

63. 1. Kann ein Gesellschafter aus einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch dann ausgeschlossen werden, wenn die Satzung keine entsprechende Bestimmung enthält?

2. Unter welchen Voraussetzungen ist eine Anhörung des Gesellschafters, der aus einer Gesellschaft ausgeschlossen werden soll, entbehrlich?

RGB. §§ 723, 737. GmbHG. § 34.

II. Zivilsenat. Ur. v. 13. August 1942 i. S. R. u. a. (Bekl.) w. Deutsches Reich (Rl.). II 67/41.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Bauunternehmer M., ein aus Deutschland ausgewandertes Jude, und die Beklagten waren Gesellschafter der St.-Baugesellschaft mbH. Die Gesellschaft hatte ein Stammkapital von 30000 RM.; die Geschäftsanteile der drei Gesellschafter betragen je 10000 RM. Durch einen notariell beurkundeten Beschluß der Gesellschafter vom 30. Dezember 1937 wurde die GmbH. gemäß dem Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934 (RGBl. I S. 569)

und der Durchführungsverordnung zu diesem Gesetz vom 14. Dezember 1934 (RGBl. I S. 1262) in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umgewandelt. Die neue Gesellschaft sollte bis zum 31. Dezember 1947 dauern und sich, falls sie nicht schriftlich ein Jahr vor dem Ablaufe des Vertrages gekündigt werden würde, jedes Mal um ein weiteres Jahr verlängern. Für die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesellschaft sollten „sinngemäß alle entsprechenden Vorschriften gelten, die bisher für die GmbH Geltung hatten, ebenso für das Ausscheiden eines Gesellschafters und die Veräußerung seines Geschäftsanteiles“. Als Zweck der Gesellschaft wurde die Verwaltung der ihr als Gesellschaftsvermögen zu übertragenden Grundstücke angegeben.

Am 10. August 1938 luden die Beklagten den M. für den 26. August 1938 zu einer Gesellschafterversammlung mit folgender Tagesordnung ein: 1. Beschlußfassung über die weitere Behandlung der Forderungen an die Gesellschafter; 2. Verschiedenes. M. nahm an der Versammlung nicht teil. Am 27. August 1938 teilten ihm die Beklagten mit, daß sie ihn als Gesellschafter ausgeschlossen hätten, weil eine Gesellschaft, an der ein Jude mit mehr als 25 v. H. beteiligt sei, vom Gesetz als jüdisch angesehen werde, weil seine weitere Zugehörigkeit zur Gesellschaft für diese daher schwere wirtschaftliche Nachteile zur Folge haben würde und mithin ein wichtiger Grund im Sinne der § 723 Abs. 1 Satz 2 und § 737 BGB. gegeben sei. M. antwortete, daß er an seiner Stelle die Aufnahme des NS-Bundes deutscher Techniker in die Gesellschaft verlange. Die Beklagten lehnten das Verlangen ab. Mit Schreiben vom 13. Oktober 1938 übersandten sie dem M. eine Auseinandersetzungsbilanz zum 31. August 1938, nach der er der Gesellschaft 173832,35 RM. schuldet.

M. hat beantragt, festzustellen, daß seine Ausschließung aus der Gesellschaft unwirksam und daß er nach wie vor Gesellschafter der St.-Baugesellschaft sei. Er hat geltend gemacht, ein Ausschließungsgrund habe nicht vorgelegen; der Gesellschaftsvertrag enthalte keine Bestimmung darüber, daß die Gesellschaft bei Kündigung durch einen Gesellschafter unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle, und endlich sei ihm bei der Beschlußfassung das rechtliche Gehör verjagt worden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Nach Einlegung der Revision ist auf Grund der Ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBl. I S. 722) das Vermögen M. dem Deutschen Reiche verfallen. Der Oberfinanzpräsident in Berlin hat namens des Deutschen Reiches das gemäß §§ 239, 244 ZPO. unterbrochene Verfahren aufgenommen. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Gründe:

1. Dadurch, daß das Deutsche Reich in die Stellung des bisherigen Klägers M. eingerückt ist, wird an der sachlichrechtlichen Beurteilung des Streites nichts geändert.

