderer Gesellschafter oder der Gesellschaft an sich reicht nicht aus, um den Ausschluss zu rechtfertigen.²⁰⁰

2.6 Die Ausgestaltung der Ausschlussklausel

Den Gesellschaftern steht es grundsätzlich frei, den Gesellschaftsvertrag im Hinblick auf eine Klausel, die den Ausschluss aus wichtigem Grund regelt, nach ihrem Empfinden selbst zu gestalten. Es obliegt ihnen, die Voraussetzungen des Ausschlusses durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag zu konkretisieren.²⁰¹ Hierbei ist lediglich zu beachten, dass der Ausschluss aus wichtigem Grund vorgesehen werden muss.²⁰²

2.6.1 Die Formulierung der Ausschlussklausel

Es bleibt den Gesellschaftern überlassen, die Ausschlussklausel zu gestalten.²⁰³ Diese kann die Aufzählung einzelner wichtiger Gründe, die bei ihrer Verwirklichung einen Ausschluss des jeweiligen Gesellschafters begründen,²⁰⁴ die Festsetzung der Ausschlussmöglichkeit bei Verwirklichen eines „wichtigen Grundes“²⁰⁵ oder durch einen generellen Verweis auf § 140 UGB (bzw § 1213 ABGB) beinhalten. Ebenso sind komplexere Ausgestaltungsformen einer Ausschlussklausel bzw deren Kombination mit den Rechten anderer Gesellschafter zulässig.²⁰⁶

Den Gesellschaftern steht es frei, unter Verweis auf § 140 UGB bzw § 1213 ABGB strengere Voraussetzungen an den wichtigen Grund bzw eine Abschwächung des wichtigen Grundes vorzusehen.²⁰⁷ Auch die Konkretisierung einzelner Gründe, die den Ausschluss nicht rechtfertigen, ist zulässig.²⁰⁸ Ein Eintritt derartiger Gründe kann somit keine Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit mit dem Gesellschafter darstellen. Dies lässt sich damit begründen, dass die

¹⁹⁹ Im Umkehrschluss vgl *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 34 f.

²⁰⁰ *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 35.

²⁰¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15.

²⁰² RIS-Justiz RS0102055; näher hierzu in Kapitel 6.

²⁰³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15.

²⁰⁴ In Anlehnung an die Gestaltungsmöglichkeit bei § 140 UGB, näher hierzu *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 57, 59.

²⁰⁵ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 128, dies ergibt sich bereits mit Blick auf das Personen-gesellschaftsrecht.

²⁰⁶ Es können bspw Aufgriffsrechte, die Vinkulierung von Geschäftsanteilen oder Vorkaufsrechte vereinbart werden, so *Weber*, Die Auflösung gesellschaftsvertraglicher Rechtsverhältnisse aus „wichtigem Grund“, in *Adensamer/Mitterecker*, *Gesellschafterstreit* (2021) Rz 13/34; ebenso *Harrer*, GES 2019, 107.

²⁰⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15.

²⁰⁸ *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 Rz 58.

Gesellschafter selbst konkrete Umstände benennen, die einen Ausschluss nicht rechtfertigen. Selbst wenn ein wichtiger Grund im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben wird, kann sich allerdings durch Auslegung ergeben, dass bestimmte gleichwertige Umstände, die nicht explizit im Gesellschaftsvertrag erwähnt sind, ebenso den Ausschluss zur Folge haben können.²⁰⁹

2.6.2 Beispiele einer Ausschlussklausel

Im Einklang mit der vorherigen Ausführung können Ausschlussklauseln im Gesellschaftsvertrag und wie folgt formuliert werden:

*„Ein Gesellschafter kann aus wichtigem Grund, der den übrigen Gesellschaftern die Fortführung des Gesellschaftsverhältnisses unzumutbar macht, mit sofortiger Wirkung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.“*²¹⁰ Eine nähere Definition des wichtigen Grundes bedarf es hierbei nicht, wie folgende Ausschlussklausel zeigt: *„Gesellschafter können [...] aus wichtigen Gründen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.“*²¹¹

Im Gesellschaftsvertrag können im Anschluss bspw ausdrücklich folgende wichtige Gründe festgesetzt werden: die Zwangsvollstreckung in den Gesellschafteranteil, der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder die Verletzung von Wettbewerbsverboten.²¹² Auch das Anführen von – in weiterer Folge wohl auslegungsbedürftigen – wichtigen Gründen, wie die beharrliche, schwere Verletzung von gesellschaftsrechtlichen oder gesetzlichen Pflichten²¹³ oder das Setzen eines firmenschädlichen Verhaltens²¹⁴ ist im Einklang mit den bisherigen Ausführungen zulässig. Einer Aufzählung wichtiger Gründe bedarf es jedoch nicht zwingend.²¹⁵

Auch ist eine Ausschlussklausel, die auf § 140 UGB bzw § 1213 ABGB verweist, als zulässig anzusehen. Eine derartige Vereinbarung kann daher folgendermaßen lauten: *„Ein Gesellschafter kann aus wichtigem Grund, der eine weitere Zusammenarbeit mit dem Gesellschafter unmöglich macht, wie gemäß § 140 UGB aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.“*

²⁰⁹ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 75 Rz 128; Sosnitza in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 41.

²¹⁰ Weinstich/Albl, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² (2021) 182.

²¹¹ Likar/Griehser, Muster zur GmbH-Gründung⁴ (2019) 51.

²¹² Likar/Griehser, Muster GmbH-Gründung⁴ 51.

²¹³ Weinstich/Albl, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² 182.

²¹⁴ Likar/Griehser, Muster GmbH-Gründung⁴ 51.

²¹⁵ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 75 Rz 128.

2.6.3 Die nachträgliche Einführung im Gesellschaftsvertrag

Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Regelung hinsichtlich des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund vor, ist eine nachträgliche Einführung einer solchen Klausel zulässig. Diese muss dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechen.²¹⁶ Es ist sorgfältig zu prüfen, ob die Klausel trotz abstrakt gleicher Betroffenheit, nicht in Wirklichkeit auf einen oder mehrere Gesellschafter abzielt.²¹⁷

Nach einem Teil der Lehre benötigt die nachträgliche Einführung einer Ausschlussklausel keinen einstimmigen Gesellschafterbeschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags, da mit Blick auf § 50 Abs 4 GmbHG weder die Beeinträchtigung eines Sonderrechts noch eine Leistungsvermehrung vorliegt.²¹⁸ Dieser Ansicht widersprechend vertritt ein anderer Teil der Lehre, dass es sich hierbei um einen Eingriff in die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der Gesellschafter handelt, weshalb dieser Teil der Lehre die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Gesellschafterbeschlusses zur Satzungsänderung vorsieht.²¹⁹ Ein anderer Teil der Lehre hält wiederum die Zustimmung sämtlicher betroffener Gesellschafter zur nachträglichen Einführung einer Ausschlussklausel mit Verweis auf § 50 Abs 4 GmbHG für erforderlich.²²⁰ Da potentiell alle Gesellschafter von einer Ausschlussklausel betroffen sind, führt dies zur Notwendigkeit eines einstimmigen Beschlusses.

Gleiches hat mE nach nicht nur bei der nachträglichen Einführung einer Ausschlussklausel, sondern auch bei der nachträglichen (inhaltlichen) Änderung einer schon bestehenden Klausel zu gelten.

²¹⁶ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2690; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 12; *Leb*, Vorsorge im unternehmens- und gesellschaftsrechtlichen Bereich, in *Leb* (Hrsg), Unternehmen und Ehe² (2021) 92 f; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 130; hins der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Gesellschaftsvertrag OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h GesRZ 2019, 181 (*Arlt*) = iFamZ 2019, 150 = NZ 2019, 213 = RdW 2019, 383 = Jus-Extra OGH-Z 6512 = ecolex 2019, 602 (*Zimmermann*) = NZG 2019, 904 = wbl 2019,4 68= EvBl 2019,921 (*Perner*) = iFamZ 2019, 257 = NZ 2019, 373 (*Czernich*) = ARD 6676/17/2019 = AnwBl 2019,586 (*Walkner*) = JEV 2019, 155 (*Kubasta*) = VbR 2020, 48 (*Artmann/Zauner*) = GesRZ 2020, 179 (*Kubasta*) = ÖJZ 2020,7 00 (*Kolbitsch/Franz*) = JEV 2020, 67 (*Ehgartner*) = EF-Z 2020, 100 (*Zöchling-Jud*) = JBl 2020, 748 (*Told*) = ZöR 2020, 959 (*Glaser/Neumayr/Winkler*) = SZ 2019/5 = ÖJZ 2021,597 (*Ehgartner*).

²¹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 12.

²¹⁸ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2690; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 12.

²¹⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 12.

²²⁰ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 130; im Hinblick auf die Einführung einer Ausschlussklausel ohne wichtigem Grund *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 510.

3 Der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund ohne Regelung im Gesellschaftsvertrag

Wie im vorherigen Kapitel ausgeführt, stimmen beim Ausschluss aus wichtigem Grund, der im Gesellschaftsvertrag geregelt wurde, Rsp und Lehre überein, dass ein solcher zulässig ist.²²¹ Im Gegensatz hierzu ist der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund ohne spezielle Regelung im Gesellschaftsvertrag wesentlich umstrittener.²²² Daher wird im folgenden Kapitel ein besonderes Augenmerk auf den Meinungsstand in der Lehre sowie der Rsp gelegt. Besonders hervorgehoben werden in diesem Zusammenhang Auswirkungen des GesbR-Reformgesetzes 2015.²²³

3.1 Die Voraussetzungen des Gesellschafterausschlusses ohne gesellschaftsvertragliche Regelung

Für den Ausschluss eines Gesellschafters bedarf es – trotz fehlender Regelung im Gesellschaftsvertrag – des Vorliegens eines wichtigen Grundes. Wie bereits erörtert, liegt ein wichtiger Grund vor, wenn es den Gesellschaftern unzumutbar ist, mit dem „abtrünnigen“ Gesellschafter weiter zusammenzuarbeiten.²²⁴

Weiter darf der Gesellschaftsvertrag keine Regelung hinsichtlich des Ausschlusses beinhalten. Gleiches gilt für den Fall, dass ein Gesellschafter einen wichtigen Grund verwirklicht hat, welcher von der Aufzählung wichtiger Gründe im Gesellschaftsvertrag nicht umfasst ist. Werden einzelne Gründe als Ausschlussgründe definiert, ist darauf hinzuweisen, dass uU bereits die Auslegung der wichtigen Gründe ergibt, dass auch bestimmte gleichwertige Gründe, die nicht eigens in gesellschaftsrechtliche Regelungen erwähnt werden, den Ausschluss aus wichtigem Grund rechtfertigen können.²²⁵

²²¹ Näheres hierzu in Kapitel 2.

²²² Näheres hierzu in Kapitel 3.

²²³ Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden, BGBl I Nr 83/2014.

²²⁴ Ua *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11, 14; *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2, näheres hierzu in den Kapiteln 2.4 und 2.5.

²²⁵ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 128; *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbHG³ Anhang zu § 34 Rz 41.

3.2 Die (Un-)Zulässigkeit des Ausschlusses ohne gesellschaftsvertragliche Regelung

Da der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund für die GmbH im Gesetz nicht eigens geregelt ist, mangelt es in einem solchen Fall sowohl an einer gesetzlichen als auch an einer privatrechtlichen Ausgestaltung der Möglichkeit einen Gesellschafter auszuschließen. Aus diesem Grund ist nicht verwunderlich, dass es zu Meinungsverschiedenheiten in Rsp und Lehre im Hinblick auf die Zulässigkeit eines derartigen Ausschlusses bei Verwirklichen eines wichtigen Grundes kommt.

3.2.1 Die Unzulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus Sicht der Judikatur

Die sRsp spricht sich seit jeher gegen die Zulässigkeit eines Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund aus, sofern keine entsprechenden Regelungen im Gesellschaftsvertrag vorhanden sind.²²⁶ Der OGH fordert vielmehr eine Normierung des wichtigen Grundes sowie ggfs des Ausschlussverfahrens auf gesellschaftsvertraglicher Basis in der GmbH.²²⁷ Ein nicht eigens geregelter Ausschluss aus wichtigem Grund ist daher – aus Sicht der höchstgerichtlichen Rsp – selbst dann nicht möglich, wenn die Weigerung des Gesellschafters freiwillig aus der GmbH auszuscheiden, den Fortbestand der Gesellschaft gefährden würde.²²⁸ Der OGH verneint gleichwohl unter Bezugnahme auf die wiederholte Novellierung des GmbH-Rechts das Vorliegen einer (planwidrigen) Gesetzeslücke im GmbHG.²²⁹ Eine Schließung der Lücke durch analoge Anwendung des § 140 UGB bzw § 1213 ABGB wird daher von der Rsp nicht vorgesehen.²³⁰ Ebenso wird die Zulässigkeit der Auflösung der GmbH aus wichtigem Grund (und der damit verbundene Austritt) ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung aus Sicht der Judikatur verneint.²³¹

²²⁶ RIS-Justiz RS0060209; OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 SZ 26/285.

²²⁷ RIS-Justiz RS0102055; näher hierzu Kapitel 2.2.2.

²²⁸ OGH 10.06.2016, 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (*Oberndorfer/Zobl*) = GES 2016, 352 = PSR 2017,18 (*Hartlieb*).

²²⁹ OGH 25.09.2001, 4 Ob 216/01w.

²³⁰ OGH 25.09.2001, 4 Ob 216/01w.

²³¹ RIS-Justiz RS0114677.

Im Gegensatz dazu bejahte der deutsche BGH bei annähernd gleicher Rechtslage die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund, selbst wenn es an einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Regelung mangelt.²³²

Zuletzt beschäftigte sich der OGH in seiner Entscheidung zu OGH 20 Os 1/16x mit dem nicht geregelten Ausschluss aus wichtigem Grund und wiederholte den Standpunkt, dass die hRsp entgegen der „überwiegenden Lehre“²³³ einen solchen Ausschluss ablehnt. Zu Änderungen, die sich aus der GesbR-Novelle 2015 ergeben könnten, äußerte sich der 20. Senat des OGH nicht.²³⁴ Dies stellt ein Indiz dafür dar, dass der OGH trotz der Änderungen, die sich aus dem GesbR-Reformgesetz ergeben, nicht von seiner Ansicht, den Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund ohne satzungsmäßige Normierung abzulehnen, abweichen wird.

3.2.2 Die (Un-)Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus Sicht der Lehre

Im Gegensatz zu der Ansicht der Rsp spricht sich die heute hL für die Zulässigkeit des Ausschlusses von Gesellschaftern aus wichtigem Grund aus, auch wenn ein derartiger Ausschluss im Gesellschaftsvertrag nicht eigens geregelt ist.²³⁵

Ein Teil der Lehre spricht sich in Anbetracht des Grundsatzes, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund lösbar sein sollten, für eine Ausschlussmöglichkeit ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung aus.²³⁶

Einige Vertreter in der Lehre heben die analoge Anwendung des § 140 UGB als zulässig hervor, da diese im Gegensatz zum OGH eine Lücke im Bereich des Ausschlusses aus wichtigem

²³² BGH 01.04.1953, II ZR 235/52 BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780 = MDR 1953, 247 = DNotZ 1953, 429; BGH 09.03.1987, II ZR 215/86 BGHZ 9, 157 ff = NJW 1953, 780; NJW 1955, 667; = NJW 1960, 866; = NJW 1981, 2302; BGH GmbHR 1987, 302 f.

²³³ OGH 10.06.2016, 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (*Oberndorfer/Zobl*) = GES 2016, 352 = PSR 2017,18 (*Hartlieb*).

²³⁴ OGH 10.06.2016, 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (*Oberndorfer/Zobl*) = GES 2016, 352 = PSR 2017,18 (*Hartlieb*), in dieser Entscheidung musste sich der OGH mit einem Disziplinarvergehen der Berufspflichtverletzung und der Beeinträchtigung von Ehre und Ansehen des Standes der Rechtsanwälte und deren Auswirkungen auf eine Rechtsanwälte-GmbH befassen.

²³⁵ Ua *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2691; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 73.

²³⁶ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2691; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13; *Reich-Rohrwig*, 100 Jahre GmbH-Gesetz, ecoloex 2006, 288; ders., Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung (1983) 680 f; *Weber*, Der „wichtige Grund“ für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung (2016) 93 f; kritisch dazu *Nowotny*, Richterliche Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht, GES 2020, 13 (17).

Grund im GmbH-Recht anerkennen.²³⁷ Gegen diese Ansicht spricht sich wohl *Leopold*²³⁸ aus, der keinen Bedarf einer Analogie sieht.

Nach Ansicht der deutschen Lehre bedarf es keiner Ausschlussklausel, die im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde, sofern ein wichtiger Grund vorliegt, der die weitere Zusammenarbeit mit dem auszuschließenden Gesellschafter unzumutbar macht.²³⁹ Neben dem Prinzip, dass Dauerschuldverhältnisse jederzeit aus wichtigem Grund lösbar sind, wird hierbei die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht herangezogen.²⁴⁰

Seit dem GesbR-Reformgesetz 2015 wird die subsidiäre Anwendung des § 1213 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB von der überwiegenden Lehre befürwortet, da es an einer besonderen Vorschrift im GmbHG fehlt, die den Ausschluss aus wichtigem Grund normiert.²⁴¹ Kritisch betrachten die Anwendbarkeit der GesbR-Normierungen auf die GmbH nur *Brugger/Schopper*,²⁴² die eine Unvereinbarkeit mit dem Kapitalerhaltungsgebot der GmbH sehen.

3.3 Die Begründung der (Un-)Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses

Folgend werden unter Bezugnahme der bisherigen Ausführungen zur Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung die einzelnen Erwägungen näher erläutert.

3.3.1 Die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund

Es entspricht dem allgemeinen Rechtsverständnis, dass bei Dauerschuldverhältnissen eine Möglichkeit geschaffen werden kann, eine Beendigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund vorzusehen.²⁴³ Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der GmbH um ein Dauerschuldverhältnis

²³⁷ *Koppensteiner*, Ausschluss und Austritt bei der GmbH, GesRZ 2013, 4 (5); *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungs-gestaltung in der GmbH 73.

²³⁸ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 24, dieser spricht sich mangels Vorliegens einer Lücke gegen eine außerordentliche Kündigung analog zu § 133 UGB aus. Mit denselben Argumenten ist auch die Negierung einer Lücke beim Gesellschafterausschluss denkbar; *U. Torggler* sieht im Gegensatz dazu, eine analoge Anwendung von § 133 UGB als zulässig an, so *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (191).

²³⁹ Stellvertretend für die deutsche Lehre *Sosnitzer* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ (2017) Anhang zu § 34 Rz 6.

²⁴⁰ *Sosnitzer* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ (2017) Anhang zu § 34 Rz 6.

²⁴¹ *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/25; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG¹ § 75 Rz 131/1; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesbR-Reform, RdW 2015, 78 (80).

²⁴² *Brugger/Schopper*, Keine Anwendung von § 1184 Abs 2 auf die GmbH und AG, NZ 2015, 405 (405 ff).

²⁴³ RIS-Justiz RS0027780.

handelt,²⁴⁴ ist die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund als zulässig anzusehen.²⁴⁵

*Weber*²⁴⁶ führt mM nach nachvollziehbar an, dass von der Annahme des Grundsatzes der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit von Dauerschuldverhältnissen nur dann abgewichen werden sollte, sofern umfassende Regelungen im Hinblick auf die Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund bestehen.²⁴⁷ Eine derartige Regelung, die vorsieht, dass ein unliebsam gewordener Gesellschafter ausgeschlossen werden kann, sieht das GmbH-Recht jedoch gerade nicht vor.

Im Gegensatz dazu äußert sich der OGH hierzu, dass die Anwendung des Grundsatzes, dass Dauerschuldverhältnisse jederzeit aus wichtigem Grund beendet werden können, nicht gegeben ist.²⁴⁸ Dies ist nach dem OGH mit der Tatsache zu begründen, dass der Gesetzgeber es bisher (wissentlich) unterließ, eine Regelung des Ausschlusses aus wichtigem Grund in das GmbHG einzufügen²⁴⁹ und eine Ausschlussmöglichkeit in der GmbH aus Sicht des Gesetzgebers als entbehrlich anzusehen ist.²⁵⁰

Diese Ansicht kann nicht überzeugen, da im Rahmen des GmbH-Rechts keine Gründe vorliegen, die eine Abweichung des allgemein geltenden Grundsatzes zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen begründen.²⁵¹ Dem OGH ist entgegenzuhalten, dass es auch in der GmbH zu einem untragbaren Verhalten einzelnen Gesellschafter kommen kann.²⁵² Es ist daher nicht einsehbar, dass die Mitgesellschafter in dem Fall, dass eine derartige Ausscheidemöglichkeit nicht rechtzeitig im Gesellschaftsvertrag vorgesehen wurde,²⁵³ keine Möglichkeit hätten, sich von dem unzumutbar gewordenen Gesellschafter zu trennen. Hingegen wird eine derartige Ausschlussmöglichkeit bei anderen Dauerschuldverhältnissen und sogar bei Personengesellschaften²⁵⁴ als zulässig angesehen.

²⁴⁴ *Sosnitz* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ (2017) Anhang zu § 34 Rz 6.

²⁴⁵ *Ua Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 73.

²⁴⁶ *Weber*, Der „wichtige Grund“ für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung 93 f.

²⁴⁷ *Weber*, Der „wichtige Grund“ für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung 93 f.

²⁴⁸ *Ua OGH 25.09.2001*, 4 Ob 216/01w.

²⁴⁹ *OGH 25.09.2001*, 4 Ob 216/01w; zu den Entscheidungen des OGH, dass ein Ausschluss nur mit einer entsprechenden Regelung zulässig ist, RIS-Justiz RS0102055.

²⁵⁰ *OGH 25.09.2001*, 4 Ob 216/01w.

²⁵¹ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2691; *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5.

²⁵² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13.

²⁵³ Zur strukturellen Vergleichbarkeit von Personengesellschaften und der GmbH, *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2006, 288; *BGH 01.04.1953*, II ZR 235/52 BGHZ 9, 157 = *NJW* 1953, 780 = *MDR* 1953, 247 = *DNotZ* 1953, 429.

²⁵⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13.

3.3.2 Die (planwidrige) Unvollständigkeit des GmbH-Rechts

Im Einklang mit dem Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund jederzeit beendet werden können, stellt sich die Frage, ob das GmbH-Recht planwidrige Lücken aufweist, die mittels Analogie zu schließen sind.²⁵⁵ Der OGH definiert eine derartige Lücke wie folgt: „Eine Rechtslücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung. Das Gesetz ist in einem solchen Fall, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, ergänzungsbedürftig, ohne dass seine Ergänzung einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht.“²⁵⁶ *Koppensteiner*²⁵⁷ weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass der OGH in der Vergangenheit bereits Lücken des GmbH-Rechts durch Analogie geschlossen hat.

Der OGH verneint eine derartige planwidrige Lücke im Fall des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund mit der Begründung, dass es der Gesetzgeber trotz Kenntnis der Diskussion in der Lehre und dem Vorliegen von höchstgerichtlichen Entscheidungen unterlassen hat, eine Regelung wie sie § 140 UGB bzw (nunmehr) § 1213 ABGB für das Personengesellschaftsrecht vorsehen, auch für die Rechtsform der GmbH zu beschließen. Aus diesem Grund schließt der OGH aus, dass es sich bei der Nichtregelung des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund um eine planwidrige Lücke handelt, die mittels Analogie zu schließen wäre.²⁵⁸ Vielmehr handelt es sich nach Ansicht der Rsp um eine gewollte Lücke des Gesetzgebers.²⁵⁹ Dieser Ansicht folgt der OGH auch, obwohl ein derartiger Ausschluss in der deutschen Rsp anerkannt wird.²⁶⁰ Der BGH bejaht die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses vor dem Hintergrund des Bedürfnisses, einen untragbar gewordenen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschließen, und verweist in diesem Zusammenhang auf die Notwendigkeit, Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund lösen zu können, und die (anerkannte) Treuepflicht.²⁶¹ Dem stimmt

²⁵⁵ Ua *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Sitzungsgestaltung in der GmbH 73.

