

## **Zum Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH\***

Berlin, 2. Februar 2020

André Maturana-Nuñez

T: +49 (0)30 886 200 322

E: maturana@maturana-nunez.de

Aus verschiedenen Gründen kann das Bedürfnis entstehen, sich von einem Gesellschafter einer GmbH zu trennen, sei es aufgrund von Fehlverhalten oder wegen sonstiger Umstände, die sich nicht mit dem Zweck der Gesellschaft vereinbaren lassen.

Häufig tritt eine derartige Situation bei Gesellschaften ein, in denen ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern wichtig ist, oder wenn die Stellung als Gesellschafter eine besondere Qualifikation voraussetzt. Auch durch erhebliche Wertsteigerungen der Gesellschaftsanteile werden Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern begünstigt, beispielsweise bei erfolgreichen bzw. erfolgsversprechenden Startups.

Verlässt der Gesellschafter die Gesellschaft nicht freiwillig, ist die Trennung regelmäßig nur durch einen Zwangsausschluss zu erreichen. Welche Voraussetzungen ein solcher Ausschluss hat und wie dieser gerichtlich durchzusetzen ist, wird nachfolgend beschrieben. Zudem wird erläutert, wodurch die Trennung bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages erleichtert werden kann.

Es wird aber auch die andere Perspektive beleuchtet und aufgezeigt, auf welche Weise man sich gegen den Entzug seiner Beteiligung zur Wehr setzen kann.

Abschließend wird kurz dargestellt, welche Unterschiede bei einem Ausschluss von Gesellschaftern von Personenhandelsgesellschaften (Kommanditgesellschaft sowie offene Handelsgesellschaft) bestehen.

### **A. Gesetzliche Voraussetzungen des Zwangsausschlusses und gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten**

Enthält der Gesellschaftsvertrag der GmbH keine Regelungen zum Zwangsausschluss, muss dieser auf Grundlage der – nur spärlich vorhandenen – gesetzlichen Bestimmungen und der diesbezüglichen Vorgaben der Rechtsprechung vollzogen werden. Hiernach setzt der Ausschluss eines Gesellschafters einen wichtigen Grund voraus. Des Weiteren ist ein Beschluss der Gesellschafterversammlung über den Ausschluss, die erfolgreiche Durchführung einer Ausschlussklage sowie die Zahlung einer Abfindung an den auszuschließenden Gesellschafter erforderlich.

Problematisch ist, dass dieses Prozedere einige Zeit in Anspruch nimmt und der unerwünschte Gesellschafter währenddessen Gesellschafter bleibt. Dies kann dazu führen, dass wichtige Gesellschafterbeschlüsse verhindert werden und die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft beeinträchtigt wird.

Dem kann entgegengewirkt werden, indem das Verfahren zum Ausschluss gesellschaftsvertraglich vereinfacht wird. Außerdem ist es empfehlenswert, in dem Gesellschaftsvertrag maßgeschneidert für die jeweilige Gesellschaft vorzugeben, unter welchen genauen Voraussetzungen ein Grund für den Ausschluss besteht. Hierzu Folgendes:

#### **I. Zeitpunkt der Wirksamkeit des Zwangsausschlusses**

Sieht der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vor, wird der Ausschluss eines Gesellschafters erst mit rechtskräftigem Abschluss der Ausschlussklage und der Zahlung einer vom Gericht festzulegenden

---

\* Dieser Beitrag ist nicht als rechtswissenschaftliche Veröffentlichung gedacht. Vielmehr ist beabsichtigt, allgemeine Hinweise zu der behandelten Thematik zu erteilen. Eine auf ein konkretes Mandat bezogene rechtliche Beratung können und sollen die Ausführungen nicht ersetzen.

Abfindung des Gesellschafters für den entzogenen Gesellschaftsanteil wirksam (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780).

Um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft abzusichern, ist es vor diesem Hintergrund sinnvoll, den Ausschluss im Gesellschaftsvertrag als Einziehung gemäß § 34 GmbHG zu gestalten. Hierdurch wird insbesondere die Wirksamkeit des Ausschlusses vorgezogen und zwar auf den Zeitpunkt des entsprechenden Gesellschafterbeschlusses. Eine solche Gestaltung des Gesellschaftsvertrages ist zulässig (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 30. Juni 2003 – II ZR 326/01, NJW-RR 2003, 1265). Will sich der auszuschließende Gesellschafter gegen den Entzug der Gesellschafterstellung wehren, muss er aktiv werden und gerichtlich gegen den Beschluss vorgehen.