2. Das Berufungsurteil führt aus, die Entscheidung des Landgerichts werde durch zwei selbständige Gründe getragen, nämlich durch das Fehlen eines wichtigen Grundes für die Ausschließung des M. und deren Ungültigkeit wegen Versagens des rechtlichen Gehörs. Die Revision wendet sich zunächst gegen die Verneinung eines wichtigen Grundes zur Ausschließung des M. Sie ist insoweit begründet.

a) Nach § 737 BGB. kann ein Gesellschafter unter zwei Voraussetzungen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Einmal muß im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Sodann muß ein wichtiger Kündigungsgrund im Sinne des § 723 Abs. 1 Satz 2 vorliegen. Zu der ersten Voraussetzung hat das Berufungsgericht keine Stellung genommen. Im Gesellschaftsvertrag ist über die Ausschließung eines Gesellschafters nichts gesagt; der Beschluß vom 30. Dezember 1937 sieht nur für den Fall des Todes eines Gesellschafters vor, daß die Gesellschaft nicht aufgelöst wird und an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters seine Erben treten. Der Beschluß vom 30. Dezember 1937 bestimmt aber weiter, daß für die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesellschaft sinngemäß alle entsprechenden Vorschriften gelten sollen, die „bisher gesetzlich oder satzungsgemäß für die St.-Baugesellschaft Geltung hatten, ebenfalls für das Ausscheiden eines Gesellschafters und die Veräußerung seines Geschäftsanteils“. Allerdings enthält auch der Gesellschaftsvertrag der GmbG. vom 23. April 1925 nebst Nachträgen, mit Ausnahme der Bestimmung über die Veräußerung und Verpfändung eines Geschäftsanteils, keine Vorschriften über die

Kündigung, den Austritt oder den Ausschluß eines Gesellschafters. Auch das GmbH.-Gesetz enthält nur Bestimmungen über den Ausschluß eines Gesellschafters mit seinem Geschäftsanteil wegen verzögerter Einzahlung der Stammeinlage oder von Nachschüssen (Reduzierung, §§ 21—25, 28), über die Preisgabe eines Geschäftsanteils (Abandon, § 27) und die Einziehung von Geschäftsanteilen (Amortisation, § 34). Die Rechtsprechung des erkennenden Senats hat aber in einem gewissen Umfange die Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH. auch ohne eine dahin gehende ausdrückliche Bestimmung der Satzung anerkannt. So hat der Senat in RGZ. Bd. 114 S. 213 und Bd. 125 S. 114 für die Kartell-GmbH. die Möglichkeit bejaht, den Geschäftsanteil eines Gesellschafters, der von dem Kündigungsrecht nach § 8 der Kartellverordnung vom 2. November 1923 (RGBl. I S. 1067) Gebrauch gemacht hat, einzuziehen, auch wenn die Einziehung in der Satzung nicht vorgesehen ist. Als Grund dafür ist angegeben, daß es ein Unding, eine Unmöglichkeit und für die Gesellschaft untragbar sei, den Gesellschafter, nachdem er sich durch die Kündigung von seinen Kartellverpflichtungen befreit habe, fernerhin als Mitglied in der GmbH. verbleiben und an den durch die Mitgliedschaft begründeten Vergünstigungen teilnehmen zu lassen. Der erkennende Senat hat den Gedanken der Möglichkeit einer einseitigen Lösung der Zugehörigkeit zu einer GmbH. ohne eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung in der Satzung in der Entscheidung in RGZ. Bd. 128 S. 1 fortentwickelt, in der den Gesellschaftern unter Umständen wegen dauernder Nebenleistungsverpflichtungen ein Kündigungsrecht zugbilligt worden ist. Endlich hat der Senat in RGZ. Bd. 164 S. 257 (262) die Möglichkeit angedeutet, daß auch beim Fehlen entsprechender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafter unter Umständen dem Rechte nach gegen seinen Willen als Gesellschafter ausgeschlossen werden könne. Die Fortentwicklung der in dieser Rechtsprechung enthaltenen Gedanken führt dazu, daß die GmbH. auch ohne eine dahin gehende Satzungsbestimmung die Möglichkeit haben muß, sich eines Gesellschafters zu entledigen, der aus einem in seiner Person liegenden Grunde völlig untragbar geworden ist. Diese Ansicht ist neuerdings von Scholz in seiner Schrift „Ausschließung und Austritt eines Gesellschafters aus der GmbH.“, Köln 1942, mit eingehender Begründung vertreten worden. Scholz bezeichnet es als ein in den Grundsätzen von Treu und Glauben