²⁵⁶ RIS-Justiz RS0008866.

²⁵⁷ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5.

²⁵⁸ OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95 SZ 69/37.

²⁵⁹ OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95 SZ 69/37; mit gleicher Begründung wohl *Leopold in U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 24.

²⁶⁰ OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 SZ 26/285 mit Verweis auf BGH 01.04.1953, II ZR 235/52 BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780 = MDR 1953, 247 = DNotZ 1953, 429.

²⁶¹ BGH 01.04.1953, II ZR 235/52 BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780 = MDR 1953, 247 = DNotZ 1953, 429; hierzu merkt *Koppensteiner* an, dass ein Ausschluss aus wichtigem Grund umso mehr erforderlich ist, da der OGH auch die Auflösung aus wichtigem Grund ohne entsprechende Regelung ablehnt, *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5.

auch *Walch*²⁶² zu, der einen Ausschluss aufgrund eines Verstoßes gegen die Treupflicht in der GmbH als notwendig erachtet.

In einer weiteren Entscheidung argumentiert der OGH gegen das Vorliegen einer planwidrigen Lücke mit dem Argument, dass in den bisherigen Novellen des GmbH-Rechts, eine Regelung des Ausschlusses aus wichtigem Grund nicht thematisiert wurde²⁶³ und hält in seiner Entscheidung zu 6 Ob 80/11z ausdrücklich fest, dass die Einführung des GesAusG keinen Grund darstellt, von seiner bisherigen Judikaturlinie abzugehen.²⁶⁴

Dem widerspricht der überwiegende Teil der Lehre mE nach zu Recht,²⁶⁵ da ein solches Ergebnis aus dem bloßen Schweigen des Gesetzgebers nicht geschlossen werden kann.²⁶⁶ Vielmehr bedarf es für die Feststellung einer derartigen Schlussfolgerung dem (ausdrücklichen) negativen Regelungswillen des Gesetzgebers.²⁶⁷ Durch die Herausbildung des Grundsatzes, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund jederzeit gelöst werden können, hat sich nach Einführung des GmbHG eine Lücke gebildet,²⁶⁸ die der historische Gesetzgeber nicht berücksichtigt hat.²⁶⁹ Der Gesetzgeber hat sich jedoch in der Vergangenheit nicht mit dem Thema des Ausschlusses aus wichtigem Grund beschäftigt, denn bei Einführung des GesAusG²⁷⁰ ging es dem Gesetzgeber darum, die Ausschlussmöglichkeit eines Minderheitengesellschafters zu schaffen.²⁷¹ Der Ausschluss eines untragbar gewordenen Gesellschafters wurde vom Gesetzgeber bislang nicht thematisiert.²⁷² *Reich-Rohrwig*²⁷³ führt mM nach zutreffend aus, dass jedoch das Vorhandensein der Ausschlussmöglichkeit aus wichtigem Grund das „bessere“ Recht²⁷⁴ darstellt, welches sich durchsetzen müsste.

²⁶² *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesBR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesBR-Reform, RdW 2015, 78 (79).

²⁶³ OGH 25.09.2001, 4 Ob 216/01w.

²⁶⁴ OGH 14.09.2011, 6 Ob 80/11z GES 2011, 438 = ZUS 2011, 136 (*Knauder*) = RdW 2012, 85 = ecolex 2012, 145 = NZ 2012, 90 = GesRZ 2012, 129 (*Artmann*) = wbl 2012/106 = AnwBl 2012, 306.

²⁶⁵ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13.

²⁶⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13.

²⁶⁷ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5.

²⁶⁸ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

²⁶⁹ *Reich-Rohrwig*, ecolex 2006, 288.

²⁷⁰ Näheres hierzu in Kapitel 1.5.2.

²⁷¹ ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 26.

²⁷² ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 26; *Artmann*, Voraussetzungen einer Ausschlussklage gegen den GmbH-Gesellschafter, Auflösung eines Syndikatsvertrages aus wichtigem Grund, GesRZ 2012, 129 (130 f); *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5; *Reich-Rohrwig*, Zum Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund; Kapitalerhöhung: Kein Anspruch des übergangenen Gesellschafters auf neuen Geschäftsanteil, ecolex 2007, 262.

²⁷³ *Artmann*, GesRZ 2012, 131; *Reich-Rohrwig*, ecolex 2006, 288.

²⁷⁴ *Artmann*, GesRZ 2012, 131; *Reich-Rohrwig*, ecolex 2006, 288.

Führt man sich vor Augen, dass ein für seine Mitgesellschafter untragbar gewordener Gesellschafter keine gesellschaftsrechtlichen Sanktionen befürchten muss,²⁷⁵ selbst wenn er die Existenz der GmbH gefährdet, darf es wenig Zweifel an der Tatsache geben, dass das GmbH-Recht planwidrige Lücken aufweist. Vergleicht man die Gesellschaftsstruktur einer GmbH mit der einer Personengesellschaft sind in vielen Fällen Ähnlichkeiten erkennbar,²⁷⁶ daher kann es nicht als logisch erachtet werden, dass ein Ausschluss von Gesellschaftern in Personengesellschaften durch den Gesetzgeber sehr wohl gewünscht ist, ein solcher Ausschluss im Bereich der GmbH jedoch nicht zulässig sein soll.

Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Notwendigkeit einer weiteren Reform des GmbH-Rechts regelmäßig Anklang in der Lehre findet.²⁷⁷

3.3.3 Die analoge Anwendung des Ausschlusses aus wichtigem Grund

Wie bereits erwähnt wurde, spricht sich der überwiegende Teil der Lehre für eine analoge Anwendung von Normen, die den Ausschluss aus wichtigem Grund regeln, auf den Ausschluss eines Gesellschafters in der GmbH aus.²⁷⁸

Die frühere Auffassung eine Analogie zu § 58 GmbHG anzunehmen, wird heute als nicht überzeugend angesehen, da § 58 GmbHG die Möglichkeit der Kapitalherabsetzung durch Regelung im Gesellschaftsvertrag betrifft.²⁷⁹ An einer derartigen gesellschaftsvertraglichen Regelung fehlt es gerade im Falle des Gesellschafterausschlusses ohne entsprechende Regelung.²⁸⁰

Näher liegt die analoge Anwendung von § 140 UGB.²⁸¹ Dieser regelt den Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft (OG, KG). Die Wertung des § 140 UGB untermauert den Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund beendet werden können.

²⁷⁵ Walch, RdW 2015, 79.

²⁷⁶ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/24; Reich-Rohrwig, eolex 2006, 288; BGH 01.04.1953, II ZR 235/52 BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780 = MDR 1953, 247 = DNotZ 1953, 429.

²⁷⁷ Weber, Der „wichtige Grund“ für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung 94.

²⁷⁸ Koppensteiner, GesRZ 2013, 5; Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 73.

²⁷⁹ Näher zu § 58 GmbHG, ua Völkl in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 58 Rz 1 ff.

²⁸⁰ Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2691; Koppensteiner, GesRZ 2013, 5; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG¹ § 75 Rz 131.

²⁸¹ Seit der GmbH-Novelle 1980 liegt eine Analogie zu § 140 UGB näher als jene zu § 133 UGB, wobei darauf hinzuweisen ist, dass § 140 UGB an § 133 UGB anknüpft, so Leopold in U. Torggler (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 1.

Die analoge Anwendung von § 140 UGB auf die GmbH erfährt daher weiten Zuspruch.²⁸² Auch die persönliche Haftung der Gesellschafter bei Personengesellschaften spricht nicht gegen die analoge Anwendung von § 140 UGB auf die GmbH, da auch Kommanditisten, die ebenso nur beschränkt haften, von dieser Norm umfasst sind.²⁸³ Beachtet man, dass ein Ausschluss eines Kommanditisten aus der KG als zulässig angesehen wird, so muss ein Ausschluss des GmbH-Gesellschafters, dessen Kompetenzen weiter als jene des Kommanditisten reichen, umso mehr möglich sein.²⁸⁴

Hervorzuheben ist, dass die überwiegende Lehre eine analoge Anwendung von § 140 UGB in Betracht zieht, die analoge Anwendung der GesbR-rechtlichen Regelung (§ 1210 aF ABGB) auf die GmbH vor dem GesbR-Reformgesetz 2015 allerdings gänzlich außer Acht gelassen wird. Als einer der wenigen Vertreter in der Lehre verweist *Reich-Rohrwig*²⁸⁵ iZm dem Ausschluss aus wichtigem Grund auf die Regelungen des ABGB und hält fest, dass es unverständlich ist, dass § 1210 aF ABGB mehrfach novelliert wurde, sodass § 1210 aF ABGB auch auf andere (gleichwertige) Gründe für den Ausschluss ausgedehnt wurde, eine entsprechende Regelung im GmbHG aber nicht vorgesehen wurde. Auf dieser Grundlage bejaht er, dass die Grundsätze des § 1210 aF ABGB auch auf andere Gesellschaftsformen ausgedehnt werden sollen, obwohl der Ausschluss aus wichtigem Grund in der GmbH auf Seiten der Judikatur stets verneint wurde.²⁸⁶

3.4 Der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund im Lichte des GesbR-Reformgesetzes 2015

Mit dem GesbR-Reformgesetz 2015, das am 01.01.2015 in Kraft trat, wurde das Recht der GesbR im 27. Hauptstück des ABGB umfassend novelliert.²⁸⁷ Mit der Reform sollte kein gänzlicher Paradigmenwechsel angestrebt werden, vielmehr war das Ziel die Anpassung des GesbR-Rechts an die hL und Rsp.²⁸⁸

²⁸² *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2691; *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13.

²⁸³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13.

²⁸⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 681.

²⁸⁵ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2007, 262.

²⁸⁶ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2007, 262.

²⁸⁷ Paragrafenhinweise beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf das ABGB idF BGBl I 83/2014.

²⁸⁸ *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Die Reform der GesbR (Teil I), *ecolex* 2015, 296 (296); auf eine umfassende Betrachtung der Gesetzesreform wird im Hinblick auf den Umfang dieser Masterarbeit verzichtet, lediglich hervorgehoben werden all jene Änderungen, die für den Gesellschaftsausschluss aus wichtigem Grund relevant sein können.

Bisher wurden die Ansichten von Lehre und Rsp vor dem Jahr 2015 näher ausgeführt. Auf der Basis der GesbR-Novelle ergeben sich neue Erwägungen im Hinblick auf die Zulässigkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung.

3.4.1 Die Bedeutung von § 1175 Abs 4 ABGB

Von Bedeutung für die GmbH ist § 1175 Abs 4 ABGB, der vorsieht, dass das 27. Hauptstück „auch auf andere Gesellschaften anzuwenden [ist], soweit für diese keine besonderen Vorschriften bestehen und die Anwendung dieser Bestimmungen auch unter Berücksichtigung der für die jeweilige Gesellschaft geltenden Grundsätze angemessen ist.“ Zwar fand sich eine vergleichbare Regelung in § 1216 aF ABGB, dieser kam jedoch nur wenig Bedeutung zu. Die neue Platzierung an den Anfang des GesbR-Rechts hebt vielmehr die Bedeutung dieses Grundsatzes als Teil des allgemeinen Gesellschaftsrechts hervor.²⁸⁹

Bei § 1175 Abs 4 ABGB handelt es sich der Gestalt nach um eine Regelung zur Füllung²⁹⁰ und Feststellung von Lücken.²⁹¹ Vorweg ist festzuhalten, dass, sofern GmbH-Regelungen vorhanden sind, diese den allgemeinen Bestimmungen des ABGB in Bezug auf die GesbR jedenfalls vorgehen.²⁹² Liegt eine Lücke vor, weil eine im 27. Hauptstück des ABGB vorgesehene Regelung nicht auch im Speziellen für die GmbH vorgesehen wird, kommt es zur subsidiären Anwendung dieser Norm iVm § 1175 Abs 4 ABGB, um diese Lücke zu schließen. Festzuhalten ist hierbei, dass es keiner planwidrigen Lücke bedarf, da es sich gerade nicht um eine analoge Anwendung handelt.²⁹³ Ob überhaupt eine Lücke vorliegt oder eine Regelung im Hinblick auf die GmbH als abschließend betrachtet wird, ist mittels entsprechender Auslegung zu klären.²⁹⁴ Eine weitere Schranke der Anwendbarkeit der GesbR-rechtlichen Regelungen wird in § 1175 Abs 4 ABGB ausdrücklich festgehalten, so ist eine Regelung des 27. Hauptstücks nur

²⁸⁹ Koppensteiner, Die GesBR neuer Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, wbl 2015, 301 (301 f); Reich-Rohrwig/Zimmermann, eolex 2015, 300; Walch, RdW 2015, 78 f; im Detail hierzu auch Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, in Schopper (Hrsg), Innsbrucker Schriften zum Unternehmensrecht – Band 4 (2014) 161 ff.

²⁹⁰ Koppensteiner, wbl 2015, 302; Walch, RdW 2015, 79.

²⁹¹ Koppensteiner, wbl 2015, 302.

²⁹² Walch, RdW 2015, 79.

²⁹³ Walch, RdW 2015, 79.

²⁹⁴ Koppensteiner, wbl 2015, 302; Walch, RdW 2015, 79.

subsidiär anzuwenden, wenn diese den Grundsätzen und besonderen Bestimmungen der jeweiligen Rechtsform – in diesem Fall der GmbH – nicht widerspricht.²⁹⁵

Daraus ergibt sich, dass nur auf § 1175 Abs 4 ABGB verwiesen werden darf, sofern eine schließbare Lücke im GmbH-Recht vorliegt und das Wesen der GmbH eine derartige Lückenfüllung durch Verweis auf § 1175 Abs 4 ABGB zulässt. Dass dies nicht vollkommen unproblematisch ist, zeigt *Harrer*²⁹⁶, der eine derartige Regelung, wie sie § 1175 Abs 4 ABGB enthält, als „*Büchse der Pandora*“ bezeichnet, da die Rechtssicherheit aufgrund der Auslegungsbedürftigkeit nicht gewährleistet werden kann. Ein Teil der Lehre betrachtet die extensive Anwendung von § 1175 Abs 4 ABGB auf die GmbH im Hinblick auf den mangelnden Willen des Gesetzgebers, das Kapitalgesellschaftsrecht zu ändern, als äußerst kritisch.²⁹⁷

Dieser Ansicht ist grundsätzlich nicht zu folgen. Aus der (teilweisen) Nähe zwischen der GmbH (als Kapitalgesellschaft) und der Personengesellschaft (bspw der OG) ergibt sich, dass vergleichbare Regelungen des Personengesellschaftsrecht auch für die GmbH vorzusehen sind, sofern die Grundsätze des GmbH-Rechts einer derartigen Normierung nicht widersprechen.²⁹⁸ Insofern muss festgehalten werden, dass aufgrund des Wesens der GmbH als Kapitalgesellschaft eine Vielzahl an Normen des 27. Hauptstücks nicht auf die GmbH anwendbar ist.²⁹⁹

3.4.2 Die Anwendbarkeit von § 1213 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB

Trotz der doch eher geringen praktischen Bedeutung der GesbR-Regelungen für die Lückenfüllung des GmbH-Rechts³⁰⁰ ist gerade im Bereich des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund die subsidiäre Anwendbarkeit von § 1213 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB zu befürworten.

§ 1213 ABGB enthält eine dem Wortlaut des § 140 UGB entsprechende Regelung.³⁰¹ Anders als bei der analogen Anwendung von § 140 UGB bedarf es bei der subsidiären Anwendbarkeit von § 1213 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB keiner planwidrigen Lücke.³⁰² Vielmehr genügt

²⁹⁵ *Koppensteiner*, wbl 2015, 302; *Brugger/Schopper*, NZ 2015, 406; *Walch*, RdW 2015, 79; ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 3.

²⁹⁶ *Harrer*, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wbl 2015, 121 (121).

²⁹⁷ *Brugger/Schopper*, NZ 2015, 412.

²⁹⁸ *Walch*, RdW 2015, 79.

²⁹⁹ *Walch*, RdW 2015, 79.

³⁰⁰ *Walch*, RdW 2015, 79.

³⁰¹ Sieht man von dem Verweis auf § 1210 ABGB bzw § 133 UGB ab.

³⁰² *Walch*, RdW 2015, 80.

es, dass das GmbH-Recht eine (einfache) Lücke aufweist.³⁰³ Insb *Walch*³⁰⁴ argumentiert in Bezug auf die subsidiäre Anwendbarkeit von § 1213 ABGB, dass die Anerkennung gewisser Treuepflichten der Gesellschafter das GmbH-Recht unvollständig erscheinen lassen, da die Gesellschafter bei erheblichen Verstößen gegen die Treuepflicht (abgesehen von Schadenersatzansprüchen) keine weiteren Konsequenzen befürchten müssten. Dass eine derartige Lücke des GmbH-Rechts im Bereich des Gesellschafterausschlusses besteht, wird von der Lehre richtigerweise weitgehend anerkannt.³⁰⁵ Auch die bisherige Lehre, die sich positiv zur analogen Anwendung des § 140 UGB äußerte,³⁰⁶ müsste unter diesen Bedingungen folgerichtig die subsidiäre Anwendung des § 1213 ABGB befürworten. Lediglich ein kleiner Teil der Lehre ist der Ansicht, dass der Grundsatz der Kapitalerhaltung in der GmbH der Anwendbarkeit des § 1213 ABGB widerspricht.³⁰⁷

Stimmt man hingegen mit der Ansicht des OGH überein, dass das Schweigen des Gesetzgebers dem Willen zur Nichtregelung des Ausschlusses aus wichtigem Grund entspricht und somit keine planwidrige Lücke vorliegt,³⁰⁸ kommt man zu dem Ergebnis, dass das Argument der Nichtanwendbarkeit von § 1213 ABGB ins Leere läuft. In diesem Fall handelt es sich nämlich gerade nicht um eine analoge Anwendung.³⁰⁹ ME nach sollte hierbei darauf Bedacht genommen werden, dass der OGH der Ansicht ist, dass *„aus dem Schweigen des Gesetzgebers [...] vielmehr zu schließen [ist], dass er nur für Personengesellschaften den Gesellschafterausschluss normieren wollte [...], dies aber für den Bereich der GmbH als Kapitalgesellschaft für entbehrlich erachtet hat [...]“*.³¹⁰ Eine derartige Aussage kann mE nach dahingehend ausgelegt werden, dass der OGH nicht nur das Vorliegen einer planwidrigen Lücke verneint, sondern aufgrund der Nichtregelung des Gesetzgebers die abschließende Regelung der Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses im GmbH-Recht bejaht und somit keine (einfache) Gesetzeslücke vorliegt.

³⁰³ *Walch*, RdW 2015, 80.

³⁰⁴ *Walch*, RdW 2015, 80.

³⁰⁵ *Artmann/Thiery*, GesbR neu - Auswirkungen für die Praxis? RdW 2016, 3 (8); *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/25; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG¹ § 75 Rz 131/1.

³⁰⁶ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2691; *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 131.

³⁰⁷ *Brugger/Schopper*, NZ 2015, 411.

³⁰⁸ OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95 SZ 69/37; OGH 25.09.2001, 4 Ob 216/01w; näheres auch in Kapitel 3.3.2 und 3.3.3.

³⁰⁹ *Walch*, RdW 2015, 80.

³¹⁰ OGH 25.09.2001, 4 Ob 216/01w.

Zu bedenken ist, dass das Höchstgericht in der Entscheidung zu 20 Ob 1/16x,³¹¹ die nach der GesbR-Reform 2015 ergangen ist, zwar auf die bisherige Rsp zur Zulässigkeit des Gesellschaf-
terausschlusses bei Vorliegen einer entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag verweist,
jedoch schweigt der 20. Senat zu Änderungen, die sich durch die GesbR-Reform ergeben könn-
ten. Letzten Endes bleibt daher offen, ob der OGH dank der Gesetzesreform von seiner bishe-
rigen Judikaturlinie abweichen wird.

³¹¹ OGH 10.06.2016, 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (*Oberndorfer/Zobl*) = GES 2016, 352 = PSR 2017,18 (*Hartlieb*).

4 Der Gesellschafterausschluss ohne wichtigen Grund durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag

Wie bereits näher erläutert, herrscht beim Ausschluss aus wichtigem Grund, der im Gesellschaftsvertrag von den Gesellschaftern eigens geregelt wurde, Übereinstimmung in Rsp und Lehre, dass ein solcher zulässig ist.³¹² Wie der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund ohne Regelung im Gesellschaftsvertrag ist der Gesellschafterausschluss ohne Grund ebenso umstritten. Daher wird im folgenden Kapitel ein besonderes Augenmerk auf den Meinungsstand in der Lehre und Judikatur gelegt.

4.1 Die Voraussetzungen des Gesellschafterausschlusses ohne wichtigen Grund

Zieht man die Voraussetzungen, die für den Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund vorliegen müssen, heran, lässt sich mE nach zweifelsfrei herleiten, dass – sofern die Zulässigkeit des Ausschlusses ohne Grund bejaht wird – eine entsprechende Regelung für den Fall des Gesellschafterausschlusses vorgesehen werden muss.³¹³ Nach einem Teil der Lehre besteht die Möglichkeit eine entsprechende Regelung auch auf schuldrechtlicher Basis im Syndikatsvertrag vorzusehen.³¹⁴

Im Gegensatz zu dem Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund, bei dem es den übrigen Gesellschaftern unzumutbar ist, mit dem auszuschließenden Gesellschafter weiterzuarbeiten,³¹⁵ bedarf es bei sog (freien) Hinauskündigungsklauseln³¹⁶ im Gesellschaftsvertrag gerade keines (wichtigen) Grundes. Der praktische Ausschluss eines Gesellschafter ohne Grund unterliegt daher dem freien Ermessen bzw Belieben der Gesellschafter.³¹⁷

³¹² Näheres hierzu in Kapitel 2.

³¹³ Zu dem Ausschluss aus wichtigem Grund durch Regelung im Gesellschaftsvertrag, RIS-Justiz RS0102055; Kapitel 2.

³¹⁴ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 510.

³¹⁵ Ua *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11.

³¹⁶ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2; OGH 30.07.2007, 2 Ob 284/05m ecollex 2007, 943 = RdW 2008, 145 = HS 38.035 = HS 38.148.

³¹⁷ *Gehrlein*, Neue Tendenzen zum Verbot der freien Hinauskündigung eines Gesellschafter, NJW 2005, 1969 (1971).

Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Teil der Lehre vorsieht, dass im Gesellschaftsvertrag an bestimmte Umstände oder bestimmte Verhaltensweisen der Gesellschafter angeknüpft wird, die den Ausschluss eines Gesellschafters begründen (sachlicher Grund).³¹⁸ In diesem Fall liegen gerade keine Gründe vor, die eine Unzumutbarkeit für die übrigen Gesellschafter darstellen.³¹⁹

4.2 Die (Un)-Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses ohne wichtigen Grund

Da es ähnlich dem Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund keine Regelung eines grundlosen Ausschlusses im GmbH-Recht gibt und die Prinzipien, die einen Ausschluss aus wichtigem Grund begründen,³²⁰ weitestgehend nicht auf Hinauskündigungsklauseln übertragen werden können, bedarf es einer genauen Betrachtung der vertretenen Meinungen in Rsp und Lehre in Bezug auf die Zulässigkeit eines derartigen Ausschlusses. Daher erfolgt in den folgenden Kapiteln die Darstellung der verschiedenen Ansichten, um im Anschluss gesondert einzelne Erwägungen im Hinblick auf die (Un-)Zulässigkeit im Detail auszuführen.