Sogar auf einen Beschluss der Gesellschafterversammlung verzichtet wird bei Call-Option Regelungen, die in vielen Gesellschaftsverträgen von Startups enthalten sind. Nach diesen kann ein Gesellschafter unter festgelegten Voraussetzungen mit einer Erwerbsoption aus der Gesellschaft hinausgekauft werden. Nicht selten sind solche Klauseln allerdings unwirksam, da die von der Rechtsprechung gesetzten strengen Grenzen für den Entzug der Beteiligung nicht ausreichend berücksichtigt wurden.

## II. Ausschlussgrund

Gesetzlich setzt der Zwangsausschluss einen wichtigen Grund entsprechend den von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen voraus (ausführlich hierzu in Ziffer B.).

Je nach Zweck der Gesellschaft und zur Verbesserung der Rechtssicherheit kann es angebracht sein, im Gesellschaftsvertrag die Gründe für einen Ausschluss weiter zu konkretisieren und/oder einen Ausschluss auch bei Umständen zuzulassen, die von den Gerichten nicht als wichtiger Grund eingestuft werden. Soweit für den gewünschten Ausschlussgrund ein sachliches Bedürfnis besteht und dieser nicht als willkürlich anzusehen ist, bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen eine derartige Vertragsgestaltung (vgl. Oberlandesgericht Brandenburg, Urteil vom 15. Oktober 1997 – 7 U 56/95, NZG 1998, 263; BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 127 m.w.N.).

Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung zu Ausschlussgründen, werden regelmäßig die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters, die Pfändung des Geschäftsanteils im Wege der Zwangsvollstreckung sowie der Tod des Gesellschafters ausdrücklich als Gründe für einen Ausschluss genannt.

Im Bereich der Startups wird gerne auf sog. Vesting-Klauseln zurückgegriffen, bei denen ein Verlust bzw. eine Verpflichtung zur Übertragung der Beteiligung für den Fall vorgesehen ist, dass der Gesellschafter das Startup nicht mehr mit seiner Arbeitskraft unterstützt.

## III. Mehrheitsanforderungen an den Gesellschafterbeschluss über den Ausschluss

In Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG bedarf der Beschluss über den Ausschluss von Gesetzes wegen einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 13. Januar 2003 – II ZR 227/00, NJW 2003, 2314).

Da der auszuschließende Gesellschafter kein Richter in eigener Sache sein soll, steht ihm bei diesem Beschluss kein Stimmrecht zu (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 17. Februar 1955 – II ZR 316/53, NJW 1955, 667).

Wie die Rechtspraxis zeigt, kann das Erfordernis einer Mehrheit von drei Vierteln einen gerechtfertigten Ausschluss in einigen Konstellationen trotz des Stimmverbots erheblich erschweren und verzögern. Deshalb kann es vorzugswürdig sein, im Gesellschaftsvertrag eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreichen zu lassen.

#### IV. Abfindungsanspruch

Selbst wenn der Gesellschafter den Ausschluss in vorwerfbarer Weise verursacht hat, steht ihm ein Anspruch auf Abfindung zu (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 17. Dezember 2001 – II ZR 348/99, NZG 2002, 176). Zur Begründung wird angeführt, der Ausschluss habe keinen Strafcharakter, weshalb ein finanzieller Verlust bei dem auszuschließenden Gesellschafter zu vermeiden sei.

Das bedeutet aber nicht, dass Gegenforderungen gegen den unerwünschten Gesellschafter ausgeschlossen sind. Hat dieser schuldhaft die gesellschaftsvertragliche Treuepflicht verletzt und einen Vermögensschaden verursacht, besteht ein Schadensersatzanspruch (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 5. Juni 1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15).

