

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades eines

Magisters der Rechtswissenschaften

an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

über das Thema

Der GmbH-Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund im Lichte der GesbR-Reform 2015

vorgelegt von

Benedikt Alexander Svoboda

1011936

Beurteiler

Univ.-Prof. Mag. Dr. Johannes Zollner

am

Institut für Österreichisches und Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht

Graz im Februar 2016

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich, Benedikt Alexander Svoboda, geboren am 18. Jänner 1991, erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Graz am 8. Februar 2016

Benedikt Alexander Svoboda

Meiner Familie und Freundin

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	IV
I. Einleitung.....	1
II. Gesellschafterausschluss im GmbH-Recht.....	3
A. Problematik.....	3
B. Möglichkeiten.....	4
1. Ausschluss nach dem GmbHG.....	5
a. Ausschluss nach § 66 GmbHG.....	5
b. Ausschluss nach § 73 GmbHG.....	7
c. Ausschluss nach § 58 GmbHG.....	7
2. Ausschluss nach dem GesAusG.....	8
3. Ausschluss aus wichtigem Grund auf gesellschaftsvertraglicher Basis.....	9
4. Ausschluss aus wichtigem Grund ohne gesellschaftsvertragliche Basis.....	15
a. Meinungsstand der Judikatur.....	16
b. Meinungsstand der Lehre.....	19
i. Analoge Anwendung von § 58 GmbHG.....	19
ii. Analoge Anwendung von § 140 UGB.....	20
c. Rechtsvergleichende Aspekte.....	25
i. Deutschland.....	25
ii. Schweiz.....	27
iii. Liechtenstein.....	28
iv. Fazit.....	28
III. Das GmbH-Recht und seine Quellen.....	28
A. Rechtsquellen.....	29
1. GmbHG.....	29
2. Allgemeines Zivilrecht und Sonderprivatrecht.....	29
3. Subsidiarität.....	30
4. Analogie.....	31
5. Fazit.....	32
IV. Subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht.....	33
A. GesbR-Reform 2015.....	33

1.	Ausgangslage	34
2.	Das neue GesbR-Recht	35
i.	Definition, Rechtsnatur und Gesellschaftszweck	36
ii.	Privatautonomie	36
iii.	Innenrecht	37
iv.	Vertretung, Haftung und Vermögensordnung	37
v.	Umwandlung.....	38
vi.	Gesellschafternachfolge und Liquidation	39
B.	GesbR-Bestimmungen als „allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts“	40
V.	Subsidiäre Anwendbarkeit des GesbR-Gesellschafterausschlusses	44
A.	Gesellschafterausschluss nach § 1213 iVm § 1210 ABGB	44
1.	GesbR-Gesellschafterausschluss bis BGBl I 83/2014	44
2.	GesbR-Gesellschafterausschluss ab BGBl I 83/2014	45
B.	Unvollständigkeit des GmbHG.....	49
1.	Historischer Wille des Gesetzgebers	49
2.	Rechtsentwicklung.....	51
C.	Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der GmbH	53
1.	Wesensmerkmale der GmbH und ihre Vereinbarkeit.....	53
2.	Gestaltungsfreiheit als Indiz für die Vereinbarkeit.....	56
3.	Einheit der Rechtsordnung.....	57
4.	Fazit.....	58
D.	Ausschlussverfahren	58
VI.	Schlussfolgerungen.....	61
VII.	Quellenverzeichnis.....	VIII
A.	Kommentare, Lehr- und Handbücher	VIII
B.	Sonstige Literatur, Internetquellen.....	X
C.	Entscheidungsverzeichnis	XII
1.	Österreich.....	XII
2.	Deutschland.....	XIII

Vorwort¹

Im Zuge meiner Tätigkeit als juristischer Mitarbeiter der Rechtsanwaltskanzlei Held Berdnik Astner & Partner beschäftigte ich mich mehrfach mit der Novellierung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Diese war zum Zeitpunkt der Themensuche, Recherche und Abfassung der vorliegenden Arbeit Gegenstand unzähliger Literaturbeiträge, die sich den Vor- und Nachteilen der Reform widmeten.

Schließlich gab einer der Aufsätze den entscheidenden Anstoß: Vor allem das Feld der subsidiären Anwendbarkeit des GesbR-Rechts schien ergiebig und eröffnete ein breites Spektrum an Fragen, die es wert waren, im Rahmen einer Diplomarbeit behandelt zu werden. Im Besonderen wurde ich von Herrn Univ.-Prof. Dr. Johannes Zollner auf die gegenständliche Problematik hingewiesen: Kann der Ausschluss des GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund ohne entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelung unter Zuhilfenahme des GesbR-Rechts als zulässig erachtet werden? Dieser Thematik genauer auf den Grund zu gehen und die in der Literatur diskutierten Lösungsansätze und Argumente auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen, war Motivation, sich damit tiefergehender auseinanderzusetzen. Ein spannendes Diplomarbeitsthema war somit gefunden und bescherte mir eine eingehende Auseinandersetzung im Spannungsfeld des Personen- und Kapitalgesellschaftsrechts.

An dieser Stelle möchte ich auch Dank sagen. In erster Linie danke ich meinem Betreuer, Univ.-Prof. Dr. Johannes Zollner, welcher mich mit bestmöglichem Rat unterstützt hat. Mein besonderer Dank gebührt außerdem meiner Familie und meinen Freunden, vor allem aber meiner Freundin Magdalena, die mich während des Studiums stets unterstützt hat.

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde in dieser Arbeit die Form des generischen Maskulinums gewählt, das Angehörige beider Geschlechter mitmeint.

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
§§	Paragraphen
aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
abw	abweichend
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Allg Einl	Allgemeine Einleitung
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BlgHH	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
bzw	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders	derselbe
dGmbHG	(Deutsches) GmbH-Gesetz
dh	das heißt
dHGB	(Deutsches) Handelsgesetzbuch
dies	dieselbe(n)
diesbzgl	diesbezüglich
EB	Erläuternde Bemerkungen

ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EVHGB	Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
f	folgende (Seite)
ff	fortfolgende (Seite)
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GenG	(Österreichisches) Genossenschaftsgesetz
GesAusG	Gesellschafter-Ausschlussgesetz
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesbR-RG	GesbR-Reformgesetz
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	(Österreichisches) GmbH-Gesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz
HGB	(Österreichisches) Handelsgesetzbuch
HHB	Bericht der Kommission des Herrenhauses
hA	herrschende Auffassung
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne der/s
iSv	im Sinne von

iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JBl	Juristische Blätter
KG	Kommanditgesellschaft
krit	kritisch
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
MoMiG	(Deutsches) Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
NZ	Notariatszeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	(Deutsche) Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OR	(Schweizer) Obligationenrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
PGR	(Liechtensteinisches) Privat- und Gesellschaftsrecht
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
SE	Societas Europaea
Sess	Session
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Sammlung der Entscheidungen des OGH in Zivilsachen

UGB	Unternehmensgesetzbuch
ÜbRÄG	Übernahmerechts-Änderungsgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
zT	zum Teil

I. Einleitung

Das Gesellschaftsrecht – und damit auch das Recht der GmbH – ist Teil des Privatrechts.² Im Speziellen handelt es sich um Sonderprivatrecht.³ Die GmbH kann daher auch als Rechtsgebilde des Zivilrechts qualifiziert werden.⁴ Bei Unvollständigkeit des GmbHG, ihrer primären Rechtsquelle, darf grundsätzlich ergänzend auf die Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts zurückgegriffen werden.⁵ Die gegenständliche Diplomarbeit widmet sich dieser Thematik und fragt, inwiefern Lösungen des ABGB zur Beantwortung „ungeregelter Fragen“ im GmbH-Recht herangezogen werden können.

Aufgrund der Breite des Themas beschränkt sich die Untersuchung auf die erst kürzlich reformierten Bestimmungen über die GesbR (§§ 1175 ff ABGB). Diese nehmen ob ihres gesellschaftsrechtlichen Inhalts eine herausragende Stellung im Gefüge des ABGB ein. Sie gelten entsprechend der Intention des Gesetzgebers – wenn auch in der Literatur nicht unumstritten – als „allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts“.⁶

Anhand einer konkreten Frage soll aufgearbeitet werden, wie GmbHG und ABGB nun zusammenspielen (können). Exemplarisch eignet sich dafür eine ausführliche Betrachtung des Gesellschafterausschlusses, im Besonderen der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH, wenn zwar ein wichtiger Grund dazu Anlass gibt, der Gesellschaftsvertrag aber überhaupt keine dahingehenden Anordnungen trifft.

Über die Frage, ob der Ausschluss diesfalls zulässig ist, herrscht zwischen Lehre und Rsp weitestgehend Uneinigkeit. In der Literatur finden sich überwiegend befürwortende Stimmen.⁷ Die Judikatur zeigt sich davon unbeeindruckt. Ungeachtet des praktischen Bedürfnisses und der Entwicklung des deutschen GmbH-Rechts vertritt der OGH seit Inkrafttreten des GmbHG eine ablehnende Auffassung. Aus Sicht des Höchstgerichts lasse das Gesetz schlicht keinen Spielraum für einen gesellschaftsvertraglich unregulierten

² *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 1/63.

³ *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/64.

⁴ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 1, mit Verweis auf *Hachenburg* in Hachenburg (Hrsg), GmbHG⁵ Allg Einl Anm 3 (1926).

⁵ *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften (2013) Rz 96.

⁶ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 8.

⁷ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), GmbHG § 75 Rz 131 (Stand 1.12.2014) mwN.

Ausschluss aus wichtigem Grund, wie ihn das Personengesellschaftsrecht seit langem kennt.⁸

Überlegungen zur subsidiären Anwendbarkeit des Gesellschafterausschlusses nach § 1213 iVm § 1210 ABGB könnten nun neue Argumente für die Zulässigkeit liefern und die Ansicht des OGH (weiter) entkräften. Die besagte Bestimmung ist personengesellschaftsrechtlichen, genauer OG-rechtlichen Ursprungs und lässt den Ausschluss aus wichtigem Grund auch ohne vertragliche Vorsorge zu.⁹ Ein solcher Lösungsansatz wurde in der Literatur bereits von *Walch* aufgegriffen und bejaht.¹⁰

Vor diesem Hintergrund macht es sich die gegenständliche Diplomarbeit zum Ziel, die Schlussfolgerung der subsidiären Anwendbarkeit des Gesellschafterausschlusses nach § 1213 iVm § 1210 ABGB auf seine Plausibilität zu untersuchen.

Eine erste Annäherung an das Thema erfolgt mittels Überblick über die – in Judikatur und Lehre mehr oder weniger umstrittenen – Ausschlussmöglichkeiten des GmbH-Rechts. Selbstredend wird der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund ohne gesellschaftsvertragliche Regelung vertiefend behandelt. Ebenso näher beleuchtet wird die einschlägige, im Zuge der GesbR-Reform neu geregelte Ausschlussbestimmung des § 1213 iVm § 1210 ABGB.

Schließlich ist die eigentliche Frage, ob der Ausschluss des GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund ohne entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelung unter Zuhilfenahme des GesbR-Rechts als zulässig erachtet werden kann, zu behandeln. Eine maßgebliche Rolle spielt dabei die im Wege der Auslegung zu eruiierende Ergänzungsbedürftigkeit des GmbHG. Allein sie macht den Brückenschlag zur subsidiären Anwendbarkeit der GesbR-Ausschlussregelung erst möglich. Entsprechende Überlegungen bilden einen der Schwerpunkte dieser Arbeit.

So wie der Rückgriff auf Bestimmungen des ABGB zur Vervollständigung von Sonderprivatrecht kein Novum darstellt, ist auch die subsidiäre Anwendbarkeit des 27. Hauptstücks keine Innovation des Reformgesetzgebers. Doch nicht zuletzt aufgrund der

⁸ Nach stRsp ist der zwangsweise Ausschluss eines Gesellschafters einer GmbH – mit Ausnahme des im § 66 GmbHG geregelten einzigen Falls der Säumigkeit bei der Einzahlung der Stammeinlage – unzulässig (RIS-Justiz RS0059745).

⁹ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 23; vgl §§ 133, 140 UGB.

¹⁰ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesbR-Reform, RdW 2015/86, 78; *ders*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 169.

positivrechtlichen Annäherung der GesbR an das Recht der OG könnte dieser Lösungsweg in seiner Relevanz für das restliche Gesellschaftsrecht aufgewertet worden sein.¹¹

So nahe dadurch nunmehr die ein oder andere Antwort auf Problematiken des GmbH-Rechts liegen mag, die subsidiäre Anwendbarkeit hat entsprechend § 1175 Abs 4 ABGB stets angemessen zu sein. Dh es muss jedenfalls die Vereinbarkeit mit dem Wesen und den Grundsätzen des GmbH-Rechts gegeben sein. Auch diese Grenze der Subsidiarität wird daher ausführlich diskutiert.

Erst wenn die genannten Kriterien – insb die Unvollständigkeit des GmbHG und die Angemessenheit subsidiär Anwendung – bejaht werden können, ist die Argumentation von *Walch* vertretbar und der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund ohne entsprechende Regelung in der Satzung entgegen der bisherigen Judikatur des OGH zulässig. Mit der Befürwortung der Zulässigkeit können die Überlegungen aber nicht einfach enden. Vielmehr wirft diese weitere Fragen auf, wobei vor allem hinsichtlich des Ausschlussverfahrens verstärkt Rechtsunsicherheit zu befürchten ist. Auch in diesem Zusammenhang muss geklärt werden, inwiefern das Personengesellschaftsrecht behilflich sein kann und ob dem Wertungswidersprüche entgegenstehen. Abschließend sollen daher auch mögliche Lösungskonzepte der Literatur referiert werden.

II. Gesellschafterausschluss im GmbH-Recht

A. Problematik

Im Zeitpunkt der Gründung funktioniert das Gesellschaftergefüge regelmäßig tadellos. Überlegungen zur Frage der Trennung werden nicht prioritär behandelt oder schlimmstenfalls erst gar nicht angestellt. Eine diesbzgl Auseinandersetzung – frei nach dem Motto „Was wäre wenn?“ – empfiehlt sich aber gerade in diesem frühen Stadium. Idealerweise resultieren daraus entsprechende Vorkehrungen. Andernfalls könnte die Trennung vom unliebsam gewordenen Mitgesellschafter trotz Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit an deren mangelnder Zulässigkeit scheitern. Die Praxis zeigt jedenfalls, dass das Bedürfnis einzelne Gesellschafter unter bestimmten Umständen von der Zusammenarbeit auszuschließen, kein unrealistisches Szenario darstellt und auch keineswegs immer erst nach vielen Jahren zu Tage tritt.

¹¹ *Koppensteiner*, Die GesBR neuer Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, wbl 2015, 301.

In Frage kommen die unterschiedlichsten Sachverhaltskonstellationen. Als lebensnahe Beispiele können die Verletzung des Gesellschaftsvertrages, die Unfähigkeit zur weiteren Führung der Geschäfte bei Bestehen einer einschlägigen Sonderpflicht, die Zwangsvollstreckung in einen Geschäftsanteil, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters oder dessen Tod einschließlich der Überlegung, die Erben nicht in den Kreis der Gesellschafter aufnehmen zu wollen, genannt werden.¹² All diese Gründe zeigen, dass durchaus Bedarf gegeben ist, einen Gesellschafter auszuschließen, sollte ein wichtiger Grund in dessen Person oder zumindest eine sachliche Rechtfertigung vorliegen. Rasch kann ein untragbarer Zustand ohne (Konflikt-) Lösungsmechanismen den Bestand der Gesellschaft gefährden.

Werden diese oder andere Umstände entsprechend den Bedürfnissen der Gesellschafter kautelarjuristisch berücksichtigt, kann auf vertragsbrüchiges oder unverträgliches Verhalten von Mitgesellschaftern angemessen reagiert werden. Eine besondere Problematik ergibt sich jedoch dann, wenn in der Satzung eben nicht vorgesorgt wurde, sei es durch gänzlichem Fehlen einer entsprechenden Regelung oder mangels passender Ausschlussstatbestände. Bietet das Personengesellschaftsrecht noch adäquate Mittel zur Beseitigung dieses unerwünschten Zustandes, stoßen das GmbH-Recht und dessen anerkannte Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses hingegen an ihre Grenzen.

B. Möglichkeiten

Grundsätzlich kennt das GmbH-Recht mehrere Fälle und Möglichkeiten, die zum selben Ergebnis, dem Gesellschafterausschluss, führen. Das *lex scripta* des GmbH-Rechts selbst liefert aber nur wenige Anhaltspunkte. Sieht man vom Ausscheiden des Gesellschafters bei „heimfälligen Unternehmen“ ab,¹³ bleibt allein der Ausschluss des mit der Leistung der Stammeinlage oder des Nachschusses säumigen Gesellschafters als ausdrücklich im GmbHG geregelte Möglichkeit.¹⁴

Abseits des GmbHG hat der Gesetzgeber jedoch eine weitere Grundlage für den Gesellschafterausschluss geschaffen, namentlich den „Squeeze-out“ nach GesAusG.¹⁵ Darüber hinaus anerkennt die Judikatur die Zulässigkeit des Ausschlusses aufgrund der Satzung, wenn in dieser Ausschlussmöglichkeit und Verfahren ausdrücklich verankert

¹² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 10 (Stand 2007).

¹³ Vgl § 58 GmbHG.

¹⁴ Vgl §§ 66, 73 GmbHG.

¹⁵ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 75 Rz 81 ff.

worden sind.¹⁶ Strittig ist hingegen, ob der Ausschluss zwar in der Satzung vorgesehen, jedoch vom Vorliegen besonderer Gründe entkoppelt werden kann. Überwiegend wird diese Ansicht abgelehnt. In stRsp wird auch die Zulässigkeit des Ausschlusses, der zwar auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes abstellt, jedoch einer entsprechenden Satzungsbestimmung entbehrt, verneint.¹⁷

Auf den nachfolgenden Seiten sollen die genannten strittigen und unstrittigen Ausschließungsmöglichkeiten des GmbH-Rechts beleuchtet werden. Ganz iSd einleitend dargestellten Hauptfrage erfolgt hinsichtlich des Ausschlusses ohne Satzungsregelung eine umfangreiche Auseinandersetzung unter Bezugnahme auf Argumenten der Lehre und Rsp.

1. Ausschluss nach dem GmbHG

a. Ausschluss nach § 66 GmbHG

Die Bestimmung des § 66 GmbHG regelt die Voraussetzungen für die sogenannte Kaduzierung (Verfallserklärung), einem Gestaltungsrecht der Gesellschaft und Instrument der Kapitalaufbringung im Dienste des Gläubigerschutzes.¹⁸ Dabei handelt es sich um die fakultative Möglichkeit, einen Gesellschafter, der seiner Verpflichtung zur (fälligen) Leistung der Stammeinlage nicht nachkommt, den Rechten aus seinem Geschäftsanteil und der darauf bereits geleisteten Einzahlungen für verlustig zu erklären.¹⁹ Gleichzeitig wird der betroffene Gesellschafter jedoch nicht von der Haftung für den noch einzuzahlenden Teil der Stammeinlage befreit.²⁰

Entsprechend dem Gleichbehandlungsgrundsatz hat sich die Kaduzierung entweder gegen alle oder keinen der säumigen Gesellschafter zu richten.²¹ Zwar ist ein solcher Grundsatz nicht ausdrücklich im Gesetz verankert, doch wird allgemein angenommen, dass eine willkürliche Ungleichbehandlung von Gesellschaftern in gleicher Rechtslage nicht gerechtfertigt ist.²² Den Mitgesellschaftern steht es somit offen, säumige Gesellschafter aus

¹⁶ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 125.

¹⁷ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 131.

¹⁸ *Sprohar-Heimlich* in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 66 Rz 1 (Stand 2014); *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), GmbHG § 66 Rz 1 (Stand 1.11.2015); HHB 272 BlgHH, XVII. Sess 2.

¹⁹ *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 66 Rz 1.

²⁰ *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 66 Rz 1; vgl § 69 GmbHG.

²¹ OGH 23.4.1996, 1 Ob 2085/96s = SZ 69/96; OGH 9.11.1977, 1 Ob 690/77 = SZ 50/140; *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 66 Rz 17; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 66 Rz 6.

²² OGH 23.4.1996, 1 Ob 2085/96s = SZ 69/96.

ihrem Verband auszuschließen, nicht jedoch dabei einzelne Gesellschafter (missbräuchlich) zu bevorzugen oder benachteiligen.²³

Vor dem Hintergrund des präventiven Zwecks versteht sich die Kaduzierung als Druckmittel der übrigen nicht säumigen Gesellschafter.²⁴ Sie ist als ein formgebundenes Verfahren konzipiert, das es säumigen Gesellschaftern ermöglicht, ihren Verpflichtungen letztlich doch noch nachzukommen. Ausdruck dessen ist die obligatorische Zustellung eines Mahnschreibens einschließlich der Androhung des Ausschlusses aus der Gesellschaft, sofern die eingeforderte Leistung nicht binnen der mindestens einmonatigen Nachfrist erbracht wird.²⁵

Der Ausschluss tritt nach fruchtlosem Ablauf nicht ipso iure ein, sondern setzt eine zusätzliche Ausschlusserklärung voraus.²⁶ Der Zugang dieser Erklärung löst gem § 66 Abs 2 Satz 2 GmbHG die Rechtsfolgen der Kaduzierung aus. Mit Ausschluss des säumigen Gesellschafters kommt es ex nunc zum Verlust sämtlicher Rechte aus dem Geschäftsanteil, namentlich der Mitwirkungs- und Vermögensrechte, gegebenenfalls auch der Sonderrechte.²⁷

Hinsichtlich des rechtlichen Schicksals des Geschäftsanteils herrscht im Detail Uneinigkeit.²⁸ Das GmbHG liefert diesbzgl – zumindest ausdrücklich – keine Anhaltspunkte. Allgemein wird angenommen, dass der ausgeschlossene Gesellschafter den Geschäftsanteil sachenrechtlich nicht mehr inne hat und nunmehr die Gesellschaft Verfügungsberechtigt sowie zur Verwertung angehalten ist.²⁹ Die Veräußerung stellt das dritte Stadium des Verfahrens dar und erfolgt im Anschluss an den erfolglosen Versuch, die Vormänner des Kaduzierten in Anspruch zu nehmen.³⁰ Etwaig anfallende Gewinnanteile oder Liquidationserlöse sind grundsätzlich nicht zu verteilen, Rechte Dritter am Geschäftsanteil, die bereits begründet wurden, gehen unter.³¹

²³ EB 236 BlgHH XVII. Sess 79.

²⁴ *Fastrich* in Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbHG²⁰ § 21 Rz 1 (Stand 2013).

²⁵ *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 66 Rz 29.

²⁶ RIS-Justiz RS0060042.

²⁷ *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 66 Rz 43 f.

²⁸ *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 66 Rz 48.

²⁹ EB 236 BlgHH XVII. Sess 79; *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 66 Rz 48; aA *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 66 Rz 11; *Getreuer*, Rechtsfolgen der Zahlung der aushaftenden Stammeinlage durch den kaduzierten GmbH-Gesellschafter, RdW 1999, 454.

³⁰ Vgl §§ 67, 68 GmbHG.

³¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 66 Rz 11.

Gem § 71 GmbHG sind die §§ 67 bis 70 GmbHG relativ zwingend.³² Unerwähnt bleibt § 66 GmbHG, doch wird selbiges auch für diese Bestimmung angenommen.³³ Damit kann die gesetzliche Regelung zwar zu Lasten der Gesellschafter auf Satzungsebene verschärft, jedoch nicht zum Nachteil der Gläubiger eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.³⁴ Maßnahmen und Vereinbarungen, die geeignet sind, die Kapitalaufbringung durch das Verfahren der §§ 67 ff GmbHG zu erschweren, sind jedenfalls unwirksam.³⁵

b. Ausschluss nach § 73 GmbHG

Hinsichtlich der Nachschusspflicht beschreitet der Gesetzgeber ähnliche Wege. Die Bestimmung des § 73 GmbHG beabsichtigt die gleiche Erzwingbarkeit wie bei der Leistung der Stammeinlage zu gewährleisten.³⁶ MaW kann auch dann mit Kaduzierung gedroht (oder auf Zahlung geklagt) werden, wenn ein Gesellschafter mit der Einzahlung nach Eintritt der Fälligkeit der Nachschusspflicht säumig ist.