4.2.1 Die (Un)-Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus Sicht der Judikatur

Bis dato fehlt eine ausdrückliche, inhaltliche Entscheidung des OGH zu der Frage, ob die Regelung des Ausschlusses ohne wichtigen Grund aus Sicht der Judikatur als zulässig erachtet wird. Vereinzelt musste sich der OGH bereits mit Hinauskündigungsklauseln beschäftigen. So hat sich der 2. Senat des OGH in seiner Entscheidung zu 2 Ob 284/05m mit der Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln in einer KG beschäftigt, sich aber mangels Erfordernis einer inhaltlichen Entscheidung mit einer ausführlichen Darstellung der aktuellen Sicht der Lehre und der deutschen Rsp begnügt.³²¹ Für die Zulässigkeit des Ausschlusses ohne wichtigem Grund spricht die Entscheidung des OGH zu 2 Ob 189/01k, in welcher der OGH sich mit der

³¹⁸ U. Torggler, GesRZ 2010, 191.

³¹⁹ Näheres zur Unzumutbarkeit in Kapitel 2.4.

³²⁰ So das Recht, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund jederzeit zu lösen sind, ua RIS-Justiz RS0027780; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13; *Rüffler in Kalls/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 73.

³²¹ OGH 30.07.2007, 2 Ob 284/05m ecolex 2007, 943 = RdW 2008, 145 = HS 38.035 = HS 38.148; der OGH wirft hierbei die Frage auf, ob die angeführte Lehre und Rsp, die zum Großteil die OG (damals: OHG) betreffen, ohne Weiteres auf die KG zu übertragen ist, bei der die Kommanditisten nur beschränkt haften und nicht an der Geschäftsführung beteiligt sind. Unter diesen Gesichtspunkten ist eine Übertragung der Ansichten der Lehre auf die GmbH einschränkend zu betrachten.

Ermittlung der Abfindung im Zuge der Kündigung einer Gesellschaft auseinandersetzen musste.³²²

Anders als der OGH beschäftigte sich der BGH bereits seit mehreren Jahrzehnten wiederholt inhaltlich mit derartigen Ausschlussklauseln.³²³ Dabei stellt er (in Abkehr seiner früheren Rsp)³²⁴ fest, dass der grundlose Ausschluss von Gesellschaftern mit den gesellschaftsrechtlichen Prinzipien und der Sittenwidrigkeit nicht zu vereinbaren ist.³²⁵ Weiters besteht die Gefahr, dass von der Ausschließung bedrohte Gesellschafter ihre Rechte und Pflichten vernachlässigen.³²⁶ Eine derartige Einschränkung der Ausübung von persönlichen Rechten und Pflichten der Gesellschafter im Hinblick auf die Gefahr eines willkürlichen Ausschlusses durch die übrigen Gesellschafter ist unter dem Begriff des „*Damoklesschwerts der Ausschließung*“ bekannt, welches über den Gesellschafter schwebt und der freien Entscheidungsfindung eines jeden Gesellschafters zuwiderläuft.³²⁷

Liegt jedoch eine Klausel vor, die einen sachlichen Grund anführt, oder liegt ein Grund vor, der unter außergewöhnlichen Umständen den Ausschluss sachlich rechtfertigt, ist die Ausschlussmöglichkeit als zulässig anzusehen.³²⁸

Ob der OGH daher die Zulässigkeit eines Gesellschafterausschlusses ohne wichtigen Grund, allenfalls auf Basis einer sachlichen Rechtfertigung befürwortet, lässt sich nicht beantworten. Bedenkt man aber, dass die höchstgerichtliche Rsp strenge Voraussetzungen an die Zulässigkeit eines Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafter knüpft bzw einen Ausschluss analog zu

³²² In der gegenständlichen Entscheidung ist eine der Parteien (Gesellschafter) berechtigt, nach der Kündigung die Gesellschaft fortzusetzen, indem die Anteile der zu kündigenden Gesellschafter übernommen werden. In einem solchen Fall wird die Gesellschaft nicht aufgelöst. Im Ergebnis entspricht dies daher wohl einer Hinauskündigungsklausel des übrigen Gesellschafters; OGH 25.09.2003, 2 Ob 189/01k ÖJZ-LSK 2004/13 = RdW 2004, 90 = ecolex 2004, 112 (*Reich-Rohrwig*) = wbl 2004, 144 = Jus-Extra OGH-Z 3693 = RWZ 2004, 161 (*Seicht*).

³²³ So bereits BGH 20.01.1977, II ZR 217/75 BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 732 = DNotZ 1977, 680 = DB 1977, 1132; BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164; BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

³²⁴ Einen Überblick hierzu bietet *Nassall*, Fort und Hinaus – Zur Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln in Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften und Satzungen von GmbH, NZG 2008, 851 (851 f).

³²⁵ BGH 20.01.1977, II ZR 217/75 BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 732 = DNotZ 1977, 680 = DB 1977, 1132; BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164.

³²⁶ BGH 20.01.1977, II ZR 217/75 BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 732 = DNotZ 1977, 680 = DB 1977, 1132; BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164.

³²⁷ In der Literatur ua *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/737; *Lindinger*, Die Irrungen des Damokles, JBl 2014, 137 (139 ff).

³²⁸ Für die GmbH BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

§ 140 UGB gar verneint, sofern keine gesellschaftsvertragliche Regelung vorliegt,³²⁹ so kann angenommen werden, dass ein gänzlich grundloser Ausschluss in Übereinstimmung mit einem großen Teil der Lehre³³⁰ und der heutigen deutschen Rsp³³¹ vom OGH als nicht zulässig erachtet werden wird.

4.2.2 Die (Un)-Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus Sicht der Lehre

Im Gegensatz zur Rsp beschäftigte sich die Lehre bereits wiederholt – sowohl bei Personengesellschaften als auch bei der GmbH – mit der Frage der Zulässigkeit von Hinauskündigungs-klauseln.³³² Zumal schon der Ausschluss aus wichtigem Grund für die GmbH nicht (eigens) gesetzlich geregelt ist, ist es nicht verwunderlich, dass sich die Standpunkte der Lehre im Hinblick auf einen Ausschluss, ohne dass beim auszuschließenden Gesellschafter ein wichtiger Grund eingetreten sein muss, erheblich unterscheiden:

*Schauer*³³³ führt (ohne eingehendere Betrachtung) aus, dass der älteren Ansicht nach, ein Ausschluss ohne wichtigen Grund zulässig ist. Im Gegensatz dazu sieht der überwiegende Teil der Lehre aus heutiger Sicht Einschränkungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Hinauskündigungs-klauseln vor.³³⁴

*Lindinger*³³⁵ spricht sich im Angesicht der geltenden Privatautonomie in der GmbH für die grundsätzlich Zulässigkeit von Hinauskündigungs-klauseln aus, deren Wirksamkeit in einem weiteren Schritt nur einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten müssen.³³⁶ Ähnlich sieht dies *U. Torggler*³³⁷, der ebenso hervorhebt, dass derartige Klauseln einer gerichtlichen

³²⁹ RIS-Justiz RS0059745; RS0102055.

³³⁰ Ua *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungs-gestaltung in der GmbH 77; *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

³³¹ Ua BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

³³² *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 511; *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 28; *Lindinger*, JBl 2014, 139 ff; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungs-gestaltung in der GmbH 77; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/737; *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

³³³ *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/737.

³³⁴ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 511; *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 28; *Lindinger*, JBl 2014, 139 ff; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungs-gestaltung in der GmbH 77; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/737; *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

³³⁵ *Lindinger*, JBl 2014, 139 ff; ähnlich auch *Gehrlein*, NJW 2005, 1973 f.

³³⁶ *Lindinger*, JBl 2014, 142 f, im Hinblick auf das Personengesellschaftsrecht *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 68.

³³⁷ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

Kontrolle unterliegen und es deshalb notwendig sei, bestimmte Ausschlussgründe festzulegen. Ein gänzlich grundloser Ausschluss sei daher nicht zulässig.³³⁸ *Leopold*³³⁹ spricht sich für die Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln aus und verneint einen Verweis auf den Funktions- und Individualschutz.

Demgegenüber führt ein Teil der Lehre aus, dass Hinauskündigungsklauseln schlussendlich dazu führen würden, dass das Funktionieren der Gesellschaft beeinträchtigt werde.³⁴⁰ So gilt ein potentiell betroffener Gesellschafter als „*Gesellschafter zweiter Klasse*“, da dieser abhängig vom Willen der anderen Gesellschafter ist und um seine Gesellschafterstellung fürchten muss.³⁴¹ Die deutsche Lehre vertretend führt *Nassall*³⁴² aus, dass Hinauskündigungsklausel nicht derart ausgestaltet sein dürfen, dass ein Zusammenwirken der Gesellschafter unmöglich gemacht wird. Im Ergebnis ist ein grundloser Ausschluss daher nicht zulässig, wenn sich Gesellschafter mit gleichen Rechten gegenüberstehen.³⁴³ Nur in Ausnahmefällen kann ein grundloser Ausschluss daher zulässig sein.³⁴⁴

Ein Teil der Lehre verfolgt den Ansatz, dass eine grundlose Hinauskündigungsklausel grundsätzlich sittenwidrig ist. Anderes hat nur zu gelten, wenn – in Anlehnung an das GesAusG³⁴⁵ – ein Gesellschafter ausgeschlossen werden soll, der nicht mit mehr als 10 % an der Gesellschaft beteiligt ist.³⁴⁶

Der liberalste Teil der Lehre bringt das Argument hervor, dass es gerade keiner sachlichen Rechtfertigung einer Hinauskündigungsklausel bedarf, da eine derartige Klausel freiwillig von den Gesellschaftern gewollt und beschlossen wird.³⁴⁷ Diesem Argument folgend seien die Gesellschafter nicht als schutzbedürftig anzusehen.³⁴⁸ Außerdem verhindere das GesAusG einen grundlosen Ausschluss von einem Gesellschafter, der mit mehr als 10 % beteiligt ist, nicht.³⁴⁹

³³⁸ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

³³⁹ *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 28.

³⁴⁰ *Jabornegg/Artmann* in *Artmann* (Hrsg), UGB 1³ § 140 Rz 58; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/739.

³⁴¹ *Nassall*, NZG 2008, 854 f.

³⁴² *Nassall*, NZG 2008, 854 f.

³⁴³ *Nassall*, NZG 2008, 854 f.

³⁴⁴ *Nassall*, NZG 2008, 854 f.

³⁴⁵ Näheres hierzu in Kapitel 1.5.2.

³⁴⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77; mit Verweis auf diesen *Zollner* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 76 Rz 11.

³⁴⁷ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 511; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8.

³⁴⁸ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 511; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8.

³⁴⁹ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8.

Die Zulässigkeit sei auch in Übereinstimmung mit § 52 Abs 3 GmbHG, der die Zulässigkeit der vertraglichen Vereinbarung eines Bezugsrechtsausschlusses regelt, zu sehen.³⁵⁰

4.3 Die Begründung der (Un-)Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln

Folgend werden unter Bezugnahme der bisherigen Ausführungen zur Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln im Gesellschaftsvertrag die einzelnen Erwägungen näher erläutert.

4.3.1 Die Gestaltungsfreiheit in der GmbH

Im Gesellschaftsrecht ist, sofern keine Drittinteressen betroffen sind, Privatautonomie die Regel und eine Beschränkung dieser bedarf einer zu beweisenden Ausnahme.³⁵¹ Dass die Gestaltungsfreiheit in der GmbH in einem derartigen Ausmaß anerkannt wird, sodass bspw der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund geregelt werden kann, ist heute ohne weiteres anerkannt.³⁵² Anderes ergibt sich, sollte eine Regelung eines Ausschlusses ohne wichtigen Grund vorsehen.³⁵³

Ein Teil der Lehre führt an, dass Hinauskündigungsklauseln gerade von den Gesellschaftern selbst im Gesellschaftsvertrag beschlossen wurden und sich somit die Gesellschafter dieser Vertragsklausel freiwillig unterwerfen.³⁵⁴ Nach dieser Ansicht ist die Schutzwürdigkeit der Gesellschafter nicht gegeben, was zur Folge hat, dass die privatautonome Gestaltung derartiger Ausschlussklauseln als zulässig anzusehen ist.³⁵⁵ Dies ist mE nach zu kurz gedacht, da dem Aspekt der Einhaltung der notwendigen, gesellschaftsrechtlichen Grundsätze und der guten Sitten keine Beachtung geschenkt wird.

Schon aus rein praktischer Sicht bringt die grundlose Ausschlussmöglichkeit eine Vielzahl von Problemen mit sich; so besteht wie bereits beschrieben, die Gefahr, dass Gesellschafter ihren Rechte und Pflichten, aus Angst von den übrigen Gesellschaftern ausgeschlossen zu werden,

³⁵⁰ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8.

³⁵¹ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 79.

³⁵² Ua *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 506; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 125 ff.

³⁵³ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 511; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8; *Lindinger*, JBI 2014, 139 ff.

³⁵⁴ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 511; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8; *Lindinger*, JBI 2014, 139 ff.

³⁵⁵ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8.

nicht (mehr) ordnungsgemäß nachkommen („*Damoklesschwert der Ausschließung/Hinauskündigung*“).³⁵⁶ Dies hat auch zu gelten, wenn es letztendlich nicht zu einem Ausschluss kommt, da die bloße Existenz einer derartigen Klausel geeignet ist, das Zusammenwirken in der Gesellschaft erheblich zu beeinflussen³⁵⁷ und die freie Willensausübung eines Gesellschafters auszuschalten.³⁵⁸

4.3.2 Die Inhalts- und Ausübungskontrolle

Ein Teil der Lehre spricht sich unter den bisher erwähnten Gesichtspunkten für eine umfassende gerichtliche Inhalts- und Ausübungskontrolle aus.³⁵⁹

*Lindinger*³⁶⁰ führt aus, dass die Wirksamkeit einer Hinauskündigungs-klausel an § 879 Abs 3 ABGB gemessen werden muss, sofern die Klausel in Vertragsformblättern enthalten ist. Als Kriterium der Ausübungskontrolle ist § 879 Abs 1 ABGB heranzuziehen.³⁶¹

*Rüffler*³⁶² weist dabei darauf hin, dass die Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts³⁶³ (in Österreich) nicht geeignet sind, einen Kontrollmaßstab zu bilden, da die Sittenwidrigkeit einer privatautonomen Ausgestaltung nach § 879 Abs 1 ABGB anhand eines „Regel-/Ausnahmeverhältnisses“³⁶⁴ zu messen ist. Der Verweis auf die Grundprinzipien würde nach dieser Ansicht aufgrund der höheren Kontrolldichte einer (zu spät kommenden) Ausübungskontrolle entsprechen.³⁶⁵ Dies entspricht wohl dem Gedanken der Erhaltung der Funktionsfähigkeit von juristi-

³⁵⁶ Ua *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/737; *Lindinger*, JBl 2014, 139; BGH 20.01.1977, II ZR 217/75 BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 732 = DNotZ 1977, 680 = DB 1977, 1132; BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164; BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

³⁵⁷ *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/737; BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982.

³⁵⁸ *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/739; *Lindinger*, JBl 2014, 139.

³⁵⁹ *Gehrlein*, NJW 2005, 1969; *Lindinger*, JBl 2014, 142 f; aus diesem Grund sei es notwendig, in der Klausel spezifische Gründe für den Ausschluss anzuführen, so *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

³⁶⁰ *Lindinger*, JBl 2014, 142 f.

³⁶¹ Inkl näherer Erläuterung zur Anwendung von § 1295 Abs 2 ABGB als Kontrollmaßstab, so *Lindinger*, JBl 2014, 142 f.

³⁶² *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 81.

³⁶³ Im Gegensatz dazu BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164; für die GmbH auch BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

³⁶⁴ *Lindinger*, JBl 2014, 140.

³⁶⁵ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 81.

schen Personen bzw der Ausübung von Gesellschaftsrechten, die durch den grundlosen Ausschlusses gefährdet sind. Ein derartiger Funktionsschutz ist der allgemeinen Sittenwidrigkeitskontrolle vorgelagert.³⁶⁶

4.3.3 Die Grenzen der Sittenwidrigkeit und deren Wertung

Bejaht man die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag einen Ausschluss ohne wichtigen Grund zu vereinbaren, ist insb darauf zu achten, dass eine solche Klausel nicht gesetz- oder sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB ist.³⁶⁷

Neben rein praktischer Probleme, die eine Hinauskündigungsklausel mit sich bringt,³⁶⁸ widerspricht diese nach Ansicht des BGH den Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts und begründet somit einen Widerspruch zu § 138 dBGB^{369, 370}. Durch die Gestaltung derartiger Ausschlussklauseln wird uU die notwendige Zusammenarbeit der Gesellschafter im Kern derart beeinflusst, dass die Gesellschafter durch die mögliche Willkür des Ausschlusses ihren Pflichten nicht mehr ordnungsgemäß nachgehen bzw in ihrer Willensbildung nicht mehr frei sind.³⁷¹ Diese unzulässige Einschränkung der Willensbildung widerspreche letztlich den sittlichen Grundsätzen.³⁷² Nach der Rsp müsse dies unabhängig davon gelten, ob eine tatsächliche Bedrohung durch einen grundlosen Ausschluss vorliegt, denn schon die Möglichkeit die anderen

³⁶⁶ *Lindinger*, JBl 2014, 139; kritisch *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 28, dieser weist weiter darauf hin, dass bei typischer Ausgestaltung der Gesellschaft die Intensität einer Kontrolle nicht AGB- oder Verbrauchermaßstäbe erreichen dürfte.

³⁶⁷ Mangels gegenteiliger gesetzlicher Regelung kann die Gesetzeswidrigkeit einer Hinauskündigungsklausel nicht angenommen werden.

³⁶⁸ *Ua Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/737; *Lindinger*, JBl 2014, 139; BGH 20.01.1977, II ZR 217/75 BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 732 = DNotZ 1977, 680 = DB 1977, 1132; BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164; BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

³⁶⁹ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, BGBl I 2909/2002; § 138 dBGB entspricht weitestgehend § 879 ABGB.

³⁷⁰ BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164; für die GmbH auch BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

³⁷¹ BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164.

³⁷² BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164.

Gesellschafter aus der Gesellschaft zu „werfen“, begründet eine anzunehmende Gefahr des Ausschlusses.³⁷³

*Rüffler*³⁷⁴ argumentiert im Hinblick auf die Judikatur des BGH, dass der Beurteilungsmaßstab von § 879 Abs 1 ABGB das positivierte GmbH-Recht sein muss. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Hinauskündigungsklausel typischerweise dazu führt, dass durch das Gesetz zwingend eingeräumte Rechte der Gesellschafter³⁷⁵ faktisch genommen werden, da ein Gesellschafter seine Rechte in Anbetracht einer jederzeitigen Hinauskündigung nicht ausübt.³⁷⁶ Die faktische Beeinträchtigung der freien Willensausübung lässt sich unter diesen Gesichtspunkten nicht mit § 879 Abs 1 ABGB vereinbaren.³⁷⁷

Jedoch widerspricht *Lindinger*³⁷⁸ dem zwingenden Charakter der Gesellschafterrechte und hebt mE dem Grunde nach richtig hervor, dass lediglich aus der Beeinflussung des (freien) Willens der Gesellschafter nicht die Sittenwidrigkeit von Hinauskündigungsklauseln geschlossen werden darf. Dies ergibt sich auch aus der Tatsache, dass Stimmbindungsverträge, die die Stimmabgabe der Gesellschafter und somit im Wesentlichen die Ausübung des freien Willens regeln, sowohl in Deutschland als auch in Österreich³⁷⁹ zulässig sind.³⁸⁰ Während Hinauskündigungsklauseln im Gegensatz zu Stimmbindungsverträgen nach Ansicht des BGH grundsätzlich unwirksam sein sollen,³⁸¹ sind letztere erst unwirksam, wenn diese in einem verbotenen Umfang ausgestaltet sind.³⁸² Diese Ansicht mag zwar überzeugen, eine willkürliche Hinauskündigungsklausel sollte mE nach dennoch nicht ohne Weiteres als zulässig anerkannt werden.

³⁷³ BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164.

³⁷⁴ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 82.

³⁷⁵ Angeführt werden das Recht, dass jeder Gesellschafter mindestens eine Stimme hat (§ 39 Abs 2 GmbHG), das Recht der Teilnahme an der Generalversammlung, die Verhinderung der schriftlichen Beschlussfassung, das Recht der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen und der Informationsanspruch, so *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 82.

³⁷⁶ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 82.

³⁷⁷ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 82.

³⁷⁸ *Lindinger*, JBl 2014, 140, dieser referiert weiter, dass mit der gleichen Begründung die Sittenwidrigkeit von Optionen auf Beteiligungen, die zwischen einem Gesellschafter und einem Dritten vereinbart werden, begründet werden müsste.

³⁷⁹ Näheres zu Syndikatsverträgen in Kapitel 2.3.2.

³⁸⁰ *Lindinger*, JBl 2014, 140.

³⁸¹ BGH 20.01.1977, II ZR 217/75 BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 732 = DNotZ 1977, 680 = DB 1977, 1132; BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164; BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1990, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

³⁸² *Lindinger*, JBl 2014, 140.

4.3.4 Die sachliche Rechtfertigung

Rüffler³⁸³ führt mM nach zutreffend aus, dass im Hinblick auf die Unzulässigkeit der Vereinbarung von Hinauskündigungsklauseln eine Berufung auf rechtsethische Maßstäbe nur eingeschränkt zum Ziel führt. Dieser Ansatz führt letztendlich zu einer unbilligen Willkür. Vielmehr ist aus rechtsethischer Sicht ein Ausschluss nur beim Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung zuzulassen.³⁸⁴ Dies entspricht auch der Ansicht eines Großteils der Lehre³⁸⁵ sowie des deutschen BGH,³⁸⁶ die eine sachliche Rechtfertigung für Hinauskündigungsklauseln vorsehen.

Demgegenüber widerspricht ein Teil der Lehre einer derartigen Notwendigkeit, da Hinauskündigungsklauseln privatautonom im Gesellschaftsvertrag verankert wurden und die Gesellschafter eine derartige Selbstbindung freiwillig eingegangen sind.³⁸⁷ Eine sachliche Rechtfertigung sei von den Gesellschaftern gerade nicht gewollt worden.³⁸⁸ Dieser Ansicht ist aufgrund der bisher erläuterten Grundsätze nicht zu folgen.

4.3.5 Beispiele für eine sachliche Rechtfertigung

Der BGH folgt dem Grundsatz, dass eine gesellschaftsvertragliche Regelung, bei der Gesellschaftern das Recht eines Ausschlusses nach freiem Ermessen eingeräumt wird, nichtig ist, „es sei denn, daß eine solche Regelung wegen außergewöhnlichen Umständen sachlich gerechtfertigt ist“.³⁸⁹ Eine nähere Konkretisierung hat der BGH bislang nicht vorgenommen. Jedenfalls steht fest, dass die sachliche Rechtfertigung einzelfallabhängig zu prüfen ist.³⁹⁰ Bedenkt man, dass es einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, um eine grundlose Hinauskündigungsklausel

³⁸³ Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 80.

³⁸⁴ Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 80 f, 86 f.

³⁸⁵ Gehrlein, NJW 2005, 1969; Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 86 f; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/737.

³⁸⁶ BGH 20.01.1977, II ZR 217/75 BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 732 = DNotZ 1977, 680 = DB 1977, 1132; BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164; BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

³⁸⁷ Gall/Potyka/Winner, Squeeze Out Rz 511; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8; Lindinger, JBI 2014, 139 ff.