und der gesellschaftlichen Treupflicht begründetes Erfordernis, daß ein Gesellschafter ausscheide, wenn in seiner Person wichtige Gründe vorliegen, aus denen seine weitere Mitgliedschaft für die GmbH. untragbar ist, und erachtet hierfür, neben der Abtretung des Geschäftsanteils, auch dessen zwangsweise Einziehung als gangbaren Weg, selbst wenn diese im Gesellschaftsvertrage nicht vorgesehen ist. Es handelt sich dabei um Erwägungen, die es nahelegen, die Möglichkeit der Ausschließung aus einem wichtigen Grund auch bei einem Schweigen der Satzung grundsätzlich zu bejahen. Eine solche Auffassung ließe sich mit § 34 GmbHG. insofern in Einklang bringen, als es ohne weiteres als im Sinn eines jeden Gesellschaftsvertrages liegend angesehen werden muß, daß die Gesellschaft in Fällen unzumutbarer Belastung durch die Fortdauer der Mitgliedschaft eines Gesellschafters über Mittel verfügen soll, sich hiergegen zu schützen; zu diesem Ergebnis führt gemäß § 157 BGB. die ergänzende Auslegung der Satzung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Von diesem Standpunkt aus betrifft § 34 GmbHG. dann eben nur Fälle, die nicht schon aus diesem Grund als durch den ungeschriebenen, weil zwingenden und selbstverständlichen Gesellschaftswillen erfasst angesehen werden können. Daß die Ausschließung des Gesellschafters nur den letzten und äußersten Rechtsbehelf bilden kann, wenn andere gangbare Wege zur Beseitigung des Mißstandes nicht vorhanden sind, folgt aus der gesellschaftlichen Treupflicht.

Von diesem Standpunkt aus würde die in dem Umwandlungsbeschlusse vom 30. Dezember 1937 enthaltene Bezugnahme auf die Verhältnisse der früheren GmbH. eine hinreichende Grundlage für die Ausschließung M.s aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden. Einer weiteren Stellungnahme zu der für den Bereich der GmbH. nicht immer eindeutig zu beantwortenden Frage, wie diese Ausschließung vor sich zu gehen habe, würde es nicht bedürfen. Wenn hierfür bei der GmbH. Abtretung des Geschäftsanteils auf Verlangen der Gesellschaft oder Einziehung des Geschäftsanteils in Betracht kommen, so kann es sich bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts stets nur um eine Ausschließung des Gesellschafters mit der sich aus § 738 BGB. ergebenden Anwachsungswirkung handeln. Danach wird das Berufungsgericht, sofern es bei erneuter Verhandlung und Entscheidung der Sache zu dem Ergebnis gelangt, daß M. wegen seiner

Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse für die Gesellschaft untragbar geworden war, die Rechtslage unter den angegebenen Gesichtspunkten zu prüfen haben. Dafür kann unter Umständen auch die unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten erheblich sein, die Parteien hätten ausdrücklich bedungen, das Bestehenbleiben der neuen Gesellschaft bürgerlichen Rechts solle vom Wegfall eines Gesellschafters unabhängig sein.

b) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen hinreichenden Grund für die Ausschließung des M. aus der Gesellschaft verneint hat, ist, wie die Revision mit Recht geltend macht, nicht haltbar. Dem Berufungsurteil ist allerdings darin beizutreten, daß die Beklagten am 30. Dezember 1937 mit dem Kläger trotz Kenntnis seiner Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse freiwillig ein Gesellschaftsverhältnis eingegangen sind. Dem steht nicht entgegen, daß es sich um die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft nach dem Gesetz vom 5. Juli 1934 und der Durchführungsverordnung dazu vom 14. Dezember 1934 gehandelt hat. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist bis zum 31. Dezember 1947, mithin auf 10 Jahre, fest geschlossen worden, und dieser Umstand spricht dafür, daß die Beklagten damals an der Rassezugehörigkeit M.s keinen Anstoß genommen haben. Die Revision weist aber mit Recht darauf hin, daß sich in der Zeit vom Dezember 1937 bis zum August 1938 die ablehnende Haltung des deutschen Volkes gegenüber dem Judentum erheblich verstärkt hat und daß dies auch in der Gesetzgebung zum Ausdruck gekommen ist. Als einschlägige Gesetze sind z. B. anzuführen die Verordnung gegen die Unterstützung der Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe vom 22. April 1938 (RGBl. I S. 404), die Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden vom 26. April 1938 (RGBl. I S. 414), die Anordnung auf Grund dieser Verordnung von demselben Tage (RGBl. I S. 415), die Dritte Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. Juni 1938 (RGBl. I S. 627) und das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 6. Juli 1938 (RGBl. I S. 823), das gerade die gewerbliche Betätigung von Juden und jüdischen Unternehmungen auf dem Liegenschaftsgebiet im Auge hat (Handel mit Grundstücken, Vermittlung von Liegenschaftsverträgen, Haus- und Grundstücksverwaltung). Nach Art. I § 1 Abs. 2 der Dritten Verordnung zum Reichsbürgergesetz gilt der Gewerbebetrieb einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als jüdisch, wenn ein