Aufgrund der Dispositivität der Bestimmung darf jedoch betreffend Verfahren und Rechtsfolgen gesellschaftsvertraglich von den §§ 66 bis 69 GmbHG abgewichen werden.³⁷ Dabei kann die Möglichkeit der Kaduzierung gänzlich abbedungen, abgeschwächt oder verschärft werden.³⁸ Dieser Umstand gründet im weniger strengen Gläubigerschutzzweck bei Nachschüssen.³⁹ Wurde nichts anderes vereinbart, findet das herkömmliche Verfahren Anwendung.⁴⁰ Die Kollektivhaftung, also die subsidiäre Haftung der Mitgesellschafter nach § 70 GmbHG, ist nicht einschlägig.⁴¹ Nach Ansicht des Gesetzgebers sei sie auch mangels Schutzbedürfnis der Gläubiger nicht geboten.⁴²

c. Ausschluss nach § 58 GmbHG

Kaum Praxisrelevanz erlangte § 58 GmbHG, eine Norm für Gesellschaften, deren Vermögenssubstanz betriebsbedingt aufgezehrt wird oder bei denen das Vermögen aus

³² EB 236 BlgHH XVII. Sess 81.

³³ Schopper in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), GmbHG § 71 Rz 1 (Stand 1.11.2015); Sprohar-Heimlich in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 71 Rz 1 (Stand 2014).

³⁴ Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 66 Rz 11.

³⁵ Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 71 Rz 6.

³⁶ EB 236 BlgHH XVII. Sess 83.

³⁷ Brugger/Schopper in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), GmbHG § 73 Rz 10 (Stand 1.11.2015); EB 236 BlgHH XVII. Sess 83.

³⁸ Brugger/Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 73 Rz 12 f.

³⁹ Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 73 Rz 3.

⁴⁰ Brugger/Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 73 Rz 21.

⁴¹ Brugger/Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 73 Rz 4; OGH 10.12.1958, 2 Ob 265/58.

⁴² EB 236 BlgHH XVII. Sess 83.

zeitlich beschränkten Rechten besteht (zB Bergwerk, Patente).⁴³ Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Ausnahme zu § 54 Abs 1 GmbHG. Demnach kann die Kapitalherabsetzung nicht erst durch Beschluss der Gesellschafter festgelegt, sondern bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen und auf die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens verzichtet werden. Das Mindestkapital kann unterschritten werden.⁴⁴ Aus Gläubigerschutzgründen ist dabei ausdrücklich zu vereinbaren, dass die Rückzahlung der Stammeinlagen nur nach vollständiger Einzahlung und ausschließlich aus Reinerträgen erfolgen darf.⁴⁵

Den Materialien ist zu entnehmen, dass insb eine Möglichkeit geschaffen werden sollte, (einzelne) Geschäftsanteile ohne Einhaltung der §§ 54 ff GmbHG einzuziehen zu können.⁴⁶ Insoweit ist es daher möglich, im Gesellschaftsvertrag eine bestimmte Reihenfolge der Kapitalherabsetzung vorzusehen. Dh die Gesellschafter können festsetzen, wann die Einlagen eines Gesellschafters herabgesetzt werden sollen und dieser somit ausscheidet. Unzulässig wäre es jedoch, wenn die Anwendung des § 58 GmbHG den Ausschluss von Gesellschaftern als Hauptzweck verfolgt.⁴⁷

2. Ausschluss nach dem GesAusG

Außerhalb des GmbHG verankerte der Gesetzgeber das Ausschlussverfahren nach dem GesAusG, dessen Besonderheit die Zulässigkeit des „grundlosen“ Ausschlusses von Minderheitsgesellschaftern ist.⁴⁸ Besagtes Gesetz erging im Rahmen des Übernahmerechts-Änderungsgesetzes 2006 und beabsichtigte, die „Schaffung wettbewerbsfähiger und reaktionsschneller Unternehmens- und Kontrollstrukturen zu erleichtern.“⁴⁹ Unionsrechtlich angehalten zur Etablierung einer solchen Ausschlussmöglichkeit für die GmbH war der Gesetzgeber aber nicht. Vielmehr übererfüllte er die Vorgaben der Übernahme-Richtlinie, welche sich grundsätzlich auf börsennotierte Aktiengesellschaften beschränkten.⁵⁰

⁴³ *Vökl* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), GmbHG § 58 Rz 1 ff (Stand 1.11.2015); *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1987) 680.

⁴⁴ *M. Heidinger/Precht* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG § 58 Rz 1 (Stand 2014).

⁴⁵ *Vökl* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 58 Rz 3 f; *M. Heidinger/Precht* in *Gruber/Harrer* § 58 Rz 2.

⁴⁶ EB 236 BlgHH, XVII. Sess 74; HHB 272 BlgHH, XVII. Sess 16.

⁴⁷ *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz⁷ § 58 Rz 2 und 4 (Stand 2009).

⁴⁸ *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 75 Rz 83.

⁴⁹ Art 6 ÜBRÄG 2006; ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 26 f.

⁵⁰ Art 15 RL 2004/25/EG; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 75 Rz 82.

Ein Hauptgesellschafter mit mindestens 90 % des Stammkapitals – nicht notwendigerweise der Stimmrechte⁵¹ – kann ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes oder einer sachlichen Rechtfertigung verlangen, dass ihm durch Generalversammlungsbeschluss und Eintragung ins Firmenbuch die Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter übertragen werden.⁵² Im Ergebnis tritt ein angemessener Barabfindungsanspruch an die Stelle der Mitgliedschaft.⁵³

Gem § 1 Abs 4 GesAusG handelt es sich beim sogenannten „Squeeze-out“ expressis verbis um eine dispositive Regelung. Sie kann im Gesellschaftsvertrag abbedungen oder durch erhöhte Beteiligungsanforderungen erschwert werden. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit noch weitere Voraussetzungen für den Gesellschafterausschluss vorzusehen.⁵⁴

Aufgrund der fehlenden Bindung an die Verwirklichung wichtiger Gründe stellt der Ausschluss nach GesAusG zunächst ein relativ flexibles Instrument mit weitem Anwendungsbereich dar. Zweifellos wird dieser jedoch durch das Erfordernis besonderer Beteiligungsverhältnisse weitestgehend auf von Hauptgesellschaftern beherrschte Kapitalgesellschaften eingeschränkt. Darüber hinaus verringert die Unzulässigkeit des Zusammenschlusses mehrerer Gesellschafter zum Zwecke des Gesellschafterausschlusses – mit Ausnahme bestimmter Konzernstrukturen – weiter die praktische Relevanz des „Squeeze-outs“.⁵⁵

3. Ausschluss aus wichtigem Grund auf gesellschaftsvertraglicher Basis

Die Zulässigkeit von Klauseln, die auf Basis eines wichtigen Grundes den Gesellschafterausschluss ermöglichen, wurde in den Anfangsjahren des GmbHG von Literatur und Judikatur abgelehnt.⁵⁶ Diese Auffassung ist der heute veralteten Ansicht, ein Ausschluss außerhalb der im GmbHG geregelten Sachverhalte sei nicht möglich,

⁵¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 2.

⁵² *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 75 Rz 84 f.

⁵³ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out. Der Gesellschafterausschluss bei AG und GmbH (2006) Rz 69.

⁵⁴ ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 28.

⁵⁵ ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 27 f; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 75 Rz 86 mwN.

⁵⁶ Vgl *Pisko*, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts (1923) 445: „Der Gesellschaftsvertrag kann (...) auch andere Auflösungsgründe festsetzen (...), aber nicht etwa an diese Tatsachen die Wirkung knüpfen, dass der betreffende Gesellschafter gegen Abfindung aus der fortbestehenden Gesellschaft ausscheidet.“

geschuldet. Man ging davon aus, dass vertraglich nur dann anderes vorgesehen werden kann, wenn es das GmbHG ausdrücklich zulässt.⁵⁷

Vor diesem Hintergrund sprach der OGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1913 aus, dass es unzulässig sei, wenn eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag „über den im § 66 vorgesehenen Fall hinaus weitere Fälle vorsieht, in welchen ein Gesellschafter ausgeschlossen werden kann.“⁵⁸ Denn „schon die Bestimmungen der §§ 67 ff, welche auf den einzelnen Fall der Ausschließung wegen Säumnis in der Einzahlung der Stammeinlage besonders angepasst sind, deuten darauf, dass der Gesetzgeber, hätte er auch die Ausschließung von Gesellschaftern mit voll eingezahlten Stammeinlagen für statthaft gehalten, Bestimmungen über das rechtliche Schicksal von derlei Einlagen getroffen hätte.“⁵⁹ „Beim Schweigen des Gesetzes“, so führt das Höchstgericht aus, „kann es wohl nicht im Belieben des Gesellschaftsvertrags stehen, solche Bestimmungen statt des Gesetzes zu treffen.“⁶⁰

In einer Entscheidung aus 1914 hielt der OGH fest, dass eine Ausschließung „auch dann nicht gestattet ist, wenn sich an diese eine Rückzahlung der Stammeinlagen an den ausgeschlossenen Gesellschafter unter Beobachtung des § 54 GmbHG knüpfen soll.“⁶¹

Eine Entscheidung aus 1916 ergänzte hinsichtlich der Verletzung des Konkurrenzverbots nach § 24 Abs 3 GmbHG, dass das Gesetz deren Konsequenzen taxativ aufzähle.⁶² Die Aufnahme anderer Rechtsfolgen, etwa des Gesellschafterausschlusses, in die Satzung ist daher unzulässig.

Im selben Jahr äußerte sich der OGH in einer weiteren Entscheidung zur Unzulässigkeit der Vereinbarung des Ausschlusses eines Gesellschafters und führte zusätzlich ins Treffen, dass durch die Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters entweder § 76, § 81 oder § 82 GmbHG verletzt sei.⁶³

Anerkannt ist mittlerweile die dazu konträre Auffassung. Grundsätzlich darf – soweit keine Drittinteressen betroffen sind – von Privat- bzw Satzungsautonomie ausgegangen werden.

⁵⁷ Rüffler, Ausschluss von Gesellschaftern und Übertragungsverpflichtungen, in Kalss/Rüffler (Hrsg), Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 71 (75 f).

⁵⁸ OGH 26.8.1913, R VI 224/13 = ZBI 1916/349.

⁵⁹ OGH 26.8.1913, R VI 224/13.

⁶⁰ OGH 26.8.1913, R VI 224/13.

⁶¹ OGH 17.3.1914, R VI 80/14 = NZ 1917, 229.

⁶² OGH 12.9.1916, R III 119 = ZBI 1917/281.

⁶³ OGH 14.3.1916, R II 104 = ZBI 1916/173.

Eine zwingende Norm, die vorgibt, dass ein Gesellschafter außerhalb des in § 66 GmbHG geregelten Falles auch bei Vorhandensein einer gesellschaftsvertraglichen Grundlage unter keinen Umständen ausgeschlossen werden kann, fehlt.⁶⁴ Eine Bestimmung, die wie § 11 GenG besagt, dass der Gesellschaftsvertrag vom Gesetz nur dort abweichen darf, wo dies ausdrücklich für zulässig erklärt wurde, gibt es im GmbHG nicht.⁶⁵ Daran vermag auch § 4 Abs 2 GmbHG nichts zu ändern, denn dieser bringt keineswegs die Unzulässigkeit von Satzungsregelungen, die einer gesetzlichen Ermächtigung entbehren, zum Ausdruck.⁶⁶ Vielmehr verbietet die Bestimmung allein gesellschaftsvertragliche Regelungen, die zwingenden Normen des GmbHG widersprechen und normiert deren Unwirksamkeit als Sanktion.

Nach neuerer Literatur und Judikatur wird daher entgegen der älteren Rsp die Möglichkeit, den Ausschluss im Gesellschaftsvertrag vorzusehen, ganz überwiegend bejaht.⁶⁷ Nur zwingende Normen, deren Vorliegen zu beweisen ist, setzen der Gestaltungsfreiheit Grenzen.⁶⁸ Als solche kommen vor allem Bestimmungen über den Gläubigerschutz in Frage.⁶⁹ Es darf somit nach überwiegender Auffassung nicht außer Acht gelassen werden, dass die Zulässigkeit einer gesellschaftsvertraglichen Ausschlussbestimmung an sich von der Zulässigkeit der Durchführung des Ausschlusses im Einzelfall zu unterscheiden ist.⁷⁰

Ganz iSd Besagten sprach der OGH in einer Entscheidung aus, dass ein gesellschaftsvertraglich vorgesehener Ausschluss bei gleichzeitigem Verlust aller Rechte aus dem Geschäftsanteil unzulässig sein muss, denn dabei handle es sich gleichsam um eine Enteignung des Gesellschafters. Gleiches gilt für Bestimmungen, wonach der Anteil des Gesellschafters von der Gesellschaft selbst übernommen werde, was den Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung und damit den Gläubigerrechten zuwiderliefe.⁷¹ Zulässig sei aber die Vereinbarung des Austritts eines Gesellschafters unter Übertragung des Geschäftsanteils an andere Personen oder an die verbleibenden Gesellschafter, denen in der Satzung ein Aufgriffsrecht eingeräumt wurde.

⁶⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 11; OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95 = SZ 69/37.

⁶⁵ *Hannak*, GmbH – Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle (1972) 127 (136).

⁶⁶ *Hannak* in FS Hämmerle 127 (135 FN 11, 137).

⁶⁷ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 125 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 11; *Schopper* in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 75 Rz 15 (Stand 2014); OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95 = SZ 69/37; OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z.

⁶⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 4 Rz 19 mwN.

⁶⁹ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 126; *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (75).

⁷⁰ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 126; *Hannak* in FS Hämmerle 127 (137).

⁷¹ OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95 = SZ 69/37.

Auf Satzungsebene können ferner auch Voraussetzungen für den Ausschluss präzisiert werden, wobei neben der Intensivierung auch die Abschwächung sonst maßgeblicher Erfordernisse eines „wichtigen Grundes“ in Frage kommt.⁷² Nach *U. Torggler* kann der Gesellschaftsvertrag daher auch solche Gründe vorsehen, „die objektiv keinen wichtigen Grund iS einer Unzumutbarkeit des weiteren Verbleibs in der Gesellschaft bilden.“⁷³

Ein Gesellschafterausschluss, der auf Umstände iSd § 140 iVm § 133 UGB abstellt, ist unstrittig zulässig.⁷⁴ Klauseln, die auf den Ausschluss des Gesellschafters, der eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt, abzielen, stellen somit jedenfalls auf einen wichtigen Grund ab und dürfen in die Satzung aufgenommen werden.⁷⁵ So erklärte das OLG Innsbruck in einer Entscheidung aus 1968 die gesellschaftsvertragliche Regelung für zulässig, wonach die übrigen Gesellschafter bei gröblicher oder beharrlicher Verletzung der Satzung vom betroffenen Gesellschafter die Abtretung seines Geschäftsanteils zum Buchwert an sich verlangen können.⁷⁶

Der Grund für den Ausschluss hat in der Person des Gesellschafters zu liegen, wobei die Verwirklichung des Ausschlusses jeweils nur anhand der besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls beurteilt werden kann.⁷⁷ Ein Ausschluss wird nach *Ostheim* somit insb dann abzulehnen sein, „wenn die Gründe für die unheilbare Zerrüttung des Gesellschafterverhältnisses nicht ausschließlich in der Person des oder der auszuschließenden Gesellschafter liegen.“⁷⁸

Fälle, die nicht von der Willkür der ausschlussberechtigten Gesellschafter abhängig gemacht werden, sind als legitime wichtige Gründe anzuerkennen.⁷⁹ Insofern stellen in der Praxis beispielsweise die Verletzung von Wettbewerbsverboten oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters häufig verwendete Ausschlussstatbestände dar, die als wichtige Gründe zur Ausschließung legitimieren.⁸⁰ Ist eine Klausel unklar und scheinbar mehrdeutig, gilt der allgemeine Grundsatz sie so

⁷² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 15 mwN.

⁷³ *U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185 (191).

⁷⁴ *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (88).

⁷⁵ Vgl § 133 UGB.

⁷⁶ OLG Innsbruck 4.6.1968, 1 R 78/68.

⁷⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 14; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz⁷ § 75 Rz 7.

⁷⁸ *Ostheim*, Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in FS Hämmerle (1972) 245 (265).

⁷⁹ *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (88).

⁸⁰ *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (88).

vernünftig und billig auszulegen, dass ihre Anwendung im Einzelfall brauchbare und vernünftige Ergebnisse zeitigt.⁸¹

Wird eine Ausschlussbestimmung erst nachträglich in die Satzung aufgenommen, muss der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden.⁸² Dieser findet sich – wie bereits an anderer Stelle erwähnt – nicht *expressis verbis* im GmbHG. Dennoch gilt allgemein, dass eine willkürliche Ungleichbehandlung von Gesellschaftern in gleicher Rechtslage nicht gerechtfertigt ist.⁸³ Nach *Koppensteiner* ist daher auch im Falle einer abstrakt gleichen Betroffenheit aller Gesellschafter genau zu prüfen, ob der Beschluss zur Satzungsänderung nicht auf einen oder einzelne Gesellschafter zielt.⁸⁴ Zudem wird angenommen, dass es sich dabei um einen mitgliedschaftsrechtlichen Eingriff handelt. Insofern muss sowohl die Voraussetzung der Erforderlichkeit als auch der Verhältnismäßigkeit gegeben sein, um den Ausschluss abseits der gesetzlichen Möglichkeiten ohne die Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters durchführen zu können.⁸⁵ Ein Anwendungsfall des § 50 Abs 4 GmbHG liegt nicht vor, denn weder ist die Vermehrung vertraglich obliegender Leistungen noch die Verkürzung vertraglich eingeräumter Rechte einzelner Gesellschafter einschlägig.⁸⁶ Daraus folgt, dass die „Zustimmung sämtlicher von der Vermehrung oder Verkürzung betroffenen Gesellschafter“⁸⁷ eben nicht erforderlich ist.⁸⁸

Die Frage, ob in der Satzung auch gänzlich auf bestimmte wichtige Gründe verzichtet und ein grundloser Ausschluss vorgesehen werden kann, wird in der Literatur ganz überwiegend als unzulässig erachtet.⁸⁹ Diese Teile der Lehre folgen damit der vom BGH entwickelten Meinung zu § 140 dHGB, deren Wertung auch für die GmbH übernommen werden kann.⁹⁰ Demnach werde ein von jederzeitiger Hinauskündigung bedrohter Gesellschafter seine gesellschafterlichen Rechte und Pflichten nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen, sondern sich, auch wenn vom Gegenteil überzeugt, den Wünschen des

⁸¹ RIS-Justiz RS0008816.

⁸² *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 130; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 12.

⁸³ OGH 23.4.1996, 1 Ob 2085/96s = SZ 69/96.

⁸⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 12; OLG Wien 22.7.2011, 28 R 141/11b.

⁸⁵ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 130; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 12.

⁸⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 12.

⁸⁷ *Milchrahm/Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 50 Rz 54 ff.

⁸⁸ Vgl § 50 Abs 4 GmbHG.

⁸⁹ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 129; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 15.

⁹⁰ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 129; *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (77 f).

Ausschlussberechtigten oder der ausschlussberechtigten Mehrheit beugen.⁹¹ Im Ergebnis würde stets das „Damoklesschwert der Hinauskündigung“⁹² über den Gesellschaftern schweben und die kollektive Willensbildung stark beeinträchtigt werden. Die Folge wäre eine faktische Entwertung zwingender Rechte des Gesellschafters wie Stimm-, Anfechtungs- und Informationsrecht.⁹³ Der BGH folgerte daraus, dass eine solche Klausel den Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts widerspräche und nach § 138 BGB sittenwidrig sei.⁹⁴ Sittenwidrigkeit liege jedoch nicht in jedem Fall vor. Vertragsbestimmungen, die auf den Ausschluss unter außergewöhnlichen Umständen und aus sachlich gerechtfertigten Gründen abstellen, seien zulässig.⁹⁵

Auf die österreichische Rechtslage übertragen wäre eine Satzungsbestimmung, die ohne sachlicher Rechtfertigung den jederzeitigen Ausschluss von Gesellschaftern erlaubt, wohl als sittenwidrig iSd § 879 ABGB zu qualifizieren. Dieser Ansicht folgt die österreichische Literatur größtenteils.⁹⁶ Ob die besagten Wertungen aber auch tatsächlich für Österreich übernommen werden können, war bislang – soweit ersichtlich – nicht Gegenstand einer höchstgerichtlichen Entscheidung sowohl hinsichtlich Personen- als auch Kapitalgesellschaften.⁹⁷

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass Teile der Lehre für bestimmte Fälle auch die Zulässigkeit des voraussetzungslosen Ausschlusses vertreten. So führen *Koppensteiner* und *Rüffler* unter Verweis auf das UmwG und GesAusG ins Treffen, dass eine Klausel, die den Ausschluss einer Minderheit von bis zu 10 % ermöglicht, nicht sittenwidrig sein kann, wenn der voraussetzungslose Ausschluss einer solchen Minderheit von Gesetzes wegen zulässig ist.⁹⁸ Eine sachliche Rechtfertigung sei daher nur beim Ausschluss von Gesellschaftern mit mehr als 10 % notwendig, darunter könne die Ausschließung im Gesellschaftsvertrag auch grundlos vorgesehen werden.⁹⁹ *U. Torggler* entgegnet dieser

⁹¹ BGH 13.7.1981, II ZR 56/80 = BGHZ 81, 263; BGH 19.9.1988, II ZR 329/87 = BGHZ 105, 213; BGH 7.2.1994, II ZR 191/92 = BGHZ 125, 74; BGH 8.3.2004, II ZR 165/02 = NZG 2004, 569.

⁹² BGH 13.7.1981, II ZR 56/80 = BGHZ 81, 263, 268; BGH 8.3.2004, II ZR 165/02 = NZG 2004, 569; BGH 14.3.2005, II ZR 153/03 = DB 2005, 937; *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (77 f, 81).

⁹³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 15.

⁹⁴ BGH 19.9.1988, II ZR 329/87 = BGHZ 105, 213; *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (77).

⁹⁵ BGH 19.9.2005, II ZR 342/03 = BGHZ 164, 107; BGH 19.9.2005, II ZR 173/04 = BGHZ 164, 98; BGH 19.3.2007, II ZR 300/05 = WM 2007, 935; BGH 7.5.2007, II ZR 281/05 = WM 2007, 1270.

⁹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 15 mwN.

⁹⁷ *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (77).

⁹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 15; *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (82 ff).

⁹⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 15.

Auffassung, dass das GesAusG „wegen vermuteter Kaldor-Hicks-Effizienz“¹⁰⁰ die Möglichkeit anerkenne, „aus einer De-facto-Einpersonengesellschaft eine echte Einpersonengesellschaft zu machen“¹⁰¹ und es sich hierbei also um keine Ermächtigung zu einem grundlosen Ausschluss handeln könne.¹⁰²

Äußerst liberal zeigen sich auch *Gall/Potyka/Winner* und *Kalss/Eckert*. Erstere halten wie folgt fest: „Wenn die Parteien gewollt haben, dass ein Ausschluss jedenfalls möglich ist, so ist das zu respektieren, auch wenn die Schwelle nach GesAusG nicht erreicht wird oder wenn nur einzelne Minderheitsgesellschafter ausgeschlossen werden sollen.“¹⁰³ Letztere meinen „ein jederzeit ohne Grund ausübbares Aufgriffsrecht ist zulässig und wirksam und (...) nicht nur unter dem Vorbehalt einer ‚sachlichen Rechtfertigung‘ zulässig, wie dem österreichischen Recht generell ein Gebot der sachlichen Rechtfertigung von Verträgen fremd ist.“¹⁰⁴

4. Ausschluss aus wichtigem Grund ohne gesellschaftsvertragliche Basis

Nach dem bisher Gesagten lässt sich der Standpunkt des OGH in Sachen Gesellschafterausschluss aus der GmbH wie folgt darstellen:¹⁰⁵ Ein Gesellschafter, der weder seine Einzahlungs- bzw Nachschusspflicht verletzt noch einen in der Satzung vorgesehenen Ausschließungsgrund verwirklicht, kann mangels besonderer Beteiligungsverhältnisse iSd GesAusG unter keinen Umständen ausgeschlossen werden. Egal wie unzumutbar und damit bestandsgefährdend die Zusammenarbeit zwischen den Eigentümern ist, stets bedarf es einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Regelung.