Die Höhe der Abfindung richtet sich nach dem Verkehrswert der zu entziehenden Beteiligung. Für die Ermittlung des Verkehrswertes wird der Preis, den ein Dritter für das gesamte Unternehmen zahlen würde, zugrunde gelegt (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 16. Dezember 1991 – II ZR 58/91, NJW 1992, 892) und hieraus der anteilige Abfindungsbetrag errechnet.

Eine zwingendes Verfahren für die Feststellung des somit maßgeblichen Unternehmenswertes ist nicht vorgegeben. Im Regelfall wird von den Gerichten jedoch die Ertragswertmethode als sachgerecht angesehen. Die Prämisse der Ertragswertmethode ist, dass der Unternehmenswert aus den entnehmbaren Gewinnen bzw. den Einnahmeüberschüssen abzuleiten ist. Es wird untersucht, welcher Betrag bei Fortführung des Unternehmens mit dem bestehenden Geschäftsmodell und bei realistischer Bewertung der Marktchancen ausgeschüttet werden kann. Hierfür werden die diesbezüglichen Grundsätze des Instituts der Wirtschaftsprüfer herangezogen.

Für manche Unternehmen ist die Ertragswertmethode nicht zielführend. Dies gilt beispielsweise für viele Startups, da es dort schwerfällt, hinreichend verlässliche Umsatzprognosen zu erstellen. Infolgedessen wird unter anderem die Venture-Capital Bewertungsmethode verwendet, bei der ein geschätzter Verkaufspreis für die Gesellschaftsanteile bei der Unternehmensbewertung im Vordergrund steht. Auch die Multiplikatormethode oder marktorientierte Bewertung findet in diesem Bereich Anwendung. Nach dieser wird der Unternehmenswert über einen Vergleich mit ähnlichen Unternehmen, die einen bekannten Marktpreis haben, ermittelt.

Jedenfalls kann eine Abfindung gemäß dem Unternehmens- bzw. Verkehrswert zu einer beträchtlichen finanziellen Belastung führen, die schlimmstenfalls einer erforderlichen Trennung von einem Gesellschafter entgegensteht. Da der Zwangsausschluss – wie soeben erwähnt – keinen Strafcharakter hat, darf dem auszuschließenden Gesellschafter eine Abfindung zwar nicht vollständig versagt werden (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 29. April 2014 – II ZR 216/13, NZG 2014, 820). Es bietet sich aber an, den Abfindungsanspruch im Rahmen des rechtlich Möglichen im Gesellschaftsvertrag soweit zu modifizieren, wie dies zu einer zweckmäßigen Durchführung eines Ausschlussverfahrens notwendig ist.

Eine gesellschaftsvertraglich geregelte Abfindung darf den Verkehrswert der Beteiligung unterschreiten, sofern und soweit nicht ein erhebliches Missverhältnis zwischen der Abfindung und dem Verkehrswert entsteht. Bei der Überprüfung eines solchen Missverhältnisses wird nicht schematisch mit feststehenden Grenzwerten vorgegangen. Vielmehr hat immer eine Einzelfallbetrachtung unter Abwägung der betroffenen Interessen zu erfolgen (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. September 2005 – II ZR 342/03, NJW 2005, 3644; BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 91 m.w.N.). Hierbei wird das Interesse des ausscheidenden Gesellschafters an einem angemessenen wirtschaftlichen Ausgleich für seine Beteiligung gegen das Interesse der verbleibenden Gesellschafter an der Fortdauer der Gesellschaft abgewogen (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. September 2005 – II ZR 342/03, NJW 2005, 3644).

Zum Teil liegen obergerichtliche Entscheidungen zu konkreten Abweichungen vom Verkehrswert vor. So wurde eine Beschränkung auf 83 % des Verkehrswertes vom Oberlandesgericht Naumburg nicht beanstandet (vgl. Urteil vom 26. August 1999 – 2 U 315/97, NZG 2000, 698). Hingegen erblickte das Oberlandesgericht Hamm ein erhebliches Missverhältnis in einem Fall, in dem der Gesellschaftsvertrag eine Abfindung in Höhe eines Drittels des Verkehrswertes vorsah (vgl. Urteil vom 4. Dezember 2002 – 8 U 40/02, NZG 2003, 440).

