

# Der Ausschluss aus einer Personengesellschaft ohne wichtige Gründe



**DANIEL STAEHELIN**  
Prof. Dr. iur., Advokat  
und Notar, Basel



**RALF MICHAEL STRAUB**  
Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel

## Inhaltsübersicht

- I. Die Fragestellung
- II. Der gesetzliche Rahmen
  - A. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften
  - B. Einfache Gesellschaft
- III. Individuelle Ausgestaltung von Ausschlussregelungen
- IV. Einteilung der Ausschlussgründe
  - A. Wichtige Ausschlussgründe
  - B. Einfache Ausschlussgründe
  - C. Freie Ermessensentscheidung
- V. Grundsatz: Vertragsfreiheit
- VI. Abmahnungspflicht? Anspruch auf rechtliches Gehör?
- VII. Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts (Art. 27 Abs. 2 ZGB)?
  - A. Allgemeines
  - B. Der Inhalt von Art. 27 Abs. 2 ZGB
  - C. Übermass aufgrund Intensität der Bindung
    1. Allgemeines
    2. Eine Ausschlussklausel kann ökonomisch sinnvoll sein
    3. Differenzierung nach Ausschlussgründen
    4. Wirtschaftliche Auswirkungen des Ausschlusses
    5. Ergebnis
- VIII. Gebot des Handelns nach Treu und Glauben sowie Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB)
  - A. Allgemeines
  - B. Gebot des Handelns nach Treu und Glauben
  - C. Rechtsmissbrauchsverbot
- IX. Die Rechtslage in Deutschland
- X. Ergebnis

## I. Die Fragestellung

In Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften finden sich gelegentlich Bestimmungen, dass ein Gesellschafter

von den übrigen Mitgesellschaftern ausgeschlossen werden kann. Hierbei gibt es Regelungen, dass ein derartiger Beschluss der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter bedarf, andere Verträge lassen ein bestimmtes Quorum genügen. Der Ausschluss soll zumeist direkt durch den Gesellschafterbeschluss erfolgen, ohne dass es eines gerichtlichen Urteils bedarf. Teilweise ist für den Ausschluss ein wichtiger Grund erforderlich, teilweise genügen auch andere Gründe und in gewissen Verträgen wird der Ausschluss sogar in das Belieben der Mitgesellschafter gestellt. Sind derartige Vertragsklauseln, namentlich diejenigen, die den Ausschluss ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes zulassen, gültig?

## II. Der gesetzliche Rahmen

### A. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften

Die Art. 577 und 578 OR befassen sich mit dem Ausschluss aus der Kollektivgesellschaft. Die Bestimmungen gelten auf Grund des Verweises in Art. 619 OR auch für den Ausschluss aus der Kommanditgesellschaft<sup>1</sup>. Art. 578 OR sieht die hier nicht interessierende Möglichkeit zum Ausschluss eines Gesellschafters vor, wenn dieser in Konkurs fällt oder einer seiner Gläubiger, der den Liquidationsanteil gepfändet hat, die Auflösung der Gesellschaft verlangt. Art. 577 OR befasst sich in allgemeiner Weise mit dem Ausschluss eines Gesellschafters. Die Bestimmung sieht vor, dass der Richter den Ausschluss eines Gesellschafters unter Ausrichtung seines Anteils am Gesellschaftsvermögen anordnen kann, wenn alle übrigen Gesellschafter dies beantragen und die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen verlangen könnten, soweit diese Gründe vorwiegend in der Person des auszuschliessenden Gesellschafters liegen.

Die Bestimmung statuiert demnach mehrere Voraussetzungen für den Ausschluss eines Gesellschafters:

- wichtige Gründe zur Auflösung der Gesellschaft, die vorwiegend in der Person des auszuschliessenden Gesellschafters bestehen;
- einstimmiger Antrag der übrigen Gesellschafter;
- Anordnung des Richters.

Das Gesetz enthält neben Art. 577 und 578 OR keine Vorschrift, welche die Zulässigkeit von individuellen Regelungen

<sup>1</sup> BGer. v. 13.11.2006, 4C.249/2006, E. 3; RETO STRITTMATTER, Ausschluss aus Rechtsgemeinschaften, Diss. Zürich 2002, 118 m.w.N.

gen zum Ausschluss eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft regelt. Die Zulässigkeit von individuellen Ausschlussregelungen hängt demzufolge davon ab, ob Art. 577 OR als abschliessende und zwingende oder als dispositive Bestimmung zu qualifizieren ist.

Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid aus dem Jahre 1943<sup>2</sup> festgehalten, dass es sich bei Regelungen über die Fortführung der Gesellschaft im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters oder über den Ausschluss eines Gesellschafters «um interne Beziehungen zwischen den Gesellschaftern handelt, in deren Gestaltung sie freie Hand haben». Hinsichtlich der Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft bestehe daher ein freies Verfügungsrecht der Gesellschafter. Gemäss Bundesgericht ist daher Art. 577 OR dispositiver Natur.

Die Qualifizierung als dispositive Norm wird auch in der Literatur vorgenommen. Vereinzelt wurde zwar geltend gemacht, dass Art. 577 OR insoweit zwingend sei, dass der Ausschluss eines Gesellschafters nur durch den Richter und nur auf Antrag aller übrigen Gesellschafter erfolgen könne<sup>3</sup>. Ganz überwiegend werden ergänzende und abweichende Vereinbarungen aber für zulässig erachtet, ohne die grundsätzliche Dispositivität der Vorschrift überhaupt in Frage zu stellen<sup>4</sup>. Art. 577 OR bildet demzufolge keine Grenze gegenüber individuellen Regelungen über den Ausschluss eines Gesellschafters. Vielmehr findet Art. 577 OR nur dann Anwendung, wenn der Gesellschaftsvertrag keine (gültige) individuelle Regelung über den Ausschluss eines Gesellschafters aufweist.

## B. Einfache Gesellschaft

Bei der einfachen Gesellschaft kann – im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft – von Gesetzes wegen durch den Richter kein Gesellschafter ausgeschlossen werden, auch nicht aus wichtigen Gründen<sup>5</sup>. Zulässig ist indes eine Vertragsbestim-

mung, wonach ein Gesellschafter von den übrigen ausgeschlossen werden kann<sup>6</sup>. Bezüglich der Zulässigkeit von vertraglichen Ausschlussklauseln ist somit die Rechtslage bei allen Personengesellschaften identisch.

## III. Individuelle Ausgestaltung von Ausschlussregelungen

Der Ausschluss von Gesellschaftern kann unterschiedlich ausgestaltet und dabei auch von unterschiedlichen Anforderungen abhängig gemacht werden. Im Einzelnen werden von Rechtsprechung und Literatur bislang folgende Möglichkeiten einer individuellen Ausgestaltung des Ausschlusses von Gesellschaftern anerkannt:

- Verfahrens Antrag zum Ausschluss durch den Richter gemäss Art. 577 OR durch einen einzelnen Gesellschafter möglich<sup>7</sup>;
- Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung ausreichend für Ausschluss des Gesellschafters<sup>8</sup>;
- Mehrheitsbeschluss ausreichend für Beschlussfassung der Gesellschafter über Ausschluss<sup>9</sup>;
- Zuweisung des Entscheids über die Wirksamkeit eines Ausschlusses an ein Schiedsgericht<sup>10</sup>;

Gesellschaft, Diss. Zürich, Meilen 2001, 108; STRITTMATTER (FN 1), 166 ff.; RAPHAËL DESSEMONTET, *Le consortium de construction et sa fin prématurée en droit suisse*, Diss. Fribourg, Lausanne 2006, 143; a.M. VON STEIGER (FN 4), 414 f.