Die Rsp zeichnet somit ein Szenario der Alternativlosigkeit im Falle fehlender bzw mangelhafter kautelarjuristischer Vorsorge. Es verwundert daher kaum, dass dieser Zustand in der Praxis regelmäßig als unbefriedigend wahrgenommen wird. Auch weite Teile der österreichischen Lehre kritisieren die Linie des Höchstgerichts. Sie plädieren für die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund ohne gesellschaftsvertragliche Regelung und stützen ihre Gegenauffassung dabei auf unterschiedliche Argumente.

¹⁰⁰ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (191).

¹⁰¹ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (191).

¹⁰² *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (191).

¹⁰³ *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out. Der Gesellschafterausschluss bei AG und GmbH Rz 510.

¹⁰⁴ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenz, in: Kodek/Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2007 (2008) 65 (93).

¹⁰⁵ RIS-Justiz RS0059745.

Angesichts des Untersuchungsschwerpunkts dieser Arbeit, namentlich der Zulässigkeit eines allgemeinen außerordentlichen Ausschlussrechts im GmbH-Recht, soll im Folgenden der aktuelle Meinungsstand zu ebender Frage, ob ein Gesellschafter auch dann ausgeschlossen werden kann, wenn keine diesbzgl Satzungsbestimmung besteht, referiert werden. Dabei wird sowohl auf die Entwicklung der Judikatur als auch auf widersprechende Ansichten sowie ausgewählte rechtsvergleichende Aspekte eingegangen.

a. Meinungsstand der Judikatur

In Anbetracht der dargestellten älteren Judikatur des OGH erscheint es aus dessen Sicht nur konsequent, auch die Zulässigkeit noch großzügigerer Ausschlussmöglichkeiten zu verneinen.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1953 hatte der OGH zu beurteilen, ob ein Gesellschafter aufgrund der Verletzung wesentlicher Pflichten auf Wunsch des Mitgesellschafters ausgeschlossen werden kann.¹⁰⁶ Er lehnte diese Möglichkeit ab und führte aus, dass das GmbHG „deutlich auf den Willen des Gesetzgebers hinweist, die bezeichneten rechtlichen Verhältnisse erschöpfend zu regeln“.¹⁰⁷ Vielmehr wurde die „nach deutschem Recht zulässige Möglichkeit, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen, bei der Einführung des österreichischen Gesetzes bewusst nicht übernommen und die Ausschließung eines Gesellschafters auf den Fall beschränkt, dass dieser seine Stammeinlage nicht rechtzeitig einzahlte.“¹⁰⁸ Der OGH schlussfolgerte: „Die Tendenz geht dahin, den Bestand der von den Gesellschaftern unabhängig und selbständig vorhandenen Gesellschaft zu erhalten, nicht minder aber auch den zwangsweisen Ausschluss einzelner Gesellschafter zu unterbinden, damit die Gesellschaft aufrecht und von finanziellen Erschütterungen, die durch einen solchen Ausschluss hervorgerufen werden könnten, verschont bliebe.“¹⁰⁹ Im Ergebnis sah das Höchstgericht damit keinen Grund von seiner Linie abzugehen. So sei insb „die Begründung der deutschen Judikatur auf die österreichischen Verhältnisse nicht ohne Weiteres übertragbar und überdies nicht überzeugend. Im Wesentlichen wird in den Entscheidungen auf das in Deutschland angeblich bestehende dringende Bedürfnis, untragbar gewordene Gesellschafter zu entfernen, auf die Treuepflicht der Gesellschafter und die Billigkeit hingewiesen. Solche Gründe allgemeiner Art mögen für den Gesetzgeber Grund sein, das Gesetz unter Einbau

¹⁰⁶ OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 = SZ 26/285; RIS-Justiz RS0060209.

¹⁰⁷ OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 = SZ 26/285.

¹⁰⁸ OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 = SZ 26/285.

¹⁰⁹ OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 = SZ 26/285.

der zum Schutz der Gläubiger erforderlichen Kautelen zu ändern. Solange dieses aber in seiner derzeitigen Fassung gilt, kann ein Recht des Gesellschafters, den Ausschluss eines anderen und die Übertragung von dessen Geschäftsanteil zu verlangen, nicht angenommen werden.¹¹⁰

Einige Jahre später bestätigte der OGH in einer Entscheidung den Standpunkt, dass das Gesetz allein die Kaduzierung des säumigen Gesellschafters nach § 66 GmbHG als Ausschlussgrund vorsehe.¹¹¹ Etwaige Argumente der österreichischen Literatur, die das Vorliegen einer Gesetzeslücke bejahten und deren Schließung mittels Analogie zu § 140 HGB (nunmehr UGB) forderten, lehnte er dezidiert ab. Vielmehr wertete er den Umstand, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der höchstgerichtlichen Judikatur und der jahrzehntelangen Diskussion in der Lehre zur Frage des Ausschlusses eines Gesellschafters einer GmbH bisher – trotz mehrfacher Novellierung des GmbH-Rechts – noch keine Regelung getroffen hat, als Indiz gegen die Annahme einer planwidrigen Gesetzeslücke, die im Wege der Gesetzesanalogie geschlossen werden könnte. Konkretisierend führte der OGH aus, dass aus dem Schweigen des Gesetzgebers zu schließen sei, dass er nur für Personengesellschaften den Gesellschafterausschluss normieren wollte. Dieser wiederum erachte eine solche Regelung für den Bereich der GmbH als Kapitalgesellschaft für entbehrlich und überlasse es den Gesellschaftern, eine diesbzgl. Bestimmung im Gesellschaftsvertrag vorzusehen. Eine dahingehende Satzungsregelung sei – wie bereits erwähnt – jedenfalls zulässig, sofern sie nicht gegen zwingende Gesetzesbestimmungen verstößt, etwa wenn in der Person des auszuschließenden Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt, der nach dem Recht der Personengesellschaften die übrigen Gesellschafter zum Ausschluss berechtigen würde.

In einer weiteren Entscheidung wiederholte der OGH seine Ausführungen.¹¹² Im Besonderen verwies er auf den Umstand der Untätigkeit des historischen Gesetzgebers im Zuge der umfassenden GmbHG-Novelle 1980. Das Höchstgericht sah sich durch die Gesetzesmaterialien bestätigt, denn diesen ist wie folgt zu entnehmen: „Der als zweckmäßig erkannte Weg der einzelnen Reformschritte bedeutet auch, dass weitere Änderungen des Gesetzes, die noch zur Erörterung stehen, einer späteren Neufassung vorbehalten bleiben und dass in der Deutung der unberührt bleibenden Bestimmungen

¹¹⁰ OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 = SZ 26/285.

¹¹¹ OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95 = SZ 69/37.

¹¹² OGH 29.1.2001, 3 Ob 57/00d.

keine Änderung eintritt.“¹¹³ Im Ergebnis läge nach Ansicht des OGH eine bewusste (vorläufige) Abstandnahme vor. Die Existenz einer Gesetzeslücke, die in analoger Anwendung des Personengesellschaftsrechts bzw durch Rechtsanalogie zur jederzeitigen Auflösung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund zu schließen wäre, sei zu verneinen.¹¹⁴

Eine spätere Entscheidung des OGH ergänzte die bisherigen Aussagen.¹¹⁵ So wurde festgehalten, dass die bloße Meinung des Rechtswenders, eine Regelung sei wünschenswert, die Annahme einer Gesetzeslücke noch nicht rechtfertige. Es gelte daher laut OGH der Grundsatz, dass es an einer Gesetzeslücke und demgemäß auch an der Grundvoraussetzung einer ergänzenden Rechtsfindung fehlt, wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Rechtsfolge für einen bestimmten Sachverhalt bewusst nicht anordnet. Es stehe den Gerichten im gegenständlichen Fall überhaupt nicht zu an die Stelle des Gesetzgebers zu treten und einen Regelungsinhalt rechtsfortbildend zu schaffen.

Zwei Entscheidungen aus den Jahren 2006 und 2011 brachten keine Abweichungen und fügten sich in die bisherige Judikaturlinie des OGH ein.¹¹⁶

Schließlich wurde der OGH in einer Entscheidung auch mit der Frage befasst, ob das zwischenzeitlich eingeführte GesAusG Einfluss auf die bisherige Rsp haben könnte.¹¹⁷ Dies wurde unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien verneint. Die Neuregelung des Ausschlusses von Minderheitsgesellschaftern durch das GesAusG habe sich dabei „aus zahlreichen Gründen“¹¹⁸ empfohlen. Nach Ansicht des OGH liege aufgrund des Umstandes, dass eben nicht (auch) auf die gegenständliche Thematik Rücksicht genommen wurde, nunmehr „erst recht“ keine Gesetzeslücke vor.¹¹⁹

Seither brachte die Entscheidungspraxis des OGH – soweit ersichtlich – keine neuen Erkenntnisse zur gegenständlichen Frage hervor.

¹¹³ ErIRV 5 BlgNR XV. GP 5.

¹¹⁴ RIS-Justiz RS0102055 (T1).

¹¹⁵ OGH 25.9.2001, 4 Ob 216/01w.

¹¹⁶ OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v; OLG Wien 22.7.2011, 28 R 141/11b.

¹¹⁷ OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z.

¹¹⁸ OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z.

¹¹⁹ OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z.

b. Meinungsstand der Lehre

In der österreichischen Literatur stießen die Ausführungen des OGH überwiegend auf Kritik. Weite Teile der Lehre befürworteten vielmehr die Zulässigkeit des Ausschlusses aus wichtigem Grund trotz Fehlens einer gesellschaftsvertraglichen Regelung. Gestützt wird diese Ansicht auf verschiedene Argumente, die überwiegend der deutschen Lehrmeinung entlehnt wurden.

i. Analoge Anwendung von § 58 GmbHG

Anders als das österreichische kennt das deutsche GmbH-Recht die uneingeschränkte Einziehung von Geschäftsanteilen. Gem § 34 dGmbHG kann die Satzung die Möglichkeiten und Voraussetzungen festlegen, unter denen Beteiligungen auch gegen den Willen des Gesellschafters eingezogen werden. Fehlt eine dahingehende Vereinbarung, ist die zwangsweise Einziehung nicht möglich.¹²⁰ Eine solche Amortisation ist dem österreichischen GmbHG fremd. Die Bestimmung des § 58 GmbHG lässt die Einziehung wie erwähnt nur in Sonderfällen und nicht zum Hauptzweck des Gesellschafterausschlusses zu. Der Erwerb (weiterbestehender) Geschäftsanteile durch die Gesellschaft selbst ist grundsätzlich verboten und wirkungslos.¹²¹

Dennoch beschäftigte sich die Lehre früh mit der Möglichkeit, den Anwendungsbereich des § 58 GmbHG auszudehnen.¹²² So erwog ein Teil der älteren Literatur, die Einrichtung einer allgemein zulässigen Amortisation auch in der hiesigen Rechtsordnung zuzulassen und die Möglichkeit eines Gesellschafterausschlusses kraft Gesetzes oder gesellschaftsvertraglicher Regelung und die Einziehung als Verfahren dafür abzuleiten.

Die Analogie zu § 58 GmbHG sollte den Ausschluss unliebsamer Gesellschafter ermöglichen und gleichzeitig das Verfahren liefern. So meint *Hannak*, dass die Vereinbarung einer vertraglichen zwangsweisen Einziehung nicht durch den eingeschränkten Anwendungsbereich auf „heimfällige Unternehmen“ ausgeschlossen werde.¹²³

¹²⁰ *Schindler* in Ziemons/Jaeger (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG § 34 Rz 2, 24 (24. Edition Stand 15.8.2015).

¹²¹ Vgl § 81 GmbHG.

¹²² *Kastner*, Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH, ÖJZ 1952, 183 (185); *Kastner*, Zur Reform der Gesellschaft m.b.H., JBl 1956, 113 (115); *Hannak* in FS Hämmerle, 127 (135 ff); *Ostheim* in FS Hämmerle 265 (266); *Ostheim*, Probleme der personalistischen GmbH, GesRZ 1974, 70 (74 ff).

¹²³ *Hannak* in FS Hämmerle 127 (137).

Nach der unter anderem von *Pisko* vertretenen Gegenposition sei eine Rückzahlung der Einlage nicht zulässig und eine Bestimmung in der Satzung, die die Ausschließung durch zwangsweise Einziehung vorsieht, ungültig. Dies ergäbe das *argumentum e contrario* aus den §§ 58, 81 GmbHG.¹²⁴

Laut *Kastner* lasse sich dieser Umkehrschluss nicht zwingend widerlegen, die Einschränkung durch § 58 GmbHG auf zwei Tatbestände erschwere aber zugegebenermaßen den Entschluss zur Analogie. Dennoch vertrete er hinsichtlich des Geschäftsanteils des ausgeschlossenen Gesellschafters die analoge Anwendung des § 58 GmbHG.¹²⁵ *Ostheim* schloss sich dieser Ansicht an.¹²⁶

In der neueren Literatur klang die Diskussion ab. Ein Analogieschluss zu § 58 GmbHG sei nach *Rauter*, *M. Heidinger/Prechtl* und *Koppensteiner* nicht tauglich.¹²⁷ Vor allem zur hier interessierenden Frage des Ausschlusses ohne gesellschaftsvertragliche Basis scheide die Bestimmung allein schon deshalb aus, weil auch sie eine Regelung im Gesellschaftsvertrag voraussetzt. Nach heutigem Stand der Rechtsentwicklung könne § 58 GmbHG somit bei etwaigen Überlegungen zu Analogie- und Umkehrschlüssen am wenigsten Geltungsanspruch erheben.¹²⁸

ii. Analoge Anwendung von § 140 UGB

Mehr literarischen Zuspruch erhielt das Argument analoger Anwendung des § 140 iVm 133 UGB. Jener Teil der Lehre, der die Zulässigkeit eines allgemeinen außerordentlichen Ausschlussrechts für die GmbH bejaht, verweist größtenteils auf die besagten Bestimmungen.

Einer der ersten Vertreter dieser Auffassung war *Kastner*. Er führte die zu diesem Zeitpunkt in Deutschland weitgehend von Lehre und Rsp anerkannte Meinung ins Treffen, dass Dauerschuldverhältnisse grundsätzlich jederzeit aus wichtigem Grund lösbar seien und die personengesellschaftliche Ausschließungsklage analog Anwendung finden müsse.¹²⁹ Wohlgemerkt vor mehr als 60 Jahren meinte *Kastner* wie folgt: „Die

¹²⁴ *Pisko*, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts 439.

¹²⁵ *Kastner*, ÖJZ 1952, 183 (185); *Kastner*, JBl 1956, 113 (115).

¹²⁶ *Ostheim* in FS Hämmerle 245 (264); *Ostheim*, GesRZ 1974, 70 (76).

¹²⁷ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 131; *M. Heidinger/Prechtl* in Gruber/Harrer § 58 Rz 2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 13.

¹²⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 13.

¹²⁹ *Kastner*, ÖJZ 1952, 183 (183); zust *Schneider*, Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1983, 191 (197).

Überlegungen der Redaktoren und der Herrenhauskommission bei Erlassung des GmbHG (...) schließen heute nicht mehr unbedingt die Anwendung eines erst in den letzten Jahrzehnten vom Schrifttum entwickelten, heute anerkannten allgemeinen Grundsatzes für Dauerrechtsverhältnisse aus. Denn es kann als klargestellt gelten, dass es nicht auf die Absicht des historischen Gesetzgebers, sondern auf die der heutigen Gesetzgebung ankommt. Die vorzeitige Beendigung von Dauerrechtsverhältnissen aus wichtigem Grunde nimmt in der Entwicklung des modernen Wirtschaftsrechtes einen breiten Raum ein. (...) Die ganze Struktur des Assoziationswesens hat sich tiefgreifend gewandelt. (...) Ein echtes Bedürfnis, bei unheilbarer Zerrüttung das gesellschaftliche Band vorzeitig lösen zu können, kann nicht geleugnet werden.¹³⁰ Dem Einwand, dem persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft sei die Aufrechterhaltung einer zerrütteten Gesellschaft wesentlich schwerer als dem Gesellschafter einer GmbH zuzumuten, hielt *Kastner* entgegen, dass die Möglichkeit des Ausschlusses auch dem beschränkt haftenden Kommanditisten zustehe.¹³¹

Ostheim pflichtet diesen Ausführungen weitgehend bei und ergänzt, dass die GmbH „schon ihrer Mittelstellung zwischen AG und Personengesellschaft wegen“¹³² nicht einheitlich strukturiert sei, sich die personalistische GmbH als überwiegende Ausprägung entwickelt habe und sich die bestehende Rechtslage nunmehr als „völlig unzulänglich“ erweisen würde.¹³³

Nach *Hämmerle/Wünsch* dürfe, sofern der Satzung keine Ausschlussbestimmung zu entnehmen ist, „bei vorsichtiger Einschätzung aller rechtlichen Umstände angenommen werden, dass eine personalistisch organisierte Gesellschaft berechtigt ist, einen Gesellschafter nach allgemeinen Grundsätzen des Verbandsrechts auszuschließen, wenn ein wichtiger Grund gegeben ist und keine andere Möglichkeit einer Beilegung des Streitfalls besteht.“¹³⁴

Ein früher Kritiker der Zulässigkeit eines außerordentlichen Ausschlussrechts bei der GmbH war *Hannak*. Dessen Ansicht nach sei die Ausschließung eines Gesellschafters „unvereinbar mit einer Gesellschaftsform, bei der die Persönlichkeit des Gesellschafters gänzlich in den Hintergrund tritt.“¹³⁵ Die Ausschließung könne immer nur in der Person

¹³⁰ *Kastner*, ÖJZ 1952, 183 (184 f).

¹³¹ *Kastner*, ÖJZ 1952, 183 (185).

¹³² *Ostheim* in FS Hämmerle 245 (258).

¹³³ *Ostheim* in FS Hämmerle 245 (258).

¹³⁴ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ (1978) 445.

¹³⁵ *Hannak* in FS Hämmerle 127 (128 f).

des Gesellschafters ihren Grund haben, jedoch komme bei der Kapitalgesellschaft von Gesetzes wegen nur die Verletzung der Einlagepflicht in Frage. *Hannak* schlussfolgert daraus, dass diese der einzige, mit dem Wesen der kapitalistisch-körperschaftlichen Ordnung der GmbH vereinbare Ausschließungsgrund sei. Im Rahmen des dispositiven Rechts obliege es jedoch den Gesellschaftern eine personalistische Gestaltung vorzunehmen und den Ausschluss zu ermöglichen. Machen die Gesellschafter davon nicht Gebrauch, dürfe aber nicht auf die Bestimmungen des Personengesellschaftsrechts zurückgegriffen werden. Es mangle nämlich an der notwendigen Gesetzeslücke. Ausschließung und Auflösung seien im Gesetz vielmehr erschöpfend, wenn auch nicht zwingend, geregelt.¹³⁶ Ferner sei zu berücksichtigen, dass Lücken in Satzungen von Kapitalgesellschaften vor dem Hintergrund des Typenzwangs nicht nach Belieben mit Analogie zum Personengesellschaftsrecht geschlossen werden können.¹³⁷

Auch *Paschinger* folgt dieser Auffassung und hält die analoge Anwendung des § 140 iVm 133 UGB für unzulässig. Es sei ein Gebot der Vorsicht das Ausschließungsrecht gesellschaftsvertraglich zu regeln. Dies ändere jedoch nichts am Bestehen eines echten Bedürfnisses nach einer gesetzlichen Regelung des Ausschlusses und Austritts aus wichtigem Grund. Von den Gerichten könne jedenfalls nicht verlangt werden, eine Form der Rechtsfortentwicklung zu betreiben, die Rechtslücken annimmt und mittels Analogie schließt, wo solche Lücken gar nicht bestehen.¹³⁸

Der Ansicht, es gäbe keine Gesetzeslücke im GmbHG, tritt auch *Koppensteiner* entgegen. Seinen Ausführungen zufolge habe der historische Gesetzgeber zwar bewusst keine Auflösungsklage etablieren wollen, doch sei die Absicht, die Gesellschaft stärker als im deutschen Recht zu perpetuieren, de lege lata aufgeweicht worden. Da sie nunmehr auch für das österreichische Recht zu befürworten sei, könne dieser Unterschied vernachlässigt werden.¹³⁹ Darüber hinaus führt *Koppensteiner* ins Feld, dass sich das Auffinden von Lücken nicht auf ein bestimmtes Gesetz beschränke, sondern die gesamte Rechtsordnung herangezogen werden müsse.¹⁴⁰ Hätte der OGH dies berücksichtigt, hätte er auch andere Schlüsse gezogen. Ferner argumentiert *Koppensteiner*, dass sich das vom BGH konstatierte dringende Bedürfnis, einen untragbar gewordenen Gesellschafter ausschließen zu können,

¹³⁶ *Hannak* in FS Hämmerle 127 (128 f).

¹³⁷ *Hannak* in FS Hämmerle 127 (140).

¹³⁸ *Paschinger*, Umstrittene Klagen im GmbH-Recht, GesRZ 1983, 182 (190).

¹³⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 13; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 84 Rz 21.

¹⁴⁰ *Koppensteiner*, Ausschluss und Austritt bei der GmbH, GesRZ 2013, 4 (5).

keineswegs auf den deutschen Rechtsbereich beschränke, sondern „noch intensiver“ auch in Österreich gegeben sei.¹⁴¹ Letzten Endes sei aber „selbstverständlich nicht der Regelungsbedarf ausschlaggebend, sondern die Frage, ob das geltende Recht ausreichend tragfähige Grundsätze enthält, die ihn befriedigen können.“¹⁴² Diese Frage lasse sich, so *Koppensteiner*, unter Hinweis auf die Lösbarkeit von Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund bedenkenfrei bejahen, sodass vom Grundgedanken des § 140 UGB ausgegangen werden müsse und das außerordentliche Ausschlussrecht für die GmbH grundsätzlich kraft Gesetzes zulässig sei.¹⁴³ *Rüffler* schließt sich dieser Argumentation in weiten Teilen an.¹⁴⁴

In dieselbe Richtung tendiert *U. Torggler*, wenn er meint, der OGH vernachlässige, dass „durch die Herausbildung und Einzelpositivierung des Grundsatzes der Lösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund eine nachträgliche Lücke entstanden ist, die zur Schließung durch eine analoge Anwendung (...) berechtigt und verpflichtet.“¹⁴⁵ Analog zu § 140 UGB sei wegen der erforderlichen Rechtssicherheit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes und die Wirksamkeit des Ausschlusses eine Ausschlussklage erforderlich, wobei seitens der Kläger eine angemessene Abfindung angeboten werden muss.¹⁴⁶

Reich-Rohrwig vertritt die Ansicht, dass das letzte, aber einzig wirksame Mittel, um schwerwiegendes Fehlverhalten von Gesellschaftern auf Dauer zu unterbinden, der Ausschluss aus der GmbH sei. Dieser müsse aus wichtigem Grund auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung zulässig sein. Denn nur das – eingangs bereits erwähnte – „Damoklesschwert des Ausschlusses“ führe auch am ehesten zu einem gesellschaftskonformen Verhalten der Gesellschafter und halte von Rechtsmissbräuchen ab.¹⁴⁷ Im Lichte der GmbHG-Novelle 1980 konstatierte *Reich-Rohrwig*, dass die nunmehrige Zulässigkeit der gerichtlichen Abberufung des Geschäftsführers oder Aufsichtsratsmitglieds aus wichtigem Grund zur allgemeinen Anerkennung des Grundsatzes jederzeitiger Lösbarkeit von innergesellschaftlichen Rechtsverhältnissen im

¹⁴¹ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 4 (5).

¹⁴² *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 4 (5).

¹⁴³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 13.

¹⁴⁴ *Rüffler* in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (72 ff).