³⁸⁸ Gall/Potyka/Winner, Squeeze Out Rz 511; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8; Lindinger, JBI 2014, 139 ff.

³⁸⁹ BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164.

³⁹⁰ Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 86 f.

als zulässig anzuerkennen,³⁹¹ führt dies zu Beschränkungen der Ausschlussmöglichkeit, die auf die Ungleichheit der beteiligten Gesellschafter zurückzuführen sind.³⁹²

Will man dennoch eine Konkretisierung vornehmen, so kann festgehalten werden, dass entweder eine zeitliche Begrenzung der Ausschlussmöglichkeit eines neuhinzugekommenen Gesellschafters oder die untergeordnete Funktion der Gesellschafterstellung im Hinblick auf ein anderes Rechtsverhältnis vorliegen muss.³⁹³ Erstere Möglichkeit dient der Probe, ob sich die Zusammenarbeit mit einem neuen Gesellschafter bzw einem Erben des verstorbenen Gesellschafters und den bisherigen Gesellschaftern als positiv erweist.³⁹⁴ Dies ist insofern nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass die ausschlussberechtigten Gesellschafter maßgeblich am bisherigen Erfolg des Unternehmens mitgewirkt haben, während der neu hinzugekommene Gesellschafter sich in das „gemachte Nest“ setzen kann.³⁹⁵ Diesem Gedanken folgend, ist die sachliche Rechtfertigung einer befristeten Ausschlussmöglichkeit zu bejahen. Wie lange eine derartig begrenzte Ausschlussmöglichkeit besteht, wurde vom BGH nicht restlos geklärt.³⁹⁶ Allerdings hebt er hervor, dass ein Ausschlusszeitraum von zehn Jahren bei weitem zu lange ist.³⁹⁷

Weiters kann eine sachliche Rechtfertigung vorliegen, wenn ein anderes, vorgeschaltetes oder mit dem Gesellschaftsvertrag einhergehendes Rechtsverhältnis eine Ungleichheit begründet.³⁹⁸ Ein derartiger Fall liegt vor, wenn ein Geschäftsführer oder sonstiger Mitarbeiter der GmbH an der Gesellschaft beteiligt wird und das Arbeitsverhältnis in weiterer Folge aufgelöst wird.³⁹⁹ In

³⁹¹ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/739; Lindinger, JBl 2014, 139.

³⁹² Nassall, NZG 2008, 855.

³⁹³ Nassall, NZG 2008, 855 f; Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

³⁹⁴ BGH 08.03.2004, II ZR 165/02 NJW 2004, 2013 = ZIP 2004, 903 = MDR 2004, 847 = DNotZ 2004, 865 = WM 2004, 985 = BB 2004, 1017 = DB 2004, 1092 = AnwBl 2004, 724 = NZG 2004, 569.

³⁹⁵ Nassall, NZG 2008, 855.

³⁹⁶ BGH 08.03.2004, II ZR 165/02 NJW 2004, 2013 = ZIP 2004, 903 = MDR 2004, 847 = DNotZ 2004, 865 = WM 2004, 985 = BB 2004, 1017 = DB 2004, 1092 = AnwBl 2004, 724 = NZG 2004, 569.

³⁹⁷ BGH 08.03.2004, II ZR 165/02 NJW 2004, 2013 = ZIP 2004, 903 = MDR 2004, 847 = DNotZ 2004, 865 = WM 2004, 985 = BB 2004, 1017 = DB 2004, 1092 = AnwBl 2004, 724 = NZG 2004, 569; die höchstzulässige Probezeitdauer bei ärztlichen Gemeinschaftspraxen liegt bei drei Jahren, so BGH 07.05.2007, II ZR 281/05 NJW-RR 2007, 1256 = ZIP 2006, 1954 = ZIP 2007, 1309 = MDR 2007, 1108 = WM 2007, 1270 = BB 2007, 1578 = DB 2007, 1521 = NZG 2007, 583.

³⁹⁸ Nassall, NZG 2008, 853; Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

³⁹⁹ Nassall, NZG 2008, 853; Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

diesem Fall steht die Bindung an die Gesellschaft bzw die Beteiligung am Gewinn im Vordergrund.⁴⁰⁰ Das Ende der Mitarbeit in der Gesellschaft rechtfertigt daher den Ausschluss als Gesellschafter.⁴⁰¹ Gleiches gilt, wenn der Beteiligung an der Gesellschaft ein Syndikatsvertrag zu Grunde liegt und die Ausübung der Gesellschafterrechte ohne diesen nicht mehr möglich ist.⁴⁰² Ebenso hat der BGH entschieden, dass eine sachliche Rechtfertigung vorliegt, sofern besondere Umstände iS von treuhandähnlichen Verhältnissen des Gesellschafters vorliegen, die in weiterer Folge wegfallen.⁴⁰³ Eine Ungleichheit, die einen Ausschluss sachlich rechtfertigt, liegt auch vor, wenn der angeheiratete Gesellschafter nach Scheidung aus der Familiengesellschaft des Ehegatten ausgeschlossen wird.⁴⁰⁴ In diesem Fall liegt keine Vertrauensbeziehung mehr vor, auf der das Gesellschaftsverhältnis in der Familiengesellschaft beruht.⁴⁰⁵ Der auszuschließende Gesellschafter verliert überdies das berechnigte Interesse an der Gesellschaft.⁴⁰⁶

Eine sachlich gerechtfertigte Ausschlussmöglichkeit ist nach Ansicht des BGH auch zu bejahen, wenn ein Erbe, der die gesellschaftsrechtliche Stellung des Erblassers übernimmt, gegenüber Familienangehörigen, die zugleich Mitgesellschafter sind, ein befristetes Ausschlussrecht hat.⁴⁰⁷ *Rüffler*⁴⁰⁸ führt hier mE nach richtig an, dass in einem solchen Fall die Befristung nach dem Tod des Erblassers einsetzt und somit das „Damoklesschwert der Ausschließung“ auf unbestimmt lange Zeit über den Gesellschaftern schwebt. Daher ist im Gegensatz zur Ansicht des BGH eine sachliche Rechtfertigung in einer derartigen Fallkonstruktion zu verneinen.⁴⁰⁹ Weiter

⁴⁰⁰ *Nassall*, NZG 2008, 853; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

⁴⁰¹ BGH 19.09.2005, II ZR 173/04 BGHZ 164, 98 = NJW 2005, 3641 = ZIP 2005, 1917 = MDR 2006, 99 = DNotZ 2006, 137 = WM 2005, 2043 = BB 2005, 2430 = DB 2005, 2401 = Rpfleger 2006, 80 = NZG 2005, 968; *Gehrlein*, NJW 2005, 1973 f; *Nassall*, NZG 2008, 853; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

⁴⁰² BGH 14.03.2005, II ZR 153/03 NJW-RR 2007, 544 = ZIP 2005, 706 = MDR 2005, 935 = DNotZ 2005, 792 = WM 2005, 802 = BB 2005, 957 = DB 2005, 937 = NZG 2005, 479.

⁴⁰³ Im gegenständlichen Fall erwarb die Mehrheitsgesellschafterin, die zugleich Geschäftsführerin war, ihren Geschäftsanteil mit den finanziellen Mitteln ihres Lebensgefährten, der zugleich Minderheitengesellschafter war. Sie machte ihm ein unbefristetes Angebot auf Abtretung des Geschäftsanteils, nach Ende der Beziehung nahm der (Ex-)Lebensgefährte das Angebot an. Nach Ende der Beziehung habe der (Ex-)Lebensgefährte ein berechtigtes Interesse daran, seine (Ex-)Lebensgefährtin aus der Gesellschaft auszuschließen, so BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709; *Gehrlein*, NJW 2005, 1973 f; *Nassall*, NZG 2008, 853.

⁴⁰⁴ *Nassall*, NZG 2008, 853.

⁴⁰⁵ *Nassall*, NZG 2008, 853; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

⁴⁰⁶ *Nassall*, NZG 2008, 853; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

⁴⁰⁷ BGH 19.09.1988, II ZR 329/87 BGHZ 105, 213 = NJW 1989, 834 = NJW-RR 1989, 483 = ZIP 1989, 36 = MDR 1989, 330 = DNotZ 1989, 512 = BB 1989, 102 = DB 1989, 219 = Rpfleger 1989, 158.

⁴⁰⁸ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

⁴⁰⁹ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

rechtfertigt alleine der Umstand, dass einem Gesellschafter sein Geschäftsanteil geschenkt wurde, keinen Ausschluss.⁴¹⁰

4.3.6 Der Blick auf das GesAusG

Als eine weitere Möglichkeit einen grundlosen Ausschluss in der GmbH zu rechtfertigen, wird der Gedanke des GesAusG von einem Teil der Lehre herangezogen.⁴¹¹

Wie bereits in Kapitel 1.5.2 erläutert wurde, regelt das GesAusG die Zulässigkeit des Ausschlusses eines Minderheitengesellschafters, der mit nicht mehr als 10 % an der Gesellschaft beteiligt ist, sofern ein Hauptgesellschafter vorhanden ist, der zumindest mit 90 % am Grund- bzw Stammkapital beteiligt ist.⁴¹² Dabei ist nochmals hervorzuheben, dass es zulässig ist, die Schwelle der Beteiligung des Hauptgesellschafters durch den Gesellschaftsvertrag zu erhöhen, während die Herabsetzung dieser Schwelle nicht zulässig ist.⁴¹³

Ein Teil der Lehre nimmt das GesAusG zum Anlass, einen Ausschluss des Minderheitengesellschafters, der mit bis zu 10 % an der Gesellschaft beteiligt ist, zu rechtfertigen.⁴¹⁴ Den gleichen Ansatz verfolgte bereits *Rüffler*⁴¹⁵ vor Einführung des GesAusG im Hinblick auf das UmwG.⁴¹⁶ Die Vertreter der Lehre argumentieren, dass das UmwG und nunmehr das GesAusG den Ausschluss eines Minderheitengesellschafters ohne weitere Voraussetzungen zulassen.⁴¹⁷ Es sei daher nur schwer verständlich, den Ausschluss derartiger Minderheitengesellschafter durch anderweitige Ausgestaltung im Gesellschaftsvertrag als unzulässig anzusehen.⁴¹⁸

⁴¹⁰ BGH 05.06.1989, II ZR 227/88 BGHZ 107, 351 = NJW 1989, 2681 = NJW-RR 1989, 1375 = ZIP = 1989, 849 = MDR 1989, 886 = DNotZ 1991, 913 = BB 1989, 1499 = DB 1989, 1668.

⁴¹¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77.

⁴¹² ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 26; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 37.

⁴¹³ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 40.

⁴¹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15.

⁴¹⁵ *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77.

⁴¹⁶ Bundesgesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften BGBl 304/1996 idF BGBl I 71/2009, dieses sieht ebenso die Möglichkeit des Ausschlusses eines Minderheitengesellschafters vor, der mit nicht mehr als 10 % beteiligt ist.

⁴¹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77.

⁴¹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77, der hervorhebt, dass dennoch eine angemessene Abfindung geleistet werden muss.

Das GesAusG bildet keine Sperrwirkung⁴¹⁹ und so vertritt *Kalss*⁴²⁰ mit Blick auf das GesAusG die Ansicht, dass aus § 4 Abs 2 GmbHG nicht abgeleitet werden kann, dass nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des GesAusG (insb im Hinblick auf die erforderliche Beteiligungsschwelle von 90 %) ein Ausschluss vereinbart werden kann.

Den Vertretern der Lehre⁴²¹ ist entgegenzuhalten, dass das GesAusG an bestimmte Voraussetzungen knüpft. Bedenkt man, dass durch eine gesellschaftsvertragliche Klausel die Schwelle der Beteiligung des Hauptgesellschafters erhöht aber nicht vermindert werden kann,⁴²² kommt ein Ausschluss eines Gesellschafters, der mit bis zu 10 % beteiligt ist, uU einer solchen Erleichterung des GesAusG gleich, da zwar Anforderungen an die maximale Beteiligung des Minderheitsgesellschafters gestellt werden, allerdings keine Voraussetzungen an den bzw die Mehrheitsgesellschafter gestellt werden.⁴²³ Im Ergebnis würde dies daher zu einer Aushöhlung des GesAusG führen.

Auch handelt es sich beim Ausschluss nach dem GesAusG nicht um einen grundlosen Ausschluss, denn der Zweck wird insb in der Vereinfachung der Gesellschaftsstruktur gesehen, indem der De-facto-Alleingesellschafter,⁴²⁴ der mit mindestens 90 % am Grund- bzw Stammkapital beteiligt ist, zu einem echten Alleingesellschafter wird.⁴²⁵ Der Ansicht von *Kalss*,⁴²⁶ die einen grundlosen Ausschluss ohne weiteres als zulässig ansieht, ist daher nicht zu folgen.

4.4 Der Ausschluss aus sachlichem Grund

In Übereinstimmung mit der Ansicht *U. Torggler*⁴²⁷ besteht die Möglichkeit, im Gegensatz zu Hinauskündigungsklauseln, bei welchen keine Angabe eines Grundes für den Ausschluss vorgesehen ist, einen Ausschluss aus sachlichem Grund im Gesellschaftsvertrag vorzusehen.

⁴¹⁹ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8.

⁴²⁰ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8.

⁴²¹ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77.

⁴²² *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 40.

⁴²³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15.

⁴²⁴ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

⁴²⁵ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 5.

⁴²⁶ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8.

⁴²⁷ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

Im Gegensatz zum grundlosen Ausschluss wird beim Ausschluss aus sachlichem Grund bereits in der Ausschlussklausel ein Grund für den Ausschluss vorgesehen.⁴²⁸ Rein faktisch gesehen, handelt es sich hierbei um eine Art Mittelweg zwischen einem Ausschluss aus wichtigem Grund und einem grundlosen Ausschluss. Im Fall der Festsetzung des Ausschlusses aus sachlichem Grund muss gerade kein „wichtiger Grund“ iS einer Unzumutbarkeit der Zusammenarbeit zwischen dem abtrünnigen Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern vorliegen.⁴²⁹ Dies bringt den Vorteil mit sich, dass eine Ausgestaltung der Satzungsklausel, die einen Ausschluss aus sachlichem Grund beinhaltet, Rechtssicherheit dahingehend bringt, dass es nicht einer (in vielen Fällen auslegungsbedürftigen) Unzumutbarkeit der Zusammenarbeit mit dem auszuschließenden Gesellschafter bedarf.⁴³⁰ Es liegt somit eine Erleichterung der Ausschlussklausel vor, die uU Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern verhindern kann.⁴³¹

Als sachlicher Grund für den Ausschluss kann im Einklang mit der sachlichen Rechtfertigung von freien Hinauskündigungsklauseln⁴³² eine befristete Ausschlussmöglichkeit eines neuhinzugekommenen Gesellschafters⁴³³ sowie das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses, das die Ungleichheit der Gesellschafter begründet,⁴³⁴ vorgesehen werden. Auch der Verlust bestimmter berufsrechtlicher Qualifikationen, die Erreichung einer bestimmten Altersgrenze oder die Entfremdung in der Familiengesellschaft können einen sachlichen Grund darstellen.⁴³⁵ Ein Ausschluss ist mM nach ebenso als zulässig zu erachten, wenn in einer persönlich ausgestalteten GmbH ein Gesellschafter einen Scheidungsgrund setzt und der (Noch-)Ehepartner gleichzeitig auch Gesellschafter der GmbH ist.

Da die Gesellschafter an die im Gesellschaftsvertrag aufgeführten, sachlichen Gründe gebunden sind, ist ein willkürlicher Ausschluss, der lediglich auf dem freien Ermessen der Gesellschafter basiert, nicht möglich.⁴³⁶

⁴²⁸ Gehrlein, NJW 2005, 1971.

⁴²⁹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 11, 14; Leopold in U. Torggler (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2.

⁴³⁰ Gehrlein, NJW 2005, 1971.

⁴³¹ Gehrlein, NJW 2005, 1971.

⁴³² Nassall, NZG 2008, 853; Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

⁴³³ BGH 08.03.2004, II ZR 165/02 NJW 2004, 2013 = ZIP 2004, 903 = MDR 2004, 847 = DNotZ 2004, 865 = WM 2004, 985 = BB 2004, 1017 = DB 2004, 1092 = AnwBl 2004, 724 = NZG 2004, 569.

⁴³⁴ Gehrlein, NJW 2005, 1973 f; Nassall, NZG 2008, 853; Rüffler in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 87; ua BGH 19.09.2005, II ZR 173/04 BGHZ 164, 98 = NJW 2005, 3641 = ZIP 2005, 1917 = MDR 2006, 99 = DNotZ 2006, 137 = WM 2005, 2043 = BB 2005, 2430 = DB 2005, 2401 = Rpfleger 2006, 80 = NZG 2005, 968.

⁴³⁵ Gehrlein, NJW 2005, 1971.

⁴³⁶ Gehrlein, NJW 2005, 1971.

4.5 Die Ausgestaltung der Ausschlussklausel

Bejaht man die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses, so bleibt es den Gesellschaftern überlassen, eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag auszuformulieren.⁴³⁷

4.5.1 Die Formulierung der Ausschlussklausel

Es liegt somit an den Gesellschaftern, die Ausschlussklausel zu gestalten. In Anlehnung an den Ausschluss aus wichtigem Grund,⁴³⁸ obliegt es den Gesellschaftern, ob diese bestimmte Gründe für einen Ausschluss anführen bzw eine Hinauskündigungsklausel beschließen, die die grundlose Ausschlussmöglichkeit eines Gesellschafters vorsieht.⁴³⁹ *U. Torggler*⁴⁴⁰ sieht hierbei einschränkend vor, dass bestimmte Ausschlussgründe von den Gesellschaftern festzulegen sind, da diese der gerichtlichen Ausübungskontrolle unterliegen. Die Möglichkeit einen grundlosen Ausschluss vorzusehen, ist nach dieser Ansicht nicht möglich.⁴⁴¹ Dieser Ansicht folgt der BGH nicht, da Ausschlussklauseln, die an keine besonderen Voraussetzungen gebunden sind, zulässig sind, sofern diese aufgrund von besonderen Umständen sachlich gerechtfertigt sind.⁴⁴²

Ist eine Hinauskündigungsklausel zu weit gefasst, sodass (nur zum Teil) keine sachliche Rechtfertigung vorliegt, so wird eine geltungserhaltende Reduktion dahingehend befürwortet, dass der Teil, der einer sachlichen Rechtfertigung unterliegt, erhalten bleibt.⁴⁴³

4.5.2 Beispiele für eine Ausschlussklausel

Im Einklang mit der bisherigen Ausführung können Hinauskündigungsklauseln im Gesellschaftsvertrag wie folgt formuliert werden: „*Gesellschafter können aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.*“

⁴³⁷ Zur Formulierung der Ausschlussklausel bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ Anhang zu § 71 Rz 15; zu der nachträglichen Einführung der Ausschlussklausel, siehe Kapitel 2.6.3.

⁴³⁸ RIS-Justiz RS0102055.

⁴³⁹ Zu beachten sind hierbei die Einschränkungen, die Lehre und Rsp vorsehen, näheres hierzu in Kapitel 3.2.1 und 3.2.2.

⁴⁴⁰ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

⁴⁴¹ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191.

⁴⁴² BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

⁴⁴³ *Weber*, GesRZ 2016, 306; unter Verweis auf § 139 dBGB, *Gehrlein*, NJW 2005, 1972.

Da Hinauskündigungs Klauseln weitgehend nicht als zulässig anerkannt werden, sind von den Gesellschaftern Einschränkungen der Möglichkeit des Ausschlusses vorzusehen.⁴⁴⁴ So kann ein zeitlich befristetes Hinauskündigungsrecht vorgesehen werden.⁴⁴⁵ Eine diesbezügliche Klausel kann wie folgt lauten: „*Ein Gesellschafter kann innerhalb von zwei Monaten ab Eintragung im Firmenbuch ausgeschlossen werden.*“

Folgt man dem Teil der Lehre, der den grundlosen Ausschluss eines Minderheitengesellschafters bejaht,⁴⁴⁶ ist es zulässig, in der Ausschlussklausel festzuhalten, dass ein Gesellschafter, der mit nicht mehr als 10 % an der Gesellschaft beteiligt ist, (außerhalb des GesAusG) ausgeschlossen werden kann.

Überdies kann bspw ausdrücklich vorgesehen werden, dass ein Gesellschafter ab Erreichen einer bestimmten Altersschwelle⁴⁴⁷ (zB ab dem vollendeten 65. Lebensjahr), bei Verlust einer bestimmten berufsrechtlichen Qualifikation⁴⁴⁸ oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sofern die Gesellschafterstellung aufgrund des Arbeitsverhältnisses eingeräumt wurde, ausgeschlossen werden kann.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 511; *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 28; *Lindinger*, JBl 2014, 139 ff; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/737; *U. Torggler*, GesRZ 2010, 191; BGH 20.01.1977, II ZR 217/75 BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 732 = DNotZ 1977, 680 = DB 1977, 1132; BGH 13.07.1981, II ZR 56/80 BGHZ 81, 263 = NJW 1981, 2565 = ZIP 1981, 978 = MDR 1982, 208 = DNotZ 1982, 164; BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

⁴⁴⁵ *Nassall*, NZG 2008, 855 f; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 87.

⁴⁴⁶ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1-11 GesAusG Rz 8; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77.

⁴⁴⁷ *Gehrlein*, NJW 2005, 1971.

⁴⁴⁸ *Gehrlein*, NJW 2005, 1971.

⁴⁴⁹ *Gehrlein*, NJW 2005, 1973 f; *Nassall*, NZG 2008, 853; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 87; ua BGH 19.09.2005, II ZR 173/04 BGHZ 164, 98 = NJW 2005, 3641 = ZIP 2005, 1917 = MDR 2006, 99 = DNotZ 2006, 137 = WM 2005, 2043 = BB 2005, 2430 = DB 2005, 2401 = Rpfleger 2006, 80 = NZG 2005, 968.

5 Die Abfindung des auszuschließenden Gesellschafters⁴⁵⁰

Unabhängig davon, ob ein Ausschluss eines Gesellschafters auf einem wichtigen Grund beruht und/oder ob der Ausschluss im Gesellschaftsvertrag geregelt ist,⁴⁵¹ ist dem auszuschließenden Gesellschafter (unter der Annahme, dass ein Ausschluss als zulässig erachtet wird) zwingend eine Abfindung für den Verlust seines Anteils an der GmbH zu zahlen.⁴⁵² Dabei bedarf es nicht zwingend der Festlegung der Abfindung durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung.⁴⁵³ Ein besonderes Augenmerk des nächsten Kapitels liegt daher auf der Höhe der zu zahlenden Abfindung und der Finanzierung des Abfindungsbetrags.

5.1 Die Höhe der Abfindung

Betreffend die Höhe der Abfindung bzw etwaigen Beschränkungen dieser muss unterschieden werden, ob es eine diesbezügliche Regelung im Gesellschaftsvertrag gibt oder nicht.⁴⁵⁴

5.1.1 Die Höhe der Abfindung bei Fehlen von einer gesellschaftsvertraglichen Bestimmung

Fehlt es an einer einschlägigen Regelung im Gesellschaftsvertrag, so richtet sich die Höhe des Anspruchs des auszuschließenden Gesellschafters nach dem vollen (wirtschaftlichen) Wert seines Anteils an der GmbH.⁴⁵⁵ Dies ergibt sich dem Gedanken nach aus § 137 UGB, der die Ansprüche des auszuscheidenden Gesellschafters aus der Personengesellschaft regelt.⁴⁵⁶ Es liegen keine Gründe vor, von einer derartigen Abfindungshöhe in der GmbH abzugehen.⁴⁵⁷ Grund-

⁴⁵⁰ Auf Ausführungen zur Abfindung aufgrund des GesAusG sowie der Kaduzierung wird im Zuge dieser Masterarbeit verzichtet. Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher auf die Ausschlussmöglichkeiten, die in den vorherigen Kapiteln näher erläutert wurden.