<sup>6</sup> Aufsichtsbehörde SchKG BE, BISchK 1989, 197; SIEGWART (FN 4), Art. 548–550, N 39; VON STEIGER (FN 4), 414; HANS BOLLMANN, *Das Ausschneiden aus Personengesellschaften*, Diss. Zürich 1971, 59; HOCH (FN 5), 109; STRITTMATTER (FN 1), 168; LUKAS HANDSCHIN/RETO VONZUN, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V/4a, Die einfache Gesellschaft, Zürich 2009, Art. 545–547 N 183.

<sup>7</sup> So die h.M.; BGE 69 II 120; SIEGWART (FN 4), Art. 577 N 1; VON STEIGER (FN 4), 559; PIERRE ALAIN RECORDON, *Die einfache Gesellschaft III, Gesellschafterwechsel – Auflösung der Gesellschaft*, FSJ/SJK 678, Genf 2000, 8; VULLIÉTY (FN 4), Art. 577 N 5; STAHELIN (FN 4), Art. 577 N 3.

<sup>8</sup> So die h.M.; BGE 69 II 120; SIEGWART (FN 4), Art. 577 N 1, 5; VON STEIGER (FN 4), 559; BOLLMANN (FN 6), 58; RECORDON (FN 7), 8; MARTIN EGLI, Art. 578 OR N 8, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Urs Bertschinger/Peter Breitschmid/Ivo Schwander (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 2002; STRITTMATTER (FN 1), 136; VULLIÉTY (FN 4), Art. 577 N 4; STAHELIN (FN 4), Art. 577 N 3.

<sup>9</sup> So die h.M.; BGE 69 II 120; SIEGWART (FN 4), Art. 577 N 1, 5; VON STEIGER (FN 4), 559; RECORDON (FN 7), 8; EGLI (FN 8), Art. 578 N 8; VULLIÉTY (FN 4), Art. 577 N 5; STAHELIN (FN 4), Art. 577 N 3.

<sup>10</sup> So die h.L.; BGE 69 II 120; RECORDON (FN 7), 8; EGLI (FN 8), Art. 578 N 8; VULLIÉTY (FN 4), Art. 577 N 5; STAHELIN (FN 4), Art. 577 N 3.

<sup>2</sup> BGE 69 II 120.

<sup>3</sup> WILHELM HARTMANN, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Berner Kommentar, Bd. VII/1, Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Art. 552–619 OR, Bern 1943, Art. 577 N 4 OR, allerdings noch ohne Kenntnis von BGE 69 II 120.

<sup>4</sup> Vgl. bspw. ALFRED SIEGWART, (Zürcher) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Personengesellschaften*, Zürich 1938, Art. 577 N 1; WERNER VON STEIGER, *Handelsrecht*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VIII/1, Basel 1976, 559; JEAN PAUL VULLIÉTY, Art. 552–556, 574–597, 619, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code des obligations II*, 2008, Art. 577 N 6; DANIEL STAHELIN, Art. 545–551, 574–593, 619, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 4. A., Basel 2008, Art. 577 N 3 OR.

<sup>5</sup> BGE 94 II 119 ff.; Aufsichtsbehörde SchKG BE, BISchK 1989, 197; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10. A., Bern 2007, § 12 N 90; PATRICK M. HOCH, *Auflösung und Liquidation der einfachen*

- Erschwerung der Anforderungen an einen Ausschluss gegenüber Art. 577 OR<sup>11</sup>.

Ob und inwieweit der Ausschluss eines Gesellschafters auch von einem anderen als einem wichtigen Grund abhängig gemacht werden kann, war bislang nicht Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung durch das Bundesgericht und soweit ersichtlich auch nicht durch ein anderes Gericht. In der Literatur besteht diesbezüglich keine Übereinstimmung<sup>12</sup>. Einerseits wird zum Teil angenommen, dass der Ausschluss vom Eintritt bestimmter Gründe abhängig gemacht werden kann, die aufgrund der im internen Gesellschaftsrecht geltenden Vertragsfreiheit frei geregelt werden können<sup>13</sup>. Teilweise wird dabei sogar vertreten, dass der Ausschluss nicht an das Vorhandensein eines besonderen Grundes angeknüpft werden muss<sup>14</sup>. Andererseits findet sich die gegenteilige Auffassung, dass ein Ausschluss nur aufgrund eines wichtigen Grundes im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden könne<sup>15</sup>.

#### IV. Einteilung der Ausschlussgründe

##### A. Wichtige Ausschlussgründe

Die Ausschlussgründe können in folgende drei Kategorien eingeteilt werden: wichtiger Ausschlussgrund, einfacher Ausschlussgrund sowie freies Ermessen der Gesellschafter. Wichtige Ausschlussgründe sind diejenigen, die von Gesetzes wegen einen Ausschluss durch den Richter gemäss Art. 577 ermöglichen. Wichtiger Grund ist somit jeder Umstand, dem aus objektiver Sicht eine solch gewichtige Bedeutung beizumessen ist, dass der Entzug der Gesellschafterstellung die angemessene Konsequenz ist. Die entsprechende Beurteilung stützt sich hierbei im Wesentlichen auf die Sichtweise eines unabhängigen Dritten. Der wichtige Grund im Sinne von Art 577 OR stellt einen unbestimmten Rechts-

begriff dar, welcher im Bereich der Personengesellschaften auch für die anderen Gesellschaftstypen und neben dem Ausschluss auch für die Auflösung einer Gesellschaft in gleicher Weise Anwendung findet<sup>16</sup>. Darüber hinaus gilt er allgemein als Auflösungsgrund bei Dauerschuldverhältnissen<sup>17</sup>.

Wichtige Gründe in Bezug auf den Ausschluss eines Gesellschafters liegen nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Doktrin dann vor, «wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher und sachlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht mehr vorhanden sind, sodass die Erreichung des Gesellschaftszwecks in der bei der Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich ist, wesentlich erschwert oder gefährdet wird» und den übrigen Gesellschaftern «die Fortführung der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann»<sup>18</sup>. Sodann müssen diese Gründe vorwiegend in der Person eines oder mehrerer Gesellschafter liegen (Art. 577 OR)<sup>19</sup>. Nicht jeder wichtige Grund, der eine Auflösung der Gesellschaft ermöglicht, berechtigt auch zum Ausschluss eines Gesellschafters<sup>20</sup>.

In der Judikatur und Literatur werden zu den wichtigen Gründen für die Auflösung einer Gesellschaft folgende Beispiele aufgeführt, die, wenn sie vorwiegend in der Person eines oder mehrerer Gesellschafter liegen, auch wichtige Gründe für einen Ausschluss sind<sup>21</sup>:

- Zerstörung des Bankkredites, starke Neigung zu Glücksspielen mit hohen Beträgen<sup>22</sup>;
- Verlust der Reputation eines ehrlichen Geschäftsmannes<sup>23</sup>;
- zu starke Berücksichtigung des eigenen Interesses und Ausbeutung der Unerfahrenheit der anderen<sup>24</sup>;
- Verwendung von Gesellschaftsvermögen zu eigenen Zwecken<sup>25</sup>;
- feindseliges oder unerträgliches Verhältnis einzelner Gesellschafter, dass an ein gedeihliches Zusammenwirken derselben nicht mehr gedacht werden kann<sup>26</sup>;

<sup>11</sup> STRITTMATTER (FN 1), 134 f.; STAEHELIN (FN 4), Art. 577 N 3.