Diese Entscheidungen sollten allerdings bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages nur zur Orientierung und nicht zur Bestimmung eines Rahmens für rechtssichere Gestaltungsmöglichkeiten dienen. Denn entscheidend ist für die Gerichte bei der Überprüfung von Abfindungsklauseln stets eine einzelfallbezogene Gesamtabwägung, was im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit zu begrüßen, der Rechtssicherheit dagegen abträglich ist. Veranschaulicht wird die große Bandbreite möglicher Einzelfallentscheidungen beispielsweise durch ein Urteil des Oberlandesgerichts Oldenburg, nach dem wegen der genossenschaftlichen Struktur und geringer Liquidität der Gesellschaft sogar ein Abfindungsanspruch in Höhe von 10 % des Verkehrswertes gerechtfertigt sein soll (vgl. Urteil vom 15. Juni 1995 – 1 U 126/90, GmbHR 1997, 503 ff.). Insofern ist bei der Gestaltung von Abfindungsklauseln umsichtig vorzugehen. Spiegelbildlich zum Ansatz der Rechtsprechung sind die konkreten Umstände der jeweiligen Gesellschaft und die Interessen der Gesellschafter zu beachten.

Den Ausschluss eines Gesellschafters kann es auch erleichtern, wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass die Abfindung nicht mit einer Zahlung zu bewirken ist, sondern in Raten geleistet werden darf.

## **B. Der wichtige Grund für den Ausschluss eines Gesellschafters**

Nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist ein Zwangsausschluss berechtigt, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag lässt andere Gründe für einen Ausschluss genügen (vgl. oben Ziffer A., II.).

### **I. Ausfüllungsbedürftige Generalklausel zur Feststellung eines wichtigen Grundes**

Gemäß gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist ein wichtiger Grund zum Ausschluss gegeben, sofern unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles in der Person oder im Verhalten des Gesellschafters liegende Gründe den Fortbestand der Gesellschaft unmöglich machen oder zumindest ernstlich gefährden und den weiteren Gesellschaftern deswegen der Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft nicht zumutbar ist (vgl. z.B. Urteil vom 17. Februar 1955 – II ZR 316/53, NJW 1955, 667; Urteil vom 23. Februar 1981 – II ZR 229/79, NJW 1981, 2302; Urteil vom 9. März 1987 – II ZR 215/86, BeckRS 1987, 05184).

Diese ausfüllungsbedürftige Generalklausel ist der Ausgangspunkt für eine auch insoweit vorzunehmende Gesamtabwägung (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 25. Januar 1960 – II ZR 22/59, NJW 1960, 866). Abzuwägen sind die Art und die Bedeutung der vorgetragenen Umstände für das Gesellschaftsverhältnis.

Besonders gravierende Verfehlungen des auszuschließenden Gesellschafters genügen im Regelfall für die Annahme eines wichtigen Grundes. Aber auch zahlreiches, an sich nicht besonders schwerwiegendes Fehlverhalten kann zum Ausschluss eines Gesellschafters führen (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 9. März 1987 – II ZR 215/86, BeckRS 1987, 05184; BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 123 m.w.N.).

Von Bedeutung ist ferner das Verhältnis der Gesellschafter zueinander. Erfordert der Zweck der Gesellschaft ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern, können Umstände einen Ausschluss rechtfertigen, die bei einer anderen Gesellschaftsstruktur nicht ausreichen würden, um

einen Verbleib in der Gesellschaft abzulehnen (vgl. Oberlandesgericht Frankfurt a. M., GmbHR 1980, 56).

Nach dem Rechtsgedanken von § 737 BGB und § 140 HGB setzt der Entzug der Beteiligung nicht zwingend voraus, dass dem Gesellschafter ein Verschulden vorzuwerfen ist. Der Aspekt des Verschuldens ist gleichwohl von Bedeutung für die Frage, ob ein Verbleib des Gesellschafters zumutbar ist (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780).