⁴⁵¹ Unter der Annahme, dass ein Ausschluss in diesen Fallkonstellationen als zulässig erachtet wird.

⁴⁵² Dies werde durch zB § 137 Abs 2 UGB, § 2 Abs 2 Z 3 UmwG, §§ 9 Abs 1 und 11 Abs 1 SpaltG belegt, so *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17; ua auch *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 133; für Deutschland mit gleichen Grundsätzen wie in Österreich *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 41.

⁴⁵³ Ausdrücklich *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ § 34 Rz 46.

⁴⁵⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17 f.

⁴⁵⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17; für Deutschland *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ § 34 Rz 46.

⁴⁵⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17.

⁴⁵⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17.

sätzlich darf (sofern nichts anderes vereinbart wurde) der Ausschluss nicht zu einem vermögensrechtlichen Nachteil des Gesellschafters führen, dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der betroffene Gesellschafter seinen Ausschluss nicht zwingend schuldhaft verursacht haben muss.⁴⁵⁸ Folglich hat der Ausschluss keinen Strafcharakter.⁴⁵⁹

Der Wert des Anteils des auszuschließenden Gesellschafters ist für den Tag des Ausschlusses zu ermitteln.⁴⁶⁰ Maßgeblich ist beim Ausschluss durch Klage der Tag der Klageeinbringung.⁴⁶¹ Wird im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafterbeschluss zum Ausschluss des Gesellschafters vorgesehen, so ist der Tag des Gesellschafterbeschlusses maßgeblich.⁴⁶² *Leopold*⁴⁶³ führt in Übereinstimmung mit der hRsp⁴⁶⁴ aus, dass der Wert des Geschäftsanteils direkt und nicht analog zu § 137 Abs 2 UGB zu ermitteln ist,⁴⁶⁵ da im GmbH-Recht aufgrund der Übertragbarkeit der Anteile eine Ermittlung des Marktwertes des Geschäftsanteils in Anlehnung an § 306 ABGB möglich ist. Daher ist der in einem fiktiven Verkaufsfall zu erhaltende Wert heranzuziehen (objektiver Verkehrswert).⁴⁶⁶ Darüber hinaus ist § 137 Abs 2 UGB auf die Auflösung aus personenbezogenen Gründen ausgelegt, welche den Regelungen der GmbH grundsätzlich fremd ist, und daher nicht zur Anwendung kommen soll.⁴⁶⁷ Demgegenüber sieht *Rauter*⁴⁶⁸ eine Anwendung des § 1203 Abs 2 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB, der mit § 137 Abs 2 UGB ident ist, als zulässig an.

⁴⁵⁸ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 885 f; *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 2.

⁴⁵⁹ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5.

⁴⁶⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17; *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 3; *Sosnitzer* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 41.

⁴⁶¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17; *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 3.

⁴⁶² *Sosnitzer* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 41; näheres zum Gesellschafterbeschluss auch in Kapitel 6.2.1.

⁴⁶³ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 3; mit Verweis auf § 137 Abs 2 UGB, *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17.

⁴⁶⁴ RIS-Jusitz RS001180023.

⁴⁶⁵ „Dem ausscheidenden Gesellschafter ist in Geld auszuzahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhielt, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Der Wert des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.“

⁴⁶⁶ *Gurmann/Sakowitsch*, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, GeS 2008, 136 (139); *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 3; *Umlauf*, Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, GesRZ 2009, 4 (4).

⁴⁶⁷ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 3.

⁴⁶⁸ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 134.

Der Verkehrswert ergibt sich aus der Bewertung der gesamten Gesellschaft.⁴⁶⁹ Trotz mangelnder gesetzlicher Festlegung⁴⁷⁰ der Bewertungsmethode wird sowohl in der Lehre als auch in der Rsp angenommen, dass die Ertragswertmethode zur Wertermittlung heranzuziehen ist und nicht die Substanzwertmethode.⁴⁷¹ Hierbei handelt es sich nach Ansicht des OGH jedoch vielmehr um ein Problem der Betriebswirtschaftslehre.⁴⁷²

Die Unterscheidung zwischen indirekter und direkter Berechnung ist insb für Abschläge, die zu berücksichtigen sind, wichtig.⁴⁷³ So sind bei indirekter Berechnungsmethode nur „entity-level-discounts“, bei direkter Berechnung auch sog „shareholder-level-discounts“ (wie bspw ein Fungibilitätsabschlag und ein Minderheitenabschlag) zu berücksichtigen.⁴⁷⁴

5.1.2 Die Abfindung durch Regelung im Gesellschaftsvertrag

Anerkannt ist, dass die Höhe der Abfindung durch gesellschaftsvertragliche Regelung festgelegt werden kann. Für die Zulässigkeit der Ausgestaltung der Abfindungsklausel spricht das Bedürfnis der Selbstbestimmung in der GmbH.⁴⁷⁵ Gerade bei kleinen Gesellschaften besteht überdies das praktische Bedürfnis einfache Regelungen zur Ermittlung der Abfindung vorzusehen.⁴⁷⁶ Zu beachten ist dennoch, dass die ökonomische Bedeutung von Abfindungsklauseln nicht zu unterschätzen ist.⁴⁷⁷

5.1.3 Beschränkungen der Abfindung durch Regelung im Gesellschaftsvertrag

Eine Reduktion des Abfindungsbetrags (unter den Verkehrswert) wird als zulässig anerkannt.⁴⁷⁸ Ein gänzlicher Ausschluss der Abfindung ist im Hinblick auf die so erfolgte Enteignung als nicht zulässig anzusehen.⁴⁷⁹ So sind nach hRsp auch Regelungen, die die Abfindung festlegen,

⁴⁶⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 134; OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80 SZ 53/172 = JBl 1981,545 = EvBl 1981/72 S 238 = GesRZ 1981,44.

⁴⁷⁰ RIS-Justiz RS0010087.

⁴⁷¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 17; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 134; aufgrund der Orientierung am erwarteten Nutzen, OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80 SZ 53/172 = JBl 1981, 545 = EvBl 1981, 238 = GesRZ 1981, 44.

⁴⁷² RIS-Justiz RS0010087.

⁴⁷³ *Leopold in U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 3.

⁴⁷⁴ *Leopold in U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 3.

⁴⁷⁵ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 512.

⁴⁷⁶ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 512.

⁴⁷⁷ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 512.

⁴⁷⁸ *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 134/1.

⁴⁷⁹ RIS-Justiz RS0059745.

unzulässig und unwirksam, „soweit sie mit zwingenden gesetzlichen Vorschriften oder außergesetzlichen Regeln unvereinbar sind“.⁴⁸⁰

In der Praxis haben sich verschiedene Möglichkeiten entwickelt, eine Beschränkung der Abfindung im Gesellschaftsvertrag vorzusehen.⁴⁸¹ Praktisch üblich ist die Festlegung von Buchwertklauseln.⁴⁸² Unter Buchwertklauseln sind vertragliche Vereinbarungen zu verstehen, die für die Abfindung des Anteils den in der Bilanz ausgewiesenen Betrag vorsehen.⁴⁸³ Bei diesen liegt – in Anlehnung an die Zulässigkeit von Abfindungsbeschränkungen im Personengesellschaftsrecht – Sittenwidrigkeit vor, wenn diese eine unangemessen niedrige Abfindung zur Folge hätten.⁴⁸⁴ Prüfungszeitpunkt der Klausel ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.⁴⁸⁵ In Folge dessen besteht zwischen dem Abfindungsbetrag und dem Wert der Einlage zumeist kein Missverhältnis.⁴⁸⁶ Eine gerichtliche Anpassung der Abfindungshöhe ist nur zulässig, sofern die geringere Buchwertklausel vereinbart wurde, um den Ausschluss des Gesellschafters zu sanktionieren.⁴⁸⁷

Neben Buchwertklauseln bestehen auch Substanzwert- und Nennwertklauseln.⁴⁸⁸ Darüber hinaus können auch Klauseln, die ertragswertorientierte Bewertungsmethoden vorsehen, vereinbart werden. Diesbezüglich sind insb Klauseln, die die Ertragswertmethode oder das Discounted Cashflow-Verfahren zur Berechnung der Abfindungshöhe vorsehen, praktisch relevant.⁴⁸⁹ Wird auf ein Wertermittlungsverfahren außerhalb des Gesellschaftsvertrags verwiesen, so ist durch Auslegung zu klären, ob der Verweis dynamisch oder statisch auszulegen ist.⁴⁹⁰ Für die erste Variante ist die Grundlage der Zeitpunkt des Ausschlusses, während die zweite Variante als Bezugspunkt den Zeitpunkt der gesellschaftsvertraglichen Regelung annimmt.⁴⁹¹

⁴⁸⁰ RIS-Jusitz RS0034714.

⁴⁸¹ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 135/4.

⁴⁸² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 18; wohingegen diese in der Firmenbuchpraxis zum Teil abgelehnt werden, so *Keller*, Zur Ermittlung des Abtretungs- bzw Übernahmepreises bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 2012, 894 (849).

⁴⁸³ *Jennewein*, Buchwertklausel, in RDB Keywords¹ (Stand 15. 02. 2022, rdb.at).

⁴⁸⁴ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze Out Rz 512; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 18; *U. Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, *JB1* 2011, 762 (767).

⁴⁸⁵ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 89; *Rüffler*, *wbl* 2008, 359 ff.

⁴⁸⁶ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 89; *Rüffler*, *wbl* 2008, 359 ff.

⁴⁸⁷ *U. Torggler*, *JB1* 2011, 767.

⁴⁸⁸ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 135/4.

⁴⁸⁹ Zusammenfassend hierzu *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 135/4.

⁴⁹⁰ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 134/1; *Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, *wbl* 2008, 353 (360).

⁴⁹¹ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 134/1; *Rüffler*, *wbl* 2008, 360.

Die Sittenwidrigkeit von Abfindungsbeschränkungen nach § 879 Abs 1 ABGB liegt bei Drittbeeinträchtigung iS einer Gläubigerbenachteiligung⁴⁹² vor, sofern diese Beschränkung nur bei Pfändung des Gesellschaftsanteils oder Konkurs des auszuschließenden Gesellschafters gilt.⁴⁹³ Keine Sittenwidrigkeit liegt wiederum vor, wenn die Abfindungsbeschränkung auch für andere Fälle des Ausschlusses vereinbart wird.⁴⁹⁴ Auch die Normierung einer von Beginn an nicht werthaltigen Abfindung, die im Zuge des Ausschlusses an den auszuschließenden Gesellschafter gezahlt werden muss, ist im Rahmen der Sittenwidrigkeitskontrolle als problematisch anzusehen.⁴⁹⁵

Auch eine Ungleichbehandlung der Gesellschafter begründet die Sittenwidrigkeit, sofern nicht Umstände vorliegen, die eine derartige Ungleichbehandlung der Gesellschafter rechtfertigen.⁴⁹⁶ Der Teil der Lehre, der den Ausschluss ohne Grund nur bei einem Gesellschafter mit einem Geschäftsanteil von bis zu 10 % als zulässig erachtet,⁴⁹⁷ führt aus, dass Buchwertklauseln aufgrund der Wertungen des GesAusG bzw des UmwG in einem derartigen Fall unzulässig sind.⁴⁹⁸ Gleiches müsste allerdings – sofern man die Zulässigkeit des Ausschlusses ohne wichtigem Grund bejaht – auch für andere Fälle des grundlosen Ausschlusses gelten.

In besonderen Fällen kann der gänzliche Ausschluss der Abfertigung bejaht bzw zumindest in Betracht gezogen werden; so bei Tod des Gesellschafters, Mitarbeiter- und Managerbeteiligungsmodellen⁴⁹⁹ sowie bei wichtigen Gründen, die dem Einlagenverzug ähnlich sind.⁵⁰⁰

⁴⁹² Gleiches hat auch bei Beeinträchtigung von Pflichtteilsberechtigten zu gelten, so *Umfahrer*, Übertragung und Abfindung von GmbH-Anteilen, GesRZ 2010, 320 (323 f).

⁴⁹³ OGH 15.04.2007, 6 Ob 142/05h RWZ 2007, 135 (*Wenger*) = GesRZ 2007, 148 = GeS 2007, 186 (*Fantur*) = wbl 2007/155 ecolex 2007, 527 = GesRZ 2007, 258 (*Höller*) = ZIK 2007, 130 = RdW 2007, 473 = NZ 2007, 379 = GesRZ 2009, 4 (*Umlauf*) = SZ 2007/33 = HS 38.024 = HS 38.112 = HS 38.144 = HS 38.151 = HS 38.185 = HS 38.315 = NZ 2019,441 (*Schopper/Walch*).

⁴⁹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 18; *Rüffler*, wbl 2008, 360; OGH 15.04.2007, 6 Ob 142/05h RWZ 2007, 135 (*Wenger*) = GesRZ 2007, 148 = GeS 2007, 186 (*Fantur*) = wbl 2007/155 ecolex 2007, 527 = GesRZ 2007, 258 (*Höller*) = ZIK 2007, 130 = RdW 2007, 473 = NZ 2007, 379 = GesRZ 2009, 4 (*Umlauf*) = SZ 2007/33 = HS 38.024 = HS 38.112 = HS 38.144 = HS 38.151 = HS 38.185 = HS 38.315 = NZ 2019,441 (*Schopper/Walch*).

⁴⁹⁵ *U. Torggler*, JBl 2011, 767.

⁴⁹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 18.

⁴⁹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; ebenso *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 89.

⁴⁹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 18.

⁴⁹⁹ Es handelt sich hierbei bspw um einen Teil des Entgelts des Geschäftsführers, dieser hat im Normalfall eine starke Verhandlungsposition im Unternehmen, so *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 89.

⁵⁰⁰ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 135.

Als zulässig zu erachten ist, dass Abfindungsbeschränkungen im Zuge einer ergänzenden Vertragsauslegung angepasst werden.⁵⁰¹ Sofern sich ein erheblicher Unterschied zwischen dem Verkehrswert und der festgelegten Abfindung ergibt, wird nach deutscher Rsp die Abfindungshöhe dahingehend angepasst, dass eine Abfindung in der Höhe, die die Gesellschafter nach Kenntnis der momentanen Wertentwicklung des Einzelfalls vereinbart hätten, zu leisten ist.⁵⁰² In Österreich kann die gleiche Annahme mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs begründet werden.⁵⁰³ Dies sollte auf Extremfälle eingeschränkt werden, da die Festlegung eines Abfindungsbetrags gerade die Rechtssicherheit bezwecken soll und zumeist Wertsteigerungen, wie bspw durch stille Reserven und den Firmenwert, vorhersehbar sind und daher in gewollter Weise nicht berücksichtigt werden.⁵⁰⁴ Einer ergänzenden Vertragsauslegung bedarf es daher nicht.⁵⁰⁵

Ist eine Abfindungsklausel nur zum Teil unwirksam, so ist grundsätzlich von einer Teilnichtigkeit dieser Klausel auszugehen.⁵⁰⁶ Die Anwendung von § 934 ABGB, der die Verkürzung über die Hälfte regelt, ist dagegen nicht anwendbar.⁵⁰⁷

5.2 Die Finanzierung der Abfindung

Ebenso wie bei der Höhe der Abfindung und etwaigen Beschränkungen muss bei der Finanzierung der Abfindung unterschieden werden, ob es eine diesbezügliche Regelung im Gesellschaftsvertrag gibt oder nicht.⁵⁰⁸

⁵⁰¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 18.

⁵⁰² BGH 24.05.1993, II ZR 36/92 NJW 1993, 2101 = NJW-RR 1993, 1381 = ZIP 1993, 1160 = MDR 1993, 854 = WM 1993, 1412 = BB 1993, 1391 = DB 1993, 1614.

⁵⁰³ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 89; *Rüffler*, wbl 2008, 362.

⁵⁰⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 18; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 89.

⁵⁰⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 18; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 89.

⁵⁰⁶ OGH 15.04.2007, 6 Ob 142/05h RWZ 2007, 135 (*Wenger*) = GesRZ 2007, 148 = GeS 2007, 186 (*Fantur*) = wbl 2007/155 *ecolex* 2007, 527 = GesRZ 2007, 258 (*Höllner*) = ZIK 2007, 130 = RdW 2007, 473 = NZ 2007, 379 = GesRZ 2009, 4 (*Umlauf*) = SZ 2007/33 = HS 38.024 = HS 38.112 = HS 38.144 = HS 38.151 = HS 38.185 = HS 38.315 = NZ 2019,441 (*Schopper/Walch*).

⁵⁰⁷ *Kalss*, Die mangelnde Anwendbarkeit der *laesio enormis* auf einen Aufgriffspreis im Gesellschaftsvertrag eines Familienunternehmens, GesRZ 2013, 244 (247); *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 135/2.

⁵⁰⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 19 f.

5.2.1 Die Finanzierung der Abfindung ohne Regelung im Gesellschaftsvertrag

Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Regelung vor, wie die Abfindung beim Gesellschafterausschluss zu finanzieren ist, so können sich diverse Probleme ergeben. *Koppensteiner*⁵⁰⁹ sieht die GmbH, als Inhaberin des Gesellschaftsvermögens, als primäre Abfindungsgegnerin. Unabhängig davon, wer die Abfindung letztendlich zu finanzieren hat, müssen die Bestimmungen der §§ 81 und 82 GmbHG (Verbot der Einlagenrückgewähr) beachtet werden, sodass die Gesellschaft den Anteil des auszuschließenden Gesellschafters nicht selbst erwerben kann.⁵¹⁰ Auch die Finanzierung aus dem Vermögen der Gesellschaft ist, sofern keine Kapitalherabsetzung vorliegt,⁵¹¹ nicht zulässig.⁵¹² Dies hat selbst dann zu gelten, wenn die Gesellschaft über freie Rücklagen verfügt, die sie zur Finanzierung der Abfindung auflösen könnte.⁵¹³

*Leopold*⁵¹⁴ führt unter Bezugnahme auf den Erwerb eigener Anteile nach § 81 Satz 3 GmbHG aus, dass eine analoge Anwendung auf den Ausschluss eines Gesellschafters (aus wichtigem Grund) als zulässig anzusehen ist. Zu beachten ist bei dieser Ansicht, dass die Abfindung auch als Gewinn ausgeschüttet werden könnte, da genügend Eigenkapital vorhanden ist und die Stammeinlage des Gesellschafters voll eingezahlt ist.⁵¹⁵

Die Finanzierung der Abfindung im Zuge einer Kapitalherabsetzung ist grundsätzlich möglich.⁵¹⁶ Probleme können sich hierbei aufgrund des gesetzlichen Mindestkapitals sowie den Anforderungen des Verfahrens (insb der Stimmverhältnisse) ergeben, weshalb der Weg der Finanzierung der Abfindung über die Kapitalherabsetzung häufig praktisch nicht umgesetzt werden kann.⁵¹⁷ Auch die Finanzierung in Anlehnung an §§ 68 und 70 GmbHG ist nach einem Teil der

⁵⁰⁹ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 6; da eine §§ 81 f GmbHG entsprechende Regelung in Deutschland nicht existiert, ist die Gesellschaft (sofern freie Geschäftsmittel verfügbar sind) als Abfindungsschuldnerin zu erachten, so *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 41.

⁵¹⁰ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 6; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 19; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 682.

⁵¹¹ Eine Kapitalherabsetzung ist überdies zumeist nicht praktikabel, so *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 682.

⁵¹² OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 SZ 26/285.

⁵¹³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 19.

⁵¹⁴ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 6 ff, dieser spricht sich unter der Annahme, dass keine Beeinträchtigung der Interessen von Mitgesellchaftern und Gläubigern vorliegt, für die teleologische Reduktion des Begriffs „Minderheitengesellchafter“ aus; verneinend hierzu mE nach richtigerweise *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 6.

⁵¹⁵ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 6 ff.

⁵¹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 19.

⁵¹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 19; ähnlich auch *Igerz*, Ausscheiden eines Gesellchafter aus einer GmbH, SWK 1995, 62.

Lehre nicht zulässig, da diese Normen der Aufbringung des Kapitals dienen und die Finanzierung der Abfindung von deren Normzweck sohin nicht gedeckt ist.⁵¹⁸

Als jedenfalls zulässig zu betrachten ist die Möglichkeit, dass die übrigbleibenden Gesellschafter aus freien Stücken den Anteil des auszuschließenden Gesellschafters entgeltlich übernehmen.⁵¹⁹ Eine Verpflichtung zur Übernahme der Anteile ohne entsprechende Regelung würde den gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen der beteiligten Gesellschafter widersprechen.⁵²⁰ Problematisch ist in diesem Zusammenhang eine Weigerung bzw. Unfähigkeit der Gesellschafter den Anteil zu übernehmen. In einem solchen Fall kommt man zu dem Ergebnis, dass der Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden kann.⁵²¹ Allenfalls besteht die Möglichkeit, dass ein Dritter den Anteil erwirbt.

5.2.2 Die Finanzierung der Abfindung durch Regelung im Gesellschaftsvertrag

Die Finanzierung der Abfindung kann im Gesellschaftsvertrag zwingend geregelt werden.⁵²² Auch in einem solchen Fall darf aufgrund des gläubigerschützenden Zwecks nicht gegen §§ 81 und 82 GmbHG verstoßen werden.⁵²³

Zulässigerweise kann im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass die übrigbleibenden Gesellschafter den Geschäftsanteil des auszuschließenden Gesellschafters gegen Zahlung einer Abfindung übernehmen müssen.⁵²⁴ Weiter kann aus Sicht der Lehre vorgesehen werden, dass die Finanzierung der Abfindung aus dem zukünftigen Gewinn der Gesellschaft finanziert wird.⁵²⁵ In diesem Fall besteht die Leistung der Gesellschafter in einem (teilweisen) Verzicht auf den Gewinn.⁵²⁶ Ein Verstoß gegen die zwingenden Vorschriften nach

⁵¹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 19.

⁵¹⁹ *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in *Enzinger/Hügel/Dillenz* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Gesellschaftsrechts, Festschrift für Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag (1993) 275 (278); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 19; *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 6 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 682.

⁵²⁰ *Harrer* in FS Frotz 278 f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 682.

⁵²¹ *Harrer* in FS Frotz 279.

⁵²² *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 6; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 20; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 140.

⁵²³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 20; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 140.

⁵²⁴ Dies gilt auch bei Konkurs eines Gesellschafters, so *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 20.

⁵²⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 20; ob eine derartige Regelung in der Praxis vorgesehen wird, ist durchaus kritisch zu hinterfragen.

⁵²⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 20.

§§ 81 und 82 GmbHG liegt nicht vor.⁵²⁷ Auch kann der auszuschließende Gesellschafter verpflichtet werden, seinen Geschäftsanteil an einen im Gesellschaftsvertrag bestimmten Dritten zu verkaufen.⁵²⁸ Gelingt der Verkauf des Geschäftsanteils an Dritte nicht, so obliegt es wiederum den übrigen Gesellschaftern den Anteil zu erwerben.⁵²⁹

In diesem Sinne kann es wohl ebenso als zulässig erachtet werden, eine Kapitalherabsetzung zur Finanzierung der Abfindung vorzusehen.⁵³⁰ Zu beachten ist hierbei jedenfalls, dass es einer entsprechenden Satzungsänderung bedarf⁵³¹ und dass das gesetzliche Mindestkapital nicht unterschritten wird.⁵³²

5.3 Sonstige Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Abfindung

Im Zusammenhang mit der Abfindung sind auch Themen wie die Haftung und ein etwaiger Freistellungsanspruch des auszuschließenden Gesellschafters zu klären.