<sup>12</sup> Ohne eigene Stellungnahme EGLI (FN 8), Art. 578 N 8.

<sup>13</sup> VON STEIGER (FN 4), 559; STRITTMATTER (FN 1), 136, 137; ROLAND RUEDIN, *Droits des sociétés*, 2. A., Bern 2007, N 2149; VULLIÉTY (FN 4), Art. 577 N 6: «motifs de moindre gravité», allerdings mit Abmahnungspflicht; HANDSCHIN/VONZUN (FN 6), Art. 545–547 N 187: Ausschlussgründe müssen sich aus dem Vertrag ergeben, ausdrücklich als Ausschlussgründe formuliert sein oder bei der Anrufung eines wichtigen Grundes aus dem Gesellschaftszweck hervorgehen.

<sup>14</sup> RECORDON (FN 7), 8; FRANÇOIS CHAIX, Art. 545–547 CO N 35, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz, *Commentaire Romand, Code des obligations II*, Basel 2008; STAEHELIN (FN 4), Art. 577 N 3; LUKAS HANDSCHIN/HAN-LIN CHOU, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V/4b, *Die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft*, Zürich 2009, Art. 577–578 N 31; a.M. HANDSCHIN/VONZUN (FN 6), Art. 545–547 N 186.

<sup>15</sup> SIEGWART (FN 4), Art. 577 N 5.

<sup>16</sup> Vgl. bspw. PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE/BLAISE CARRON, *Les contrats de société*, in: Pierre Tercier/Pascal G. Favre, *Les contrats spéciaux*, 4. A., Zürich 2009, N 7728.

<sup>17</sup> PETER GAUCH, *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Diss. Freiburg i.Ue. 1968, 173 ff.

<sup>18</sup> BGer v. 13.11.2006, 4C.249/2006, E. 3.1; ZR 1945, 237 f.; BGE 30 II 462; 24 II 193.

<sup>19</sup> PETER BERGSMÄ, *Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften*, Diss. Zürich, 87.

<sup>20</sup> HANDSCHIN/CHOU (FN 14), Art. 577–578 N 11.

<sup>21</sup> Vgl. auch HOCH (FN 5), N 283 f.; STRITTMATTER (FN 1), 124 ff.; DESSEMONTET (FN 5), 50 ff.

<sup>22</sup> BGE 16, 778.

<sup>23</sup> BGE 20, 597.

<sup>24</sup> BGE 20, 598.

<sup>25</sup> BGE 20, 597 f.; BGE 24 II 199.

<sup>26</sup> BGE 24 II 202.

- Beschimpfung und Schädigung der Mitgesellschafter oder ihrer nahen Verwandten<sup>27</sup>;
- Berechnung der eingekauften Ware über dem Einkaufspreis<sup>28</sup>;
- unwahre Angaben über den Stand des Geschäfts; Verschweigen von bedeutenden Privatschulden; schuldhaft unwahre Kreditempfehlung zum Nachteil des Mitgesellschafter; Bezüge von höheren Salären als vertraglich vorgesehen und unerlaubte Abhebungen aus dem Kapitalkonto; Entziehung der stillschweigend überlassenen Geschäftsführung in verletzender Form<sup>29</sup>;
- Pflichtverletzungen des auszuschliessenden Gesellschafters; Verstoss gegen ein Wettbewerbsverbot; die absichtliche oder fahrlässige Verletzung der Zusammenarbeitspflicht sowie der Treue- und Redlichkeitspflicht<sup>30</sup>.

## B. Einfache Ausschlussgründe

Als einfacher Ausschlussgrund hat jeder Umstand zu gelten, dem aus der Sicht der Gesellschafter eine solch gewichtige Bedeutung beizumessen ist, dass der Ausschluss die angemessene Konsequenz ist. Die entsprechende Beurteilung stützt sich hierbei auf die subjektive Sichtweise der Gesellschafter<sup>31</sup>. Ein Ausschluss wäre daher auch dann möglich, wenn aus objektiver Sicht kein hinreichender Anlass für eine solche Massnahme besteht. Als Beispiele wären zu nennen die Statuierung einer Altersbegrenzung, bei deren Erreichen ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, wenn er nicht freiwillig ausscheidet, der Wohnort beziehungsweise ein Wohnsitzwechsel, eine berufliche Zulassung, die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit, der Ablauf einer festgelegten Frist; das Erreichen bestimmter Unternehmensziele; die Mitgliedschaft in einer bestimmten Organisation etc. Ebenfalls ein einfacher Ausschlussgrund ist die Unzumutbarkeit einer Fortführung der Gesellschaft mit einem bestimmten Gesellschafter, ohne dass für die Feststellung der Unzumutbarkeit aus objektiver Sicht ein wichtiger Ausschlussgrund gegeben sein muss.

## C. Freie Ermessensentscheidung

Eine freie Ermessensentscheidung liegt immer dann als Grund für den Ausschluss eines Gesellschafters vor, wenn der Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft im Belieben der anderen Gesellschafter steht und nicht vom Eintritt weiterer Umstände abhängig ist.

<sup>27</sup> BGE 24 II 199; HANDSCHIN/CHOU (FN 14), Art. 577–578 N 14.

<sup>28</sup> BGE 30 II 461.

<sup>29</sup> Alle Beispiele bei SIEGWART (FN 4), Art. 545/547 N 31.

<sup>30</sup> Vgl. RECORDON (FN 7), 27; HANDSCHIN/CHOU (FN 14), Art. 577–578 N 13.

<sup>31</sup> HANDSCHIN/VONZUN (FN 6), Art. 545–547 N 187.

## V. Grundsatz: Vertragsfreiheit

Für die Beantwortung der Ausgangsfrage ist massgebend, ob die Gesellschafter einer Personengesellschaft den Grundsatz der Vertragsfreiheit auch für die Ausgestaltung von Ausschlussgründen in Anspruch nehmen können und wenn ja, welche Einschränkungen sich allenfalls ergeben. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist eine der zentralen Institutionen des Privatrechts<sup>32</sup> und einer der Grundpfeiler der Marktwirtschaft als wirtschaftliche Plattform einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Ein auf individuellen Handlungen und Entscheidungen basierender Austausch von Leistungen setzt für dessen Funktionieren voraus, dass die einzelnen Marktteilnehmer den Inhalt des Leistungsaustausches und damit den Inhalt ihrer vertraglichen Beziehungen selbst bestimmen können. Verträge, die von den einzelnen Marktteilnehmern abgeschlossen werden, sind demnach auch zu erfüllen. Ausnahmen von diesem Grundsatz werden von der Rechtsordnung nur bei eng umgrenzten Sachverhalten anerkannt. Vertragsfreiheit ist ein das Obligationenrecht übersteigender Begriff<sup>33</sup>. Inhalt der Vertragsfreiheit ist u.a. die Freiheit der Parteien, den Inhalt des Vertrages selbstbestimmend zu gestalten<sup>34</sup>.

Im Recht der Personengesellschaften gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit zumindest für die Ausgestaltung des internen Verhältnisses zwischen den Gesellschaftern<sup>35</sup>. Auch bezüglich der Zulässigkeit von Ausschlussklauseln ist – zumindest im Hinblick auf das Innenverhältnis der Gesellschafter – vom Grundsatz der Vertragsfreiheit auszugehen<sup>36</sup>. Nicht nur der Beginn eines Gesellschaftsverhältnisses durch Eintritt, sondern auch dessen Beendigung durch Ausschluss kann von den Gesellschaftern zum Voraus frei geregelt werden. Daher können die Gesellschafter zum Voraus auch die Gründe festlegen, auf Grund deren einer der ihnen ausgeschlossen werden kann.

Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt unbestrittenemassen, dass die Parteien vereinbaren können, wonach

<sup>32</sup> ERNST A. KRAMER, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19–22 OR, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/2, Bern 1991, Art. 19–20 OR N 18; PIERRE TERCIER, Le droit des obligations, 3. A., Zürich 2004, N 468 ff. und 644.

<sup>33</sup> KRAMER (FN 32), Art. 19–20 OR N 18.

<sup>34</sup> Art. 19 Abs. 1 OR; KRAMER (FN 32), Art. 19–20 OR N 23.

<sup>35</sup> BGE 69 II 120 f.; BGE 53 II 495; PIERRE ALAIN RECORDON, Art. 557–573 CO, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz, Commentaire Romand, Codes des obligations II, 2008, Art. 557 CO N 1; TERCIER/FAVRE/CARRON (FN 16), N 7542 betr. einfache Gesellschaft.

<sup>36</sup> Vgl. z.B. VON STEIGER (FN 4), 553: «Es entspricht dies auch dem das ganze interne Gesellschaftsrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsautonomie», sowie S. 556: «In internrechtlicher Hinsicht können im Gesellschaftsvertrag oder durch besondere Vereinbarungen auch die Wirkungen des Ausscheidens von Gesellschaftern beliebig geordnet werden».

ein Ausschluss direkt durch Gesellschaftsbeschluss erfolgen kann, ohne dass ein konstitutiv wirkendes Gerichtsurteil gemäss Art. 577 OR erforderlich wäre<sup>37</sup>.

Hinsichtlich der Ausschlussmöglichkeiten sind z.B. das Alter eines Gesellschafters, dessen Wohnsitz oder eine besondere berufliche Zulassung keine Umstände, die bei allen Gesellschaften wesentliche Aspekte darstellen und ihr Eintritt die anderen Gesellschafter zu einem Ausschluss des Gesellschafters gemäss Art. 577 OR berechtigen würde. Dennoch können sie im Einzelfall auf Grund des Willens aller Gesellschafter eine solche Bedeutung haben, dass ein Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters unzweifelhaft angemessen ist und ein entsprechender Ausschlussbeschluss gefasst werden kann.

Dem entspricht, dass nach allgemeiner Ansicht im Gesellschaftsvertrag bestimmte Aspekte statuiert werden können, bei deren Vorliegen der betroffene Gesellschafter automatisch aus der Gesellschaft ausscheidet, während die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern fortgeführt wird. In diesen Fällen wird von einem «Ausscheiden im engeren Sinne» gesprochen<sup>38</sup>. Dabei kann dieses unmittelbare Ausscheiden an das Vorliegen von beliebigen Gründen angeknüpft werden<sup>39</sup>, wie beispielsweise an das Erreichen einer Altersgrenze, einen Wegzug, einen Wegfall von beruflichen oder betrieblichen Voraussetzungen, den Ablauf einer bestimmten Frist<sup>40</sup>. Es können sogar auch solche Aspekte vorgesehen werden, die nicht in der Person des betroffenen Gesellschafters liegen<sup>41</sup>. Eine qualitative Qualifizierung der jeweiligen Gründe als wichtige Gründe im Sinne von Art. 577 OR oder einer entsprechenden Vorschrift wird dabei nicht verlangt. Ebenso wenig wird in der Literatur eine grundsätzliche Unzulässigkeit von bestimmten Gründen hinsichtlich des Ausscheidens im engeren Sinne geltend gemacht. Ist es aber zulässig, irgendwelche Gründe festzulegen, bei welchen der entsprechende Gesellschafter eo ipso ausscheidet, so muss es a maiore minus zulässig sein, diese Gründe als Grundlage eines Ausschlusses zu vereinbaren, bei dem die Gesellschafter nochmals einen separaten Beschluss über den Eintritt des Ausschlusses zu treffen haben.

Gleiches gilt auch für den Grund der Unzumutbarkeit einer Fortführung der Gesellschaft, soweit dieser nicht bereits ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 577 OR ist<sup>42</sup>. Die Unzumutbarkeit der Fortführung kann auf einer Vielzahl von Ursachen beruhen, denen im Einzelfall aufgrund

der subjektiven Ansichten der Gesellschafter eine besondere Bedeutung zukommen mag, ohne dass sie bei einer all-gemeingültigen Betrachtung von Belang wären<sup>43</sup>. Gegen den Grund der Unzumutbarkeit der Fortführung kann dabei nicht ins Feld geführt werden, dass es sich hierbei um eine unbestimmte Generalklausel handelt, für deren Feststellung unter Umständen umfangreiche Ermittlungen beziehungsweise Nachforschungen vorzunehmen sind. Als wichtige Ausschlussgründe werden mit der Vernachlässigung der Zusammenarbeitspflicht oder einem Verstoss gegen die Treuepflicht ebenfalls unbestimmte Pflichtverletzungen, deren Feststellung unter Umständen ebenfalls umfangreiche Nachforschungen voraussetzen, als mögliche Gründe für den Ausschluss eines Gesellschafters zugelassen<sup>44</sup>.

Im Ergebnis gelten die eben genannten Aspekte grundsätzlich auch für die Varianten, nach denen der Ausschluss eines Gesellschafters im freien Ermessen der übrigen Gesellschafter steht. Obwohl das freie Ermessen nicht rechtsmissbräuchlich ausgeübt werden darf, sind derartige Klauseln nicht von vornherein unzulässig, weil nicht bereits die Gefahr der missbräuchlichen Ausübung, sondern erst der tatsächliche missbräuchliche Ausschluss auf Grund von Art. 2 ZGB ungültig wäre<sup>45</sup>.

Soweit eine Ausschlussregelung einstimmig in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurde, bzw. der betroffene Gesellschafter bei seinem Eintritt in die Gesellschaft eine solche Regelung bereits vorgefunden hat, bestehen aus vertragstheoretischer Sicht auch keine Bedenken gegen die prinzipielle Gültigkeit einer solchen Bestimmung, weil der betroffene Gesellschafter mit seiner Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag bzw. dem Eintritt in die Gesellschaft auch seine Zustimmung zu der Ausschlussregelung bewusst gegeben hat.

Grundsätzlich kann daher vereinbart werden, dass ein Gesellschafter ausgeschlossen werden kann, auch wenn keine objektiv wichtigen Gründe im Sinne von Art. 577 OR vorliegen. Wie alle vertraglichen Regelungen untersteht eine gesellschaftsvertragliche Ausschlussregelung aber den Beschränkungen, die sich aus allgemeinen gesetzlichen Vorschriften und Rechtsgrundsätzen ergeben. Daher sind bei der Anwendung einer gesellschaftsvertraglichen Ausschlussregelung insbesondere das in Art. 27 OR statuierte Verbot einer übermässigen Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte sowie das in Art. 2 ZGB verankerte Verbot des Rechtsmiss-

<sup>37</sup> Vgl. vorne III, (FN 8).

<sup>38</sup> VON STEIGER (FN 4), 414; ähnlich RECORDON (FN 7), 7.

<sup>39</sup> VON STEIGER (FN 4), 414, 553; ebenso RECORDON (FN 7), 7; STAEHELIN (FN 4), Art. 576 N 5; für die einfache Gesellschaft vgl. TERCIER/FAVRE/CARRON (FN 16), N 7697; ähnlich bereits SIEGWART (FN 4), Art. 547 N 39.