## II. Kasuistik zum wichtigen Grund

Die Gerichte haben zahlreiche Fallgruppen herausgearbeitet, bei denen ein wichtiger Grund vorliegen kann (vgl. BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 120 f. m.w.N.). Hier einige Beispiele:

- Erschleichen der Gesellschafterstellung (Bundesgerichtshof, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157).
- Schwerwiegende Pflichtverletzungen, vor allem im Fall einer Verletzung der gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht (Bundesgerichtshof, Urteil vom 23. Februar 1981 – II ZR 229/79, NJW 1981, 2302).
- Zerstörung oder schwere Störung des Vertrauensverhältnisses (Bundesgerichtshof, Urteil vom 25. Januar 1960 – II ZR 22/59, NJW 1960, 866).
- Missachtung eines Wettbewerbsverbotes (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 14. Juni 1993 – II ZR 112/92, DStR 1993, 1266).
- Straftaten zum Nachteil der Gesellschaft (Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 22. Oktober 1998 – 6 U 78/97, BeckRS 1998, 12531).
- Unberechtigte Privatentnahmen (Bundesgerichtshof, Urteil vom 23. Februar 1981 – II ZR 229/79, NJW 1981, 2302).
- Die Gesellschaft schädigendes Verhalten in der Öffentlichkeit (Oberlandesgericht Jena, Urteil vom 5. Oktober 2005 – 6 U 162/05, NZG 2006, 36).
- Unsittliches Verhalten gegenüber Mitarbeitern der Gesellschaft (Bundesgerichtshof, Urteil vom 17. Februar 1955 – II ZR 316/53, NJW 1955, 667).
- Verleumdung eines Mitgesellschafters (Bundesgerichtshof, Urteil vom 9. Dezember 1968 – II ZR 42/67, NJW 1969, 793).
- Heimliches Ausspionieren von Mitgesellschaftern (Oberlandesgericht Stuttgart, Beschluss vom 13. Mai 2013 – 14 U 12/13, NZG 2013, 1146).
- Zu Lasten von Minderheitsgesellschaftern erfolgreicher Entzug von Liquidität der Gesellschaft durch einen Mehrheitsgesellschafter (Bundesgerichtshof, Urteil vom 20. September 1999 – II ZR 345/97, NJW 1999, 3779).
- Verlust einer im Gesellschaftsvertrag vorausgesetzten persönlichen Eigenschaft, insbesondere einer beruflichen Qualifikation (Bundesgerichtshof, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157).

### III. Kein wichtiger Grund

Verneint hat die Rechtsprechung einen wichtigen Grund u.a. in folgenden Fällen (vgl. BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 122 m.w.N.):

- Unternehmerische Fehlentscheidungen des als Geschäftsführer tätigen Gesellschafters (Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 1. April 1998 – 8 U 72/97, BeckRS 1998, 10721).
- Ausübung von Gesellschafterrechten, wenn die Rechte nicht ausschließlich missbräuchlich zum Nachteil der Gesellschaft wahrgenommen werden (Oberlandesgericht Dresden, Urteil vom 5. Februar 2001 – 2 U 2422/00, NZG 2001, 809; Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Urteil vom 15. Januar 1992 – 13 U 196/88, GmbHR 1993, 659).
- Erstattung einer Strafanzeige gegen einen Mitgesellschafter, sofern der Gesellschafter vorab vergeblich versucht hat, die Probleme innergesellschaftlich zu klären, den Sachverhalt sorgfältig geprüft und weder leichtfertig noch wider besseren Wissens gehandelt hat (Bundesgerichtshof, Urteil vom 24. Februar 2003 – II ZR 243/02, NZG 2003, 530).
- Gewährung einer Unterbeteiligung an der Gesellschaft, falls keine weiteren, dem Gesellschafter vorwerfbaren Umstände hinzutreten (Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Urteil vom 7. September 1991 – 11 U 21/91, GmbHR 1992, 668).
- Realisierung von Forderungen gegen die Gesellschaft, die dem Gesellschafter unabhängig von seiner Stellung als Gesellschafter zustehen, selbst wenn die Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden (Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 28. September 1992 – 8 U 9/92, GmbHR 1993, 656; Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 15. Januar 1992 – 13 U 196/88, GmbHR 1993, 659).

### C. Die Durchsetzung des Ausschlusses und Verteidigung hiergegen

Gelangt man zu dem Ergebnis, dass es angebracht ist, einen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, sollte das weitere Vorgehen angesichts der strengen Voraussetzungen eines Zwangsausschlusses wohl durchdacht und gut vorbereitet werden.