5.3.1 Die Haftung der verbleibenden Gesellschafter bzw der Gesellschaft

Geht man von der Zulässigkeit der Finanzierung der Abfindung durch den Erwerb eigener Anteile analog zu § 81 Satz 3 GmbHG aus,⁵³³ so scheidet eine Vormännerhaftung aus, da die Voraussetzung die Volleinzahlung der Stammeinlage des auszuschließenden Gesellschafters ist.⁵³⁴ Wird demgegenüber vorgesehen, dass die Stammeinlage des Gesellschafters für die Zulässigkeit des Ausschlusses nicht zwingend voll eingezahlt sein muss,⁵³⁵ steht dem auszuschließenden Gesellschafter nach Ansicht *Leopolds*⁵³⁶ bei Inanspruchnahme gem § 67 GmbH ein An-

⁵²⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 20.

⁵²⁸ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 6; OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95 SZ 69/37.

⁵²⁹ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 6.

⁵³⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 20; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 140.

⁵³¹ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 140.

⁵³² *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 8.

⁵³³ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 6 ff.

⁵³⁴ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 12, lediglich eine Ausfallhaftung ist möglich.

⁵³⁵ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 12; widersprechend *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 8, da dies insofern von Bedeutung ist, da die GmbH als Abfindungsschuldnerin den ausstehenden Betrag nicht von sich selbst fordern kann.

⁵³⁶ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 12.

spruch auf Sicherstellung in Höhe der ausständigen Stammeinlage gegen die anderen Gesellschafter zu. Eine teleologische Reduktion scheidet aus, da § 67 GmbHG der Kapitalaufbringung und so dem Gläubigerschutz diene.⁵³⁷

*Koppensteiner*⁵³⁸ geht beim Ausschluss eines Gesellschafters von einer Teilliquidation aus und führt aus, dass im Hinblick auf die Verteilung des Liquidationserlöses der ausscheidende Gesellschafter einen Anspruch gegenüber den Gesellschaftern, die zu wenig für den Anteil bezahlt haben, hat. Dies ergebe sich aufgrund der ungerechtfertigten Bereicherung der erwerbenden Gesellschafter.⁵³⁹ Anderes hat zu gelten, wenn ein Dritter die Anteile übernimmt.⁵⁴⁰ Kann der Anspruch des auszuschließenden Gesellschafters nicht gegen den erwerbenden Dritten durchgesetzt werden, so besteht der Anspruch gegenüber den verbleibenden Gesellschaftern der GmbH.⁵⁴¹

5.3.2 Der Freistellungsanspruch des auszuschließenden Gesellschafters

Hat der auszuschließende Gesellschafter der Gesellschaft persönliche Sicherheiten für deren Verbindlichkeiten zur Verfügung gestellt, stellt sich die Frage ob dem Gesellschafter in einem derartigen Fall ein Freistellungsanspruch, wie ihn § 1203 Abs 3 ABGB bzw § 137 Abs 3 UGB vorsehen,⁵⁴² zusteht.

Der Befreiungsanspruch bezieht sich nach Meinung *Koppensteiner/Rüfflers*⁵⁴³ auch auf jene Sicherheiten, die der auszuschließende Gesellschafter für die Sicherung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft zur Verfügung stellt. Hervorzuheben ist, dass nach dieser Ansicht die Sicherheitenstellung bei Personengesellschaften eine andere Bedeutung hat als bei Kapitalgesellschaf-

⁵³⁷ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 12.

⁵³⁸ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 8.

⁵³⁹ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 8; kritisch betreffend Bereicherungsansprüche *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 10.

⁵⁴⁰ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 8.

⁵⁴¹ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 8.

⁵⁴² “*Der ausscheidende Gesellschafter ist von den gesellschaftsbezogenen Verbindlichkeiten zu befreien, für die er den Gläubigern haftet. Ist eine Schuld noch nicht fällig, so können ihm die anderen Gesellschafter Sicherheit leisten, statt ihn zu befreien.*”

⁵⁴³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 23, damals unter Bezugnahme auf Art 7 Nr 15 Abs 4 EVHGB.

ten, da im Gegensatz zur GmbH letztlich die Gesellschafter von Personengesellschaften persönlich unbeschränkt haften.⁵⁴⁴ Dies schließt jedoch eine Anwendung des Freistellungsanspruchs in der GmbH nicht aus.⁵⁴⁵ Vielmehr ist es von Bedeutung, dass der Gesellschafter durch seinen Ausschluss, die Möglichkeit verliert, auf die Gesellschaft einzuwirken.⁵⁴⁶

Demgegenüber will *Leopold*⁵⁴⁷ einen Freistellungsanspruch nur zulassen, sofern eine vertragliche Verpflichtung zu einer Interzession vorliegt, da eine persönliche Haftung wie im Personengesellschaftsrecht nicht gegeben ist. Ein Anspruch des auszuschließenden Gesellschafters bestehe daher nur nach §§ 1002 ABGB, dh nur beim Vorliegen eines Auftragsverhältnisses, dessen Auflösung sich durch den Ausschluss des Gesellschafters ergibt.⁵⁴⁸

Jedenfalls zu beachten ist, dass die Sicherung eine eigenkapitalersetzende Funktion haben kann und daher der Anspruch nur zusteht, sofern sich ein Gesellschafter nach §§ 15 f EKEG⁵⁴⁹ regressieren könnte.⁵⁵⁰

5.4 Die Formulierung der Abfindungsklausel beim Gesellschafterausschluss

Im Einklang mit der bisherigen Ausführung können Abfindungsklauseln im Hinblick auf den Gesellschafterausschluss wie folgt formuliert werden: „*Die übrigen Gesellschafter sind verpflichtet, den Geschäftsteil des auszuschließenden Gesellschafters im Verhältnis ihrer Beteiligungsquoten zu übernehmen.*“⁵⁵¹ Wird die Ansicht vertreten, dass nicht alle übrigen Gesellschafter dem Ausschluss zustimmen müssen,⁵⁵² kann festgelegt werden, dass nur jene Gesellschafter, die für den Ausschluss gestimmt haben, den Anteil des auszuschließenden Gesellschafters übernehmen müssen.⁵⁵³

⁵⁴⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 23.

⁵⁴⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 23.

⁵⁴⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 23.

⁵⁴⁷ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 84 Rz 10.

⁵⁴⁸ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 10; zur Frage, ob § 137 Abs 3 UGB die persönliche unbeschränkte Haftung voraussetzt und daher auf Kommanditisten nicht anwendbar ist, zusammenfassend *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I⁴ § 138 Rz 31.

⁵⁴⁹ Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz – EKEG) BGBl I 92/2003.

⁵⁵⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 23, Anhang zu § 74 Rz 33.

⁵⁵¹ *Weinstich/Albl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² 182.

⁵⁵² *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 9; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 683.

⁵⁵³ *Likar/Griehser*, Muster GmbH-Gründung⁴ 51.

Im Hinblick auf die Abfindungshöhe kann vorgesehen werden, dass sich der auszuschließende Gesellschafter mit den übrigen Gesellschaftern über die Höhe der Abfindung einigen muss.⁵⁵⁴ Für den Fall, dass keine Einigung zustande kommt, kann eine weitere Vorgangsweise zur Findung der Abfindungshöhe vorgesehen werden.⁵⁵⁵ Demgegenüber ist es auch zulässig, die Höhe der Abfindung unmittelbar an den Wert des Geschäftsanteils zu knüpfen, indem der aliquote Anteil am bilanzrechtlichen Eigenkapital ermittelt wird.⁵⁵⁶ Sofern für die Ermittlung der Abfindung Kosten anfallen, kann im Gesellschaftsvertrag bspw vorgesehen werden, dass der auszuschließende Gesellschafter diese Kosten zu tragen hat.⁵⁵⁷

Auch die Festlegung des Wertermittlungsverfahrens und dessen Ermittlung durch einen Dritten ist zulässig, so etwa wenn festgelegt wird, dass *„die Abfindung nach dem Wiener Verfahren zu ermitteln [ist] und von einem Schiedsgutachter festzusetzen [ist], der inländischer beeideter Wirtschaftsprüfer und Steuerberater sein muss und auf Antrag auch nur eines Beteiligten vom Präsidenten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder Österreichs bestimmt wird.“*⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ Weinstich/Albl, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² 182.

⁵⁵⁵ Weinstich/Albl, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² 182.

⁵⁵⁶ Likar/Griehser, Muster GmbH-Gründung⁴ 51.

⁵⁵⁷ Likar/Griehser, Muster GmbH-Gründung⁴ 51.

⁵⁵⁸ Likar/Griehser, Muster GmbH-Gründung⁴ 51.

6 Die Durchführung des Gesellschafterausschlusses⁵⁵⁹

Ähnlich der Abfindung kann auch die Durchführung des Gesellschafterausschlusses im Gesellschaftsvertrag geregelt werden.⁵⁶⁰ Im nachfolgenden Kapitel wird daher erläutert, welche Möglichkeiten den Gesellschaftern offenstehen, den Ausschluss des Gesellschafters zu erreichen. Ebenso wird erörtert, wie jene Fälle zu handhaben sind, in denen der Gesellschaftsvertrag keine Prozedur für den Gesellschafterausschluss vorsieht.

6.1 Die Ausschlussklage in Anlehnung an § 1213 ABGB bzw § 140 UGB

Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Regelung betreffend die Durchführung des Ausschlusses vor, so ist eine Ausschlussklage, wie in § 140 UGB bzw § 1213 ABGB vorgesehen, einzubringen.⁵⁶¹ Bei der Ausschlussklage handelt es sich um eine Rechtsgestaltungsklage,⁵⁶² die die gesellschaftsrechtliche Zugehörigkeit des Gesellschafters zur GmbH beendet. Der Gesellschafterausschluss unterliegt einer umfassenden Kontrolle.⁵⁶³ Aus materiell-rechtlicher Sicht bedarf es nur des Vorhandenseins eines wichtigen Grundes bzw der im Gesellschaftsvertrag festgelegten Voraussetzungen.⁵⁶⁴

6.1.1 Die Aktivlegitimation bei der Ausschlussklage

Keine Einigkeit in der Lehre besteht bei der Frage, ob die Gesellschaft selbst oder die übrigen Gesellschafter klageberechtigt sind.

⁵⁵⁹ Ausführungen zur Abfindung aufgrund des GesAusG sowie der Kaduzierung wird im Zuge dieser Masterarbeit verzichtet. Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher auf die Ausschlussmöglichkeiten, die in den vorherigen Kapiteln näher erläutert wurden.

⁵⁶⁰ Ausdrücklich RIS-Justiz RS0102055, zuletzt OGH 10.06.2016, 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (*Oberndorfer/Zobl*) = GES 2016, 352 = PSR 2017,18 (*Hartlieb*).

⁵⁶¹ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2695; *Harrer*, GES 2019, 109; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21; *Leopold in U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 5; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 141; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 682 f; kritisch betrachtend *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 9.

⁵⁶² *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2695.

⁵⁶³ *Lindinger*, JBl 2014, 142 f.

⁵⁶⁴ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 10.

Der überwiegende Teil der Lehre spricht sich für die Klagebefugnis der verbleibenden Gesellschafter aus.⁵⁶⁵ Diese Ansicht basiert auf der gedachten Nähe zu § 16 Abs 2 GmbHG, der die Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund regelt. Dieser Standpunkt ist nachvollziehbar, bedenkt man, dass bei einer Abberufung eines Geschäftsführers, der zugleich auch als Gesellschafter ausgeschlossen werden soll, andernfalls unterschiedliche Kläger auftreten müssten.⁵⁶⁶ So müssten bei der Abberufung des Geschäftsführers die (anderen) Gesellschafter klagen, wohingegen beim Ausschluss des Gesellschafters, die Klagebefugnis der GmbH selbst zukommen würde.⁵⁶⁷

Für die Aktivlegitimation der übrigen Gesellschafter spricht darüber hinaus die Nähe zum Ausschluss im Personengesellschaftsrecht nach § 1213 ABGB und § 140 UGB.⁵⁶⁸ Dies ist insb seit der GesBR-Novelle 2015 relevant, da die Anwendung von § 1213 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB, sofern der Ausschluss aus wichtigem Grund nicht gesellschaftsvertraglich geregelt ist, durchwegs zu bejahen ist.⁵⁶⁹ Es bedarf mE nach im Hinblick auf die Aktivlegitimation der Ausschlussklage keiner Differenzierung zwischen dem Ausschluss bei Personengesellschaften und dem Ausschluss bei der GmbH, zumal das grundsätzliche Repräsentationsprinzip⁵⁷⁰ gerade bei der mit dem Ausschluss eines Gesellschafters eng verbundenen Abberufung des Geschäftsführers nach § 16 Abs 2 GmbHG ausdrücklich durchbrochen wird. Auch der OGH lässt in seiner Entscheidung zu 6 Ob 80/11z die Einbringung der Klage auf Ausschluss eines Gesellschafters durch die übrigen Gesellschafter zu.⁵⁷¹

Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass in Anlehnung an § 16 Abs 2 GmbHG die sich widerstrebenden Gesellschafter auf Zustimmung zu klagen sind.⁵⁷² Einen Gesellschafterbeschluss, der vor Einbringung der Klage vorgenommen wird, bedarf es nicht.⁵⁷³

⁵⁶⁵ *Harrer*, GES 2019, 109; *Kalss/Eckert*, Zivilprozessrechtliche und schiedsrechtliche Fragen um die Übertragung von GmbH-Anteilen, RdW 2007, 133 (134); *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 9; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 682 f.

⁵⁶⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21.

⁵⁶⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21.

⁵⁶⁸ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 9.

⁵⁶⁹ Näheres hierzu in Kapitel 3.4.2.

⁵⁷⁰ Bei diesem sind Rechtsstreitigkeiten im Verhältnis Gesellschafter-Gesellschaft auszutrage, dazu *Kalss/Eckert*, RdW 2007, 134.

⁵⁷¹ Ohne nähere Begründung OGH 14.09.2011, 6 Ob 80/11z GES 2011, 438 = ZUS 2011, 136 (*Knauder*) = RdW 2012, 85 = *ecolex* 2012, 145 = NZ 2012, 90 = GesRZ 2012, 129 (*Artmann*) = wbl 2012/106 = AnwBl 2012, 306.

⁵⁷² *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 9; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 683.

⁵⁷³ Dieser wäre jedenfalls nicht bindend, so *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 9; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 683, der die Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses bejaht, sofern sich nicht alle übrigen Gesellschafter an der

Demgegenüber spricht sich ein anderer Teil der Lehre dafür aus, dass die GmbH selbst klagebefugt ist.⁵⁷⁴ Für die Annahme der Aktivlegitimation der Gesellschaft an sich spricht der Charakter der GmbH als Kapitalgesellschaft und der Umstand, dass bei der Kaduzierung nach §§ 66 ff GmbHG, bei der gleichwohl der Ausschluss eines Gesellschafters begründet wird, ebenso die Gesellschaft klagebefugt ist.⁵⁷⁵ Diese Ansicht wird auch in Deutschland vertreten.⁵⁷⁶ Im Fall der Klagebefugnis der Gesellschaft bedarf es der Vertretung durch den bzw die Geschäftsführer und eines Gesellschafterbeschlusses vor Erhebung der Klage.⁵⁷⁷ Ein Gesellschafterbeschluss ist lediglich dann nicht vorgesehen, wenn in einer Zwei-Personen-GmbH ein Gesellschafter ausgeschlossen werden soll.⁵⁷⁸ In diesem Fall tritt die Gesellschaft bei der Auseinandersetzung der zwei Gesellschafter in den Hintergrund.⁵⁷⁹ Diese Ansicht ist, sofern man die Aktivlegitimation der Gesellschaft anerkennt, mE nach auch für die Ausschlussklage in Österreich zuzuerkennen.

Leopold vertritt wiederum die Ansicht, dass die Aktivlegitimation jedem einzelnen Gesellschafter zukommt.⁵⁸⁰

6.1.2 Die Wirkung des Ausschließungsurteils

Es stellt sich weiter die Frage, wie das Ausschließungsurteil mit der Abfindung des Gesellschafters zu verbinden ist.⁵⁸¹

Ausschlussklage beteiligen. Im Falle einer Ablehnung der Einbringung einer Ausschlussklage durch Gesellschafterbeschluss sind die ablehnenden Gesellschafter aufgrund ihrer Treuepflichtverletzung gleichwohl auf den Ausschluss zu klagen.

⁵⁷⁴ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2695; *Harrer* in FS Frotz 281.

⁵⁷⁵ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2695; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21.

⁵⁷⁶ *Ua Schwab*, Kündigung, Ausschluss und Einziehung in der GmbH, DStR 2012, 707 (711); *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 27.

⁵⁷⁷ *Schwab*, DStR 2012, 711.

⁵⁷⁸ BGH 20.09.1999, II ZR 345/97 NJW 1999, 3779 = ZIP 1999, 1843 = MDR 1999, 1459 = NJ 2000, 141 = WM 1999, 2163 = BB 1999, 2262 = DB 1999, 2253 = NZG 2000, 35.

⁵⁷⁹ Die Klagebefugnis der Gesellschaft bleibt weiterhin bestehen, so *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 28.

⁵⁸⁰ *Leopold* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG Anhang zu § 84 Rz 5.

⁵⁸¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21; *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 30; zu den Besonderheiten bei der Vinkulierung von Geschäftsanteilen *Umfahrer*, GesRZ 2010, 320 f.

In Deutschland ist sowohl in Teilen der Lehre als auch in der Rsp anerkannt, dass die Wirkung des Ausschließungsurteils aufschiebend bedingt ist.⁵⁸² Das Urteil muss in einem solchen Fall die dem ausscheidenden Gesellschafter zustehende Abfindung der Höhe nach festschreiben und eine Zahlungsfrist einräumen.⁵⁸³ Zu Problemen kann es hierbei kommen, wenn der auszuschießende Gesellschafter die Mithilfe bei der Ermittlung der Abfindung verzögert.⁵⁸⁴

Im Gegensatz dazu vertritt ein Teil der Lehre, dass die mangelnde Zahlung der Abfindung innerhalb der festgesetzten Zahlungsfrist als auflösende Bedingung zu qualifizieren ist.⁵⁸⁵ In diesem Fall leben die Gesellschaftsrechte des ausgeschlossenen Gesellschafters wieder auf, wenn die Abfindungszahlung nicht fristgerecht vorgenommen wurde. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass es zu Rückabwicklungsproblemen und zu komplizierten Schadenersatzfällen kommen kann.⁵⁸⁶ Demgegenüber kann auch vorgesehen werden, dass der Geschäftsanteil bis zur fristgerechten Zahlung der Abfindung noch dem ausgeschlossenen Gesellschafter zuzuordnen ist, dieser aber seine Rechte als Gesellschafter nicht mehr ausüben darf.⁵⁸⁷

Ein anderer Teil der Lehre will wiederum die Zulässigkeit der Ausschlussklage davon abhängig machen, ob die übrigen Gesellschafter sich persönlich und solidarisch dazu verpflichten, die Zahlung der geschuldeten Abfindungssumme zu übernehmen und eine Sicherheit zu leisten.⁵⁸⁸ Die Entscheidung über die Abfindung ist nach dieser Ansicht nicht Teil des Ausschlussverfahrens.⁵⁸⁹

Einige Vertreter der Lehre gehen demgegenüber davon aus, dass die Höhe der Abfindung bereits bis zum Ende des Ausschlussverfahrens geklärt sein muss.⁵⁹⁰ Der Urteilspruch hat im Ergebnis auf die Übertragung des Geschäftsanteils Zug um Zug gegen die Zahlung der Abfin-

⁵⁸² Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21; *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 30; *Goette*, Ausschließung und Austritt aus der GmbH in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 2001, 533 (539); *Schwab*, DStR 2012, 712; BGH 01.04.1953, II ZR 235/52 BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780 = MDR 1953, 247 = DNotZ 1953, 429.

⁵⁸³ *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 30.

⁵⁸⁴ *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 30.

⁵⁸⁵ Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21.

⁵⁸⁶ *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 30.

⁵⁸⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21; *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 30.

⁵⁸⁸ Die GmbH darf sich selbst nicht verpflichten, die Sicherheit (bspw durch eine Bürgschaft) zu leisten, da die Leistung aus der Sicherheit einer Rückzahlung des Stammkapitals entsprechen würde. Dies ist nach § 82 GmbHG unzulässig, so *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 684.

⁵⁸⁹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 684.

⁵⁹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21; *Harrer* in FS Frotz 280 ff.

dung (zuzüglich Zinsen) zu lauten, wobei für die Zahlung der Abfindung eine Frist einzuräumen ist.⁵⁹¹ Aus dieser Ansicht folgt, dass der betroffene Gesellschafter nicht durch das Urteil selbst auszuschließen ist, sondern dass er seine Gesellschaftsrechte aufgrund der Übertragung seines Geschäftsanteils gegen Zahlung der Abfindung verliert.⁵⁹² In diesem Fall begründet das stattgebende Urteil die spätere Wirksamkeit des Ausschlusses des Gesellschafters.⁵⁹³ Auch in diesem Fall kann es zu Verzögerungen des Ausschlusses kommen.⁵⁹⁴

Für den Fall, dass die Ausschlussklage letztendlich abgewiesen wird, ist (soweit dies möglich ist) der Zustand vor Einbringung der ursprünglichen Klage wiederherzustellen.⁵⁹⁵

6.2 Die gesellschaftsvertraglich geregelte Durchführung des Ausschlusses

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass es in der gesellschaftsrechtlichen Praxis durchaus vorkommt, dass die Zulässigkeit des Ausschlusses aus wichtigem Grund durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag festgehalten wird, ein entsprechendes Verfahren jedoch nicht vorgesehen wird. In diesem Fall kann kein gewolltes Abgehen von der Ausschlussklage angenommen werden.⁵⁹⁶

Anerkannt ist, dass es den Gesellschaftern obliegt, im Gesellschaftsvertrag die Art der Durchführung des Ausschlusses festzusetzen.⁵⁹⁷ Den Gesellschaftern steht es bei Ausgestaltung der gesellschaftsvertraglichen Regelung frei, von dem Erfordernis der Ausschlussklage abzuweichen⁵⁹⁸ bzw die Ausschlussklage näher zu regeln.

Jedenfalls unzulässig ist es, dem auszuschließenden Gesellschafter die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung seines Ausschlusses zu entziehen.⁵⁹⁹

⁵⁹¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21; *Harrer* in FS Frotz 280 ff.

⁵⁹² *Harrer* in FS Frotz 282.

⁵⁹³ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2696.

⁵⁹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21.

⁵⁹⁵ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 10.

⁵⁹⁶ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 142.

⁵⁹⁷ Ua *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 22; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 142; ebenso RIS-Justiz RS0102055.

⁵⁹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 22.

⁵⁹⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 22; für Deutschland *Goette*, DStR 2001, 539; *Schwab*, DStR 2012, 711.