<sup>40</sup> VON STEIGER (FN 4), 414, 553; RECORDON (FN 7), 7.

<sup>41</sup> VON STEIGER (FN 4), 553; STAEHELIN (FN 4), Art. 576 N 5; für die einfache Gesellschaft SIEGWART (FN 4), Art. 547 N 41.

<sup>42</sup> Vgl. vorne IV.A.

<sup>43</sup> Insbesondere bedarf es hierzu nicht einer vertraglichen oder gesetzlichen Pflichtverletzung; vgl. BGE 30 II 462, wonach es ausreichend ist, wenn die Voraussetzungen persönlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht mehr vorhanden sind; HOCH (FN 5), N 293.

<sup>44</sup> Vgl. vorne IV.A.

<sup>45</sup> Bspw. wenn ein Ausschluss nur deshalb ausgesprochen wird, um den anderen Gesellschafter von einem unmittelbar bevorstehenden Gewinn auszuschliessen; so für die Kündigung einer einfachen Gesellschaft HOCH (FN 5), N 272, m.w.N.

brauchs zu beachten. Aus diesen wird sich jedoch nur ergeben, dass ein spezifischer Ausschluss und nicht die Vereinbarung eines abstrakten Ausschlussgrundes unzulässig sind, denn sowohl bei Art. 27 Abs. 2 als auch bei Art. 2 ZGB ist jeweils auf die konkreten Umstände im Einzelfall abzustellen<sup>46</sup>.

## VI. Abmahnungspflicht? Anspruch auf rechtliches Gehör?

In einer Literaturstelle wird vorgeschlagen, der Auszuschliessende müsse, sofern keine wichtigen, sondern nur einfache Gründe vorliegen, vorgängig in Verzug gesetzt worden sein und es müsse ihm Gelegenheit gegeben werden, innert Frist die Ausschlussgründe zu beheben<sup>47</sup>.

Soweit eine derartige Abmahnungspflicht nicht ausdrücklich vertraglich vorgesehen ist, müsste sie von Gesetzes wegen bestehen oder sich als zwingende Nebenpflicht für die übrigen Gesellschafter ergeben. Eine Gesetzesnorm, wonach der Auszuscheidende vorgängig gemahnt werden müsse, existiert allerdings nicht. Ist beim Antrag auf Ausschluss gemäss Art. 577 OR unbestrittenermassen keine vorgängige Abmahnung erforderlich, so besteht sie auch nicht bei einem Ausschluss aus anderen Gründen<sup>48</sup>. Als Nebenpflicht könnte sich die Anforderung der vorherigen Abmahnung unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips allenfalls dann ergeben, wenn bereits sachlich geringfügige Umstände die Möglichkeit eines Ausschlusses nach sich ziehen würden<sup>49</sup>.

Die Abmahnungspflicht kann auch nicht direkt auf den in der Bundesverfassung verankerten Grundsatz des rechtlichen Gehörs<sup>50</sup> abgestützt werden. Eine direkte Horizontalwirkung der Grundrechte wird auch unter Art. 35 Abs. 3 BV abgelehnt<sup>51</sup>. Zudem ist fraglich, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör, der sich primär auf das Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden richtet<sup>52</sup>, sich überhaupt eignet, gemäss Art. 35 Abs. 3 BV unter Privaten wirksam zu sein. Dies

mag indes offen bleiben, denn auf das rechtliche Gehör kann durch einen Gesellschafter wirksam verzichtet werden<sup>53</sup>. Kann nämlich vereinbart werden, dass der Auszuschliessende nicht durch gerichtliches Urteil gemäss Art. 577 OR, sondern direkt durch Gesellschaftsbeschluss ausgeschlossen wird, so impliziert dies unmittelbar einen Verzicht auf das rechtliche Gehör, welches dem Auszuschliessenden zugestanden hätte. Dadurch wird der Ausgeschlossene auch nicht schlechter gestellt, denn er kann immer noch nachträglich die Gültigkeit des Ausschliessungsbeschlusses gerichtlich anfechten und er wird dann vom Gericht angehört. Auf das Recht des ausgeschlossenen Gesellschafters, die Gültigkeit des Ausschlusses durch das Gericht überprüfen zu lassen, kann nicht im Voraus verzichtet werden<sup>54</sup>.

## VII. Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts (Art. 27 Abs. 2 ZGB)?

### A. Allgemeines

Vertragsfreiheit geht von der Konzeption aus, dass die einzelnen Parteien verantwortungsvolle Individuen sind, welche in der Lage sind, selbstbestimmte und verantwortungsvolle Entscheide zu treffen. Dem Gesetzgeber ist allerdings nicht entgangen, dass die Möglichkeit, selbstbestimmte Entscheide zu fällen, nicht immer gewährleistet ist bei Sachverhalten, in denen die wirtschaftlichen Kräfte ungleich verteilt sind. Daher hat er im so genannten sozialen Privatrecht, wie zum Beispiel im Miet- und Arbeitsrecht, zahlreiche Normen zum Schutz von sozial schwächeren Parteien erlassen<sup>55</sup>. Das Gesetz enthält im Recht der Personengesellschaften indes keine derartigen ausdrücklichen Einschränkungen.

Wie alle vertraglichen Regelungen untersteht eine gesellschaftsvertragliche Ausschlussregelung aber den Beschränkungen, die sich aus dem in Art. 27 ZGB statuierten Verbot einer übermässigen Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte ergeben.

### B. Der Inhalt von Art. 27 Abs. 2 ZGB

Art. 27 Abs. 2 ZGB sieht vor, dass sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Art. 27 Abs. 2 ZGB schützt vor rechtsgeschäftlichen Bindungen, welche gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen. Aufgrund der Vorschrift wird die Ausübung der Vertragsfreiheit um der Persönlichkeit des Einzelnen willen be-

<sup>46</sup> Vgl. hinten VII., VIII.

<sup>47</sup> VULLIÉTY (FN 4), Art. 577 N 6, «solution inspirée...», unter Verweis auf BGer., SemJud 1985, 650.

<sup>48</sup> Wenig hilfreich ist zudem der Verweis auf BGer., SemJud 1985, 650, denn dort wird bezüglich eines Vertriebsvertrages der bekannte Grundsatz festgehalten, dass eine ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 418r OR nur nach vorheriger Abmahnung zulässig ist. Der Entscheid enthält keine Ausführungen über vertragliche Kündigungsklauseln, die bei Eintritt bestimmter Umstände die Möglichkeit zu einer ausserordentlichen Kündigung bieten.

<sup>49</sup> BOLLMANN (FN 6), 58.

<sup>50</sup> Art. 29 Abs. 2 BV.

<sup>51</sup> RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 35 BV N 38.

<sup>52</sup> GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich/St.Gallen 2008, Art. 29 BV N 22.

<sup>53</sup> BGE 132 I 45.

<sup>54</sup> SIEGWART (FN 4), Art. 577 N 5; VON STEIGER (FN 4), 559 f.; HANDSCHIN/CHOU (FN 14), Art. 577–578 N 30.