¹⁴⁵ *U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185 (191).

¹⁴⁶ *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften (2013) Rz 168.

¹⁴⁷ *Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141.

GmbH-Recht führe.¹⁴⁸ Unter Bezugnahme auf das GesAusG unterstrich *Reich-Rohrwig*, „wenn es schon der Gesellschaftermajorität gestattet wird, voraussetzungslos eine Gesellschafterminderheit (...) aus der Gesellschaft auszuschließen, ist es (...) geboten und sicherlich auch nicht unbillig, wenn zumindest missbräuchliches oder grob pflichtwidriges Verhalten von Gesellschaftern (...) mit dem Ausschluss sanktioniert wird.“¹⁴⁹ Vermutlich habe der historische Gesetzgeber den Hauptanwendungsbereich der GmbH, die zumeist personalistische Züge aufweist, unzutreffend vorhergesehen. Als das „bessere Recht“ müsse sich die allgemeine Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen gegenüber pflichtwidrigen Vertragspartnern auch bei der GmbH durchsetzen.¹⁵⁰

Auch nach *Feil* müsse die Ausschließung aus wichtigem Grund zulässig sein, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag keine diesbzgl. Regelung enthält.¹⁵¹

Nach *Harrer* stehe das Fehlen einer gesetzlichen Regelung dem Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund nicht entgegen, vielmehr brauche es für sachgerechte Lösungen neue rechtliche Instrumente.¹⁵² Das Gesetz sei insoweit lückenhaft und damit fortbildungsbedürftig. Zur Ergänzung erfordere es daher die Anerkennung eines außerordentlichen Kündigungsrechts. Diese Rechtsfortbildung berücksichtige jedoch nur das Gesellschaftsverhältnis als Dauerschuldverhältnis. Das Interesse der Gesellschafter an der Fortführung ohne den störenden Gesellschafter könne dadurch aber nicht verwirklicht werden. Den Schutz dieser Interessen gewährleiste die Bestimmung des § 140 UGB. Die Wertungen dieser Norm seien auf das GmbH-Recht übertragbar. Der Ausschluss eines Gesellschafters, der die weitere Zusammenarbeit unmöglich oder unzumutbar macht, sei kein Spezifikum der Personengesellschaft. Die Problematik bedürfe auch im Recht der GmbH einer Lösung. Im Vordergrund steht nach *Harrer* somit nicht die Frage, ob das Modell des § 140 UGB auf das Recht der GmbH übertragen werden darf, sondern vielmehr, ob und inwieweit dies im Hinblick auf die Besonderheiten dieses Gesellschaftstypus möglich sei.¹⁵³

Auch *Nowotny* befürwortet den Analogieschluss und merkt im Kontext der GmbH-Novellierung der 1980er wie auch *Reich-Rohrwig* an, dass der Gesetzgeber mit § 16 Abs 2 GmbHG in der nahe verwandten Frage der Abberufung des Geschäftsführers aus

¹⁴⁸ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, 680.

¹⁴⁹ *Reich-Rohrwig*, 100 Jahre GmbH-Gesetz, *ecolex* 2006, 488 (491).

¹⁵⁰ *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2006, 488 (491).

¹⁵¹ *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz⁷ § 75 Rz 7.

¹⁵² *Harrer*, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in FS Frotz (1993) 275 (277 ff).

¹⁵³ *Harrer* in FS Frotz, 275 (277 ff).

wichtigem Grund das Recht der Personengesellschaft rezipiert und damit einen Beleg für die Richtigkeit dieser Überlegung liefere.¹⁵⁴

c. Rechtsvergleichende Aspekte

i. Deutschland

Auch dem Gesetzestext zur deutschen GmbH fehlt eine dem Recht der Personengesellschaften entsprechende allgemeine Regelung des Ausschlusses aus wichtigem Grund. Das dGmbHG spricht weder der Gesellschaft noch der Gesellschafterversammlung ein allgemeines Recht zu, unerwünschte Gesellschafter auszuschließen. Es kennt allein den Ausschluss säumiger Gesellschafter sowie – sofern gesellschaftsvertraglich vorgesehen – die zwangsweise Einziehung von Geschäftsanteilen mit der Konsequenz des Gesellschafterausschlusses.¹⁵⁵

Nach *Fastrich* übersah der historische Gesetzgeber die Notwendigkeit einer allgemeinen Ausschlussbestimmung. Eine solche sei jedoch unentbehrlich, weil die GmbH personalistischer strukturiert ist als die AG und ihre Anteile eine geringere Fungibilität aufweisen.¹⁵⁶

Gleich der österreichischen Rechtslage anerkennt die deutsche Rsp es daher im Rahmen der Satzungsautonomie gesellschaftsvertraglich Fälle vorzusehen, die den Ausschluss von Gesellschaftern gestatten.¹⁵⁷ Dabei besteht hinsichtlich der Ausschlussgründe ein weiter Spielraum, dessen Grenzen nach hA die Sittenwidrigkeit bildet.¹⁵⁸

Von der Verankerung eines außerordentlichen Ausschlussrechts im dGmbHG, also einer generellen Berechtigung zum Ausschluss aus wichtigem Grund, sah der deutsche Gesetzgeber bislang ab. Ein solches Recht der Gesellschafter war zwar in den frühen 1970er Jahren Teil des Regierungsentwurfs für die Erneuerung des GmbH-Rechts, fand

¹⁵⁴ *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/314 FN 857; vgl auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990), 425 FN 33.

¹⁵⁵ Vgl §§ 21, 27, 34 dGmbHG; *Maul*, Das Ausscheiden aus der GmbH, in Prinz/Winkeljohann (Hrsg), Beck'sches Handbuch der GmbH⁵ (2014) Rz 98; *Seibt* in Scholz (Hrsg), GmbHG¹¹ Anh § 34 Rz 25 (Stand 2012).

¹⁵⁶ *Fastrich* in Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbHG²⁰ § 34 Rz 1 (Stand 2013).

¹⁵⁷ BGH 1.4.1953, II ZR 235/52 = BGHZ 9, 157 (160).

¹⁵⁸ *Maul* in Beck'sches Handbuch der GmbH, Rz 102.

jedoch letztlich nicht Eingang ins Gesetz. Im Kontext des MoMiG wurde die Frage nicht behandelt.¹⁵⁹

Im Gegensatz zu Österreich ging die deutsche Rechtsentwicklung, trotz dünner positivrechtlicher Grundlage, aber dennoch einen Schritt weiter und anerkannte die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund, auch wenn keine dahingehende Satzungsregelung besteht.¹⁶⁰ Sowohl Judikatur als auch Literatur erkannten frühzeitig das Bedürfnis nach der Möglichkeit, sich von untragbar gewordenen Mitgesellschaftern zu trennen, ohne den Bestand der Gesellschaft zwangsläufig in Frage zu stellen.¹⁶¹

Dogmatisch stützt sich die hM dabei auf den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz der Kündbarkeit von Dauerrechtsverhältnissen aus wichtigem Grund.¹⁶² Auch die allgemein anerkannte gesellschaftliche Treuepflicht liefere nach Ansicht des BGH ein wichtiges Argument dafür, unter bestimmten Voraussetzungen die Interessen der Mehrheit der Gesellschafter aufgrund der Ausrichtung am gemeinsamen Gesellschaftszweck vor die Interessen des Einzelnen zu stellen.¹⁶³

Teile der Lehre befürworten darüber hinaus die Analogie zu § 737 BGB und § 140 dHGB.¹⁶⁴ Erstere Bestimmung regelt den Gesellschafterausschluss der deutschen GesbR, zweitere den mit österreichischer Rechtslage vergleichbaren Ausschluss aus der OHG bzw KG. Die ergänzende Auslegung der Satzung kommt nach heutiger Auffassung hingegen nicht mehr als Grundlage für die Zulässigkeit in Betracht.¹⁶⁵

Hinsichtlich der Voraussetzungen ist festzuhalten, dass der Ausschluss unabhängig von Struktur und Gesellschafteranzahl der GmbH, stets aber nur als ultima ratio möglich ist.¹⁶⁶ Der Ausschließungsgrund muss in der Person des Betroffenen, sei er Minderheits- oder Mehrheitsgesellschafter, liegen und die gemeinsame Fortsetzung verunmöglichen.¹⁶⁷

¹⁵⁹ *Schindler* in Beck'scher Online-Kommentar GmbHG § 34 Rz 112 mwN.

¹⁶⁰ *Schindler* in Beck'scher Online-Kommentar GmbHG § 34 Rz 113 mwN; *Maul* in Beck'sches Handbuch der GmbH, Rz 99.

¹⁶¹ *Schindler* in Beck'scher Online-Kommentar GmbHG § 34 Rz 113; zur Entwicklung der Rsp im Detail *Michalski/Funke* in Michalski (Hrsg), GmbHG² Anh § 34 Rz 4 (Stand 2010).

¹⁶² *Schindler* in Beck'scher Online-Kommentar GmbHG § 34 Rz 114 mwN; BGH 1.4.1953, II ZR 235/52 = BGHZ 9, 157 (161, 163); BGH 23.2.1981, II ZR 229/79 = BGHZ 80, 346 (349).

¹⁶³ BGH 1.4.1953, II ZR 235/52 = BGHZ 9, 157 (159, 163).

¹⁶⁴ *Michalski/Funke* in Michalski, Anh § 34 Rz 6.

¹⁶⁵ *Schindler* in Beck'scher Online-Kommentar GmbHG § 34 Rz 114.

¹⁶⁶ *Seibt* in Scholz¹¹ Anh § 34 Rz 26, 34 mwN.

¹⁶⁷ *Seibt* in Scholz¹¹ Anh § 34 Rz 29 ff.

Der Ausschluss selbst erfolgt durch Rechtsgestaltungsklage.¹⁶⁸ Zuvor bedarf es jedoch eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses, dessen Quorum in der Literatur umstritten ist.¹⁶⁹ Gesellschaftsvertragliche Abweichungen sind zulässig. Die Satzung kann daher auch andere Beschlussquoren vorsehen oder das Klageerfordernis abbedingen und den Ausschluss durch Beschluss gelten lassen.¹⁷⁰ Das Klagerecht steht grundsätzlich allein der GmbH zu.¹⁷¹

Schließlich hat ein unter der aufschiebenden Bedingung fristgerechter Zahlung der Abfindung stehendes Ausschlussurteil zu ergehen.¹⁷² Bis zu dessen Rechtskraft kommen dem vom Ausschluss bedrohten Gesellschafter grundsätzlich weiterhin alle Rechte und Pflichten aus seinem Geschäftsanteil zu. Jedoch ruhen jene Rechte, die dem Ausschluss an sich entgegenstehen.¹⁷³ Mit fristgerechter Abfindungszahlung tritt die aufschiebende Bedingung des Urteils ein. Die Gesellschaft kann nun wählen, ob sie den Geschäftsanteil einzieht, selbst erwirbt oder abtritt.¹⁷⁴

Die jüngere Rsp ließ die Literatur aber am dargestellten Verfahren und der Bedingungskonstruktion zweifeln. In einer Entscheidung aus 2012 argumentiert der BGH, dass die sofortige, bedingungslose Wirkung der Einziehung möglich sei, da neben der Gesellschaft auch die übrigen Gesellschafter anteilig für die Abfindung haften.¹⁷⁵ Diese Wertung könne mitunter auch für den Ausschluss aus wichtigem Grund übernommen werden, sodass der Geschäftsanteil im Ergebnis automatisch mit Rechtskraft des Urteils den übrigen Gesellschaftern anteilig zufallen müsste und diese aber auch subsidiär für die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters haften.¹⁷⁶

ii. Schweiz

Dem Obligationenrecht der Schweiz ist die Möglichkeit des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters ebenso nicht fremd, jedoch fußt diese auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung. Art 823 Abs 1 OR sieht vor, dass die Gesellschaft gerichtlich auf Ausschluss eines Gesellschafters klagen kann, sofern ein wichtiger Grund gegeben ist.

¹⁶⁸ *Seibt* in Scholz¹¹ Anh § 34 Rz 37.

¹⁶⁹ *Maul* in Beck'sches Handbuch der GmbH, Rz 100 mwN; *Seibt* in Scholz¹¹ Anh § 34 Rz 39.

¹⁷⁰ *Seibt* in Scholz¹¹ Anh § 34 Rz 37.

¹⁷¹ BGH 1.4.1953, II ZR 235/52 = BGHZ 9, 157 (177); BGH 17.2.1955, II ZR 316/53 = BGHZ 16, 317 (322).

¹⁷² *Maul* in Beck'sches Handbuch der GmbH, Rz 101.

¹⁷³ *Maul* in Beck'sches Handbuch der GmbH, Rz 101.

¹⁷⁴ BGH 1.4.1953, II ZR 235/52 = BGHZ 9, 157 (168).

¹⁷⁵ BGH 24.1.2012, II ZR 109/11 = BGHZ 192, 236.

¹⁷⁶ *Maul* in Beck'sches Handbuch der GmbH, Rz 101; *Seibt* in Scholz¹¹ Anh § 34 Rz 43 ff mwN.

Die Bestimmung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der GmbH entsprechend der Zielsetzung des Gesetzgebers weder um eine rein kapital- noch personenbezogene Gesellschaftsform, sondern um eine „Mischform“ handelt.¹⁷⁷

iii. Liechtenstein

Auch die Rechtsordnung Liechtensteins lässt für die – zugegebenermaßen praktisch kaum relevante¹⁷⁸ – GmbH ein entsprechendes Recht zu. Gem Art 423 Abs 2 PGR kann ein einzelner Gesellschafter aus wichtigen Gründen die Auflösung und die Gesellschaft ihrerseits aus wichtigen Gründen den Ausschluss eines Gesellschafters durch gerichtliches Urteil verlangen.

iv. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die dargestellten Regelungen vergleichbarer Rechtsordnungen zwar unmittelbarer normativer Aussagekraft für die österreichische Rechtsordnung entbehren,¹⁷⁹ jedoch sind sie Indiz für die Richtigkeit der Ansicht großer Teile der Lehre und legen nahe, dass der Ausschluss aus wichtigem Grund wertungsmäßig wohl geboten ist.¹⁸⁰

III. Das GmbH-Recht und seine Quellen

Die gegenständliche Arbeit stellt die Frage, ob gewisse Bestimmungen des ABGB zur Ergänzung des GmbHG herangezogen werden können und geht dabei im Speziellen auf den reformierten Ausschluss eines GesbR-Gesellschafters ein. Dabei scheint es zweckmäßig, sich ganz grundlegend auch mit jenen Methoden auseinanderzusetzen, welche die Heranziehung von Rechtsquellen außerhalb des GmbHG ermöglichen. Eine dahingehende allgemeine Betrachtung soll der tatsächlichen Beantwortung somit vorangehen.

¹⁷⁷ *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Hrsg), Schweizerisches Gesellschaftsrecht¹¹ (2012) § 18 Rz 25 ff, 100 ff.

¹⁷⁸ *Wagner/Schwärzler*, Liechtenstein in Süß/Wachter (Hrsg), Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, Rz 6.

¹⁷⁹ *Schauer* in Kletecka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON § 6 Rz 32 (Version 1.02 Stand 1.10.2013).

¹⁸⁰ Vgl *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 172.

A. Rechtsquellen

1. GmbHG

Das GmbHG, die primäre Rechtsquelle des GmbH-Rechts, ist Teil des Gesellschaftsrechts und damit dem Unternehmensrecht iwS zuzuordnen.¹⁸¹ Zu letzterem zählen – neben dem Gesellschaftsrecht – noch das Unternehmensrecht ieS bzw das allgemeine Unternehmensrecht, das Wertpapierrecht, das Wettbewerbsrecht, der Gewerbliche Rechtsschutz, das Kapitalmarktrecht, das Transportrecht sowie das Versicherungsrecht.¹⁸²

Das österreichische GmbHG hat sein deutsches Pendant aus 1892 zum Vorbild¹⁸³ und wurde seit Inkrafttreten bis in die 1980er Jahre nur geringfügig novelliert. Erst ab der Novelle BGBl 1980/320 modernisierte der Gesetzgeber verstärkt Teile der ursprünglichen Fassung, wobei vor allem europarechtliche Vorgaben Anpassungen notwendig machten und nach sich zogen.¹⁸⁴

2. Allgemeines Zivilrecht und Sonderprivatrecht

Das allgemeine Zivilrecht kann als Rechtsstoff des Pandektensystems verstanden werden.¹⁸⁵ Nach österreichischem Verständnis umfasst es daher das ABGB, das noch dem Institutionensystem folgt, und seine Nebengesetze.¹⁸⁶

Das Gesellschaftsrecht definiert sich als das Recht der privatrechtlichen Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet werden.¹⁸⁷ Es handelt sich dabei um Zivilrecht, das sowohl die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zur Gesellschaft als auch die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander regelt.¹⁸⁸ Das Gesellschaftsrecht wird jedoch nicht dem allgemeinen Zivilrecht zugeordnet, sondern stellt nach hM Sonderprivatrecht dar.¹⁸⁹

¹⁸¹ *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/4; *Schauer* in Kalss/Schauer/Winner (Hrsg), Allgemeines Unternehmensrecht² (2014) Rz 1/15; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften, Rz 13 f.

¹⁸² *Schauer* in Kalss/Schauer/Winner Rz 1/15.

¹⁸³ HHB 272 BlgHH, XVII. Sess 1.

¹⁸⁴ *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/1 ff.

¹⁸⁵ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 117 ff.

¹⁸⁶ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 426 f.

¹⁸⁷ *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/1.

¹⁸⁸ *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/63.

¹⁸⁹ *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/64; vgl auch *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht² (2011) 31.

F. Bydlinksi begründet dies mit dem Umstand, dass die gesellschaftsrechtlichen Gesetze nicht ohne Weiteres in das Pandektensystem passen und „normative Spezifität“ aufweisen.¹⁹⁰ Gemeint ist, dass das Gesellschaftsrecht teilweise Wertungen trifft, die auf dogmatischer Ebene die Abgrenzung zum allgemeinen Zivilrecht rechtfertigen. Eine solche herausragende Stellung nimmt auch das GmbHG ein.

3. Subsidiarität

Nun drängt sich die Frage auf, in welchem Verhältnis das GmbHG als Sonderprivatrecht zum allgemeinen Zivilrecht steht.

Anders als bei ABGB oder BGB können Lücken im Gesetzestext des GmbHG nicht autonom aus der Kodifikation selbst geschlossen werden.¹⁹¹ Das GmbHG weist grundsätzlich keinen abschließenden Charakter auf und fußt auf allgemeinem Zivilrecht, was zur Folge hat, dass dieses grundsätzlich subsidiär zur Anwendung gelangt, wenn das GmbHG keine Regelung vorsieht.¹⁹² Man spricht vom sogenannten Subsidiaritätsgrundsatz bzw der Subsidiaritätsmaxime.¹⁹³

Doch was ist Subsidiarität überhaupt? Vereinfacht gesagt bedeutet Subsidiarität, dass eine Bestimmung hilfsweise angewendet werden soll und zwar nur dann, wenn nicht schon eine Bestimmung der *lex specialis* eingreift.¹⁹⁴ Wie auch die Spezialität und die Alternativität ist sie zu den Regeln der zivilrechtlichen Normenkonkurrenz zu zählen.¹⁹⁵

Die Judikatur des OGH qualifiziert das allgemeine Zivilrecht als subsidiäre Rechtsquelle des GmbHG.¹⁹⁶ Auf Bestimmungen des ABGB kann somit zurückgegriffen werden, wenn eine Regelung im GmbHG fehlt oder unvollständig ist. Auch in der österreichischen Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass ein sonderprivatrechtliches Rechtsgebiet

¹⁹⁰ F. Bydlinksi, Sonderprivatrechte – Was ist das?, in FS Kastner II (1992) 71 (76 ff): „Unvereinbarkeit der Sondermaterie mit dem Pandektensystem“; ders, System und Prinzipien des Privatrechts, 426 f.

¹⁹¹ Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 1 mit Hinweis auf Wendehorst, Ist der Kodifikationsstreit entschieden?, in Fenyves/Kerschner/Vonkileh (Hrsg), 200 Jahre ABGB. Evolution einer Kodifikation. Rückblick – Ausblick - Methode (2012) 9 (15 f).

¹⁹² Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 1 f mwN; F. Bydlinksi, System und Prinzipien des Privatrechts, 421.

¹⁹³ Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 17 ff.

¹⁹⁴ Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 6.

¹⁹⁵ Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 6.

¹⁹⁶ OGH 14.7.1994, 8 Ob 629/93; OGH 11.6.1964, 5 Ob 135/64; OGH 27.9.2006, 9 ObA 148/05p.

keineswegs die Anwendung des allgemeinen Zivilrechts ausschließt, sondern dieses das Sonderprivatrecht überall dort, wo es keine Sonderregelung enthält, ergänzt.¹⁹⁷

Nach *Schauer* könne man die subsidiär zur Anwendung gelangenden Rechtsvorschriften jedoch mitunter nicht unmittelbar übernehmen, sondern müsse diese entsprechend modifizieren.¹⁹⁸ Auch *F. Bydlinski* anerkennt die Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes, weist aber auf die herausragende Bedeutung der Prinzipien des GmbH-Rechts hin, indem er meint, der „implizite normative Gehalt der Sondermaterie, der gerade durch ihre besonderen Zwecke und Prinzipien bestimmt wird, [habe] den Normen des allgemeinen Zivilrechts gegenüber Vorrang.“¹⁹⁹

Es zeigt sich, dass die Antwort auf (vermeintlich) offene Fragen des GmbH-Rechts trotz des Bestehens des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht zwangsläufig naheliegt. So ist mitunter unklar, ob das GmbHG hinsichtlich einer Bestimmung überhaupt konkret abschließend zu verstehen ist. Aber auch wenn die Ergänzungsbedürftigkeit bejaht werden kann, erweisen sich die relevanten Normen des allgemeinen Zivilrechts oftmals als „unpassend“. Es liegt somit keineswegs auf der Hand, ob allgemeines Zivilrecht nun jeweils subsidiär oder sinngemäß anwendbar ist oder es gänzlich von den Bestimmungen des GmbHG verdrängt wird.

4. Analogie

Unklarheiten bestehen auch hinsichtlich jener Fälle, in denen sich analoge Anwendung rechtsähnlicher Normen und Subsidiarität des allgemeinen Zivilrechts gegenüberstehen, also das Rangverhältnis zur Debatte steht. Diesbzgl führt *Walch* ins Feld, dass zwar aus historischer Sicht „rechtsähnliche Bestimmungen des GmbHG und des sonstigen Gesellschaftsrechts Vorrang vor dem subsidiär anwendbaren allgemeinen Zivilrecht haben“,²⁰⁰ jedoch aus methodischer Sicht das subsidiär anwendbare Zivilrecht den analog herangezogenen Bestimmungen vorgehe.²⁰¹ Denn die Analogie benötige eine planwidrige

¹⁹⁷ *Krejci*, Verweigerter Nachschuss und § 1043 ABGB, RdW 2011/260, 261: „Es versteht sich von selbst, dass ein sonderprivatrechtliches Rechtsgebiet die Anwendung des allgemeinen Privatrechts nicht generell ausschließt; vielmehr ergänzt das allgemeine Privatrecht das Sonderprivatrecht überall dort, wo dieses keine Sonderregelungen enthält.“; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 7; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/65; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 117.

¹⁹⁸ *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/65.

¹⁹⁹ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 117.

²⁰⁰ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 29.

²⁰¹ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 30.