6.2.1 Die Festsetzung eines Gesellschafterbeschlusses

Der OGH führt ausdrücklich an, dass ein Gesellschafterbeschluss, der den auszuschließenden Gesellschafter verpflichtet, seinen Anteil an einen Dritten abzutreten, nur insofern zulässig ist, als dass ein entsprechendes Ausschlussverfahren im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich geregelt ist.⁶⁰⁰ Einer Ausschlussklage bedarf es in einem solchen Fall nicht.⁶⁰¹ Die Möglichkeit eines Ausschlusses, der auf einem Beschluss der Generalversammlung basiert, ist nicht weiter kritisch zu betrachten, da die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung des Beschlusses weiter besteht.⁶⁰²

Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Regelung im Hinblick auf eine notwendige Mehrheit für den Gesellschafterausschluss vor, so bedarf es der Einstimmigkeit.⁶⁰³ Dem auszuschließenden Gesellschafter kommt dabei kein Stimmrecht zu.⁶⁰⁴ Ebenso kommt einem auszuschließenden Gesellschafter bei der Beschlussfassung über den gleichzeitigen Ausschluss eines anderen Gesellschafters kein Stimmrecht zu, wenn diese den Ausschlussgrund zusammen verwirklicht haben.⁶⁰⁵ Zulässig ist es, eine Senkung der notwendigen Stimmrechtsmehrheit vorzusehen, sodass die einfache Mehrheit zur Beschlussfassung genügt.⁶⁰⁶

Regelt der Gesellschaftsvertrag zwar die Möglichkeit des Gesellschafterausschlusses durch Beschluss, nicht jedoch den Zeitpunkt der Ausschlusswirkung, so ist im Zweifel die Wirkung des Ausschlusses vom Zugang der entsprechenden Erklärung an den Gesellschafter abhängig zu machen.⁶⁰⁷

⁶⁰⁰ RIS-Justiz RS0102055; unter Bezugnahme auf das Personengesellschaftsrecht RIS-Justiz RS0061940.

⁶⁰¹ *Sosnizza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 29.

⁶⁰² *Harrer*, GES 2019, 109.

⁶⁰³ RIS-Justiz RS0022281; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 683, der auf das geltende Mehrheitsprinzip in der GmbH verweist.

⁶⁰⁴ OGH 23.02.2009, 8 Ob 90/08f Jus-Extra OGH-Z 4659 = wbl 2009, 359 = RdW 2009, 468 = ecolex 2009, 494 = EvBl 2009, 663 (*Schörghofer*) = NZ 2009, 212 = GesRZ 2009, 231 (*Riedler*) = AnwBl 2010, 157.

⁶⁰⁵ OGH 23.02.2009, 8 Ob 90/08f Jus-Extra OGH-Z 4659 = wbl 2009, 359 = RdW 2009, 468 = ecolex 2009, 494 = EvBl 2009, 663 (*Schörghofer*) = NZ 2009, 212 = GesRZ 2009, 231 (*Riedler*) = AnwBl 2010, 157.

⁶⁰⁶ Wohl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 683.

⁶⁰⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 22.

Im Gegensatz zur Ausschlussklage besteht beim Ausschluss durch Gesellschafterbeschluss nicht zwingend eine Verbindung zur Abfindung, da es den Gesellschaftern offensteht, die Abfindung durch eine Begleitabrede zu sichern.⁶⁰⁸ Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag vielmehr vorsehen, wie eine derartige Ausschließungsentscheidung umzusetzen ist.⁶⁰⁹

6.2.2 Die Festsetzung einer Ausschlussklage

Neben der Festsetzung eines Gesellschafterbeschlusses kann das Erfordernis einer Ausschlussklage im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden. Auch eine nähere Konkretisierung des Verfahrens kann vorgenommen werden.⁶¹⁰

So kann festgelegt werden, dass bestimmte, übrigbleibende Gesellschafter oder die Gesellschaft selbst klageberechtigt sind oder dass der Ausschluss schon vor Zahlung der Abfindung wirkt.⁶¹¹ Die deutsche Rsp erachtet es überdies als zulässig, die Entscheidung über den Ausschluss durch ein Schiedsgericht vorzusehen.⁶¹²

6.2.3 Die Formulierung des Ausschlussverfahrens

Aus den bisherigen Erwägungen ergibt sich, dass die gesellschaftsvertragliche Regelung zur Durchführung des Gesellschafterausschlusses im Ermessen der Gesellschafter liegt.

So kann bspw das Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses geregelt werden.⁶¹³ Eine derartige Klausel kann wie folgt formuliert werden: „*Voraussetzung für den Ausschluss ist ein mit mindestens [...] % der abgegebenen Stimmen zu fassender Gesellschafterbeschluss.*“⁶¹⁴ Auch die Verbindung mit der eigentlichen Normierung des wichtigen Grundes ist als zulässig zu erachten („*Gesellschafter können durch Beschluss der Generalversammlung mit [...] Mehrheit der abgegebenen Stimmen, [...] aus wichtigen Gründen aus der Gesellschaft ausgeschlossen*

⁶⁰⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 22.

⁶⁰⁹ *Goette*, DStR 2001, 540.

⁶¹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21 f; für Deutschland *Goette*, DStR 2001, 540; *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 42.

⁶¹¹ *Sosnitza* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 42.

⁶¹² BGH 29.09.1983, III ZR 213/82 WM 1983, 1207.

⁶¹³ RIS-Justiz RS0102055.

⁶¹⁴ *Weinstich/Abbl*, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² 182.

werden.“).⁶¹⁵ Zudem ist es ratsam, ausdrücklich vorzusehen, dass dem auszuschließenden Gesellschafter kein Stimmrecht zukommt.⁶¹⁶

Auch eine nähere Ausgestaltung der Ausschlussklage ist zulässig:⁶¹⁷ „*Ein Gesellschafter kann durch Klage aller übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.*“ Weiters kann festgelegt werden, dass sich ein der Klage widerstrebende Gesellschafter auf Zustimmung zu klagen ist. Wahlweise kann auch geregelt werden, dass die Gesellschaft selbst klageberechtigt ist.

Hinsichtlich der Wirkung des Ausschließungsurteil bzw des Ausschließungsbeschlusses kann vorgesehen werden, dass der ausgeschlossene Gesellschafter verpflichtet ist, binnen einer im Gesellschaftsvertrag festgelegten Frist, seinen Gesellschaftsanteil an die übrigen Gesellschafter abzutreten.⁶¹⁸

⁶¹⁵ Likar/Griehser, Muster GmbH-Gründung⁴ 51.

⁶¹⁶ Likar/Griehser, Muster GmbH-Gründung⁴ 51; Weinstich/Albl, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag² 182.

⁶¹⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 21 f; für Deutschland Goette, DStR 2001, 540; Sosnitza in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH³ Anhang zu § 34 Rz 42.

⁶¹⁸ Likar/Griehser, Muster GmbH-Gründung⁴ 51.

7 Der „Gesellschafter“-Ausschluss aus wichtigem Grund im Rechtsformenvergleich

Nicht nur in der GmbH besteht die Notwendigkeit einen Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund vorzusehen, auch in anderen Gesellschaftsformen ist eine derartige Ausschließungsmöglichkeit ein wichtiges Thema. Dies ist aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive insb relevant, da wie in den vorherigen Kapiteln bereits hervorgehoben wurde, die ausdrückliche Regelung des Ausschlusses im Personengesellschaftsrecht durch § 140 UGB bzw § 1213 ABGB uU auch auf die GmbH anzuwenden ist.⁶¹⁹

7.1 Der Gesellschafterausschluss in der GesbR

Wie bisher erläutert wurde, besteht bei der GesbR die Möglichkeit einen unzumutbar gewordenen Gesellschafter aus wichtigem Grund nach § 1213 ABGB auszuschließen.⁶²⁰ Dies ist besonders relevant, da mit § 1175 Abs 4 ABGB ein allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts vorliegt.⁶²¹

§ 1213 ABGB sieht eine Ausschlussmöglichkeit eines Gesellschafters vor, sofern ein Umstand eintritt, bei dem die übrigen Gesellschafter berechtigt sind, die Gesellschaft nach § 1210 ABGB aufzulösen. § 1210 Abs 1 UGB verweist hierbei auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes, wobei § 1210 Abs 2 UGB hervorhebt, dass ein solcher insb vorhanden ist, *„wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird“*.⁶²²

Anderes als die nunmehrige Regelung des wichtigen Grundes sah § 1210 ABGB idF vor der GesbR-Novelle 2015 vor, dass ein Gesellschafter ausgeschlossen werden konnte, wenn die wesentlichen Bedingungen des Vertrags durch ihn nicht erfüllt wurden, über sein Vermögen ein

⁶¹⁹ Mit einem Überblick hierzu ua in den Kapiteln 3.3 und 3.4.

⁶²⁰ Aufgrund der Ähnlichkeit zwischen § 140 UGB und § 1213 ABGB kann im Hinblick auf die nähere rechtliche Ausgestaltung auf die jeweils andere Norm verwiesen werden.

⁶²¹ *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 f; *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, ecolex 2015, 300; *Walch*, RdW 2015, 78 f.

⁶²² Im Hinblick auf die weiteren Ausführungen des wichtigen Grundes kann auf die bisherigen Ausführungen zur GmbH verwiesen werden, näher hierzu in Kapitel 2.4.

Konkursverfahren eröffnet wurde oder wenn er das Vertrauen aufgrund einer gerichtlich strafbaren Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, verloren hat.⁶²³ Für Gesellschaften, die vor dem 01.01.2015 gegründet wurden, sah § 1503 Abs 5 Z 2 und Z 3 ABGB vor, die Anwendbarkeit von § 1210 aF ABGB bis zum 01.01.2022 zu erstrecken (sofern dies ein Gesellschafter bis zum 01.07.2016 gegenüber den anderen Gesellschaftern erklärt hat).⁶²⁴ Daraus folgt, dass zum gegenständlichen Zeitpunkt ausschließlich die Regelungen des § 1213 ABGB betreffend den Ausschluss eines Gesellschafters anzuwenden sind.

Der Ausschluss eines Gesellschafters steht in keinem Über- oder Unterordnungsverhältnis zur Auflösungsklage nach § 1210 ABGB, kann aber uU als gelinderes Mittel angesehen werden.⁶²⁵ Der Ausschluss muss per Klage aller übrigen Gesellschafter geltend gemacht werden.⁶²⁶ Gleich wie bei § 140 UGB können abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag, die den Ausschluss an sich sowie das Ausschlussverfahren betreffen, vorgesehen werden.⁶²⁷

7.2 Der Gesellschafterausschluss in OG und KG

§ 140 UGB sieht gleich wie § 1213 ABGB die Ausschlussmöglichkeit eines Gesellschafters (einer OG) aus wichtigem Grund vor. Im Hinblick auf die Ausgestaltung des wichtigen Grundes kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden.⁶²⁸ Dabei ist zu beachten, dass auch Verletzungen iZm Fehlverhalten bei der Geschäftsführungs- und Vertretungstätigkeit der (unbeschränkt haftenden) Gesellschafter den Ausschluss rechtfertigende Gründe darstellen können.⁶²⁹ Eine mit dem GesAusG vergleichbare Regelung wird hingegen nicht vorgesehen.

⁶²³ Ausführlich auch *Weber*, Der „wichtige Grund“ 77 ff.

⁶²⁴ *Artmann* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch - Klang-Kommentar³ (2016) § 1213 Rz 3 ff; *Merzo/Rauter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1213 Rz 4.

⁶²⁵ *Merzo/Rauter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1213 Rz 14.

⁶²⁶ *Warto* in *Kletečka/Schauer*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch ABGB-ON^{1.04} § 1213 Rz 2 (Stand 15.1.2021, rdb.at).

⁶²⁷ *Warto* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1213 Rz 11.

⁶²⁸ Näheres hierzu in Kapitel 2.4.

⁶²⁹ *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 11.

Klageberechtigt sind nach § 140 UGB grundsätzlich alle übrigen Gesellschafter.⁶³⁰ Dabei steht der Ausschlussklage nicht entgegen, dass nur ein Gesellschafter verbleibt.⁶³¹ Gleiches gilt auch für den Ausschluss des letzten Komplementärs bzw des letzten Kommanditisten.⁶³² Durch gesellschaftsvertragliche Regelungen kann sowohl der wichtige Grund abgemildert bzw erweitert werden, als auch das Ausschlussverfahren modifiziert werden. Strittig ist hingegen, ob der gänzliche Ausschluss von § 140 Abs 1 UGB zulässig ist⁶³³ und ob der Ausschluss ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes vorgesehen werden kann.⁶³⁴

Da § 161 Abs 2 UGB anordnet, dass die Regelungen der OG gleichwohl auf die KG anzuwenden sind, sofern im 2. Abschnitt des 2. Buches UGB nicht abweichende Regelungen vorhanden sind, gilt § 140 UGB auch vollumfänglich für die KG.⁶³⁵ Aufgrund der beschränkten Haftung eines Kommanditisten in der KG (gem § 161 UGB) ist anerkannt, dass höhere Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu stellen sind.⁶³⁶ Dies wird mit der geringeren Eingebundenheit des Kommanditisten im Vergleich zu einem Komplementär, der umfassende Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht hat, begründet.⁶³⁷

Für den Fall, dass keine natürliche Person unbeschränkt haftender Komplementär ist, nimmt die GmbH & Co KG durchwegs auch Züge des Kapitalgesellschaftsrechts an, so sind insb die Kapitalerhaltungsvorschriften der GmbH zu beachten.⁶³⁸ Ein Ausschluss der Komplementär-GmbH, bspw aufgrund von zurechenbaren Verfehlungen eines Geschäftsführers, ist dennoch im Rahmen des § 140 UGB als zulässig anzusehen.⁶³⁹

⁶³⁰ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 895; *Jabornegg/Artmann* in *Artmann* (Hrsg), UGB I³ § 140 Rz 42; *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 15.

⁶³¹ *Jabornegg/Artmann* in *Artmann* (Hrsg), UGB I³ § 140 Rz 5 f; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I⁴ § 140 Rz 4.

⁶³² *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 883 f; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I⁴ § 140 Rz 6.

⁶³³ *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I⁴ § 140 Rz 16.

⁶³⁴ *Jabornegg/Artmann* in *Artmann* (Hrsg), UGB I³ § 140 Rz 58.

⁶³⁵ *Jabornegg/Artmann* in *Artmann* (Hrsg), UGB I³ § 140 Rz 7; *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 6.

⁶³⁶ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 889; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I⁴ § 140 Rz 8; *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 13.

⁶³⁷ So scheiden primär auch alle Ausschlussgründe, die mit der Geschäftsführung in Verbindung zu setzen sind, aus.

⁶³⁸ *Leupold* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB³ § 140 Rz 3; kritisch *Kalss/Eckert/Schörghofer*, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? GesRZ 2009, 65 (65 ff).

⁶³⁹ *Weber*, Der „wichtige Grund“ 92.

7.3 Der Gesellschafterausschluss in der AG

Ähnlich der Kaduzierung nach § 66 GmbHG besteht auch im Recht der AG die Möglichkeit den Ausschluss eines säumigen Aktionärs vorzusehen (§ 58 Abs 1 AktG⁶⁴⁰). Hierzu bedarf es keiner ausdrücklichen Regelung in der Satzung, vielmehr genügt die mangelnde Leistung der fälligen Einlage.⁶⁴¹ Ebenso ist der Ausschluss eines Minderheitenaktionärs nach dem GesAusG zulässig.⁶⁴²

Das AktG kennt ebenso wie das GmbHG keinen Ausschluss aus wichtigem Grund.⁶⁴³ Ein derartiger Ausschluss kann in Syndikatsvereinbarungen ebenso wie in der Satzung in der Form der Zwangseinziehung von Aktien (§ 192 AktG) vorgesehen werden.⁶⁴⁴ Trotz der Möglichkeit einen Ausschluss durch Zwangseinziehung vorzusehen, wird ein solcher in der Praxis kaum vorgesehen.⁶⁴⁵ Bereits zum Zeitpunkt der Zeichnung der Aktien durch den später auszuschließenden Gesellschafter muss eine derartige Möglichkeit in der Satzung vorgesehen werden.⁶⁴⁶ Eine spätere Einführung in der Satzung bedarf der Zustimmung sämtlicher (potentiell) betroffener Gesellschafter.⁶⁴⁷ Die Einziehung der Aktien muss in der Satzung derart genau geregelt werden, dass es keiner freien Entscheidungsfindung des Vorstands bedarf.⁶⁴⁸ Die satzungsmäßige Regelung der Zwangseinziehung bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ (ohne nähere Definition des wichtigen Grundes) reicht daher nicht aus. Auch der bloße Verweis auf § 140 UGB bzw § 1213 ABGB genügt mE nach den Regulationsanforderungen nicht. Wie beim Ausschluss in der GmbH ist dem auszuschließenden Aktionär eine Abfindung in angemessener Höhe zu zahlen.⁶⁴⁹ Zur Durchführung des Ausschlusses kann ein Beschluss der Hauptversammlung vorgesehen werden.⁶⁵⁰ Ebenso muss eine sachliche Rechtfertigung des Ausschlusses vorliegen,⁶⁵¹ die bei einer Zwangseinziehung aufgrund des Verwirklichens bzw Eintretens eines wichtigen Grundes als gegeben anzusehen ist.⁶⁵²

⁶⁴⁰ Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktengesetz – AktG) BGBl 98/1965.

⁶⁴¹ Artmann in Artmann/Karollus, Kommentar zum Aktengesetz, Band I⁶ (2018) § 58 Rz 6.

⁶⁴² Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 GesAusG Rz 3.

⁶⁴³ Reich-Rohrwig, Ausschluss von Aktionären durch Zwangseinziehung ihrer Aktien, GesRZ 2011, 137 (137).

⁶⁴⁴ Reich-Rohrwig, GesRZ 2011, 138.

⁶⁴⁵ Reich-Rohrwig, GesRZ 2011, 137.

⁶⁴⁶ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktengesetz, Band I und II³ (2021) § 192 Rz 1, 4; Reich-Rohrwig, GesRZ 2011, 138.

⁶⁴⁷ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG I und II³ § 192 Rz 1, 4; Reich-Rohrwig, GesRZ 2011, 138.

⁶⁴⁸ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG I und II³ § 192 Rz 9.

⁶⁴⁹ Eingehend dazu Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG I und II³ § 192 Rz 9.

⁶⁵⁰ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG I und II³ § 192 Rz 19.

⁶⁵¹ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG I und II³ § 192 Rz 21; Reich-Rohrwig, GesRZ 2011, 140.

⁶⁵² Reich-Rohrwig, GesRZ 2011, 138 ff.

Ein darüberhinausgehender Ausschluss aus wichtigem Grund ist nicht zulässig,⁶⁵³ dies gilt insb, wenn es an einer satzungsmäßigen Regelung der Zwangseinziehung von Aktien mangelt oder eine solche ohne einen zumindest sachlichen Grund vorgesehen wird.

7.4 Der Gesellschafterausschluss in anderen Rechtsformen

Neben den eben erwähnten Gesellschaftsformen gibt es noch eine Vielzahl weiterer Rechtsformen.

Für die Genossenschaft wird in § 5 Z 4 GenG⁶⁵⁴ vorgesehen, dass der Genossenschaftsvertrag „die Bedingungen des Eintrittes der Genossenschafter, sowie die allfälligen besonderen Bestimmungen über das Ausscheiden (Austritt, Tod oder Ausschließung) derselben“ enthalten muss. Ein Ausschluss ist daher nur zulässig, sofern das Statut eine solche Maßnahme als zulässig erklärt⁶⁵⁵ und bestimmte Ausschlussgründe vorsieht.⁶⁵⁶ Der OGH verlangt eine genaue Prüfung der festgeschriebenen wichtigen Gründe, da mit dem Ausschluss ein finanzieller Nachteil des Genossenschafters verbunden ist.⁶⁵⁷ Als zulässig ist es anzusehen, dass weitere wichtige Gründe für den Ausschluss erst im Zuge des Ausschlussverfahrens hervorgebracht werden, da (außer für den Fall, dass im Genossenschaftsvertrag Gegenteiliges vorgesehen wird) der auszuschließende Genossenschafter gerade keinen Anspruch auf rechtliches Gehör hat.⁶⁵⁸ Das Verfahren über den Ausschluss des Genossenschafters kann im Genossenschaftsvertrag umfassend geregelt werden.⁶⁵⁹

Beim Verein entspricht der Gesellschafterausschluss dem Ausschluss eines Vereinsmitglieds.⁶⁶⁰ Ähnlich wie § 5 Z 4 GenG sieht § 3 Abs 2 Z 5 VereinsG⁶⁶¹ die Beendigung der Mitgliedschaft vor. Eigene gesetzliche Regelungen, die den Ausschluss eines Vereinsmitglieds

⁶⁵³ Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 58 Rz 6; ein Teil der Lehre anerkennt die subsidiäre Anwendung des § 1213 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB für personalistisch verfasste AGs, die nicht börsennotiert sind; so Artmann/Thiery, RdW 2016, 8.

⁶⁵⁴ Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (GenossenschaftsG – GenG) RGBI 70/1873 idF StGBI 328/1920.

⁶⁵⁵ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 5/114.

⁶⁵⁶ RIS-Justiz RS0059669.

⁶⁵⁷ RIS-Justiz RS0059669.

⁶⁵⁸ Keinert, Neuerlicher Ausschluss" aus Verein und Genossenschaft, insbesondere "Nachschieben" weiterer Ausschlussgründe, ecoloX 2004, 535 (535).

⁶⁵⁹ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 5/114.

⁶⁶⁰ Weber, Der „wichtige Grund“ 106.

⁶⁶¹ Bundesgesetz über Vereine (Vereinsgesetz 2002 – VerG) BGBl I 66/2002.

(aus wichtigem Grund) vorsehen, bestehen nicht.⁶⁶² Dem Verein steht es frei, die Voraussetzungen sowie das Ausschlussverfahren selbst zu gestalten.⁶⁶³ Den Vereinsmitgliedern steht es überdies frei, in den Statuten vorzusehen, dass der Verlust der Mitgliedschaft eintritt, sofern bestimmte objektiv feststellbare Gegebenheiten eintreten.⁶⁶⁴ Sehen die Statuten keine Regelung des Ausschlusses vor, so ist auf die Regelungen des ABGB zurückzugreifen.⁶⁶⁵ Als wichtiger Grund sind ua eine Verletzung von der finanziellen Verpflichtungen gegenüber dem Verein⁶⁶⁶ und die Verletzung von Loyalitätspflichten anerkannt.⁶⁶⁷ Gleich wie im Genossenschaftsrecht wird auch im Hinblick auf den Verein anerkannt, dass eine strenge Prüfung des wichtigen Grundes vorzusehen ist, da mit dem Ausschluss ein finanzieller – aber uU auch persönlicher – Nachteil des auszuschließenden Mitglieds einhergeht.⁶⁶⁸

Aufgrund des Fehlens von Gesellschaftern bei der Privatstiftung sind besondere Regelungen zum Gesellschafterausschluss in der Privatstiftung obsolet. Vereinzelt wird angenommen, dass der Verzicht auf die Stifterstellung oder der Verlust der Stellung als Begünstigter einem Ausschluss nahekommen.⁶⁶⁹

7.5 Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Vergleich zur GmbH

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass auch in anderen Gesellschaftsformen als der GmbH eine Möglichkeit zum Ausschluss eines Gesellschafters bei Verwirklichen eines den Ausschluss rechtfertigenden Grundes besteht.⁶⁷⁰

⁶⁶² *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 6/30.

⁶⁶³ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 6/30.

⁶⁶⁴ OGH 29.11.2013, 8 Ob 112/13y SZ 2013/118 = Jus-Extra OGH-Z 2014, 17 (*Schwarz*).

⁶⁶⁵ Der OGH anerkennt hierbei den Rückgriff auf § 1210 aF, sollte ein Ausschluss nicht (hinreichend genau) im Vereinsstatut geregelt sein oder keine Gründe für den Ausschluss angegeben sein. Zwar führt § 1210 ABGB aF ausdrücklich bestimmte Gründe für den Ausschluss aus wichtigem Grund an, durch die GesbR-Novelle 2015 § 1213 ABGB wird unter Verweis auf § 1210 ABGB vorgesehen, dass ein Ausschluss zulässig ist, sofern ein wichtiger Grund vorliegt. Anzunehmen ist dennoch, dass auch nach der GesbR-Novelle eine subsidiäre Anwendung der Bestimmungen des ABGB vorgesehen wird. Zur Anwendung von § 1210 ABGB aF auf den Verein RIS-Justiz RS0022213; RIS-Justiz RS0022285.