Dem nicht mehr erwünschten Gesellschafter bieten die hohen Anforderungen an einen Ausschluss einige Ansatzpunkte für eine Verteidigung dagegen.

#### I. Klärung der Erfolgsaussichten des Ausschlussverfahrens

Leiten die übrigen Gesellschafter das Ausschlussverfahren ein, führt dies normalerweise zu einer Verschärfung des Konflikts mit dem auszuschließenden Gesellschafter. Deshalb ist es für die Fortführung der Gesellschaft wichtig, dass das Ausschlussverfahren erfolgreich ist und der unerwünschte Gesellschafter nicht doch in der Gesellschaft bleiben kann.

Vorab sollten die Erfolgsaussichten daher fachkundig geklärt werden. Dabei ist auch zu prüfen, ob der Grund für den Ausschluss mit den vor Gericht zulässigen Beweismitteln (Zeugen; sofern bestimmte prozessuale Anforderungen erfüllt sind, die Parteivernehmung; schriftliche Erklärungen und Vereinbarungen (= Urkundenbeweis); Beweis durch Augenschein (hierunter versteht man den Beweis durch eine eigene Wahrnehmung des Gerichts über Sachen, Personen oder sonstige Vorgänge) sowie den Beweis durch Sachverständigengutachten) hinreichend nachgewiesen werden kann.

## II. Gesellschafterbeschluss über den Ausschluss

Prinzipiell erfordert jeder Ausschluss eines Gesellschafters einen dies anordnenden Beschluss der Gesellschafterversammlung (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 13. Januar 2003 – II ZR 227/00, DNotZ 2003, 372).

Bislang nicht abschließend geklärt ist, ob ein solcher Beschluss bei einer Zwei-Personen-GmbH ergehen muss. Weil der auszuschließende Gesellschafter bei der Abstimmung über seinen Ausschluss nicht mit abstimmen darf (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 17. Februar 1955 – II ZR 316/53, NJW 1955, 667 sowie oben Ziffer A., III.), lehnen die herrschende Ansicht in der Rechtswissenschaft und einige Gerichte in einer derartigen Konstellation die Notwendigkeit eines Beschlusses als bloße Förmerei ab (vgl. zum Meinungsstand: BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 137 m.w.N.). Der Bundesgerichtshof hat sich dazu noch nicht eindeutig positioniert. Da insoweit vermeidbare Risiken ausgeschlossen werden sollten, wird empfohlen, auch bei der zweigliedrigen GmbH als sichersten Weg einen Gesellschafterbeschluss zu fassen.

Trotz Stimmverbots steht dem nicht mehr erwünschten Gesellschafter das Recht zu, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen, zu dem Ausschluss Stellung zu beziehen und auf diese Weise auf das Abstimmungsverhalten der Mitgesellschafter einzuwirken (vgl. Oberlandesgericht München, Urteil vom 12. November 1997 – 7 U 2929/97, NZG 1998, 383). Wird dieses Rechts missachtet, ist der Gesellschafterbeschluss nichtig oder zumindest anfechtbar. Jedem Gesellschafter, der mit einem Ausschlussbegehren konfrontiert wird, ist dringend zu raten, von seinem Recht auf Teil- und Stellungnahme Gebrauch zu machen sowie einen Rechtsanwalt zur Vorbereitung auf die Gesellschafterversammlung hinzuzuziehen. Im Idealfall kann der Ausschluss bereits in der Gesellschafterversammlung abgewendet werden. Aber auch in Bezug auf ein späteres Gerichtsverfahren ist es wichtig, möglichst früh eine optimale Verteidigungsstrategie entwickelt zu haben.

Die übrigen Gesellschafter sollten sich ebenfalls frühzeitig rechtlich beraten lassen. So können formale Fehler im Zusammenhang mit der Gesellschafterversammlung vermieden werden. Außerdem lässt sich auf diese Weise vorab festlegen, wie am besten auf etwaige Argumente und taktische Manöver des auszuschließenden Gesellschafters reagiert werden kann.

## III. Die Ausschlussklage und einstweiliger Rechtsschutz

Für den Ausschluss eines Gesellschafters muss eine Ausschlussklage durchgeführt werden, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht (vgl. Ziffer A., I.).