Lücke, welche es nicht geben kann, da das subsidiär anwendbare Zivilrecht lückenfüllend zur Anwendung kommt und damit erst gar keine solche entstehe. Diese Rangordnung gelte grundsätzlich, aber nicht immer. So führt *Walch* aus, dass trotz scheinbaren Rückgriffs auf subsidiär anwendbares allgemeines Zivilrecht eine planwidrige Lücke vorliegen könne, wenn die anzuwendende Norm der GmbH wertungsmäßig nicht entspricht.²⁰² In der Literatur findet sich in diesem Zusammenhang die Bezeichnung „verdeckte Lücke“.²⁰³ Im Ergebnis müsse das allgemeine Zivilrecht somit gegebenenfalls teleologisch reduziert und die Lücke mittels analoger Anwendung rechtsähnlicher, wertungsmäßig besser geeigneter Bestimmungen geschlossen werden.²⁰⁴ Dies entspreche auch dem Grundsatz, dass die subsidiäre Anwendung des allgemeinen Zivilrechts zu keinen Wertungswidersprüchen zwischen GmbHG und anderen Gesellschaftsformen führen dürfe sowie dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung.²⁰⁵ Dabei ist jedoch zu beachten, dass der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers zur Ungleichbehandlung die Grenze zulässiger Auslegung bildet.²⁰⁶

5. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts grundsätzlich subsidiär zur Anwendung gelangen, diese aber durch das GmbHG in dessen Anwendungsbereich jedenfalls verdrängt werden. Nur ausnahmsweise zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen und bei Unzulänglichkeit der Lösung GmbH-rechtlicher Problematiken im Wege der subsidiären Anwendung hat die Analogie in den Fokus zu rücken.

In Frage kommt sodann regelmäßig die analoge Anwendung personengesellschaftsrechtlicher oder aktienrechtlicher Normen. Zunächst sind jedoch aufgrund des grundsätzlichen Vorrangs der subsidiären Anwendbarkeit des ABGB, der nunmehr ausdrücklichen Anordnung des § 1175 Abs 4 ABGB und des Hinweises des Gesetzgebers, dass es sich dabei um den „allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts“ handelt, vor allem die Rechtsvorschriften zur GesbR von Relevanz.

²⁰² *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 28 ff mwN.

²⁰³ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983) 136 f; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 474.

²⁰⁴ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 31 ff mwN.

²⁰⁵ *Schopper/Walch*, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013, 418 (419 f) mwN; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 72 ff.

²⁰⁶ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 36.

Hinsichtlich der gegenständlich interessierenden Frage, ob das GmbH-Recht den Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung zulässt, wurde in der Literatur – wie bereits ausführlich dargelegt – überwiegend auf das Vorliegen einer planwidrigen Lücke im GmbHG und die analoge Anwendung des § 140 UGB aufmerksam gemacht.

Bei dieser Argumentation wird jedoch außer Acht gelassen, dass Überlegungen zur Analogie eben erst angestellt werden dürfen, wenn der vorangehende Schritt – die subsidiäre Anwendung entsprechender Bestimmungen des ABGB – aus Wertungsgründen oder wegen widersprechender Anordnungen des Gesetzgebers ausscheidet. Demnach müsste der Nachweis einer planwidrigen Lücke erst gar nicht erbracht werden.

Geht man noch weiter, könnte man gar behaupten, dass der subsidiäre Rückgriff auf die GesbR-Bestimmungen – vorbehaltlich annähernd brauchbarer Lösungskonzepte – der eigentliche Plan des Gesetzgebers sei. Allgemein gesprochen hieße dies, dass anderes als die subsidiäre Anwendbarkeit eben nur in jenen Fälle angenommen werden darf, in denen die Auslegung zum Ergebnis kommt, dass das GmbHG eine abschließende Regelung vorsieht.²⁰⁷

Ob und inwiefern diese umstrittene²⁰⁸ und unzweifelhaft gewagte Annahme für den Gesellschafterausschluss gilt, ist im Folgenden Gegenstand der Untersuchung. Zunächst soll aber überhaupt auf die Gesellschaftsform der GesbR und die wesentlichsten Neuerungen eingegangen werden.

IV. Subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht

A. GesbR-Reform 2015

Mit dem am 01.01.2015 in Kraft getretenen GesbR-Reformgesetz²⁰⁹ wurde die älteste Gesellschaftsform der österreichischen Rechtsordnung einer umfassenden

²⁰⁷ Vgl. *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 475.

²⁰⁸ Vgl. *Brugger/Schopper*, Keine Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB auf die GmbH und AG, NZ 2015/133, 405 (409); *Koppensteiner*, wbl 2015, 301; krit. *Harrer*, Die GesbR neu und die „anderen Gesellschaften“, RdW 2015/537, 626; *Harrer*, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wbl 2015, 121 (122).

²⁰⁹ Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden (GesbR-Reformgesetz – GesbR-RG), BGBl I 2014/83.

„Generalsanierung“ unterzogen. Dabei wurden die §§ 1175 ff ABGB weitreichend geändert, die Grundprinzipien der GesbR blieben jedoch bestehen. Die nachfolgenden Zeilen stellen den Versuch dar, einen Überblick über die Beweggründe des Gesetzgebers sowie die wesentlichsten Punkte der Reform zu geben.

1. Ausgangslage

Das 27. Hauptstück des zweiten Teils des ABGB hat die Bestimmungen über die GesbR zum Gegenstand. Es unterlag seit Inkrafttreten des ABGB kaum Änderungen und entsprach daher größtenteils noch der Stammfassung aus dem Jahr 1811.²¹⁰ Auf den ersten Blick mag diese immense Bestandskraft für die Annahme sprechen, dass sich die Regelungen über die GesbR bewährt hätten. Dieser Befund ist allerdings nur teilweise richtig. Sowohl inhaltlich als auch terminologisch hielten die §§ 1175 ff ABGB nicht mit der wirtschaftlichen und rechtspolitischen Entwicklung Schritt. Abseits des ABGB kam es mit der Entstehung von Personengesellschaften (OG, KG), Kapitalgesellschaften (AG, GmbH), Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, ideellen Vereinen und Gesellschaftsformen unionsrechtlichen Ursprungs (EWIV, SE) zu einer umfassenden Bereicherung des Gesellschaftsrechts.²¹¹

Paradoxerweise besiegelte dieser Prozess aber keineswegs das Schicksal der Rechtsform. Es verwundert aber kaum, dass er die GesbR im wahrsten Sinne alt aussehen ließ und Schwächen offenbarte. Ihre Reformbedürftigkeit stand daher über Jahrzehnte außer Frage und war Gegenstand unzähliger literarischer Beiträge.²¹² Schließlich wurde dem Anliegen der Lehre – rund 200 Jahre nach Inkrafttreten – Rechnung getragen und ein Anlauf zur Reformierung unternommen.

²¹⁰ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 1.

²¹¹ *Krejci*, GesbR-Reform: Zum ministeriellen Diskussionsentwurf, GES 2012, 4.

²¹² *Kastner*, Zur Erneuerung des österreichischen Gesellschaftsrechts, in FS Broda (1976) 96 f; *ders*, Legistische Aufgaben im Gesellschaftsrecht, JBl 1990, 545 (550); *K. Schmidt*, Der Partnerschaftsgesetzentwurf: Chance für eine überfällige Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JBl 1988, 745; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 75 f; *Jabornegg/Resch* in Schwimann (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5³ § 1175 Rz 1 (Stand 2006); *Krejci*, UGB: Zur OG, KG und GesbR, ÖJZ 2006, 53 (63); *ders*, Zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in FS Hopf (2007) 115; *ders*, Miteigentum und Vermögensordnung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts de lege ferenda, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, FS 200 Jahre ABGB I (2011), 1191; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/86; *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2011); *dies*, Zur Rechtsfähigkeit und Vermögensordnung der GesbR, GES 2011, 147; *U. Torggler*, Die Mitunternehmer-GesbR nach geltendem und künftigem Recht, JBl 2011, 353.

Der Gesetzgeber machte es sich zum Ziel, ein sachgerechtes Regelwerk für die vielfältigen Einsatzgebiete der GesbR zu schaffen. Übersichtliche und klare Bestimmungen, die sich auf die wesentlichen, allgemeinen Ordnungsfragen beschränken, sollten dazu beitragen.²¹³ Ferner galt es den Umstand, dass Lehre und Judikatur teilweise nicht mehr dem Gesetzeswortlaut entsprachen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit zu beseitigen.²¹⁴ Des Weiteren steht die Reform des GesbR-Rechts im Kontext der Erneuerung des Personengesellschaftsrechts durch das HaRÄG 2005 sowie der andauernden Modernisierung des ABGB anlässlich des 200-jährigen Bestehens.²¹⁵ Vor diesem Hintergrund wurde das gesamte Hauptstück von Grund auf neu kodifiziert.

Die Beibehaltung der charakteristischen Merkmale stand im Zuge der Erneuerung – wie erwähnt – nicht zur Diskussion.²¹⁶ Die GesbR sollte weiterhin eine Art „Auffangfunktion“ für jene „gesellschaftlichen Zusammenschlüsse, die nicht jenes erforderliche Maß an Formalität, Publizität, Intensität oder Dauerhaftigkeit erfüllen, wie es für eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gesellschaft erforderlich wäre“,²¹⁷ sein. Insofern war es auch Absicht des Gesetzgebers, mit dem neuen GesbR-Recht ein hohes Maß an Abstraktheit und Dispositivität zu gewährleisten.²¹⁸

2. Das neue GesbR-Recht

Letztere Überlegung hinderte den Gesetzgeber jedoch nicht daran, die GesbR an die OG anzunähern. Er griff vielmehr die harmonisierende Tendenz in Lehre und Rsp auf, um diese schließlich insb für den Bereich des Innenrechts weiterzuführen. Auch wenn das ursprüngliche Konzept des GesbR-Rechts nur eine „vertragliche Modifizierung der *communio incidens*“²¹⁹ darstellte, entwickelte sich die GesbR weg vom Recht der schlichten Miteigentumsgemeinschaft hin zum vertraglichen Zusammenschluss zur Förderung eines gemeinschaftlichen Zwecks. Dieser Umstand rechtfertigt nach Ansicht

²¹³ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 1.

²¹⁴ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 1. *Fritz*, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ÖJZ 2014/61, 385.

²¹⁵ *Schauer/Hofmair*, Die Grundzüge der GesbR-Reform – Ein Überblick über Inhalte und Neuerungen, SWK 36/2014, 1549; *Krejci*, GES 2012, 4 (5).

²¹⁶ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 3.

²¹⁷ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 1.

²¹⁸ *Schauer/Hofmair*, SWK 36/2014, 1549.

²¹⁹ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 11.

des Gesetzgebers die weitgehende Angleichung. Im Außenverhältnis wurde zwischen GesbR- und OG-Recht aber sehr wohl differenziert.²²⁰

i. Definition, Rechtsnatur und Gesellschaftszweck

§ 1175 Abs 1 ABGB liefert eine neue Formulierung der Wesensmerkmale. Eine GesbR liegt vor, wenn sich zwei oder mehrere Personen auf Basis eines formfreien Vertrages zusammenschließen, um durch eine bestimmte Tätigkeit einen gemeinsamen Zweck (*affectio societatis*) zu verfolgen und sich dabei keiner anderen Gesellschaftsform bedienen. Hinsichtlich ihrer Rechtspersönlichkeit folgte der Gesetzgeber nicht dem Beispiel Deutschlands.²²¹ Im Einklang mit der österreichischen hM und Rsp sprach er sie der GesbR ausdrücklich ab.²²²

Die Reform stellt überdies klar, dass jeder erlaubte, somit auch ideelle Zweck verfolgt werden kann.²²³ Dies ist nur konsequent, denn seit dem HaRÄG 2005 stehen auch die anderen Personengesellschaften jedem Zweck offen.²²⁴ Ist eine GesbR unternehmerisch tätig, stellt das Gesetz neuerdings die Vermutung auf, dass es sich um eine Außengesellschaft handle.²²⁵ Eine solche bedarf der Klärung typischer Ordnungsfragen, etwa hinsichtlich des gemeinsamen Außenauftritts oder der Vertretung, denn mangels Rechtspersönlichkeit kann die GesbR als solche nicht vertreten werden.²²⁶

ii. Privatautonomie

Der Gesetzgeber beabsichtigte, ein „möglichst umfassendes und ausgewogenes dispositives Regime“²²⁷ zu schaffen, das nur vereinzelt zwingende Bestimmungen vorsieht. Es obliegt daher auch im neuen GesbR-Recht vorrangig den Gesellschaftern, die Gesellschaft inhaltlich auszugestalten.²²⁸

²²⁰ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 11.

²²¹ BGH 18.5.1989, V ZB 4/89 = BGHZ 107, 268.

²²² Vgl § 1175 Abs 2 ABGB; für alle *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 2/25; RIS-Justiz RS0113443; RS0113444.

²²³ Vgl § 1175 Abs 3 ABGB.

²²⁴ *Schauer/Hofmair*, SWK 36/2014, 1549 (1552).

²²⁵ Vgl § 1176 ABGB.

²²⁶ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 8.

²²⁷ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 2 f.

²²⁸ *Schauer/Hofmair*, SWK 36/2014, 1549 (1551).

iii. Innenrecht

Die besondere Stellung der Privatautonomie äußert sich auch im Innenverhältnis. So legt § 1181 ABGB ausdrücklich fest, dass hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen Gesellschaftern primär der Gesellschaftsvertrag maßgeblich ist. Neu ist die Abkehr von der Gesamtgeschäftsführung nach dem Mehrheitsprinzip hin zur Einzelgeschäftsführungsbefugnis samt Widerspruchsrecht der übrigen Gesellschafter bei gewöhnlichen Geschäften. Bei außergewöhnlichen Geschäften bedarf es eines einstimmigen Beschlusses aller Gesellschafter.²²⁹

Auch hier zeigt sich die Absicht, die GesbR näher an die OG zu rücken. In den Materialien führt der Gesetzgeber – wie bereits angedeutet – aus, dass die gesetzliche Differenzierung im Innenrecht vorwiegend an der Grenze zwischen schlichter Miteigentumsgemeinschaft und GesbR und nicht zwischen GesbR und eingetragenen Personengesellschaft gezogen werden sollte.²³⁰

Die Reform brachte daher auch hinsichtlich der Gewinn- und Verlustrechnung, Ausschüttung und sonstiger Entnahmen in weiten Teilen die Übernahme von UGB-Bestimmungen mit sich.²³¹

iv. Vertretung, Haftung und Vermögensordnung

Im Außenverhältnis orientiert sich das neue GesbR-Recht an der bisherigen hA.²³² Sieht der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vor, deckt sich die Befugnis zur Vertretung nunmehr mit jener der Geschäftsführung.²³³ Dh ein Gesellschafter hat bei gewöhnlichen Geschäften neben der Alleingeschäftsführungsbefugnis auch die Alleinvertretungsbefugnis inne, sofern gesellschaftsvertraglich nichts anderes vereinbart wurde.

Ferner wurde die Haftung der Gesellschafter an die Rechtslage angepasst, zu weit waren Gesetzeswortlaut und Judikatur auseinander.²³⁴ Grundsätzlich haften die Gesellschafter

²²⁹ Vgl §§ 1190 Abs 1, 1191 Abs 2 ABGB.

²³⁰ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 4.

²³¹ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 5.

²³² ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 16; *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1201 Rz 2; *Riedler* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB³ § 1201 Rz 2 (Stand 2010); *Grillberger* in Rummel (Hrsg), ABGB³ § 1201 Rz 1 (Stand 1.1.2002).

²³³ Vgl § 1197 ABGB.

²³⁴ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 17; RIS-Justiz RS0022204.

einer Außengesellschaft unbeschränkt solidarisch für geschäftsbezogene Verbindlichkeiten.²³⁵

Ebenso aufklärenden Inhalts ist § 1180 ABGB, der die Vermögensordnung der GesbR zum Gegenstand hat. Demnach stehen körperliche Sachen, die von Gesellschaftern in das Gesellschaftsvermögen übertragen oder für das Gesellschaftsvermögen erworben wurden, im Miteigentum der Gesellschafter. Unkörperliche Sachen, insbesondere schuldrechtliche Forderungen, sind den Gesellschaftern zur gesamten Hand zugeordnet. Davon abweichende Vereinbarungen sind möglich, dürfen aber nicht gläubigerbenachteiligend sein.²³⁶

v. Umwandlung

Mit den §§ 1206 f ABGB schuf der Gesetzgeber eine gesetzliche Grundlage für die Umwandlung der GesbR in eine OG oder KG. Die Gesellschafter können nunmehr auf Basis eines einstimmigen Votums beschließen, die GesbR umzuwandeln und die neue Rechtsform zu gründen.²³⁷ Mangels Rechtsfähigkeit der GesbR handelt es sich dabei um keinen identitätswahrenden Vorgang, sondern um einen Wechsel des Zurechnungssubjektes. Das Gesellschaftsvermögen muss damit im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die neu errichtete Gesellschaft übertragen werden.²³⁸

Keinesfalls darf die Umwandlung zur Benachteiligung Dritter führen. Eine solche scheidet aus, wenn die GesbR-Gesellschafter fortan als Gesellschafter der OG bzw Komplementär der KG tätig sind und damit ohnehin persönlich, solidarisch, unmittelbar, primär, unbeschränkt und unbeschränkbar für Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Auch für zuvor begründete Verbindlichkeiten haften die Gesellschafter gem § 1207 ABGB weiterhin so, als bestünde die GesbR noch. Keine Ausnahme bilden dabei Gesellschafter, die später nur als Kommanditisten fungieren.²³⁹

Im umgekehrten Fall, also wenn eine OG oder KG in eine GesbR umgewandelt werden soll, können die §§ 1206 f ABGB hingegen nicht herangezogen werden. Den Materialien ist zu entnehmen, dass eine dahingehende Erleichterung nicht beabsichtigt ist. Dort heißt

²³⁵ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 5.

²³⁶ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 11.

²³⁷ *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Die Reform der GesbR (Teil II), *ecolex* 2015, 476 (482).

²³⁸ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 21.

²³⁹ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 21.

es, die Rechtsform der OG und KG verdiene, vor allem wegen der besseren Publizität und der damit verbundenen höheren Rechtssicherheit, den Vorzug gegenüber der GesbR.²⁴⁰

vi. Gesellschafternachfolge und Liquidation

Auch der Gesellschafternachfolge mangelte es bislang an einer gesetzlichen Grundlage. Bis zur Reform wurde sie im 27. Hauptstück des ABGB gar nicht oder nur fragmentarisch behandelt.²⁴¹ Ein gänzlich neuer Abschnitt soll diese Regelungslücke nun schließen. Gesellschaftsbezogene, nicht höchstpersönliche Rechtsverhältnisse gehen automatisch auf den ein- oder austretenden Gesellschafter über.²⁴² Ein an § 38 UGB angelehntes Regelungskonzept für den Übergang von Rechtsverhältnissen zu Dritten sieht ein befristetes Widerspruchsrecht vor.²⁴³

Für die Regelung der Haftung des ausscheidenden Gesellschafters war § 39 UGB maßgebend.²⁴⁴ Nach § 1202 Abs 2 ABGB besteht diese für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten gegenüber Dritten, welche vor dem Austritt des Gesellschafters begründet wurden, auch dann weiter, wenn er aus dem Rechtsverhältnis ausgeschieden ist.²⁴⁵ Damit der Dritte den betroffenen Gesellschafter aber nicht zeitlich unbegrenzt für Altverbindlichkeiten in Anspruch nehmen darf, wird die Regelung durch eine Nachhaftungsbeschränkung vervollständigt.²⁴⁶

Bis zur Reform ebenfalls unregelt war die Liquidation der GesbR. Nach Beendigung ging man von der automatischen Umwandlung in eine schlichte Rechtsgemeinschaft iSd §§ 825 ff ABGB aus.²⁴⁷ Im Falle der Aufteilung der Miteigentumsgemeinschaft musste nach den §§ 830 f, 841 ff ABGB vorgegangen werden.²⁴⁸ Mit den §§ 1216a bis 1216e ABGB besteht nun eine gesetzliche Grundlage für das nach Auflösung der Gesellschaft eintretende Liquidationsstadium. Auch hier orientiert sich der Gesetzgeber weitgehend am OG-Recht.²⁴⁹

²⁴⁰ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 20.

²⁴¹ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 18.

²⁴² Vgl § 1201 Abs 1 ABGB.

²⁴³ Vgl § 1201 Abs 3 und 4 ABGB.

²⁴⁴ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 20.

²⁴⁵ *Slezak*, Zur Novelle der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem GesbR-Reformgesetz, Zak 2014/774, 403 (405).

²⁴⁶ Vgl § 1202 Abs 2 Satz 2 ABGB; ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 20

²⁴⁷ *Schauer/Hofmair*, SWK 36/2014, 1549 (1558); *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, eolex 2015, 476 (484).

²⁴⁸ *Schauer/Hofmair*, SWK 36/2014, 1549 (1559).

²⁴⁹ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 23; vgl §§ 145 bis 158 UGB.

Die Gesellschafter der GesbR fungieren als Liquidatoren und wickeln das Gesellschaftsvermögen ab. Sowohl der Gesellschaftsvertrag als auch die Rechtsverhältnisse von Gesellschaftern zu Dritten bleiben bis zur Vollbeendigung aufrecht. Bei nicht im Firmenbuch eingetragenen Gesellschaften sind die Gesellschafter zur Verständigung von Vertragspartnern, Gläubigern und Schuldnern verpflichtet.²⁵⁰ Ganz iSd Grundgedankens der Privatautonomie kann im Gesellschaftsvertrag eine vom dispositiven Konzept des GesbR-Rechts abweichende Auseinandersetzung vorgesehen werden.²⁵¹

B. GesbR-Bestimmungen als „allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts“

Eine wesentliche und im Kontext dieser Arbeit besonders interessierende Eigenschaft der Bestimmungen über die GesbR ist deren „Doppelfunktion“.²⁵² Einerseits sind zweckgerichtete Rechtsgemeinschaften, die keine zusätzlichen Merkmale aufweisen und daher auch keiner bestimmten Gesellschaftsform zugeordnet werden können, im Zweifel als GesbR zu qualifizieren.²⁵³ Freilich nur dann, wenn sie unter der allgemein und weit gehaltenen Definition der Rechtsform subsumierbar sind. Der Gesetzgeber verankert diese „Auffangfunktion“ nun erstmals ausdrücklich in § 1175 Abs 1 Satz 2 ABGB.²⁵⁴ Andererseits sieht § 1175 Abs 4 ABGB vor, dass das GesbR-Recht im Falle der Unvollständigkeit anderer Gesellschaftsformen zur Lückenfüllung heranzuziehen ist. Nach *Koppensteiner* könnte man die Norm ihrer äußeren Gestalt nach somit als „Lückenfüllungs- und Lückfeststellungsregel“ bezeichnen.²⁵⁵

Der Grundsatz der subsidiären Anwendbarkeit des 27. Hauptstücks gilt aber nicht bedingungslos. Dem Gesetzeswortlaut zufolge kommt die subsidiäre Anwendbarkeit nur in Frage, wenn für die gegenständliche Gesellschaftsform „keine besonderen Vorschriften bestehen und die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auch unter Berücksichtigung der für die jeweilige Gesellschaft geltenden Grundsätze angemessen ist.“²⁵⁶ Dh die Rechtsinstitute der GesbR dürfen nicht einfach undifferenziert übernommen werden. Vielmehr ist stets auf die strukturellen Besonderheiten Rücksicht zu nehmen. Sie entscheiden, ob und wenn ja, inwiefern sich die allgemeinen Bestimmungen zur

²⁵⁰ *Schauer/Hofmair*, SWK 36/2014, 1549 (1559).

²⁵¹ *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, *ecolex* 2015, 476 (484).

²⁵² *Schauer/Hofmair*, SWK 36/2014, 1549 (1551).

²⁵³ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 7; vgl auch *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB I⁴ § 105 Rz 17 (Stand 2012).

²⁵⁴ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 3, 7; *Schauer/Hofmair*, SWK 36/2014, 1549 (1551).

²⁵⁵ *Koppensteiner*, *wbl* 2015, 301 (302).

²⁵⁶ Vgl § 1175 Abs 4 ABGB.

Lückenfüllung bewähren.²⁵⁷ Letztlich müssen also immer zwei kumulative Anwendungsvoraussetzungen vorliegen.