<sup>55</sup> ADRIAN STAEHELIN, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, 1 ff.; KRAMER (FN 32), Art. 19–20 OR N 28.

schränkt<sup>56</sup>. Das rechtsgeschäftliche Selbstbestimmungsrecht soll dazu genutzt werden, die Persönlichkeit zu entfalten, und nicht dazu, um durch den Abschluss eines Rechtsgeschäftes auf die Privatautonomie zu verzichten. Aus Art. 28 Abs. 2 ZGB ergibt sich, dass in Beeinträchtigungen der Persönlichkeit durch den Betroffenen aber durchaus auch eingewilligt werden kann. Aus dem Zusammenspiel der in Art. 27 und 28 ZGB statuierten Rechtsgedanken muss demzufolge im Einzelfall bestimmt werden, wie weit eine Beschränkung der Vertragsfreiheit von der Rechtsordnung anerkannt werden kann, und wann eine gemäss Art. 27 ZGB in Verbindung mit Art. 19 OR unzulässige Aufgabe der Selbstbestimmung anzunehmen ist.

Die Unzulässigkeit eines persönlichkeitswidrigen Rechtsgeschäfts beruht entweder auf dem Gegenstand der Bindung oder aber auf deren Übermass<sup>57</sup>. Für eine Beurteilung, ob und inwieweit für eine bestimmte rechtsgeschäftliche Bindung ein unzulässiger Gegenstand oder ein unzulässiges Übermass vorliegt, ist auf die gesamten Umstände des Einzelfalls abzustellen. Die Voraussetzungen, welche zur Ungültigkeit einer Vertragsklausel auf Grund übermässiger Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB führen, sind dabei von demjenigen zu beweisen, der daraus Rechte ableitet<sup>58</sup>.

Für die hier interessierende Beurteilung der Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen über den Ausschluss von Gesellschaftern einer Personengesellschaft ist einzig das Übermassverbot aufgrund der Intensität der Bindung von Bedeutung. Die Entscheide, welche in Zusammenhang mit dem auf das Recht der Persönlichkeit gestützten Austrittsrecht bislang gefällt wurden<sup>59</sup>, enthalten keine Aussage darüber, wann Ausschlüsse von Gesellschaftern gegen Art. 27 ZGB verstossen.

## C. Übermass aufgrund Intensität der Bindung

### 1. Allgemeines

Bei der Beurteilung eines Übermasses sind alle Faktoren zu berücksichtigen, welche das Übermass begründen bzw. mindern. Grundsätzlich bestimmen Art, Inhalt und Dauer die Intensität der Bindung. Weitere Beurteilungselemente sind z.B. die (allfällig fehlende) Parität der Rechtsbeziehung

und der Grad der Fremdbestimmtheit, der sich aufgrund der konkreten Rechtsbeziehung ergibt<sup>60</sup>. In jedem Falle sind aber auch entlastende Elemente zu berücksichtigen, wie insbesondere allfällige Gegenleistungen<sup>61</sup>, die (allfällig fehlende) Tragung von üblichen oder besonderen Risiken sowie sonstige Vorteile<sup>62</sup>. Massgebend ist daher eine abschliessende Gesamtbewertung<sup>63</sup>.

Nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ist ein unzulässiges Bindungsausmass dann zu bejahen, wenn eine Vereinbarung den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind<sup>64</sup>. Die Rechtsprechung ist dabei zurückhaltend in der Annahme eines Verstosses gegen Art. 27 ZGB. So wurde die aufgrund einer eingetragenen Dienstbarkeit ausschliessliche Möglichkeit zur Nutzung eines Grundstücks für den Betrieb einer Zimmerei bzw. den Verkauf des Grundstücks an ein Zimmereiunternehmen nicht als übermässige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verfügungsfreiheit des betroffenen Grundstückserwerbers qualifiziert<sup>65</sup>. Auch eine Bezugsbindung für einen Zeitraum von 20 Jahren wurde angesichts der Einräumung eines zinslosen Darlehens und dessen jährlicher Rückzahlungsrate von 5% nicht als übermässige Bindung beurteilt<sup>66</sup>. Die aussergewöhnliche Nutzungsbeschränkung auf einen bestimmten, nicht störenden Museumsbetrieb für eine Stockwerkseigentumseinheit wurde nicht als übermässige Beeinträchtigung des Wohneigentums eingestuft<sup>67</sup>. Die von Rechtsprechung und Literatur vorgesehenen Anforderungen an eine übermässige vertragliche Bindung sind angesichts dieser Entscheidungen nicht einfach anzunehmen.

Um die Voraussetzungen des Art. 27 Abs. 2 ZGB zu erfüllen, müsste der Ausschluss eines Gesellschaftern daher diesen der Willkür der anderen Gesellschafter aussetzen oder seine wirtschaftliche Freiheit aufheben bzw. in solch einem Masse einschränken, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet würden.

<sup>56</sup> BSK ZGB I-HUEGENIN Art. 27 N 1.

<sup>57</sup> BSK ZGB I-HUEGENIN Art. 27 N 9; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 260 f.; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, N 11.12.f.

<sup>58</sup> Art. 8 ZGB; MAX KUMMER, Art. 8 ZGB, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I/1, Bern 1966, Art. 8 ZGB N 292.

<sup>59</sup> BGE 128 III 434; BGE 48 II 439; BGE 44 II 82.

<sup>60</sup> Vgl. hierzu auch STRITTMATTER (FN 1), 130, wonach die rechtliche und tatsächliche Stellung der Gesellschafter zu berücksichtigen seien, weil Pflichtverletzungen von geschäftsführenden Gesellschaftern angesichts der vertrauensbegründenden Stellung stärker ins Gewicht fallen können als solche von nicht geschäftsführenden Gesellschaftern.

<sup>61</sup> Vgl. z.B. BGE 128 III 428 E. 4.

<sup>62</sup> EUGEN BUCHER, Art. 27 ZGB, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I/2/2, Bern 1993, N 283 f.

<sup>63</sup> BUCHER (FN 62), N 290 f.; CLAIRE HUGUENIN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel 2006, Art. 27 N 10.

<sup>64</sup> BGE 123 III 345 f.; BGE 114 II 162; BGE 111 II 337.

<sup>65</sup> BGE 123 III 345 f.

<sup>66</sup> BGE 114 II 164.

<sup>67</sup> BGE 111 II 337.

## 2. Eine Ausschlussklausel kann ökonomisch sinnvoll sein

Eine Ausschlussklausel führt nicht per se zu einer unzulässigen Beschränkung der persönlichen Freiheit, da bei Unterzeichnung des Vertrages noch gar nicht absehbar ist, wer (wenn überhaupt) dereinst ausgeschlossen wird. Jeder Gesellschafter (auch der später Auszuschliessende) kann bei Unterzeichnung des Vertrages ein Interesse daran haben, einen unliebsamen Mitgesellschafter auszuschliessen und nimmt damit implizit in Kauf, dass es auch ihn treffen könnte. Namentlich bei mehr als zwei Gesellschaftern ist rein mathematisch gesehen die Chance höher, einen anderen Gesellschafter auszuschliessen, als selbst ausgeschlossen zu werden. Die Unterzeichnung einer derartigen Klausel ist daher ökonomisch sinnvoll und darf juristisch nicht abstrakt als unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit qualifiziert werden.

## 3. Differenzierung nach Ausschlussgründen

Ein Gesellschafter wird allein dadurch, dass ein Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit eines Ausschlusses statuiert, aus allgemeiner Sicht weder seiner wirtschaftlichen Freiheit beraubt, noch in seiner wirtschaftlichen Freiheit solchermaßen eingeschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wären. Eine unzulässige Benachteiligung kann sich demzufolge höchstens aus den individuellen Umständen eines Ausschlusses unter Berücksichtigung aller sonstigen Faktoren ergeben.