⁶⁶⁶ *Weber*, Der „wichtige Grund“ 108.

⁶⁶⁷ RIS-Justiz RS0009151.

⁶⁶⁸ *Sprung/König*, Überprüfung und inhaltliche Voraussetzungen eines Vereinsausschlusses, RdW 1984, 226 (229).

⁶⁶⁹ *Weber*, Der „wichtige Grund“ 104 ff.

⁶⁷⁰ Vgl *Weber*, Der „wichtige Grund“ 74 ff.

Hierbei kann unterschieden werden, ob der Ausschluss wie in § 1213 ABGB und § 140 UGB unabhängig von einer (gesellschafts-)vertraglichen Festsetzung möglich ist⁶⁷¹ oder ob es zwingend einer derartigen Regelung bedarf, um einen Ausschluss aus wichtigem Grund vorzusehen. Letztere Möglichkeit ist (durchaus ähnlich zur GmbH) im Bereich der Genossenschaft⁶⁷² sowie im Zuge der Zwangseinziehung im Bereich der AG⁶⁷³ vorgesehen.

Weiter sind Unterschiede bei der Anforderung an das Vorliegen eines wichtigen Grundes bei entsprechender (gesellschafts-)vertraglicher Regelung zu erkennen. Im Bereich der GmbH ist kein allzu strenger Maßstab an die Formulierung der Ausschlussklausel zu legen, vielmehr genügt lediglich der Verweis auf § 140 UGB bzw § 1213 ABGB.⁶⁷⁴ Demgegenüber bestehen strenge Anforderungen an die Formulierung des wichtigen Grundes und der Anschlussklage bei der AG⁶⁷⁵ und der Genossenschaft.⁶⁷⁶

Wird keine Regelung eines Ausschlusses aus wichtigem Grund vorgesehen, so kann sowohl bei einem Verein⁶⁷⁷ als auch bei einer GmbH⁶⁷⁸ auf die Regelungen des ABGB (§ 1213 ABGB) zurückgegriffen werden.

⁶⁷¹ *Weber*, Der „wichtige Grund“ 77 ff.

⁶⁷² *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 5/114.

⁶⁷³ *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2011, 137.

⁶⁷⁴ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG¹ § 75 Rz 128; ähnliches gilt auch im Bereich des Personengesellschaftsrechts, so ua *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 140 UGB Rz 57, 59.

⁶⁷⁵ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG I und II³ § 192 Rz 9.

⁶⁷⁶ Es bedarf der Aufzählung der wichtigen Gründe, so RIS-Justiz RS0059669.

⁶⁷⁷ RIS-Justiz RS0022213; RIS-Justiz RS0022285.

⁶⁷⁸ Näheres hierzu in Kapitel 3.4.2.

8 Resümee

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH ein wichtiges und bedeutendes Mittel der übrigen Gesellschafter ist, sich von einem Gesellschafter ohne dessen Einverständnis zu trennen.⁶⁷⁹ Neben den gesetzlich geregelten Formen der Kaduzierung gemäß §§ 66 ff GmbHG und des Ausschlusses nach dem GesAusG ist auch der Ausschluss aus wichtigem Grund, der die Möglichkeit bietet, sich von einem unzumutbar gewordenen Gesellschafter zu trennen, von Bedeutung.⁶⁸⁰

Sowohl in der Lehre als auch in der Rsp ist heute durchwegs anerkannt, dass ein Ausschluss aus wichtigem Grund durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden kann.⁶⁸¹

Kritischer ist der Ausschluss ohne eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag zu betrachten. So spricht sich der OGH gegen die Zulässigkeit eines Ausschlusses aus, sofern keine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen wird.⁶⁸² Ebenso verneint er das Vorliegen einer planwidrige Gesetzeslücke im GmbHG.⁶⁸³ Entgegen dieser Ansicht spricht sich die heute hL für die Zulässigkeit eines derartigen Ausschlusses unter dem Hinweis darauf, dass Dauerschuldverhältnisse grundsätzlich aus wichtigem Grund lösbar sein sollten, aus.⁶⁸⁴ Bisläng wurde für diese Ansicht die analoge Anwendung des § 140 UGB befürwortet.⁶⁸⁵ Seit dem GesbR-Reformgesetz 2015 ist jedoch die subsidiäre Anwendbarkeit von § 1213 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB zu befürworten.⁶⁸⁶ Abzuwarten bleibt an dieser Stelle, ob der OGH durch das GesbR-Reformgesetz 2015 von seiner bisherigen Judikaturlinie abweichen wird.

Auch der Ausschluss ohne wichtigen Grund ist trotz der vorherrschenden Privatautonomie⁶⁸⁷ kritisch zu betrachten. So wird ein derartiger Ausschluss überwiegend nur in Anbetracht von besonderen Umständen, wie dem Vorhandensein einer sachlichen Rechtfertigung oder der besonderen Stellung eines Gesellschafters, bejaht.⁶⁸⁸ Eine derartige Hinauskündigungsmöglich-

⁶⁷⁹ Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht² Rz 1060.

⁶⁸⁰ Näheres hierzu ua in Kapitel 2.4.2.

⁶⁸¹ Näheres hierzu ua in Kapitel 2.2.2.

⁶⁸² RIS-Justiz RS0060209.

⁶⁸³ OGH 25.09.2001, 4 Ob 216/01w.

⁶⁸⁴ Ua *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 2691; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 13; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 73.

⁶⁸⁵ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 5; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 73.

⁶⁸⁶ *Walch*, RdW 2015, 80.

⁶⁸⁷ *Gehrlein*, NJW 2005, 1973 f; *Lindinger*, JBl 2014, 139 ff.

⁶⁸⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anhang zu § 71 Rz 15; *Nassall*, NZG 2008, 854 f; *Rüffler in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 77.

keit sollte im Hinblick auf die Grenzen der Sittenwidrigkeit und der Möglichkeit, einen unliebsamen Gesellschafter jederzeit auszuschließen, jedenfalls nur eingeschränkt als zulässig erachtet werden.

Unabhängig davon, ob es sich um einen Ausschluss aus wichtigem Grund handelt oder dieser im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, bedarf es für die Zulässigkeit des Ausschlusses zwingend einer ordnungsgemäßen Durchführung des Gesellschafterausschlusses und der Zahlung einer Abfindung an den betroffenen Gesellschafter. Den Gesellschaftern bleibt es hierbei selbst überlassen, sowohl Regelungen betreffend das Verfahren des Ausschlusses und die Abfindung näher auszugestalten.⁶⁸⁹

Um Unklarheiten und etwaige Unzulässigkeiten des Ausschlusses eines Gesellschafters vorzubeugen, ist es jedenfalls ratsam, die Möglichkeit des Ausschlusses, Umstände, bei deren Eintreten ein Ausschluss als zulässig zu erachten ist, sowie weitere Regelungen, die den Ablauf des Gesellschafterausschlusses betreffen, vorzusehen.

⁶⁸⁹ Näheres hierzu in Kapitel 5 und 6.

Literaturverzeichnis

Beiträge:

- Artmann*, Voraussetzungen einer Ausschlussklage gegen den GmbH-Gesellschafter, Auflösung eines Syndikatsvertrages aus wichtigem Grund, *GesRZ* 2012, 129.
- Artmann/Thiery*, GesbR neu - Auswirkungen für die Praxis? *RdW* 2016, 3.
- Brugger/Schopper*, Keine Anwendung von § 1184 Abs 2 auf die GmbH und AG, *NZ* 2015, 405.
- P. Bydlinski*, (Form-)Fragen bei der Kaduzierung von GmbH-Geschäftsanteilen (§ 66 GmbHG), *JB1* 2002, 703.
- Elsner*, Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, *ecolex* 1995, 175.
- Fitz/Roth*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, *JB1* 2004, 205.
- Gehrlein*, Neue Tendenzen zum Verbot der freien Hinauskündigung eines Gesellschafters, *NJW* 2005, 1969.
- Goette*, Ausschließung und Austritt aus der GmbH in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, *DStR* 2001, 533.
- Gurmann/Sakowitsch*, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, *GeS* 2008, 136.
- Harrer*, Die nicht konsensuale Beendigung der Mitgliedschaft, *GES* 2019, 107.
- Harrer*, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, *wbl* 2015, 121.
- Igerz*, Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer GmbH, *SWK* 1995, 62.
- Kalss*, Die mangelnde Anwendbarkeit der *laesio enormis* auf einen Aufgriffspreis im Gesellschaftsvertrag eines Familienunternehmens, *GesRZ* 2013, 244.
- Kalss*, Zur Zulässigkeit eines Hinweises auf einen Syndikatsvertrag in einem GmbH-Vertrag, *GesRZ* 2013, 344.
- Kalss/Deutsch*, Der Gesellschafterausschluss auf dem Prüfstand des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, *ÖZW* 2019, 26.
- Kalss/Eckert*, Zivilprozessrechtliche und schiedsrechtliche Fragen um die Übertragung von GmbH-Anteilen, *RdW* 2007, 133.
- Kalss/Eckert/Schörghofer*, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? *GesRZ* 2009, 65.
- Keinert*, Neuerlicher Ausschluss" aus Verein und Genossenschaft, insbesondere "Nachschieben" weiterer Ausschlussgründe, *ecolex* 2004, 535.
- Keller*, Zur Ermittlung des Abtretungs- bzw Übernahmepreises bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 2012, 894.
- Koppensteiner*, Ausschluss und Austritt bei der GmbH, *GesRZ* 2013, 4.

- Koppensteiner*, Die GesBR neuer Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, wbl 2015, 301.
- Lindinger*, Die Irrungen des Damokles, JBl 2014, 137.
- Nassall*, Fort und Hinaus – Zur Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln in Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften und Satzungen von GmbH, NZG 2008, 851.
- Nowotny*, Richterliche Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht, GES 2020, 13.
- Oelkers*, Mindestkapital und Nennkapital - Leistungskraft für den Gläubigerschutz (Teil I), GesRZ 2004, 360.
- Reich-Rohrwig*, 100 Jahre GmbH-Gesetz, ecolex 2006, 288.
- Reich-Rohrwig*, Zum Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund; Kapitalerhöhung: Kein Anspruch des übergangenen Gesellschafters auf neuen Geschäftsanteil, ecolex 2007, 262.
- Reich-Rohrwig*, Ausschluss von Aktionären durch Zwangseinziehung ihrer Aktien, GesRZ 2011, 137.
- Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Die Reform der GesbR (Teil I), ecolex 2015, 296.
- Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, wbl 2008, 353.
- Schwab*, Kündigung, Ausschluss und Einziehung in der GmbH, DStR 2012, 707.
- Sprung/König*, Überprüfung und inhaltliche Voraussetzungen eines Vereinsausschlusses, RdW 1984, 226.
- Stefanink/Punte*, Der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH, GWR 2018, 403.
- U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185.
- U. Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBl 2011, 762.
- Umfahrer*, Formfragen bei Abänderung des GmbH-Vertrages, ecolex 1996, 99.
- Umfahrer*, Übertragung und Abfindung von GmbH-Anteilen, GesRZ 2010, 320.
- Umlauf*, Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, GesRZ 2009, 4.
- Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesbR-Reform, RdW 2015, 78.
- Weber*, Der „wichtige Grund“ zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts, GesRZ 2016, 306.

Selbstständige Werke und Kommentare:

- Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz, Band I⁶ (2018).
- Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht² (2020).

Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, Band I und II³ (2021).

Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007).

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch - Klang-Kommentar³ (2016).

Foglar-Deinhardstein/Feldscher, Scheiden tut weh? – Ausscheiden und Ausschluss von Gesellschaftern im Kapitalgesellschaftsrecht, in *Adensamer/Mitterecker* (Hrsg), Gesellschafterstreit (2021).

Fritz/Gratzl in *Fritz/Gratzl* (Hrsg), Mustersammlung zum GmbH-Recht, Band III² (2018).

Gall/Potyka/Winner, Squeeze Out - Der Gesellschafterausschluss bei AG und GmbH (2006).

Harrer, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in *Enzinger/Hügel/Dilenz* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Gesellschaftsrechts, Festschrift für Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag (1993).

Jabornegg/Artmann in *Artmann* (Hrsg), Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, Band 1³ (2019).

Kalss, Kommentar zur Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung einschließlich internationaler Verschmelzung und Gesellschafterausschluss³ (2021).

Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017).

Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH - Möglichkeiten und Grenzen (2005).

Koppensteiner/Rüffler, Kommentar zum GmbH-Gesetz³ (2007).

Leb, Vorsorge im unternehmens- und gesellschaftsrechtlichen Bereich, in *Leb* (Hrsg), Unternehmen und Ehe² (2021).

Likar/Griehser, Muster zur GmbH-Gründung⁴ (2019).

Lotz, Der Gesellschafterausschluss aus der GmbH: Möglichkeiten und Grenzen der Satzungsgestaltung (2016).

Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, Kommentar zum Gesetz betreffend die GmbH³ (2017).

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung (1983).

Rummel/Lukas, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2019).

Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, Band I⁴ (2020).

U. Torggler (Hrsg), Kurzkomentar zum GmbH-Gesetz (2014).

U. Torggler (Hrsg), Kurzkomentar zum Unternehmensgesetzbuch¹ (2013).

Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, in *Schopper* (Hrsg), Innsbrucker Schriften zum Unternehmensrecht – Band 4 (2014).

Weber, Der „wichtige Grund“ für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung (2016).

Weber, Die Auflösung gesellschaftsvertraglicher Rechtsverhältnisse aus „wichtigem Grund“, in *Adensamer/Mitterecker* (Hrsg), *Gesellschafterstreit* (2021).

Weinstich/Albl, *Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag*² (2021).

Onlinewerke und sonstige Onlinebeiträge:

Arlt, Ausschlussklage, in RDB Keywords¹ (Stand 03. 03. 2022, rdb.at).

Brugger, Mindestkapital, in RDB Keywords¹ (Stand 11. 10. 2021, rdb.at).

Jennwein, Buchwertklausel, in RDB Keywords¹(Stand 15. 02. 2022, rdb.at).

Kletečka/Schauer, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch ABGB-ON^{1.04} (Stand 15.1.2021, rdb.at).

Rauter, Gesellschaftsvertrag (GmbH), in RDB Keywords¹ (Stand 11. 10. 2021, rdb.at).

Völkl/Khamis, Kaduzierung, in RDB Keywords¹ (Stand 11. 10. 2021, rdb.at).

Judikaturverzeichnis

OGH:

OGH 10.10.1951, 3 Ob 432/51 SZ 24/269.

OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 SZ 26/285.

OGH 13.07.1956, 3 Ob 553/55 SZ 29/51.

OGH 15.03.1961, 1 Ob 35/61 EvBl 1961, 261 = JBl 1962, 319 (*Schwimann*).

OGH 05.02.1974, 4 Ob 596/73 HS 9667/2.

OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80 SZ 53/172 = JBl 1981, 545 = EvBl 1981, 238 = GesRZ 1981, 44.

OGH 10.02.1988, 3 Ob 595/86 SZ 61/33 = RdW 1988, 197 = NZ 1989, 17 = wbl 1988, 198 = GesRZ 1988.

OGH 13.12.1988, 4 Ob 631/88 SZ 61/269 = EvBl 1989/105 = RdW 1989/127.

OGH 27.10.1992, 5 Ob 1574/92 (5 Ob 1575/92) EvBl 1993, 635 = WBl 1993, 194 = RZ 1994, 88 = RdW 1993, 109.

OGH 22.02.1996, 6 Ob 657/95 SZ 69/37.

OGH 23.03.1999, 1 Ob 340/98a.

OGH 25.09.2001, 4 Ob 216/01w.

OGH 25.09.2003, 2 Ob 189/01k ÖJZ-LSK 2004/13 = RdW 2004, 90 = ecolex 2004, 112 (*Reich-Rohrwig*) = wbl 2004, 144 = Jus-Extra OGH-Z 3693 = RWZ 2004, 161 (*Seicht*).

OGH 01.12.2005, 2 Ob 122/05p Zak 2006, 76.

OGH 15.04.2007, 6 Ob 142/05h RWZ 2007, 135 (*Wenger*) = GesRZ 2007, 148 = GeS 2007, 186 (*Fantur*) = wbl 2007/155 ecolex 2007, 527 = GesRZ 2007, 258 (*Höller*) = ZIK 2007, 130 = RdW 2007, 473 = NZ 2007, 379 = GesRZ 2009, 4 (*Umlauf*) = SZ 2007/33 = HS 38.024 = HS 38.112 = HS 38.144 = HS 38.151 = HS 38.185 = HS 38.315 = NZ 2019, 441 (*Schopper/Walch*).

OGH 30.07.2007, 2 Ob 284/05m ecolex 2007, 943 = RdW 2008, 145 = HS 38.035 = HS 38.148.

OGH 23.02.2009, 8 Ob 90/08f Jus-Extra OGH-Z 4659 = wbl 2009, 359 = RdW 2009, 468 = ecolex 2009, 494 = EvBl 2009, 663 (*Schörghofer*) = NZ 2009, 212 = GesRZ 2009, 231 (*Riedler*) = AnwBl 2010, 157.

OGH 22.07.2009, 3 Ob 72/09y SZ 2009/100 = RWZ 2009, 332 (*Wenger*) = wbl 2009, 612/269 = GesRZ 2010, 49 (*Enzinger*) = AnwBl 2010, 343 = ecolex 2010, 164 = ZVR 2010, 79 (*Danzl*) = RdW 2009, 842.

OGH 14.09.2011, 6 Ob 80/11z GES 2011, 438 = ZUS 2011, 136 (*Knauder*) = RdW 2012, 85 = ecolex 2012, 145 = NZ 2012, 90 = GesRZ 2012, 129 (*Artmann*) = wbl 2012/106 = AnwBl 2012, 306.

OGH 29.05.2013, 2 Ob 173/12y Zak 2013, 238 = ecolex 2013, 691 (*Wilhelm*).

OGH 29.11.2013, 8 Ob 112/13y SZ 2013/118 = Jus-Extra OGH-Z 2014, 17 (*Schwarz*).

OGH 10.06.2016, 20 Os 1/16x PSR 2016, 157 = ZfS 2016, 112 (*Oberndorfer/Zobl*) = GES 2016, 352 = PSR 2017,18 (*Hartlieb*).

OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h GesRZ 2019, 181 (*Arlt*) = iFamZ 2019, 150 = NZ 2019, 213 = RdW 2019, 383 = Jus-Extra OGH-Z 6512 = ecolex 2019, 602 (*Zimmermann*) = NZG 2019, 904 = wbl 2019,4 68= EvBl 2019,921 (*Perner*) = iFamZ 2019, 257 = NZ 2019, 373 (*Czernich*) = ARD 6676/17/2019 = AnwBl 2019,586 (*Walkner*) = JEV 2019, 155 (*Kubasta*) = VbR 2020, 48 (*Artmann/Zauner*) = GesRZ 2020, 179 (*Kubasta*) = ÖJZ 2020,7 00 (*Kolbitsch/Franz*) = JEV 2020, 67 (*Ehgartner*) = EF-Z 2020, 100 (*Zöchling-Jud*) = JBl 2020, 748 (*Told*) = ZöR 2020, 959 (*Glaser/Neumayr/Winkler*) = SZ 2019/5 = ÖJZ 2021,597 (*Ehgartner*).

OGH 18.05.2022, 6 Ob 72/22i JAP 2022/2023, 48 (*Rauter*).

BGH (Deutschland):

BGH 30.11.1951, II ZR 109/51 BGHZ 4, 108 = NJW 1962, 461 = DB 1952, 184.

BGH 01.04.1953, II ZR 235/52 BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780 = MDR 1953, 247 = DNotZ 1953, 429.

BGH 14.10.1957, II ZR 109/56 WM 1958, 49 = DB 1958, 105.

BGH 17.09.1964, II ZR 136/62 MDR 1965, 26 = DNotZ 1965, 492 = WM 1964, 1188 = DB 1961, 1061.

BGH 09.11.1972, II ZR 30/70 NJW 1973, 92 = MDR 1973, 205 = DNotZ 1973, 312 = DB 1973, 60.

BGH 20.01.1977, II ZR 217/75 BGHZ 68, 212 = NJW 1977, 732 = DNotZ 1977, 680 = DB 1977, 1132.

BGH 29.09.1983, III ZR 213/82 WM 1983, 1207.

BGH 09.03.1987, II ZR 215/86 BGHZ 9, 157 ff = NJW 1953, 780; NJW 1955, 667; = NJW 1960, 866; = NJW 1981, 2302; BGH GmbHR 1987, 302 f.

BGH 19.09.1988, II ZR 329/87 BGHZ 105, 213 = NJW 1989, 834 = NJW-RR 1989, 483 = ZIP 1989, 36 = MDR 1989, 330 = DNotZ 1989, 512 = BB 1989, 102 = DB 1989, 219 = Rpfleger 1989, 158.

BGH 05.06.1989, II ZR 227/88 BGHZ 107, 351 = NJW 1989, 2681 = NJW-RR 1989, 1375 = ZIP = 1989, 849 = MDR 1989, 886 = DNotZ 1991, 913 = BB 1989, 1499 = DB 1989, 1668.

BGH 09.07.1990, II ZR 194/89 BGHZ 112, 103 = NJW 1190, 2622 = NJW-RR 1990, 1510 = ZIP 1990, 1057 = MDR 1991, 127 = DNotZ 1991, 917 = WM 1990, 1457 = BB 1990, 1578 = DB 1990, 1709.

BGH 10.06.1991, II ZR 234/89 NJW 1992, 572 = NJW-RR 1991, 1249.

BGH 24.05.1993, II ZR 36/92 NJW 1993, 2101 = NJW-RR 1993, 1381 = ZIP 1993, 1160 = MDR 1993, 854 = WM 1993, 1412 = BB 1993, 1391 = DB 1993, 1614.

BGH 03.02.1997, II ZR 71/96 NJW-RR 1997, 925.

BGH 20.09.1999, II ZR 345/97 NJW 1999, 3779 = ZIP 1999, 1843 = MDR 1999, 1459 = NJ 2000, 141 = WM 1999, 2163 = BB 1999, 2262 = DB 1999, 2253 = NZG 2000, 35.

BGH 08.03.2004, II ZR 165/02 NJW 2004, 2013 = ZIP 2004, 903 = MDR 2004, 847 = DNotZ 2004, 865 = WM 2004, 985 = BB 2004, 1017 = DB 2004, 1092 = AnwBl 2004, 724 = NZG 2004, 569.

BGH 14.03.2005, II ZR 153/03 NJW-RR 2007, 544 = ZIP 2005, 706 = MDR 2005, 935 = DNotZ 2005, 792 = WM 2005, 802 = BB 2005, 957 = DB 2005, 937 = NZG 2005, 479.

BGH 19.09.2005, II ZR 173/04 BGHZ 164, 98 = NJW 2005, 3641 = ZIP 2005, 1917 = MDR 2006, 99 = DNotZ 2006, 137 = WM 2005, 2043 = BB 2005, 2430 = DB 2005, 2401 = Rpfleger 2006, 80 = NZG 2005, 968.

BGH 07.05.2007, II ZR 281/05 NJW-RR 2007, 1256 = ZIP 2006, 1954 = ZIP 2007, 1309 = MDR 2007, 1108 = WM 2007, 1270 = BB 2007, 1578 = DB 2007, 1521 = NZG 2007, 583.

OLG (Deutschland):

OLG Frankfurt 15.01.1992, 13 U 196/88 GmbHR 1993, 659.

OLG Hamm 25.11.1991, 8 U 68/91 DB 1992, 673.

OLG München 01.12.1998, 23 U 2700/95 NZG 1999, 591.