Diesem Grundkonzept entsprechend betont der Gesetzgeber in den Materialien, dass die Bestimmungen über die GesbR als „allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts“ verstanden werden können.²⁵⁸ Gleichzeitig nennt er ausdrücklich die *actio pro socio* sowie die Pflicht zur Interessenwahrung und Gleichbehandlung als Anwendungsfälle.²⁵⁹

Grundsätzlich neu ist die Positionierung aber nicht.²⁶⁰ Einerseits deshalb, weil die Lehre seit langem die Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Verhältnis zwischen Sonderprivatrecht und allgemeinem Zivilrecht anerkennt,²⁶¹ andererseits schon die Bestimmung des § 1216 ABGB aF wie folgt anordnete: „Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Anordnungen sind auch auf die Handlungsgesellschaften anzuwenden; in so fern hierüber nicht besondere Vorschriften bestehen.“²⁶²

Dieselbe Aussage findet sich nunmehr in zeitgemäßer Formulierung und inhaltlich konkretisiert am Beginn des Hauptstücks wieder. Der Schluss liegt nahe, dass der Gesetzgeber mit dieser „Restaurierung“ beabsichtigte, der subsidiären Funktion und damit der GesbR als Grundmodell gegenüber den restlichen österreichischen Gesellschaftsformen größeres Gewicht zu verleihen.²⁶³ Eine solche Tendenz zur Aufwertung des GesbR-Rechts war aber auch schon im Zuge des HaRÄG 2005 erkennbar.²⁶⁴ So beseitigte der Gesetzgeber Art 7 Nr 1 EVHGB, welcher das Verbot des Rückgriffs auf die §§ 1175 ff ABGB zum Gegenstand hatte, um „allfälligen im Recht der OG unregulierten Einzelheiten nicht den personengesellschaftsrechtlichen Unterbau der GesbR zu entziehen.“²⁶⁵

In Anbetracht dessen meint *Schauer*, dass die Lösung wohl verstärkt zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht beitragen soll.²⁶⁶ Man werde aber „die

²⁵⁷ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 3, 8.

²⁵⁸ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 8.

²⁵⁹ Vgl §§ 1188, 1186 ABGB; ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 3.

²⁶⁰ *Kalss*, Die Entwicklung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts über 200 Jahre, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, FS 200 Jahre ABGB I (2011) 441.

²⁶¹ Diesbzgl kann auf die Ausführung zur Subsidiarität unter III. A. verwiesen werden.

²⁶² Vgl § 1216 ABGB aF; ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 8; *Grillberger* in Rummel³ § 1216 Rz 1.

²⁶³ *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 (302); *Schauer/Hofmair*, SWK 36/2014, 1549 (1551).

²⁶⁴ *Fritz/Perktold*, Die „neue“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2014), 11.

²⁶⁵ ErlRV 1058 BlgNR XXII. GP, 37.

²⁶⁶ *Schauer*, Strukturmerkmale des Diskussionsentwurfes zur GesBR und Reflexion über die Kritik, GES 2012, 51 (53).

Kodifikation allgemeiner Rechtsinstitute im 27. Hauptstück weniger als Rechtsnormen verstehen dürfen, die einer mechanischen und undifferenzierten Anwendung bei allen Gesellschaftsformen zugänglich sind²⁶⁷, sondern sie eher als „Wegmarken im Dickicht des Gesellschaftsrechts betrachten müssen, die eine feste Orientierung ermöglichen, aber dem Rechtsanwender die eigenständige Bewertung mit Blick auf die Spezifika der jeweiligen Gesellschaftsform nicht abnehmen können.“²⁶⁸

Auch wenn § 1175 Abs 4 ABGB nach dem Besagten im Prinzip keine Neuerung, sondern wohl nur eine Klarstellung der bisherigen Rechtslage mit sich bringt, wurde die Bestimmung von Teilen der Lehre scharf kritisiert.

Nach *Harrer* wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit ratsam gewesen, die „Büchse der Pandora“²⁶⁹ nicht zu öffnen. Einen allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts zu schaffen, sei nie Ziel der Reform gewesen. Das GesbR-RG sollte die Rechtsform aktualisieren, jedoch nicht „gleichsam en passant“²⁷⁰ einen solchen einführen. So weist *Harrer* darauf hin, dass eine dahingehende Absicht weder dem Gesetzeswortlaut noch den Materialien zu entnehmen sei. Dennoch normiere § 1175 Abs 4 ABGB, dass das neue GesbR-Recht grundsätzlich als subsidiäre Rechtsquelle für das gesamte Gesellschaftsrecht dient. Seiner Ansicht nach zeige sich bei näherer Betrachtung, dass insoweit von einer „Plage“²⁷¹ nicht von einer Wohltat gesprochen werden müsse, denn „die unverzichtbaren Vorarbeiten betreffend die Sinnhaftigkeit einer derartig weitreichenden Norm sind offensichtlich nicht geleistet worden.“²⁷² Vor der gesetzgeberischen Maßnahme hätte vielmehr geprüft werden müssen, welche Regelungsbereiche für welche Gesellschaftsformen in Frage kommen. Im Ergebnis könne § 1175 Abs 4 ABGB daher eher als verunglücktes Experiment des Gesetzgebers betrachtet und besser früher als später ersatzlos gestrichen werden.²⁷³

Einen anderen Aspekt, der die Besonderheit des § 1175 Abs 4 ABGB hervorhebt, führt *Walch* ins Feld. Entsprechend der gesellschaftsrechtlichen Wandtafelsystematik wird zwischen Gesellschaften ieS und Vereinen iwS unterschieden. Die einfache Gesellschaft, somit auch die GesbR, versteht sich als Grundform der Gesellschaft ieS. Sie kommt als subsidiäre Rechtsquelle für die speziellere OG und KG in Frage. Zu den Vereinen iwS,

²⁶⁷ *Schauer*, GES 2012, 51 (53).

²⁶⁸ *Schauer*, GES 2012, 51 (53).

²⁶⁹ *Harrer*, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wbl 2015, 121 (122).

²⁷⁰ *Harrer*, RdW 2015/537, 626.

²⁷¹ *Harrer*, RdW 2015/537, 626.

²⁷² *Harrer*, RdW 2015/537, 626.

²⁷³ *Harrer*, RdW 2015/537, 626 f.

also Körperschaften, zählen GmbH und AG. Grundsätzlich diene damit – wohlgernekt rein theoretisch – das Vereinsrecht als subsidiäre Rechtsquelle.²⁷⁴ Die strenge Auslegung dieser Kategorisierung verbiete es grundsätzlich im GmbH-Recht subsidiär auf die Bestimmungen über die GesbR zurückzugreifen. Aber auch dogmatische Gründe würden prima facie auf die Unzulässigkeit der Subsidiarität deuten, denn „Träger“ der GmbH sind nicht wie bei der Gesellschaft ieS die jeweiligen Gesellschafter selbst. Körperschaften verselbständigen sich bis zu einem gewissen Maße und sind von den einzelnen Gesellschaftern unabhängig.²⁷⁵ Diese Trennlinie müsse unberücksichtigt bleiben, will man der Ansicht Glauben schenken, dass die §§ 1175 ff ABGB im Gesellschaftsrecht Anspruch auf universale Geltung erheben. Tatsächlich lieferte der historische Gesetzgeber dahingehend auch Anhaltspunkte. Hierzu kann auf die Ausführungen zu § 1216 ABGB aF, welcher die GesbR als „universell anwendbares Gesellschaftsmodell“²⁷⁶ konzipierte, verwiesen werden. Anfangs leisteten die Bestimmungen über die GesbR auch ihren Dienst und lieferten subsidiär Antworten auf Fragen des Aktien- und Vereinsrechts.²⁷⁷ Durch die steigende Regelungsdichte im Gesellschaftsrecht verlor diese Funktion des GesbR-Rechts jedoch faktisch immer mehr an Bedeutung.²⁷⁸ Die weite Legaldefinition der GesbR – nach alter wie neuer Rechtslage – umfasst im Grunde alle anderen Gesellschaftsformen und unterstreicht damit zusätzlich die an sich elementare Eigenschaft des 27. Hauptstücks.²⁷⁹

Mit der ausdrücklichen Normierung subsidiärer Anwendbarkeit der §§ 1175 ff ABGB sowie der Annahme, dass das GesbR-Recht als allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts zu verstehen sei, bestätigt der Gesetzgeber diese seine Haltung.²⁸⁰ Hinsichtlich der GmbH kann also auf nachstehende Aussage von *Aicher/Kraus* verwiesen werden: „Die §§ 1175 ff ABGB gelten subsidiär, also immer dann, wenn im GmbHG eine Regelung fehlt, vorhandene Regelung daher auch nicht abschließend ist, und die ABGB-Norm nicht auf strukturellen Unterschieden aufbaut.“²⁸¹ Ob der Gesetzgeber damit womöglich mehr Diskussionsstoff und Rechtsunsicherheit als ursprünglich gedacht schafft, sei dahingestellt.

²⁷⁴ *Walch*, RdW 2015/86, 78; vgl auch *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/23.

²⁷⁵ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 166.

²⁷⁶ *Grillberger* in *Rummel*³ § 1216 Rz 1.

²⁷⁷ *Kalss* in FS 200 Jahre ABGB I, 441 (444 ff).

²⁷⁸ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 166.

²⁷⁹ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 167 f.

²⁸⁰ *Walch*, RdW 2015/86, 78; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 165.

²⁸¹ *Aicher/Kraus* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 3 (Stand 1.11.2015).

V. Subsidiäre Anwendbarkeit des GesbR-Gesellschafterausschlusses

A. Gesellschafterausschluss nach § 1213 iVm § 1210 ABGB

1. GesbR-Gesellschafterausschluss bis BGBl I 83/2014

Über 200 Jahre lang regelte die nachstehende Bestimmung des § 1210 ABGB aF²⁸² den Ausschluss aus der GesbR, also die Beendigung der Mitgliedschaft eines Gesellschafters bei gleichzeitigem Fortbestand der Gesellschaft:

§ 1210. Wenn ein Mitglied die wesentlichen Bedingungen des Vertrages nicht erfüllt; wenn es in Concurs verfällt; wenn es durch eine oder mehrere gerichtlich strafbare Handlungen, die nur vorsätzlich begangen werden können und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, das Vertrauen verliert; so kann es vor Verlauf der Zeit von der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

Die hL leitete vom allgemein anerkannten Grundsatz der jederzeitigen Lösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund ab, dass es sich bei den in § 1210 ABGB aF genannten Gründen um keine taxative, sondern um eine demonstrative Aufzählung handle.²⁸³ Der Ausschluss eines Gesellschafters, der wesentliche Vertragsbedingungen verletzt und damit die Fortsetzung des gemeinsamen Gesellschaftsverhältnisses für die übrigen Gesellschafter unzumutbar macht, war damit verschuldensunabhängig möglich. Auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters und der Vertrauensverlust wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung konnten als Ausschlussgrund herangezogen werden.²⁸⁴

Ergänzend sei angemerkt, dass auch die Bestimmung des § 1189 ABGB aF einen Ausschließungsanlass im Falle der Verweigerung von Nachschüssen, sofern damit die Erreichung des Gesellschaftszweckes einhergehen würde, lieferte.²⁸⁵

Die Dispositivität des § 1210 ABGB aF und seine nicht abschließende Aufzählung ermöglichten die Zulässigkeit abweichender Regelungen und die Vereinbarung

²⁸² § 1210 ABGB idF BGBl I 136/1983.

²⁸³ Wittmann-Tiwald in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 1210 Rz 1 (Version 1.02 Stand 1.2.2014) mwN; Grillberger in Rummel³ § 1210 Rz 1.

²⁸⁴ Wittmann-Tiwald in ABGB-ON^{1.02} § 1210 Rz 3 ff; Grillberger in Rummel³ § 1210 Rz 7 ff.

²⁸⁵ Wittmann-Tiwald in ABGB-ON^{1.02} § 1210 Rz 6.

zusätzlicher Ausschlussgründe.²⁸⁶ Umgekehrt konnten die gesetzlichen Gründe auch eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden, soweit dies nicht sittenwidrig oder unmöglich war.²⁸⁷

Hinsichtlich des Verfahrens galt, dass der Ausschluss als (außergerichtliches) Gestaltungsrecht der übrigen Gesellschafter grundsätzlich durch einstimmigen Beschluss herbeigeführt werden konnte und mit Zugang der Ausschlusserklärung wirksam wurde.²⁸⁸ Der auszuschließende Gesellschafter hatte kein Stimmrecht.²⁸⁹ Verwirklichten mehrere Gesellschafter denselben Ausschlussgrund und sollten die Betroffenen ausgeschlossen werden, so waren diese hinsichtlich des Ausschlusses der anderen nicht stimmberechtigt.²⁹⁰

Ein Gesellschafter konnte aber auch mittels Klage auf Feststellung ausgeschlossen werden.²⁹¹ Die Erklärung des Ausschlusses erfolgte sodann entweder in der Klage selbst oder konnte implizit abgeleitet werden.²⁹² Mit Klagszustellung wurde der Ausschluss wirksam.²⁹³ Schließlich hatte das Gericht die Wirksamkeit des Ausschlusses zu überprüfen. Das rechtliche Interesse an der Feststellung resultierte dabei aus der Ungewissheit der Gesellschafter über das fragliche Bestehen des Rechtsverhältnisses.²⁹⁴

Letztlich war der wirksam ausgeschlossene Gesellschafter, dem der Geldwert seiner Beteiligung zusteht, abzuschichten.²⁹⁵ Die übrigen Gesellschafter setzten die GesbR fort.²⁹⁶ Zur Auflösung kam es grundsätzlich nur im Falle einer Zweipersonengesellschaft.²⁹⁷

2. GesbR-Gesellschafterausschluss ab BGBl I 83/2014

Im Zuge der Reform ordnete der Gesetzgeber das 27. Hauptstück teilweise neu und so findet sich die Regelung des Gesellschafterausschlusses nunmehr in § 1213 ABGB. Sie lautet:

²⁸⁶ *Wittmann-Tiwald* in ABGB-ON^{1.02} § 1210 Rz 1, 7.

²⁸⁷ *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 2/73.

²⁸⁸ *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2011) § 1213 Rz 1; OGH 20.12.1976, 5 Ob 264/67 = SZ 40/170; OGH 26.1.1989, 8 Ob 620/88.

²⁸⁹ *Wittmann-Tiwald* in ABGB-ON^{1.02} § 1210 Rz 9.

²⁹⁰ RIS-Justiz RS0124525.

²⁹¹ *Wittmann-Tiwald* in ABGB-ON^{1.02} § 1210 Rz 9 mwN; *Grillberger* in Rummel³ § 1210 Rz 3 f; OGH 20.12.1976, 5 Ob 264/67 = SZ 40/170; OGH 26.1.1989, 8 Ob 620/88;

²⁹² OGH 7.10.1958, 6 Ob 206/58; OGH 22.12.1988, 8 Ob 648/88.

²⁹³ *Wittmann-Tiwald* in ABGB-ON^{1.02} § 1210 Rz 10.

²⁹⁴ *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts § 1213 Rz 1.

²⁹⁵ OGH 27.3.1990, 10 ObS 109/90 = SZ 63/44; *Grillberger* in Rummel³ § 1210 Rz 13.

²⁹⁶ Vgl § 1215 ABGB aF.

²⁹⁷ *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts § 1210 Rz 13.

Ausschluss statt Auflösung²⁹⁸

§ 1213. (1) Tritt in der Person eines Gesellschafters ein Umstand ein, der nach § 1210 für jeden der übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, so kann vom Gericht aufgrund einer Klage aller übrigen Gesellschafter anstatt der Auflösung der Ausschluss dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft ausgesprochen werden. Der Ausschließungsklage steht nicht entgegen, dass nach dem Ausschluss nur ein Gesellschafter verbleibt.

(2) Für die Auseinandersetzung zwischen den verbleibenden Gesellschaftern und dem ausgeschlossenen Gesellschafter ist die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkt maßgeblich, in dem die Klage auf Ausschließung erhoben wird.

Wie bereits eingehend dargelegt, rezitierte der Gesetzgeber im Zuge der GesbR-Reform über weite Strecken – teils wörtlich – das Recht der OG. Dies gilt auch für den Gesellschafterausschluss: „§ 1213 ABGB entspricht inhaltlich § 140 UGB.“²⁹⁹ In bemerkenswerter Kürze weisen die Materialien auf diesen Umstand hin. Weitere Ausführungen sucht man vergebens. Damit liegt der Schluss nahe, dass es dem Willen des Gesetzgebers entsprach, neben dem Wortlaut auch die Wertungen des Gesellschafterausschlusses nach UGB zu übernehmen.

Im Gegensatz zur alten Rechtslage kann der Ausschluss, sofern nichts Abweichendes vereinbart wurde, nicht mehr durch Beschluss und Ausschlusserklärung der übrigen Gesellschafter vollzogen werden. Ganz iS der Konzeption des § 140 UGB muss grundsätzlich auf Ausschluss geklagt werden. Diesen Umstand kritisierte *Reich-Rohrwig*, da „die zwingend notwendige Prozessführung (...), insb bei kleinen und nicht unternehmerisch tätigen Gesellschaften, als hypertroph an[mutet].“³⁰⁰ Die Dispositivität der Bestimmung erlaubt es, diesen Befund teilweise zu relativieren. MaW kann § 1213 ABGB wie § 140 UGB gesellschaftsvertraglich modifiziert, also erschwert oder

²⁹⁸ § 1212 ABGB idF BGBl I 83/2014.

²⁹⁹ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 23.

³⁰⁰ *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Reform der GesbR seit 1.1.2015, ecollex 2015, 43.

erleichtert werden, beispielsweise durch Ausschluss mittels Gesellschafterbeschluss.³⁰¹ Der Abs 2 des § 1213 ABGB ist jedoch grundsätzlich zwingend.³⁰²

Die als Rechtsgestaltungsklage zu qualifizierende Klage darf ausschließlich dann erhoben werden, wenn in der Person des betroffenen Gesellschafters ein Auflösungsgrund iSd § 1210 ABGB verwirklicht wurde und allein der Ausschluss dieses Gesellschafters die bestandsgefährdende Unzumutbarkeit beseitigt.³⁰³

Nach stRsp des OGH kann der Ausschluss eines Gesellschafters nur ultima ratio sein, dh es darf – entsprechend dem zuvor erwähnten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – nur geklagt werden, wenn gelindere Maßnahmen zur Beseitigung des unzumutbaren Zustands ausscheiden.³⁰⁴ Dementsprechend streng sind die Anforderungen, die an die Verwirklichung eines Ausschließungsgrundes zu stellen sind. Ob er vorliegt, ist auf Grund einer umfassenden Würdigung aller Umstände zu entscheiden. Dabei ist auch das Verhalten der anderen Gesellschafter zu prüfen.³⁰⁵ Insofern ist die Klage immer dann abzuweisen, wenn in der Person eines Klägers selbst ein wichtiger Grund verwirklicht wurde.³⁰⁶

Im Gegensatz zur Auflösungsklage ist hinsichtlich des Ausschlusses gesichert, dass alle übrigen Gesellschafter an der Ausschlussklage mitwirken müssen³⁰⁷ und es keines Fortsetzungsbeschlusses bedarf.³⁰⁸ Gesellschafter, die pflichtwidrig die Zustimmung zur Klagsführung verweigern, können darauf nach hA in Anspruch genommen werden.³⁰⁹

Bis zur Rechtskraft des Ausschließungsurteils hat der Gesellschafter grundsätzlich weiterhin all seine Rechte und Pflichten inne. Eine Ausnahme bildet die Gewinn- und Verlustbeteiligung.³¹⁰ Mit Rechtskraft des Ausschließungsurteils werden die

³⁰¹ RIS-Justiz RS0122932; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/571.

³⁰² *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 140 Rz 15.

³⁰³ *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB² § 140 Rz 2 (Stand 2010); *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 140 Rz 1.

³⁰⁴ RIS-Justiz RS0061926; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 140 Rz 2.

³⁰⁵ *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 140 Rz 8.

³⁰⁶ *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*² § 140 Rz 25.

³⁰⁷ RIS-Justiz RS0115013; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 140 Rz 12.

³⁰⁸ *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Die Reform der GesbR (Teil II), *ecolex* 2015, 476 (483).

³⁰⁹ OGH 10.7.1997, 2 Ob 2398/96b = SZ 70/138; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 140 Rz 12 mwN.

³¹⁰ *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 140 Rz 15.

Rechtswirkungen des Ausschlusses wirksam und der betroffene Gesellschafter scheidet aus.³¹¹

Expressis verbis sind für den Ausschluss die Auflösungsgründe des § 1210 ABGB heranzuziehen. Die Bestimmung lautet wie folgt:

Auflösung durch gerichtliche Entscheidung³¹²

§ 1210. (1) Aufgrund der Klage eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

(2) 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.

(3) Eine Vereinbarung, durch die das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

Auch hier übernimmt der Gesetzgeber inhaltlich die Auflösungsklage des OG-Rechts nach § 133 UGB, ersetzt jedoch dessen Ausdruck „Antrag“ durch „Klage“, um den streitigen Charakter der Durchsetzung klarzustellen.³¹³ Im Zuge des GesbR-RG wurde auch das UGB dahingehend korrigiert.³¹⁴

Als wichtige Gründe, die zum Ausschluss eines Gesellschafters berechtigen, nennt § 1210 Abs 2 ABGB demonstrativ wesentliche Pflichtverletzungen, die dem Verhalten des Gesellschafters zurechenbar sind, sowie die verschuldensunabhängige Unmöglichkeit der Erfüllung von den Gesellschafter treffenden Pflichten.³¹⁵ Die Verfehlung muss dabei

³¹¹ Fritz in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar Band 5⁴ Anh RV GesbR-RG § 1213 Rz 2 (Stand 2014).

³¹² § 1210 ABGB idF BGBl I 83/2014.

³¹³ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 23.

³¹⁴ ErlRV 270 BlgNR XXV. GP, 25.

³¹⁵ Fritz in Schwimann/Kodek⁴ Anh RV GesbR-RG § 1210 Rz 2.

jedenfalls das Vertrauen zwischen den Gesellschaftern irreparabel zerstören, wobei dies niemals allein durch die Ausübung von Gesellschafterrechten passieren kann.³¹⁶

Der Vollständigkeit halber sei gesagt, dass das GesbR-Recht eine weitere Möglichkeit des Ausschlusses kennt. Die Bestimmung des § 1184 Abs 2 ABGB normiert, dass ein Gesellschafter, der sich weigert, vereinbarte Nachschüsse zu leisten, ausgeschlossen werden kann.

B. Unvollständigkeit des GmbHG

1. Historischer Wille des Gesetzgebers

Wie bereits mehrmals erwähnt, zeigt die Betrachtung der Stammfassung, dass der historische Gesetzgeber – abgesehen vom Sonderfall des § 58 GmbHG – nur den Gesellschafterausschluss nach den §§ 66 und 73 GmbHG positivrechtlich verankerte. Auch die Zulässigkeit der Auflösungsklage aus wichtigem Grund wurde ausdrücklich verneint.³¹⁷ Somit waren die Handlungsmöglichkeiten im GmbH-Recht der Anfangszeit begrenzt. Sie beschränkten sich, wenn etwa das Zusammenwirken in der Gesellschaft unzumutbar wurde, auf die Übertragung des Geschäftsanteils nach den §§ 76, 77 GmbHG, notfalls auch gegen den Willen der Gesellschaft.³¹⁸ Insofern mutmaßt *Ostheim*, dass der Gesetzgeber das Problem der Zerrüttung nicht etwa übersehen, sondern falsch eingeschätzt habe und zu viel Vertrauen in die Möglichkeit der Veräußerung setzte.³¹⁹

Entsprechend der normativen Konzeption des GmbHG konnte also niemand zum Austritt gezwungen werden. Beabsichtigte die Mehrheit der Gesellschafter sich zwangsweise von einem Mitgesellschafter zu trennen, blieben im Endeffekt nur zwei Optionen: Die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden der ausschlusswilligen Gesellschafter selbst.³²⁰

Aus historischer Sicht waren an die Verletzung von Treuepflichten keinerlei gesetzliche Konsequenzen gekoppelt.³²¹ Dieser Umstand war jedoch nur naheliegend und stringent, denn das GmbHG kannte ursprünglich keine Treuepflichten der Gesellschafter

³¹⁶ *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/568.

³¹⁷ HHB 272 BlgHH XVII. Sess 13f; EB 236 BlgHH XVII. Sess 90 f.

³¹⁸ EB 236 BlgHH XVII. Sess 84 f; HHB 272 BlgHH XVII. Sess 14.