Die Ausschlussklage ist im Namen der Gesellschaft gegen den auszuschließenden Gesellschafter zu erheben. Gesetzlich festgelegter Vertreter der Gesellschaft im Klageverfahren ist die Geschäftsführung. Zur Vermeidung von Interessenkonflikten kann anstelle der Geschäftsführung ein besonderer Vertreter ernannt werden, der das Gerichtsverfahren führt (vgl. BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 143 m.w.N.).

Während des Gerichtsverfahrens stehen dem auszuschließenden Gesellschafter grundsätzlich sämtliche aus der Gesellschafterstellung folgenden Rechte weiter zu. Hieraus können sich für die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter erhebliche Risiken ergeben, falls die Art und Weise der Ausübung der Gesellschafterrechte Anlass für den Ausschluss ist. Insofern kann es zum Schutz der Gesellschaft und der Gesellschafter notwendig sein, dem auszuschließenden Gesellschafter problematische Verhaltensweisen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gerichtlich untersagen zu lassen (vgl. BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 152 m.w.N.).

#### IV. Verschulden der anderen Seite

Ist bei den übrigen Gesellschaftern ebenso schuldhaftes Fehlverhalten feststellbar, ist dies im Rahmen der Gesamtabwägung zur Prüfung eines wichtigen Grundes (vgl. Ziffer B., I.) zu berücksichtigen und kann dem Ausschluss des unerwünschten Gesellschafters entgegenstehen (vgl. BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 124 m.w.N.). Insbesondere ist ein Ausschluss nicht möglich, wenn ein gleich großes Verschulden des ausschließenden Gesellschafters und der übrigen Gesellschafter vorliegt und keine zusätzlichen erschwerenden Umstände zu Lasten des unerwünschten Gesellschafters gegeben sind (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 10. Juni 1991 – II ZR 234/89, NJW-RR 1991, 1249). Ein etwaiges Verschulden der anderen Seite kann somit ein erfolgversprechender Ansatz für die Abwehr eines Ausschlusses sein.

#### V. Zwangsausschluss des Gesellschafters nur als äußerstes Mittel zulässig

Im Rahmen der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Ausschlusses und im Hinblick auf eine Verteidigung hiergegen ist zu beachten, dass der Zwangsausschluss eines Gesellschafters nur zulässig ist, falls der Grund hierfür nicht durch ein milderes Mittel beseitigt werden kann (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 6. Juli 1961 – II ZR 219/58, NJW 1961, 1769).

Üblicherweise werden als mildere Mittel folgende Maßnahmen erwogen:

- Eine Einschränkung oder der vollständige Ausschluss des Stimmrechts des Gesellschafters in der Gesellschafterversammlung.
- Die Abberufung als Geschäftsführer, sofern der unerwünschte Gesellschafter diese Position innehat und sich der Grund für den Ausschluss aus der Geschäftsführertätigkeit ergibt.
- Die Übertragung der Geschäftsanteile auf einen nicht weisungsgebundenen Treuhänder.

Ob und welche milderen Mittel in Betracht kommen, ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Bedarf ein milderes Mittel der Mitwirkung des auszuschließenden Gesellschafters (z.B. bei der Einsetzung eines Treuhänders) und verweigert der Gesellschafter diese, kann der Zwangsausschluss hierdurch zulässig werden (vgl. BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 130 m.w.N.). Vor allem in Fällen, in denen es wahrscheinlich ist, dass der Ausschluss aus einer wirtschaftlich erfolgreichen Gesellschaft gerichtlich bestätigt wird, kann es für den auszuschließenden Gesellschafter vorteilhaft sein, einen Treuhänder zu akzeptieren. Dann hätte er zwar keinen Einfluss mehr auf Entscheidungen über die Gesellschaft, würde aber weiterhin am geschäftlichen Erfolg teilhaben.

#### VI. Ausreichende Mittel für die Zahlung der Abfindung

Ein Zwangsausschluss darf nur durchgeführt werden, sofern die Abfindung gezahlt werden kann, ohne auf das nach § 30 Abs. 1 GmbHG zur Kapitalerhaltung gebundene Gesellschaftsvermögen zurückgreifen zu müssen (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 5. April 2011 – II ZR 263/08, NZG 2011, 783). Vor der Einleitung des Ausschlussverfahrens sollte deswegen genau geprüft werden, ob genügend Liquidität für die Abfindung zur Verfügung steht.