Der Ausschluss eines Gesellschafters kann, wie vorne unter IV. dargestellt, auf wichtigen Ausschlussgründen, einfachen Ausschlussgründen oder dem freien Ermessen der übrigen Gesellschafter beruhen. Bei Vorliegen eines wichtigen Ausschlussgrundes ist der Ausschluss auch aus Sicht eines unabhängigen Dritten angemessene Folge des Umstandes, welcher dem Ausschluss zu Grunde liegt. Mit der ausdrücklichen Statuierung von Art. 577 OR hat der Gesetzgeber festgelegt, dass der Ausschluss aus wichtigen Gründen immer zulässig ist und vom Ausgeschlossenen keine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB geltend gemacht werden kann.

Gleiches gilt im Ergebnis auch für einen einfachen Ausschlussgrund. Bei dessen Vorliegen ist der Ausschluss zumindest aus Sicht der übrigen Gesellschafter als angemessene Folge des jeweiligen Umstandes, welcher dem Ausschluss zu Grunde liegt, zu qualifizieren, auch wenn der einfache Ausschlussgrund nicht dem wichtigen Grund im Sinne von Art. 577 OR entspricht<sup>68</sup>. Wie vorne dargelegt wurde<sup>69</sup>, ist

auch die Verankerung derartiger einfacher Ausschlussgründe zulässig, eine Verletzung von Art. 27 Abs. 2 allenfalls im Einzelfall zu prüfen.

Grundsätzlich könnte das gleiche Ergebnis auch für den Ausschlussgrund der freien Ermessensentscheidung der übrigen Gesellschafter angenommen werden, weil auch in diesen Fällen von einer grundsätzlichen Zulässigkeit entsprechender individueller Regelungen auszugehen ist<sup>70</sup>. Im Gegensatz zum wichtigen oder einfachen Ausschlussgrund stellt sich hier allerdings die Frage, ob sich der betroffene Gesellschafter dadurch der Willkür der anderen Gesellschafter ausliefert.

Dies könnte mit folgender Begründung bejaht werden: Ein Gesellschafter könne in diesen Fällen von seinen ihm zustehenden mitgliedschaftlichen Rechten keinen uneingeschränkten Gebrauch machen, weil er seinen Ausschluss befürchten müsste, wenn er nicht mehrheitsfähige Positionen innerhalb der Gesellschafterversammlung einnehmen würde. Die Unterstellung unter eine nicht zu begründende, beliebige Ermessensentscheidung der übrigen Gesellschafter würde einen Gesellschafter demzufolge zu einem konformistischen Verhalten entsprechend der Mehrheitsmeinung zwingen. Im Ergebnis wäre seine gesellschaftsrechtliche Handlungsfreiheit erheblich beeinträchtigt.

Eine derartige Argumentation ist indes zu pauschal. Es sind im Sinne der Gesamtbetrachtung durchaus Fälle denkbar, in denen selbst ein auf freiem Ermessen beruhender Ausschluss nicht von vornherein als übermässige und unzulässige Benachteiligung des Betroffenen qualifiziert werden kann. Dies gilt z.B. beim Ausschluss von Fremdmanagern in Familiengesellschaften oder dann, wenn der entsprechende Gesellschafter im Sinne eines finanziellen Entgegenkommens zu sehr günstigen Konditionen in eine bestehende Gesellschaft aufgenommen wurde. Per Saldo wäre diesfalls der Eintritt und nachfolgende Ausschluss für den Betroffenen immer noch von Vorteil und keine übermässige Beschränkung seiner persönlichen Freiheit. Mit der Entscheidung über die wirtschaftlichen Auswirkungen eines Ausschlusses steht und fällt demnach die Beurteilung über die freie Ermessensentscheidung.

## 4. Wirtschaftliche Auswirkungen des Ausschlusses

Der wesentliche Aspekt für die Beurteilung eines individuellen Ausschlusses sind dessen wirtschaftliche Auswirkungen. Ausgangspunkt bildet wiederum die in Art. 577 OR vorgeordnete gesetzliche Regelung. Danach wird ein Ausschluss vom Gesetzgeber als zulässig erachtet, wenn der betroffene Gesellschafter seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen

<sup>68</sup> Vgl. hierzu bspw. auch STRITTMATTER (FN 1), 129: «Privatbanken oder Forschungsbetriebe werden z.B. höchste Anforderungen an die Diskretion ihrer Gesellschafter und an die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses stellen, weshalb hier bereits geringfügige Verfehlungen einen Ausschluss rechtfertigen können».

<sup>69</sup> Vgl. Ziff. V.

<sup>70</sup> Vgl. vorne V.

erhält. Massgebend ist hierbei das gesamte Vermögen der Gesellschaft aufgrund der wirklichen Vermögenslage einschliesslich von Rückstellungen und immateriellen Vermögenswerten zum Zeitpunkt des Ausscheidens unter Berücksichtigung einer Fortführung der Gesellschaft<sup>71</sup>.

Gemäss Art. 580 OR steht es den Gesellschaftern allerdings frei, individuelle Regelungen über den Anteil zu treffen, der einem ausscheidenden Gesellschafter zukommt. Die Vorschrift findet auch für den Ausschluss eines Gesellschafters Anwendung<sup>72</sup>. Dabei kann eine entsprechende Regelung bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, soweit diese Regelung einstimmig aufgenommen wurde<sup>73</sup>. Der Gesetzgeber geht demzufolge davon aus, dass die Abfindungsregelung zwischen den Gesellschaftern grundsätzlich frei vereinbart werden kann und ein Ausgleich des Anteils am vollständigen Vermögen nicht zwingend erforderlich ist. Individuelle Regelungen können dabei hinsichtlich der Berechnung des Abfindungsguthabens, der Art der Ausrichtung (Barzahlung, Ausrichtung in Sachwerten, Rückgabe von vermögenswerten Leistungen) sowie den Modalitäten der Erfüllung (Fälligkeit, Ratenzahlung, Stundungen) getroffen werden<sup>74</sup>. Grundsätzlich wird in der Literatur ganz überwiegend auch ein völliger Ausschluss einer Abfindungszahlung für zulässig erachtet<sup>75</sup>. Allerdings soll ein vollständiger Ausschluss die (zukünftige) Handlungsfreiheit des betroffenen Gesellschafters eher in gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB unzulässiger Weise beeinträchtigen, wenn er seine gesamte wirtschaftliche und persönliche Existenz für die Gesellschaft eingesetzt hat<sup>76</sup>.

Aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit zur Beschränkung der Kompensation eines ausgeschlossenen Gesellschafters ergibt sich, dass dadurch im Hinblick auf Art. 27 Abs. 2 ZGB weder per se die wirtschaftliche Freiheit des Gesellschafters aufgehoben, noch zwingendermassen seine wirtschaftliche Existenz gefährdet wird. Vielmehr bedarf es einer Prüfung im Einzelfall, ob sich angesichts der konkreten Konstellation eine solche massive wirtschaftliche Beeinträchtigung ergibt.