oder mehrere persönlich haftende Gesellschafter Juden sind, und nach Art. I § 6 das. findet die Vorschrift auf Vereine, Stiftungen und Anstalten und sonstige Unternehmungen, die nicht Gewerbebetriebe sind, entsprechende Anwendung. Nach Art. I § 3 gilt ein Gewerbebetrieb auch dann als jüdisch, wenn er tatsächlich unter dem beherrschenden Einfluß von Juden steht. Die Beklagten mußten unter diesen Umständen damit rechnen, daß wegen der Rassezugehörigkeit M.s der Gesellschaft und damit auch ihnen selbst für die Zukunft erhebliche Schwierigkeiten entstehen würden. Das Berufungsgericht mußte sich daher mit den seit dem 30. Dezember 1937 bis zum August 1938 und auch in der Folgezeit eingetretenen grundlegenden Veränderungen in der Stellung der Juden auseinandersetzen. Der erkennende Senat hat allerdings in RGZ. Bd. 146 S. 169 (177) und JW. 1938 S. 1825 Nr. 33 ausgesprochen, daß in der Zugehörigkeit eines Gesellschafters zur jüdischen Rasse noch nicht ohne weiteres ein wichtiger Grund für die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft oder für die Ausschließung des jüdischen Gesellschafters liege. Diese Entscheidungen sind aber vor dem April 1938 und vor dem Erlaß der verschärften Judengesetze in diesem Monat ergangen. Die Entscheidung, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung oder zur Ausschließung eines Gesellschafters gegeben ist, liegt allerdings überwiegend auf tatsächlichem Gebiet. Eine Nachprüfung der Entscheidung des Berufungsgerichts ist im Revisionsverfahren aber insoweit möglich, als es sich darum handelt, ob das Berufungsgericht den Begriff des wichtigen Grundes verkannt und ob es alle Umstände des Falles gewürdigt hat. Das letzte ist nicht geschehen; das Berufungsgericht mußte vielmehr untersuchen, ob nicht mit Rücksicht auf die völlig veränderte Sachlage ein wichtiger Grund im Sinne des § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB. ungeachtet des vor dieser Änderung liegenden Beschlusses vom 30. Dezember 1937 zu bejahen sei. Da die Ausschließung eines Gesellschafters aber nur den äußersten und letzten Rechtsbehelf bilden darf, wenn alle anderen zumutbaren Mittel zur Behebung der eingetretenen Mißstände versagen, so gewinnt in diesem Zusammenhange der Umstand Bedeutung, daß M. seinen Anteil dem NS-Bund deutscher Technik angeboten hat und daß, wenn dieser in die Gesellschaft eintrat, die Bedenken gegen eine jüdische Mitbeteiligung hinfällig geworden sein würden. Allerdings konnte nach § 719 BGB. M. über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht ohne Zu-

stimmung der übrigen Gesellschafter verfügen, und daran hat auch der Beschluß vom 30. Dezember 1937 nichts geändert; denn in § 5 des Gesellschaftsvertrages der GmbH. vom 23. April 1925 war bestimmt, daß die Veräußerung oder Verpfändung eines Geschäftsanteils oder eines Teiles davon der Genehmigung der Gesellschafterversammlung bedürfe. Es war aber zu prüfen, ob die Beklagten nicht mit Rücksicht auf ihre gesellschafterliche Treupflicht dem Verlangen M.s nach Aufnahme des NS-Bundes deutscher Technik näherzutreten mußten, und ob sie nicht überhaupt gehalten waren, dem M. die Wege für ein freiwilliges Ausscheiden aus der Gesellschaft zu ebnen. Dazu bedarf es einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts. Bisher steht nicht fest, ob der NS-Bund deutscher Technik sich endgültig entschlossen hat, in die Gesellschaft einzutreten, und aus welchen Gründen die Beklagten dazu ablehnend Stellung genommen haben. Das im Berufungsurteil erwähnte Schreiben der NSDAP., Gauleitung Berlin, Amt für Technik, vom 23. Dezember 1939 ergibt, daß damals jedenfalls eine endgültige Entschliebung über das Angebot des M. noch nicht vorlag.