Es kann geboten sein, stille Reserven der Gesellschaft aufzulösen, falls nur dann ausreichend Kapital vorhanden ist (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 13. Februar 2006 – II ZR 62/04, NJW-RR 2006, 760). Steht fest, dass keine hinreichenden Mittel für die Abfindung vorliegen, kann der Ausschluss dennoch realisiert werden, wenn sich schon zum Zeitpunkt des Gesellschafterbeschlusses über den Ausschluss ein Dritter verbindlich bereit erklärt, die Geschäftsanteile vom unerwünschten Gesellschafter zu erwerben und die Abfindung als Kaufpreis zu zahlen (vgl. BeckOK zum GmbHG, Stand 1. November 2019, § 34 Rn 133 m.w.N.).



Der Gesichtspunkt der Abfindung bietet dem auszuschließenden Gesellschafter einen weiteren Ansatz für eine Verteidigung gegen den Ausschluss, zumal die Gegenseite im Rahmen einer Ausschlussklage die Beweislast bezüglich der Höhe der Abfindung trägt (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 17. Februar 1955 – II ZR 316/53, BGHZ 16, 317).

#### **D. Unterschiede bei Personenhandelsgesellschaften**

Für den Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Kommanditgesellschaft (KG) oder einer offenen Handelsgesellschaft (OHG) wird von Gesetzes wegen ebenfalls ein wichtiger Grund benötigt. Im Gegensatz zur Rechtslage bei der GmbH werden die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes für die KG und die OHG gesetzlich konkretisiert. In § 133 Abs. 2 HGB heißt es:

*„Ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, 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.“*

Letztlich sind die inhaltlichen Anforderungen an einen wichtigen Grund aber weitgehend identisch mit den Voraussetzungen hierfür bei der GmbH.

Der Ausschluss aus einer KG oder OHG tritt zwar nicht erst mit der Zahlung einer Abfindung ein. Denn der Entzug der Beteiligung setzt hier nur die Rechtskraft des Ausschlussurteils voraus (vgl. Baumbach/Hopt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 38. Auflage 2018, § 140 Rn 22 m.w.N.). Ein diesbezügliches Gerichtsverfahren kann allerdings mehrere Jahre dauern.

Aufgrund dessen ist es auch bei der KG und der OHG sinnvoll, den Zwangsausschluss im Gesellschaftsvertrag zu vereinfachen.

#### **E. Zusammenfassung und Handlungsempfehlung**

Die gesetzlichen Anforderungen an einen Grund für den Ausschluss eines Gesellschafters sind recht hoch und werden der bei manchen Gesellschaften bestehenden Interessenlage nicht gerecht. Deswegen kann es zweckmäßig sein, im Gesellschaftsvertrag Erleichterungen vorzusehen.

Zudem sollte bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages geprüft werden, ob nicht eine Regelung in den Vertrag aufgenommen wird, die vorsieht, dass im Fall des Zwangsausschlusses eine Abfindung zu zahlen ist, die unterhalb des Verkehrswertes der zu entziehenden Beteiligung liegt.

Um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu schützen wird empfohlen, das Verfahren zum Ausschluss eines Gesellschafters gesellschaftsvertraglich zu vereinfachen und insbesondere den Ausschluss schon mit dem entsprechenden Gesellschafterbeschluss wirksam werden zu lassen.

Kommt es zwischen den Gesellschaftern tatsächlich zu einer Auseinandersetzung über den Verbleib in der Gesellschaft, ist jeder Seite zu raten, sich möglichst früh anwaltlich unterstützen zu lassen, damit die eigene Position nicht durch Fehler geschwächt wird und rechtzeitig eine erfolgversprechende Strategie festgelegt werden kann.

**Melden Sie sich gerne, falls Sie Interesse daran haben, sich von der Anwaltskanzlei Maturana-Nuñez unterstützen zu lassen. Eine erste Besprechung der Angelegenheit ist hier stets kostenfrei.**