³¹⁹ *Ostheim* in FS Hämmerle 245 (259 f); vgl auch *Harrer* in FS Frotz 275.

³²⁰ Vgl *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 174.

³²¹ *Aicher/Kraus* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 61 Rz 26; beachte jedoch zur Schadenersatzpflicht *Aicher/Kraus* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 61 Rz 36.

untereinander.³²² Erst lange nach Inkrafttreten des GmbHG wurde der Grundsatz seitens der Lehre und schließlich auch der Judikatur allgemein anerkannt.³²³ Dies zeigt, dass der historische Gesetzgeber vor allem eine kapitalistische Strukturierung der GmbH vor Augen hatte, denn keine andere Verletzung als jene, die Pflicht zur Kapitalbereitstellung betreffende, lieferte einen wichtigen Grund und berechtigte zum gesetzlich geregelten Ausschluss.³²⁴

Aus dem Gesagten kann gefolgert werden, dass die historische Interpretation des GmbHG zwar gegebenenfalls den abschließenden Regelungswillen des Gesetzgebers aufzuzeigen vermag, die zwischenzeitliche Rechtsentwicklung jedoch nachträgliche Lücken entstehen lassen kann, die es zu schließen gilt. Auch die Frage, ob ein Gesellschafter aus wichtigem Grund ohne gesellschaftsvertragliche Regelung aus dem Verband der GmbH ausgeschlossen werden kann, könnte ein solcher Fall sein.

Reich-Rohrwig zeigt auf, dass die GmbH im Jahre 1906 eine völlig neuartige, in der österreichischen Praxis unerprobte Gesellschaftsform war. Da der Gesetzgeber den Ausschluss – aus heutiger Perspektive – bloß punktuell und nicht umfassend regelte, sei ihm zufolge zu vermuten, dass die Unvollständigkeit des Gesetzes zu diesem Zeitpunkt nicht erkennbar war. Die Lehre von den Dauerschuldverhältnissen und die Anerkennung gegenseitiger Treuepflichten entwickelten sich bekanntlich erst später.³²⁵

Die Ansicht *Koppensteiners* wurde bereits im Zusammenhang mit der analogen Anwendung des § 140 UGB dargelegt. Laut ihm sei zuzugeben, dass der österreichische Gesetzgeber das Motiv der Gesellschaftsperpetuierung stärker verfolgte als das Vorbild der deutschen GmbH und man von einer ursprünglich abschließenden Auflösungs- sowie Ausschlussregelung ausgehen muss. De lege lata könne man die entstandene Gesetzeslücke jedoch nicht abstreiten.³²⁶

Vieles deutet darauf hin, dass der historische Gesetzgeber die Zulässigkeit der Ausschließung auf die wenigen, bereits ausführlich diskutierten Konstellationen

³²² OGH 7.4.1976, 1 Ob 539/76 = SZ 49/51; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/353 ff.

³²³ OGH 18.12.1987, 6 Ob 695/87 = SZ 60/285; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 61 Rz 18 mwN; *Aicher/Kraus* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 61 Rz 39 mwN.

³²⁴ Vgl *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 174 f.

³²⁵ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, 681; vgl auch *U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185 (191): „durch Herausbildung und Einzelpositivierung (...) nachträgliche Lücke entstanden, die zur Schließung (...) berechtigt und verpflichtet“.

³²⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 13; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 84 Rz 21; vgl auch *Harrer* in FS Frotz 275 (277).

beschränken wollte und auch kein Bedarf an weiteren Möglichkeiten gesehen wurde. Den Materialien ist jedenfalls – soweit ersichtlich – keine ausdrückliche Stellungnahme hinsichtlich eines uU bestehenden außerordentlichen Ausschlussrechts zu entnehmen. Implizit liegt der Schluss nahe, von der ursprünglichen Vollständigkeit des Gesellschafterausschlusses – im Einklang mit der hL – auszugehen.³²⁷

Mit der mE unzutreffenden gegenteiligen Auffassung, dass seit Inkrafttreten des GmbHG eine Regelungslücke bestünde, würde man die gegenständliche Untersuchung zur subsidiären Anwendbarkeit des GesbR-Rechts gleichsam „abkürzen“. Die nachfolgende zu behandelnde Frage wäre obsolet.

2. Rechtsentwicklung

Angesichts der zitierten Lehrmeinungen drängt sich die Frage auf, ob die gesellschaftsrechtliche Rechtsentwicklung der letzten rund 100 Jahre Anlass dazu gab, nunmehr vom Vorliegen einer Lücke auszugehen und die ursprünglich wohl abschließende Regelung des GmbHG zu verneinen.

Unter Verweis auf die dargestellte Anerkennung von Rechtsbeziehungen bzw Treuepflichten zwischen den einzelnen Gesellschaftern schlussfolgert *Walch*, dass „die Regelungen, die das GmbHG für den Gesellschafterausschluss vorsieht, nicht ausreichend [waren bzw sind], weil sie keine ausgewogene Rechtsfolge für die Verletzung von Pflichten vorsehen, die unter den Gesellschaftern bestehen.“³²⁸

In einer bereits erwähnten Entscheidung des OGH ist wie folgt zu lesen:³²⁹ „Der Umstand, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der oberstgerichtlichen Judikatur und der jahrzehntelangen Diskussion in der Lehre zur Frage des Ausschlusses eines Gesellschafters einer GmbH bisher noch keine Regelung getroffen hat (obwohl das Recht der GmbH mehrfach novelliert wurde), spricht auch nach Auffassung des erkennenden Senats gegen die Annahme einer planwidrigen Gesetzeslücke, die im Wege der Gesetzesanalogie geschlossen werden könnte.“³³⁰ MaW unterstellt der OGH dem Gesetzgeber durch verschiedenste Änderungen des GmbH-Rechts einen negativen Regelungswillen

³²⁷ so auch *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 174.

³²⁸ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 175 f.

³²⁹ OGH 25.9.2001, 4 Ob 216/01w; ähnlich OGH 17.10.2006, 1 Ob135/06v = *ecolex* 2007, 262 (krit *Reich-Rohrwig*).

³³⁰ OGH 25.9.2001, 4 Ob 216/01w.

ausdrücken zu wollen, widerspricht dabei aber gleichzeitig seiner eigenen Judikaturlinie, die keineswegs konsequent davon ausgeht, dass sich Rechtsfortbildung und das Unterbleiben gesetzgeberischer Maßnahmen gegenseitig ausschließen.³³¹

Koppensteiner merkt in diesem Zusammenhang an, dass das jahrzehntelange Schweigen des Gesetzgebers jedenfalls nichts zu bedeuten habe und das Bestehen eines (negativen) Regelungswillens völlig ungesichert sei.³³² Angesichts dessen lehnt *Koppensteiner* auch den Hinweis des OGH, durch Einführung des GesAusG müsse nunmehr „erst recht“ Unzulässigkeit angenommen werden, ab.³³³ Die Materialien des GesAusG würden jedenfalls keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass der Ausschluss aus wichtigem Grund (negativ) mit geregelt werden sollte, liefern. Vielmehr ergebe sich aus dem Gesamtzusammenhang, dass der Gesetzgeber europarechtlich motiviert die Gelegenheit nutzte, auch nicht börsennotierte Kapitalgesellschaften mit qualifizierten Anteilsverhältnissen, in die Lage zu versetzen, Minderheitsgesellschafter – ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Betroffenen – ausschließen zu können und den häufigen Squeeze-out-Spaltungen entgegenzuwirken.³³⁴ Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Gesellschafterausschluss abschließend regeln wollte. Im Ergebnis sei daher aus der Einführung des GesAusG für die hier interessierende Frage nichts zu gewinnen.³³⁵

Kalss/Eckert meinen diesbzgl, dass die Schlussfolgerung des OGH „nur bei einer vollständigen, geschlossenen und wohlüberlegten Neukodifikation des betreffenden Rechtsgebiets berechtigt [wäre].“³³⁶ Gerade zum GmbHG führt der Gesetzgeber aber aus, dass er einen „Weg der einzelnen Reformschritte“ für zweckmäßig halte und er sich jedenfalls „weitere Änderungen des Gesetzes, die noch zur Erörterung stehen“ vorbehalte.³³⁷ Dass eine neue gesetzliche Bestimmung im „Dunstkreis“ des Gesellschafterausschlusses automatisch ein Argument für das Fehlen einer Lücke im GmbHG sei, vermag somit nicht zu überzeugen.

Auch in Kenntnis eines Regelungsmangels kann der Gesetzgeber aus vielerlei Gründen – bewusst oder unbewusst – von der Schließung der (uU erst im Laufe der Zeit entstandenen)

³³¹ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 292.

³³² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 13.

³³³ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 4 (5); vgl OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z.

³³⁴ *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 4 (5).

³³⁵ Vgl auch OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z = GesRZ 2012, 129 (*Artmann*).

³³⁶ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 292.

³³⁷ ErlRV 5 BlgNR XV. GP, 5.

Lücke absehen.³³⁸ Die These, der Gesetzgeber wolle mit seiner Untätigkeit einen negativen Regelungswillen zum Ausdruck bringen, ist daher – soweit ersichtlich – gänzlich ungesichert.³³⁹

C. Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der GmbH

Betrachtet man beide Argumentationsstränge, jenen der Befürworter ursprünglicher und jenen nachträglicher Unvollständigkeit, zeigt sich, dass beide – im Zuge der Frage, ob Subsidiarität angenommen werden darf – zur ewig neuen Wesensdiskussion führen.

Entsprechend des Wortlauts von § 1175 Abs 4 ABGB darf bei der subsidiären Anwendbarkeit des § 1213 iVm § 1210 ABGB einerseits im GmbHG keine besondere Regelung bestehen, andererseits aber auch kein Wertungswiderspruch zu den Grundsätzen des GmbH-Rechts resultieren. Es gilt also zunächst den Kern der GmbH zu eruieren, um schließlich die Vereinbarkeit des Ausschlusses nach GesbR-Recht feststellen zu können.

An dieser Stelle sei an die Ansicht *Schauers* erinnert. Ihm zufolge sollte man bei der Gegenüberstellung – in Anbetracht des Umstands, dass der Gesetzgeber das 27. Hauptstück ausdrücklich als allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts bezeichnet – nicht am starren Wortlaut der potentiell subsidiär anwendbaren Norm verhaften. Im Einklang mit dem Gedanken der Institutionenbildung sollte man sie eher als „Wegmarken“³⁴⁰ betrachten. Besteht kein grundsätzlicher Wertungswiderspruch, sei die Bestimmung des allgemeinen Zivilrechts, und damit wohl auch jene des allgemeinen Teils des Gesellschaftsrechts, zur Erreichung eines sachgerechten Ergebnisses gegebenenfalls zu modifizieren.³⁴¹

1. Wesensmerkmale der GmbH und ihre Vereinbarkeit

Welche Charakteristika zeichnen nun die Gesellschaftsform der GmbH aus? An erster Stelle ist wohl die Eigenschaft als juristische Person zu nennen. Im Einklang mit dem Trennungsgrundsatz sind die Rechtssubjekte „Gesellschaft“ und „Gesellschafter“ zu

³³⁸ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 293.

³³⁹ Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 13.

³⁴⁰ *Schauer*, GES 2012, 51 (53).

³⁴¹ *Schauer*, GES 2012, 51 (53); *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 1/65.

unterscheiden.³⁴² Als Kapitalgesellschaft haftet grundsätzlich das Vermögen der Gesellschaft für ihre Verbindlichkeiten.³⁴³

Dies birgt gewisse Risiken. Um diesen zu begegnen, ist es eines der wesentlichsten Anliegen des GmbH-Rechts, einen adäquaten Haftungsfonds zu gewährleisten und damit die Gesellschaftsgläubiger zu schützen. Die Sicherung der Aufbringung des Stammkapitals und der Kapitalerhaltung sind somit Ausdruck eines kapitalistischen Grundkonzepts.³⁴⁴ Nicht zufällig nimmt das GmbHG diesbzgl Anleihe am Aktienrecht und sieht weitgehend zwingende Normen vor.³⁴⁵

Unumstritten wohnt der GmbH jedoch auch ein personalistischer Kern inne.³⁴⁶ Dieser kommt insb durch die Haftung der Mitgesellschafter für uneinbringliche Stammeinlagen und bei Einlagenrückgewähr zur Geltung.³⁴⁷ Unter dem Schlagwort der sogenannten Durchgriffshaftung diskutiert die Lehre auch Fälle der qualifizierten Unterkapitalisierung, der Sphärenmischung, des Missbrauchs der Rechtsform oder der faktischen Geschäftsführung des Gesellschafters als Gründe für ausnahmsweise persönliche Haftung.³⁴⁸ Aber auch die weitreichende Dispositivität in Sachen vertraglicher Ausgestaltung des Gesellschaftsinneren weist auf die personalistischen Züge der GmbH hin.³⁴⁹ Diese Gestaltungsfreiheit glich der Gesetzgeber durch die Erschwerung der Übertragbarkeit von GmbH-Geschäftsanteilen aus.³⁵⁰ Anders als das Recht der AG, welches als detaillierteres Regelwerk einen größeren Schutz der Anleger bietet, soll die eingeschränkte Fungibilität – die Verbriefung als negoziabiles Wertpapier und Übertragung ohne Notariatsakt sind grundsätzlich ausgeschlossen – potentielle Gefahren für Verkäufer und Käufer des Geschäftsanteils ausschalten.³⁵¹

Schließlich ist anzumerken, dass das Gesellschafterkollektiv das oberste Organ der GmbH bildet. Der Generalversammlung obliegt es, dem Geschäftsführer und gegebenenfalls dem Aufsichtsrat bindende Weisungen zu erteilen. Ferner kommt ihr regelmäßig die Befugnis zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsleitung zu. Der Gesetzgeber hat den

³⁴² Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/351.

³⁴³ Vgl § 61 GmbHG.

³⁴⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Allg Einl Rz 4.

³⁴⁵ Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/32.

³⁴⁶ Vgl *Ostheim* in FS Hämmerle 245 (259).

³⁴⁷ Vgl §§ 70, 83 GmbHG.

³⁴⁸ Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/352 mwN.

³⁴⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Allg Einl Rz 6; Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/23; *Hannak* in FS Hämmerle 127 (128 f).

³⁵⁰ Vgl §§ 75, 76 GmbHG.

³⁵¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Allg Einl Rz 6; Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/28.

Gesellschaftern demnach keine bloße Finanzierungsrolle zugeordnet, sondern sie bewusst am Gang der Geschäfte teilhaben lassen. Auch dies macht deutlich, dass die GmbH sowohl körperschaftlich-kapitalistische als auch personalistische Wesensmerkmale aufweist.³⁵²

Für die deutsche GmbH bejahte der BGH bekanntlich die Vereinbarkeit und meint, die Besonderheiten stünden der Zulässigkeit eines Ausschlusses aus wichtigem Grund nicht entgegen.³⁵³ *Seibt* merkt jedoch an, dass die Umsetzung sehr wohl Bedacht auf die zwingenden Bestimmungen über Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie Verbleib des Geschäftsanteils genommen werden müsse.³⁵⁴

Die österreichische Lehre teilt, wie zuvor ausführlich in mehreren Zusammenhängen angedeutet, überwiegend diese Ansicht. Sie sieht weder einen Widerspruch zum körperschaftlich-kapitalistischen Kern der GmbH noch zur Kapitalaufbringung und -erhaltung, stellt jedoch die Bedingung eines Verfahrens, das die Einhaltung dieser Grundsätze gewährleiste.³⁵⁵

In diesem Zusammenhang sei auf Ausführungen *Koppensteiners* hingewiesen. Seiner Ansicht nach bestünden hinsichtlich des Gläubigerschutzes „nicht prinzipielle Unterschiede, sondern ‚nur‘ verschiedene Rechtstechniken des Schutzes einer Gruppe von Stakeholdern.“³⁵⁶ GesbR- wie auch OG-Gesellschafter haften – vorbehaltlich besonderer Vereinbarungen mit Gläubigern – gesamtschuldnerisch und unbeschränkt für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten.³⁵⁷ Grund dafür ist das Fehlen von Bestimmungen über die Kapitalaufbringung und -erhaltung im Personengesellschaftsrecht. Weder GesbR noch OG bedürfen eines Mindestkapitals. Anderes gilt für die GmbH, denn sie kennt grundsätzlich keine persönliche Außenhaftung. Der Gesetzgeber sah daher entsprechende Vorschriften vor. *Koppensteiner* resümiert, dass insofern beide Modi des Gläubigerschutzes den gleichen Zweck verfolgen würden.³⁵⁸

³⁵² *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/31.

³⁵³ BGH 1.4.1953, II ZR 235/52 = BGHZ 9, 157.

³⁵⁴ *Seibt* in *Scholz*¹¹ Anh § 34 Rz 25.

³⁵⁵ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 176; *ders.*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 176: „Der Ausschluss eines Gesellschafters ist sowohl mit der körperschaftlichen Natur der GmbH vereinbar als auch mit den Grundsätzen der Kapitalaufbringung und -erhaltung, solange sich der Geschäftsanteil im Zuge des Gesellschafterausschlusses nicht ‚auflöst‘ oder an die Gesellschaft zurückfällt.“; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen, 71 (76).

³⁵⁶ *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 (313).

³⁵⁷ Vgl §§ 1199 ABGB, 128 UGB; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*² § 128 Rz 2.

³⁵⁸ *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 (312 f); vgl auch *Koppensteiner*, Die Entstehung der OG und der „Allgemeine Teil“ des Gesellschaftsrechts, in *Aich/Fina* (Hrsg), FS Straube (2009) 41 (49).

Diese Betrachtung liefert mE auch schon die Antwort auf die Frage eines etwaig bestehenden Wertungswiderspruchs. Der Gläubigerschutz ist sowohl dem Kapitalgesellschaftsrecht wie auch dem Personengesellschaftsrecht ein Anliegen. Wie eben beschrieben, ist dieser nur auf verschiedene Art und Weise verwirklicht. Die subsidiäre Anwendbarkeit des Gesellschafterausschlusses nach § 1213 iVm § 1210 ABGB muss – zumindest im Grunde – zulässig sein. Der nach § 1175 Abs 4 ABGB zu berücksichtigende Grundsatz, namentlich eben jener des Gläubigerschutzes, wird an sich nicht unterlaufen. Freilich resultieren Fragen zur konkreten Verwirklichung des Ausschlusses aus der GmbH. So wird man womöglich nicht um die Frage herumkommen, ob denn nicht von den Gesellschaftern verlangt werden müsse, persönlich – entsprechend dem Gläubigerschutzkonzept des Personengesellschaftsrecht – zu haften. Vieles ist hierzu bereits vorgezeichnet, einiges muss im Wege der Modifikation des Verfahrens mangels maßgeschneiderter Lösungen im GmbHG entwickelt werden. Zwangsläufig rückt die Frage in den Mittelpunkt, wie weit diese Entwicklung gehen kann und sich die GmbH vom ursprünglichen Konzept einer kapitalistisch-körperschaftlichen Gesellschaftsform entfernen darf. An dieser Stelle genauer darauf einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

2. Gestaltungsfreiheit als Indiz für die Vereinbarkeit

Koppensteiner bringt eine weitere Sichtweise aufs Tapet, um das Wesen von Gesellschaftsformen hervorzuheben und möglicherweise die Vereinbarkeit eines außerordentlichen Ausschlussrechts mit den Grundsätzen des GmbH-Rechts befürworten zu können. Seinen Ausführungen zufolge seien ausschließlich jene Bestimmungen typenprägend, die vom Gesetzgeber als *ius cogens* vorgesehen wurden. Als Rechtfertigung dieser Ansicht genüge der Hinweis, dass nachgiebiges Recht „als Angebot des Gesetzgebers (...), das angenommen werden kann oder nicht“,³⁵⁹ verstanden werden muss und zwingendes Recht der Gesellschaftsform den dispositiven Spielraum eingrenzt. Insofern könne aus abdingbaren Vorschriften jeweils keine charakteristische Eigenart abgeleitet werden.³⁶⁰

In Anbetracht der Umstände, dass Ergänzungen der Satzung zulässig sind, wenn sie nicht gegen zwingendes Recht oder Grundprinzipien verstoßen, die personalistische

³⁵⁹ *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 (313).

³⁶⁰ *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 (313).

Ausgestaltung der GmbH eher die Regel als die Ausnahme darstellt und im Zweifelsfall die Dispositivität des GmbHG anzunehmen ist,³⁶¹ könnte der Ansatz *Koppensteiners* zu folgendem Schluss führen: Da der Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund anerkanntermaßen in der Satzung verankert werden kann und dies entsprechend auch keinen Widerspruch zum Grundsatz des Gläubigerschutzes darstellt, ist die grundsätzliche Unzulässigkeit des Ausschlusses aus wichtigem Grund für sich kein zwingender Bestandteil des GmbHG und im Ergebnis somit nicht typenprägend. Von einem Wesensmerkmal des GmbH-Rechts auszugehen, läuft somit zumindest dieser Argumentation zuwider.

3. Einheit der Rechtsordnung

Darüber hinaus ist ein weiterer Aspekt zu thematisieren, namentlich das bereits genannte Postulat der Einheit der Rechtsordnung, wonach allein dann vom allgemeinen Zivilrecht abgewichen werden kann, wenn das Recht der Rechtsform bzw dessen Prinzipien und Besonderheiten dies zwingend notwendig erscheinen lassen.³⁶² Stellt man die Anerkennung der Lösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund als zivilrechtlichen Grundsatz sowie das Bestehen von Treuepflichten bei Personen- und Kapitalgesellschaften außer Streit, so führt dies zu zwei Wertungswidersprüchen, sobald man die Zulässigkeit des außerordentlichen Ausschlussrechts für das Recht der GmbH verneint. Einerseits zwischen GmbH-Recht und allgemeinem Zivilrecht, andererseits zwischen GmbH-Recht und dem Recht der eingetragenen Personengesellschaften. *Walch* führt diesbzgl aus, dass es keine Spezifika gäbe, die den genannten Grundsatz des allgemeinen Zivilrechts für die GmbH ausschließen.³⁶³

Ferner existiere nach *Walch* aber auch keine sachliche Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung der Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern von GmbH und OG bzw KG.³⁶⁴ Dieser Widerspruch muss sich wohl auch auf die GesBR ausweiten.

³⁶¹ *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 4/128 f.

³⁶² *F. Bydlinksi*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005) 30 f; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 33 f.

³⁶³ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 176.

³⁶⁴ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 176 f.

4. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Wertungsfragen im kapitalistisch-personalistischen Spannungsfeld im Zuge der Subsidiaritätsdebatte wohl noch öfter Gegenstand von Diskussionen sein werden.

Im konkreten Fall darf mE im Einklang mit den dargestellten Literaturmeinungen der Ansicht gefolgt werden, dass zwischen dem Ausschluss nach § 1213 iVm § 1210 ABGB und den Grundsätzen des GmbHG keine Wertungswidersprüche bestehen. Folglich kann auch im Recht der GmbH von der Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund ohne gesellschaftsvertragliche Regelung und der subsidiären Geltung des § 1213 iVm § 1210 ABGB ausgegangen werden.

D. Ausschlussverfahren

Gleich ob man hinsichtlich des Gesellschafterausschlusses nun Analogie des UGB oder Subsidiarität des ABGB annimmt, stellt sich in beiden Fällen die Frage des angemessenen Ausschlussverfahrens.

Nahm man bereits vor Inkrafttreten des GesbR-RG die subsidiäre Anwendung des Gesellschafterausschlusses nach § 1210 ABGB aF für die GmbH an, so hatte man zwangsläufig mit Problemen der Rechtsunsicherheit zu kämpfen, denn das zuvor ausführlich dargestellte Ausschlussverfahren eignete sich nur bedingt für den Einsatz im GmbH-Recht.³⁶⁵ Die neue Rechtslage schuf hier weitestgehend Abhilfe, denn die inhaltliche Deckungsgleichheit der relevanten Ausschlussnormen von ABGB und UGB legt nahe, dass auf altbekannte Lösungsversuche der Literatur zurückgegriffen werden könne.