Der Meinung des Revisionsbeklagten, daß für die Ausschließung des M. lediglich eine sittenwidrige Bereicherungsabsicht der übrigen Gesellschafter maßgebend gewesen sei, kann nicht beigetreten werden. Es ist scharf zu unterscheiden zwischen dem Vorliegen eines wichtigen Grundes, aus dem den Beklagten die Fortsetzung der Gesellschaft mit M. nicht mehr zuzumuten war, und der Auseinandersetzung mit dem ausgeschlossenen Gesellschafter. Ist ein wichtiger Grund zur Ausschließung wegen der Massezugehörigkeit M.s zu bejahen, so wird er nicht dadurch hinfällig, daß die Beklagten etwa bewußt die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Grundstücke in der Auseinandersetzungsbilanz zu niedrig angegeben haben. Die Feststellung des angemessenen Wertes der Grundstücke ist jederzeit ohne übergroße Schwierigkeiten möglich, und der Kläger braucht das Abfindungsangebot der Beklagten nicht anzunehmen und kann gegebenenfalls insoweit die Entscheidung der Gerichte anrufen. Im übrigen läßt sich aus dem Verkaufsangebot, das der Beklagte R. im Schreiben vom 14. Juli 1938 zum Preise von 2200000 RM. gemacht hat, ohne Feststellung des wahren Wertes der Gesellschaftsgrundstücke ein Schluß zum Nachteil der Beklagten nicht ziehen, da dieses Angebot möglicherweise stark überseht gewesen ist.

3. Die Revision wendet sich weiter gegen den zweiten Grund des Berufungsurteils, daß dem M. vor seiner Ausschließung aus der Gesellschaft das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei. Sie ist auch insoweit begründet. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Ausschluß eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts seine vorherige Anhörung grundsätzlich erfordert oder nicht. Vom überwiegenden Teile des Schrifttums wird die Frage bejaht unter Bezugnahme auf zwei Entscheidungen des Oberlandesgerichts Braunschweig in OLG R. Bd. 22 S. 432 und des Oberlandesgerichts Hamburg in SeuffArch. Bd. 78 S. 177 Nr. 108. Beide Entscheidungen betreffen aber die Ausschließung eines Mitgliedes aus einem nicht rechtsfähigen Verein. Zwischen einem solchen und einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehen, obwohl nach § 54 BGB. auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden, grundlegende Unterschiede. Als ein seinem Wesen nach in seinem Bestehen vom Wechsel der Mitglieder unabhängiges körperschaftliches Gebilde mit entsprechender Verfassung hat der Verein, auch der nicht rechtsfähige, eine Vereinsgewalt, eine Autonomie, die der Staat gelten läßt. Auf diese Vereinsgewalt und die darauf beruhende Gerichtsbarkeit des Vereins über seine Mitglieder stützen sich auch die angeführten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Braunschweig und Hamburg. Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts liegen die Verhältnisse anders. Bei ihr fehlt ein dem einzelnen übergeordnetes Gebilde, das Träger einer Gemeinschaftsgewalt sein könnte. Die Ausschließung des Gesellschafters ist nichts anderes als eine Kündigung, von allen verbleibenden Gesellschaftern aus wichtigem Grund erklärt (vgl. Urteil des erkennenden Senats in WarnRspr. 1937 Nr. 48 = JW. 1937 S. 1548 Nr. 7). Eine Verpflichtung zur Anhörung des Gesellschafters vor seiner Ausschließung läßt sich aber aus der gesellschaftlicheren Treupflicht in Verbindung mit dem Rechtsgrundsatz ableiten, daß vor der Ausschließung mit ihren einschneidenden Folgen für den Betroffenen alle anderen möglichen und zumutbaren Wege zur Behebung der Schwierigkeiten beschritten werden müssen. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkte kann die Anhörung des auszuschließenden Gesellschafters aber nur dann erforderlich sein, wenn sie einen Sinn und Zweck hat und nicht von vornherein aussichtslos ist. Sollte das Berufungsgericht bei der Nachprüfung nach den unter 2. angegebenen

---

Gesichtspunkten zu dem Ergebnis kommen, daß in der jüdischen Rassezugehörigkeit des M. ein hinreichender Grund zu seiner Ausschließung aus der Gesellschaft lag, so konnte daran, weil die Tatsache, daß M. ein Jude war, einwandfrei feststand, auch seine Anhörung nichts ändern, und der Ausschluß kann jedenfalls nicht deshalb als ungültig angesehen werden, weil dem M. das rechtliche Gehör versagt worden sei.