In Anlehnung an die Ausschlussklage nach § 140 iVm § 133 UGB skizzierte etwa *Reich-Rohrwig* ein mit den Grundsätzen des GmbH-Rechts vereinbares Verfahren zur Realisierung des Ausschlusses.³⁶⁶ Ihm zufolge habe nicht – wie nach deutscher Auffassung – die GmbH den missliebigen Gesellschafter auf Ausschluss und Übertragung zu klagen, sondern die übrigen Gesellschafter. Das daraufhin ergehende Ausschlussurteil sei nur

³⁶⁵ *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG, 178 ff.

³⁶⁶ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, 681 ff; ähnlich auch *Hannak* in FS Hämmerle 127 (138): „Diese Art der Durchführung des Ausschlusses lässt das Stammkapital unverändert, eine Rückzahlung der Einlage aus dem Gesellschaftsvermögen findet nicht statt, Gläubigervorschriften werden nicht verletzt, sie steht nicht mit dem Gesetz in Widerspruch und ist daher zulässig.“.

zulässig, wenn sich ein oder mehrere Gesellschafter freiwillig bereiterklären, die Geschäftsanteile des ausgeschlossenen Gesellschafters – gegebenenfalls anteilig – zu übernehmen und zu bezahlen. Aufgrund der GmbH-rechtlichen Haftungsstruktur könne keiner der Gesellschafter gezwungen werden, einen Geschäftsanteil zu übernehmen. Beteiligen sich nicht alle Gesellschafter, bedürfe es eines Gesellschafterbeschlusses mit einfacher Mehrheit, der die Erhebung der Ausschlussklage absegnet. Dem ausgeschlossenen Gesellschafter käme dabei kein Stimmrecht zu. Im Falle eines ablehnenden Beschlusses bestünde die Möglichkeit jene Gesellschafter, die den Ausschluss nicht mittragen wollen, wegen treuwidrigen Verhaltens auf Zustimmung bzw Mitwirkung zu klagen. Dies dürfe jedoch nur möglich sein, wenn tatsächlich wichtige Gründe in der Person des Auszuschließenden vorliegen. Sodann sei der betroffene Gesellschafter unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Kapitalaufbringung und -erhaltung angemessen, dh grundsätzlich mit vollem Gegenwert seiner Beteiligung, abzufinden. Daher könne die Gesellschaft den Ausscheidenden weder selbst bedienen noch den Geschäftsanteil übernehmen.³⁶⁷

Hinsichtlich der rechtsgestaltenden Wirkung des Urteils führt *Reich-Rohrwig* aus, dass die urteilsmäßige Ausschließung und Übertragung an einen oder mehrere Mitgesellschafter nur zulässig sei, wenn jene Kläger, die zugleich die Übernahme des Geschäftsanteiles begehren, persönlich und solidarisch für die Aufbringung der Abfindung haften. Die Leistung von Sicherheiten könne vom auszuschließenden Gesellschafter beantragt werden, jedoch bedürfe es für die Geltendmachung der endgültigen Abfindung der Rechtskraft des Urteils. Mangelt es an der Bereitschaft zur persönlichen Haftung und Sicherheitsleistung, wäre die Klage abzuweisen.³⁶⁸

Es zeigt sich, dass mit diesem Lösungsansatz versucht wird, zwischen den zuvor besprochenen Eigenarten der GmbH, nämlich ihrer kapitalistisch-körperschaftlichen und personalistischen Struktur, zu vermitteln und dabei die Gläubigerschutzkonzepte des Kapitalgesellschafts- und Personengesellschaftsrechts miteinander zu verbinden. Gerade im Lichte des oftmals strapazierten Begriffs der „Doppelnatur“³⁶⁹ der GmbH erscheinen dahingehende Überlegungen mE nicht abwegig, sondern vielmehr sachgerecht.

³⁶⁷ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, 681 ff; vgl auch *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³, 445.

³⁶⁸ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, 684.

³⁶⁹ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 2067 (FN 7); „*Sie als Mischform zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft zu bezeichnen geht dennoch zu weit*“; vgl auch

Alternativen zum beschriebenen Verfahren schloss *Reich-Rohrwig* aus. Den Weg der Kapitalherabsetzung sei ihm zufolge impraktikabel. Auch Freihandverkauf bzw Versteigerung, ähnlich der Bestimmung des § 68 GmbHG, kämen nicht in Betracht, da ein beträchtlicher Wertverlust denkbar wäre.³⁷⁰

Auch *Rauter* und *Koppensteiner* halten das eben geschilderte Verfahren für sachgerecht.³⁷¹ Letzterem zufolge spreche hinsichtlich der Klägerrolle zwar die Qualifikation der GmbH als Körperschaft sowie die Ausgestaltung des Kaduzierungsverfahrens für die Übernahme der deutschen Lösung, gem welcher die Gesellschaft den auszuschließenden Gesellschafter zu klagen hat, doch führe es wohl zu einem Wertungswiderspruch, wenn einerseits bei der gerichtlichen Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers die übrigen Gesellschafter, andererseits bei dem Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund die Gesellschaft klagen müssten.³⁷² Weiters ergänzt *Koppensteiner* die Ausführungen *Reich-Rohrwigs*, indem er meint, dem betroffenen Gesellschafter stehe „bis zur Erfüllung des Abfindungsanspruchs (...) wegen der Wertermittlung auf den Tag der Einbringung der Ausschlussklage zwar kein Gewinnanspruch, wohl aber ein Anspruch auf Verzinsung des Abfindungsguthabens zu.“³⁷³ Zudem sei anzunehmen, dass das Stimmrecht ruht, sofern die Vermögensinteressen des beklagten Gesellschafter nicht unmittelbar oder mittelbar betroffen sind.³⁷⁴

Zur Frage der Verknüpfung von Urteilswirkung und Abfindung weichen die in der Literatur vertretenen Meinungen teils von jener *Reich-Rohrwigs* ab. So habe nach Ansicht *Harrers* keine prozessuale Trennung von Ausschluss und Abfindung zu erfolgen.³⁷⁵ Der betroffene Gesellschafter sei nicht kraft Urteil auszuschließen, sondern müsse verpflichtet werden, seinen Geschäftsanteil gegen Leistung der Abfindung an jene Person bzw

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 338, 348; *Hannak* in FS Hämmerle 127 (128 f); *Aicher/Kraus* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 61 Rz 3.

³⁷⁰ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, 682.

³⁷¹ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 141; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 21; *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 4 (5).

³⁷² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 21; *Koppensteiner*, GesRZ 2013, 4 (5).

³⁷³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 21.

³⁷⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 21.

³⁷⁵ *Harrer* in FS Frotz 275 (282); zust *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 21.

Personen zu übertragen.³⁷⁶ Der Urteilsspruch habe eine angemessene Frist zu setzen und die Übertragung Zug um Zug anzuordnen.³⁷⁷

Letztlich stellt der Ausschluss mittels Klage aber nicht den einzig gangbaren Weg dar. Wie zuvor besprochen, kann das Ausschlussverfahren nach § 1213 iVm § 1210 ABGB auf Satzungsebene modifiziert werden.³⁷⁸ Beispielsweise kann vorgesehen werden, dass für die Ausschließung bereits ein Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit ausreicht. Unzulässig wären jedoch Vertragsklauseln, die auf den Ausschluss gerichtlicher Überprüfbarkeit abzielen.³⁷⁹

VI. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der historische Gesetzgeber wohl die abschließende Regelung des Ausschlusses vor Augen hatte. Es ist anzunehmen, dass die Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses aus wichtigem Grund, insb ohne jegliche gesellschaftsvertragliche Bestimmung, nicht dem ursprünglichen, kapitalistischen Konzept der GmbH entsprach. Dem überwiegenden Teil der Lehre ist jedoch zu folgen und davon auszugehen, dass die zwischenzeitige Rechtsentwicklung wohl eine nachträgliche Lücke entstehen ließ. Diese gilt es zu füllen.

In der Frage, welche Methode zur Schließung dieser Unvollständigkeit gewählt werden muss, scheidet die analoge Anwendung rechtsähnlicher Normen, namentlich der §§ 133, 140 UGB, nunmehr aus. Der Nachweis einer planwidrigen Lücke kann als obsolet betrachtet werden. Dies gründet in der Annahme des vorrangigen Subsidiaritätsgrundsatzes mit seinen zwei kumulativen Anwendungsvoraussetzungen, dem Mangel an Sonderbestimmungen und dem Vorliegen passender Ersatzregelungen. Dort, wo Lücken auftreten, die man mittels Analogie schließen könnte, entfaltet gleichsam die subsidiär anwendbare Norm Geltung, wenn sie denn im weitesten Sinn geeignet ist.

Für die gegenständlich interessierende Frage der Anwendbarkeit von Bestimmungen über die GesbR gilt dies umso mehr, denn trotz Streichung des § 1216 ABGB aF entschied sich

³⁷⁶ *Harrer* in FS Frotz 275 (282); zust *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 141; grds zust, jedoch abw *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 21: „Mit Rechtskraft des (stattgebenden) Urteils ist der Betroffene ausgeschlossen“.

³⁷⁷ *Harrer* in FS Frotz 275 (282); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 21; *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 141.

³⁷⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ Anh § 71 Rz 22.

³⁷⁹ *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 75 Rz 142.

der Reformgesetzgeber abermals für die ausdrückliche Positiverung des Subsidiaritätsgrundsatzes in der Gestalt des § 1175 Abs 4 ABGB und versah dies mit der pikanten Anmerkung, dass das GesbR-Recht als „allgemeiner Teil des Gesellschaftsrecht“ zu verstehen sei.

In Anbetracht dessen kann de lege lata kein Zweifel an der grundsätzlichen Zulässigkeit des außerordentlichen Ausschlussrechts bestehen. Denn geht man richtig in der Annahme, dass die Grundaussage des § 1213 iVm § 1210 ABGB die jederzeitige Beendigung der Gesellschafterstellung aus wichtigem Grund ist, das GmbHG keine dahingehende besondere Regelung enthält und die besagte Bestimmung des GesbR-Rechts – wenn auch modifiziert – keinen Wertungswiderspruch zu den anerkannten Wesensmerkmalen der GmbH darstellt, muss von subsidiärer Geltung ausgegangen werden.

Zwangsläufig resultieren zahlreiche Fragen zur praktischen Umsetzung dieser Schlussfolgerung. Insofern scheint es hinsichtlich des Ausschlussverfahrens zunächst sachgerecht, aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung der neuen Regelung mit den korrespondierenden Bestimmungen des OG-Rechts, die angestellten Überlegungen zur analogen Anwendung heranzuziehen. Gleiches gilt für weite Teile der in Deutschland entwickelten Lehre zum Ausschluss des GmbH-Geschafters. Auch sie liefert, ob der Vergleichbarkeit der beiden Rechtsformen, bedeutende Anhaltspunkte. Dass sich die Verfahren im Detail unterscheiden müssen, steht außer Streit.

Schließlich ist festzuhalten, dass die subsidiäre Anwendbarkeit des GesbR-Rechts zwar die Frage der Zulässigkeit endgültig beantwortet und der Gesetzgeber dahingehend grundsätzlich nicht tätig werden muss, jedoch ist de lege ferenda aus Gründen der Rechtssicherheit die positivrechtliche Verankerung – insb des Prozedere – zu empfehlen. Auch wenn das GesbR-Recht durch den Rückgriff auf das Recht der eingetragenen Personengesellschaften über ein praxiserprobtes Verfahren verfügt, muss es für die Zwecke des Gesellschafterausschlusses aus der GmbH modifiziert werden.

Trotz der strukturellen Annäherung zum Recht der Personengesellschaften kann für die GmbH als Kapitalgesellschaft nicht vom identischen Verfahren ausgegangen werden. Einzelheiten werden wohl der Klarstellung im prozessualen Wege bedürfen. Dies kann freilich nicht der Weisheit letzter Schluss sein. Folglich empfiehlt sich in Anbetracht des mE nun zweifellos zulässigen Ausschlusses – besser früher als später – einen entsprechenden gesetzlichen Unterbau vorzusehen. Denn man hätte dann nicht nur zur

Entwicklung des deutschen Gesellschaftsrechts aufgeschlossen, sondern leiste ausnahmsweise auch legislative Pionierarbeit für die ältere Schwestergesellschaft. Denn die deutsche GmbH kennt das außerordentliche Ausschlussrecht bekanntlich seit langem, positivrechtliche Grundlagen sucht man jedoch ebenso vergebens.

VII. Quellenverzeichnis

A. Kommentare, Lehr- und Handbücher

- Baumbach Adolf/Hueck Alfred* (Hrsg), GmbHG²⁰ (Verlag C.H. Beck Stand 2013)
- Bydlinski Franz*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (wuv 2005)
- Bydlinski Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (Springer 1991)
- Bydlinski Franz*, System und Prinzipien des Privatrechts (Springer 1996)
- Canaris Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (Duncker & Humblot 1983)
- Duursma Dieter/Duursma-Kepplinger Henriette/Roth Marianne*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (Lexis Nexis 2007)
- Fritz Christian/Perktold Klaus*, Die „neue“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts (LexisNexis 2014)
- Gall Mario/Potyka Matthias/Winner Martin*, Squeeze-out. Der Gesellschafterausschluss bei AG und GmbH (Facultas 2006)
- Gellis Max/Feil Erich*, GmbH-Gesetz⁷ (Linde Stand 2009)
- Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG (Linde Stand 2014)
- Hachenburg Max* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG⁵ (1926)
- Hämmerle Hermann/Wünsch Horst*, Handelsrecht II³ (Styria 1978)
- Jabornegg Peter/Artmann Eveline* (Hrsg), UGB Band I² § 133 Rz 9 (Verlag Österreich Stand 2010)
- Kalss Susanne/Eckert Georg*, Gesellschaftsrecht und Insolvenz, in Kodek/Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2007 (nwv 2008) 65
- Kalss Susanne/Eckert Georg*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (Linde 2005)
- Kalss Susanne/Nowotny Christian/Schauer Martin* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (Manz 2008)
- Kalss Susanne/Schauer Martin/Winner Martin*, Allgemeines Unternehmensrecht² (facultas 2014)
- Kastner Walther/Doralt Peter/Nowotny Christian*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (Manz 1990)
- Kletecka Andreas/Schauer Martin*, ABGB-ON^{1.02} (Manz Stand 1.2.2014)

Koppensteiner Hans Georg/Rüffler Friedrich, GmbH-Gesetz³ (LexisNexis Stand 2007)

Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund (Hrsg), ABGB Kurzkomentar³
(Verlag Österreich Stand 2010)

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter (Hrsg), Schweizerisches Gesellschaftsrecht¹¹
(Stämpfli 2012)

Michalski Lutz (Hrsg), Kommentar zum GmbHG² (Verlag C.H. Beck Stand 2010)

Pisko Oskar, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts (Hölder-Pichler-Tempsky
Verlag 1923)

Prinz Ulrich/Winkeljohann Norbert (Hrsg), Beck'sches Handbuch der GmbH⁵ (Verlag C.
H. Beck 2014)

Reich-Rohrwig Johannes, Das österreichische GmbH-Recht (Manz 1987)

Rieder Bernhard/Huemer Daniela, Gesellschaftsrecht² (facultas 2011)

Rummel Peter (Hrsg), ABGB³ (Manz Stand 1.1.2002)

Scholz Franz (Hrsg), GmbHG¹¹ (Otto Schmidt Stand 2012)

Schwimann Michael (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar Band 5³ (Lexis Nexis Stand 2006)

Schwimann Michael/Kodek Georg (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar Band 5⁴ (LexisNexis
Stand 2014)

Straube Manfred/Ratka Thomas/Rauter Alexander (Hrsg), GmbHG online - Wiener
Kommentar zum GmbH-Gesetz (Manz Stand 1.11.2015)

Straube Manfred/Ratka Thomas/Rauter Alexander (Hrsg), Wiener Kommentar zum
Unternehmensgesetzbuch Band I⁴ (Stand 2012 Manz)

Süß Rembert/Wachter (Hrsg), Handbuch des internationalen GmbH-Rechts (zerb Verlag
2006)

Told Julia, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Manz 2011)

Torggler Ulrich (Hrsg), UGB (Linde Stand 2013)

Torggler Ulrich, Gesellschaftsrecht – AT und Personengesellschaften (Verlag Österreich
2013)

Walch Matthias, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG
(Verlag Österreich 2014)

Ziemons Hildegard/Jaeger Carsten (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG²⁴
(Verlag C. H. Beck Stand 15.8.2015)

B. Sonstige Literatur, Internetquellen

Brugger Walter/Schopper Alexander, Keine Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB auf die GmbH und AG, NZ 2015/133, 405

Bydlinski Franz, Sonderprivatrechte – Was ist das?, in Doralt/Löffler (Hrsg), FS Kastner II (Orac 1992) 71

Fritz Romana, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ÖJZ 2014/61, 385

Getreuer Georg, Rechtsfolgen der Zahlung der aushaftenden Stammeinlage durch den kaduzierten GmbH-Gesellschafter, RdW 1999, 454

Hannak Karl, GmbH – Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in Wünsch (Hrsg), FS Hämmerle (Leykam 1972) 127

Harrer Friedrich, Ausschließung, Austritt und Kündigung im Recht der GmbH, in Enzinger/Hügel/Dillenz, FS Frotz (Manz 1993) 275

Harrer Friedrich, Die GesbR neu und die „anderen Gesellschaften“, RdW 2015/537, 626

Harrer Friedrich, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wbl 2015, 121

Kalss Susanne, Die Entwicklung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts über 200 Jahre, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg), FS 200 Jahre ABGB I (Manz 2011) 441

Kastner Walther, Legistische Aufgaben im Gesellschaftsrecht, JBl 1990, 545

Kastner Walther, Zur Erneuerung des österreichischen Gesellschaftsrechts, in Neider (Hrsg), FS Broda (Europa Verlag 1976) 96 f

Koppensteiner Hans Georg, Ausschluss und Austritt bei der GmbH, GesRZ 2013, 4

Koppensteiner Hans Georg, Die Entstehung der OG und der „Allgemeine Teil“ des Gesellschaftsrechts, in Aich/Fina (Hrsg), FS Straube (Manz 2009) 41

Koppensteiner Hans Georg, Die GesBR neuer Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, wbl 2015, 301

Krejci Heinz, GesbR-Reform: Zum ministeriellen Diskussionsentwurf, GES 2012, 4

Krejci Heinz, Miteigentum und Vermögensordnung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts de lege ferenda, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg), FS 200 Jahre ABGB II (Manz 2011) 1191

Krejci Heinz, UGB: Zur OG, KG und GesbR, ÖJZ 2006, 53

- Krejci Heinz*, Verweigerter Nachschuss und § 1043 ABGB, RdW 2011/260, 261
- Krejci Heinz*, Zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Bundesministerium für Justiz (Hrsg), in FS Hopf (Manz 2007) 115
- Ostheim Rolf*, Probleme der personalistischen GmbH, GesRZ 1974, 70
- Ostheim Rolf*, Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Wünsch (Hrsg), FS Hämmerle (Leykam 1972) 265
- Paschinger Oskar*, Umstrittene Klagen im GmbH-Recht, GesRZ 1983, 182
- Rauter Alexander*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der Reform (Teil II), JAP 2014/2015/16, 168
- Reich-Rohrwig Johannes /Zimmermann Arno*, Die Reform der GesbR (Teil II), ecolex 2015, 476
- Reich-Rohrwig Johannes /Zimmermann Arno*, Reform der GesbR seit 1.1.2015, ecolex 2015, 43
- Reich-Rohrwig Johannes*, 100 Jahre GmbH-Gesetz, ecolex 2006, 488
- Reich-Rohrwig Johannes*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141
- Rüffler Friedrich*, Ausschluss von Gesellschaftern und Übertragungsverpflichtungen, in Kalss/Rüffler (Hrsg), Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (Linde 2005) 71
- Schauer Martin*, Strukturmerkmale des Diskussionsentwurfes zur GesbR und Reflexion über die Kritik, GES 2012, 51
- Schauer Martin/Hofmair Marlene*, Die Grundzüge der GesbR-Reform – Ein Überblick über Inhalte und Neuerungen, SWK 36/2014, 1549
- Schmidt Karsten*, Der Partnerschaftsgesetzentwurf: Chance für eine überfällige Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JBl 1988, 745
- Schneider Franz*, Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1983, 191
- Schopper Alexander/Walch Matthias*, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013, 418
- Slezak Michael*, Zur Novelle der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem GesbR-Reformgesetz, Zak 2014/774, 403
- Told Julia*, Zur Rechtsfähigkeit und Vermögensordnung der GesbR, GES 2011, 147

Torggler Ulrich, Die Mitunternehmer-GesbR nach geltendem und künftigem Recht, JBl
2011, 353

Torggler Ulrich, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185

Walch Matthias, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-
Recht nach der GesbR-Reform, RdW 2015/86, 78

Wendehorst Christiane, Ist der Kodifikationsstreit entschieden?, in
Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB. Evolution einer
Kodifikation. Rückblick – Ausblick - Methode (Verlag C. H. Beck 2012) 9

C. Entscheidungsverzeichnis

1. Österreich

OGH 26.8.1913, R VI 224/13

OGH 17.3.1914, R VI 80/14

OGH 14.3.1916, R II 104

OGH 12.9.1916, R III 119 = ZBl 1917/281

OGH 25.11.1953, 1 Ob 600/53 = SZ 26/285

OGH 7.10.1958, 6 Ob 206/58

OGH 11.6.1964, 5 Ob 135/64

OLG Innsbruck 4.6.1968, 1 R 78/68

OGH 7.4.1976, 1 Ob 539/76 = SZ 49/51

OGH 20.12.1976, 5 Ob 264/67 = SZ 40/170

OGH 9.11.1977, 1 Ob 690/77 = SZ 50/140

OGH 18.12.1987, 6 Ob 695/87 = SZ 60/285

OGH 22.12.1988, 8 Ob 648/88

OGH 26.1.1989, 8 Ob 620/88

OGH 27.3.1990, 10 ObS 109/90 = SZ 63/44

OGH 14.7.1994, 8 Ob 629/93

OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95 = SZ 69/37

OGH 22.2.1996, 6 Ob 657/95 = SZ 69/37
OGH 23.4.1996, 1 Ob 2085/96s = SZ 69/96
OGH 10.7.1997, 2 Ob 2398/96b = SZ 70/138
OGH 29.1.2001, 3 Ob 57/00d
OGH 25.9.2001, 4 Ob 216/01w
OGH 27.9.2006, 9 ObA 148/05p
OGH 17.10.2006, 1 Ob 135/06v
OLG Wien 22.7.2011, 28 R 141/11b
OGH 14.9.2011, 6 Ob 80/11z
RIS-Justiz RS0008816
RIS-Justiz RS0022204
RIS-Justiz RS0059745
RIS-Justiz RS0060042
RIS-Justiz RS0060209
RIS-Justiz RS0061926
RIS-Justiz RS0061962
RIS-Justiz RS0062033
RIS-Justiz RS0062041
RIS-Justiz RS0062083
RIS-Justiz RS0102055
RIS-Justiz RS0113444
RIS-Justiz RS0115013
RIS-Justiz RS0122932
RIS-Justiz RS0124525
RIS-Justiz RS0113443

2. Deutschland

BGH 1.4.1953, II ZR 235/52 = BGHZ 9, 157

BGH 17.2.1955, II ZR 316/53 = BGHZ 16, 317, 322

BGH 23.2.1981, II ZR 229/79 = BGHZ 80, 346

BGH 13.7.1981, II ZR 56/80 = BGHZ 81, 263

BGH 19.9.1988, II ZR 329/87 = BGHZ 105, 213

BGH 18.5.1989, V ZB 4/89 = BGHZ 107, 268

BGH 7.2.1994, II ZR 191/92 = BGHZ 125, 74

BGH 8.3.2004, II ZR 165/02 = NZG 2004, 569

BGH 14.3.2005, II ZR 153/03 = DB 2005, 937

BGH 19.9.2005, II ZR 342/03 = BGHZ 164, 107

BGH 19.9.2005, II ZR 173/04 = BGHZ 164, 98

BGH 19.3.2007, II ZR 300/05 = WM 2007, 935

BGH 7.5.2007, II ZR 281/05 = WM 2007, 1270

BGH 24.1.2012, II ZR 109/11 = BGHZ 192, 236