In diesem Zusammenhang sind zwei Aspekte zu beachten: die Umstände des Erwerbs der Mitgliedschaft sowie die Mitwirkung des Gesellschafters im Rahmen der Führung der Gesellschaft und die damit verbundene Vergütung. Beim Erwerb der Mitgliedschaft ist von Bedeutung, welche Leis-

tung der Gesellschafter für die Aufnahme in die Gesellschaft erbringen muss: Erhält er die mitgliedschaftliche Stellung ohne Erbringung einer nennenswerten Leistung, bezahlt er immerhin den Nennwert der ihm zukommenden Anteile an der Gesellschaft oder muss er eine seinem Anteil an der Gesellschaft entsprechenden Einlage leisten, die sich am gesamten Wert der Gesellschaft einschliesslich immaterieller Vermögenswerte ausrichtet? Wenn der Gesellschafter im Wesentlichen aufgrund des Wohlwollens der anderen Gesellschafter ohne Erbringung einer spezifischen Leistung aufgenommen wird, kann ein Ausschluss zweifelsohne auch mit einer erheblichen Beschränkung der Kompensation verbunden werden. Hat sich der ausgeschlossene Gesellschafter auf den Rappen genau in die Gesellschaft und deren effektiven Gesamtwert eingekauft, ist eine Beschränkung der Kompensation hingegen nicht ohne Weiteres möglich.

Im Hinblick auf die Führung der Gesellschaft ist beachtlich, ob und in welchem Ausmass der ausgeschlossene Gesellschafter tatsächlich für die Gesellschaft tätig war und welche Vergütung für diese Tätigkeit ausgerichtet wurde. Wenn der Gesellschafter ausschliesslich für die Gesellschaft tätig war und einen wesentlichen Beitrag zum Aufbau des von der Gesellschaft betriebenen Geschäfts geleistet hat und diese Tätigkeit über ein laufendes Gehalt gar nicht oder nur minimal entschädigt wurde, so kann der Gesellschafter nicht ohne Weiteres um seinen Anteil am gesamten Vermögen der Gesellschaft mittels eines Ausschlusses gebracht werden; vielmehr muss ihm dann solch eine Kompensation zukommen, dass seine wirtschaftliche Existenz gesichert ist. Nahm der Gesellschafter hingegen eine arbeitnehmerähnliche Stellung ein, die vergütet wurde, kann im Rahmen eines Ausschlusses die Kompensation des Gesellschafters auch erheblich beschränkt werden, weil seine wirtschaftliche Freiheit und Existenz bereits über die Leistung der Vergütung sichergestellt wurde.

## 5. Ergebnis

Aufgrund der vorstehend genannten Kriterien ergibt sich eine gewisse Entscheidungsskala für die Beurteilung von Fällen eines Gesellschafterausschlusses, der auf individuellen vertraglichen Regelungen beruht. Am Anfang des Zulässigkeitsbereichs ist der Sachverhalt anzusiedeln, dass der Ausschluss auf einem wichtigen Ausschlussgrund beruht und der betroffene Gesellschafter, der nicht seine gesamte persönliche und wirtschaftliche Schaffenskraft für die Gesellschaft aufgewendet hat, seinen Anteil am vollständigen Vermögen der Gesellschaft erhält. Am Ende des Unzulässigkeitsbereichs ist der Sachverhalt anzusiedeln, dass der Ausschluss auf einer freien Ermessensentscheidung der übrigen Gesellschafter beruht und der Gesellschafter, der seine gesamte persönliche und wirtschaftliche Schaffenskraft für die Gesellschaft aufgewendet hat, keinerlei Vergütung und Abfindung erhält. Alle anderen Fälle sind je nach der konkreten Ausgestaltung dazwischen zu positionieren.

<sup>71</sup> VON STEIGER (FN 4), 555.

<sup>72</sup> VON STEIGER (FN 4), 561.

<sup>73</sup> RECORDON (FN 7), 11, der die Festlegung auch aufgrund eines durch den Vertrag vorgegebenen Mehrheitsbeschlusses zulassen will; VON STEIGER (FN 4), 420, 556, der in jedem Falle Einstimmigkeit fordert.

<sup>74</sup> VON STEIGER (FN 4), 420, 556.

<sup>75</sup> VON STEIGER (FN 4), 420, 556; RECORDON (FN 7), 11; STAEBELIN (FN 4), Art. 580 N 2.

<sup>76</sup> VON STEIGER (FN 4), 556, 420, Fn. 215.

## VIII. Gebot des Handelns nach Treu und Glauben sowie Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB)

### A. Allgemeines

Art. 2 ZGB verbindet zwei eng miteinander verwandte Anordnungen, welche eine wesentliche Schranke der Rechtsausübung und damit auch der Vertragsabwicklung bilden: das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs.

### B. Gebot des Handelns nach Treu und Glauben

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben in Art. 2 Abs. 1 ZGB ordnet eine Haltung gegenseitiger Rücksichtnahme bei der Rechtsausübung und der Pflichterfüllung an<sup>77</sup>. Art. 2 Abs. 1 ZGB stellt eine Vorschrift zur Beurteilung von Einzelfällen dar<sup>78</sup>. Die Anforderungen an ein treuhafte Verhalten sind demnach aus den gesamten Umständen des Einzelfalles abzuleiten.

Für die Beurteilung von Ausschlussregelungen ist vor allem das Verhältnismässigkeitsprinzip von allgemeiner Bedeutung. Es kann angesichts der das Privatrecht beherrschenden Privatautonomie zwar nur eingeschränkt zur Anwendung gelangen. Denn Leistung und Gegenleistung müssen von vornherein nicht in einem streng angemessenen Verhältnis stehen. Erst eine übermässige Unangemessenheit führt zu Beschränkungen, wie dies auch durch Art. 21 OR belegt wird, wonach erst ein offenes Missverhältnis der Selbstbestimmung der Parteien Grenzen setzt<sup>79</sup>.

Nach Ansichten in der Literatur vermag das Verhältnismässigkeitsprinzip allerdings im Hinblick auf Reaktionen auf ein Fehlverhalten Bedeutung erlangen. Hierbei soll gegebenenfalls die Reaktion dem Mass des Fehlverhaltens gerecht werden müssen<sup>80</sup>. Dies gelte bei geringfügigen Fehlern, kleinen Verfehlungen, unbedeutenden Überschreitungen oder nicht relevanten Abweichungen<sup>81</sup>. Gerichtssentscheide, welche das Verhältnismässigkeitsprinzip als wesentliche Entscheidungsgrundlage heranziehen, sind in diesem Zusammenhang jedoch nicht ergangen.

Diese Konstellation überschneidet sich mit der Fallgruppe des krassen Missverhältnisses der Interessen, welche als Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 qualifiziert wird. Entsprechende Sachverhalte, bei denen die erhebliche Reaktion auf geringfügige Verfehlungen ergeht<sup>82</sup>, werden denn auch eher als unberechtigte und damit missbräuchliche Ausnutzung einer Rechtsposition des Berechtigten behandelt.

Ob allenfalls eine Verletzung der Verhältnismässigkeit oder eine missbräuchliche Ausnutzung einer Rechtsposition vorliegt, ist im Einzelfall beim entsprechenden Ausschluss zu untersuchen und kann nicht als grundsätzliches Argument gegen die Gültigkeit von Ausschlussklauseln vorgebracht werden.

### C. Rechtsmissbrauchsverbot

Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Die Vorschrift soll die Durchsetzung von formalen Rechten verhindern, wenn diese in einem offensichtlichen Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen stehen. Rechtsmissbrauch ist gekennzeichnet durch die Inanspruchnahme einer Berechtigung, die sich mit grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung nicht vereinbaren lässt<sup>83</sup>. Art. 2 Abs. 2 ZGB stellt nach allgemeiner Auffassung eine Vorschrift zur Lösung von Einzelfällen dar<sup>84</sup>. Dabei ist die Berufung auf einen Rechtsmissbrauch anerkanntermassen nur als ultima ratio zuzulassen<sup>85</sup>.

Für die Beurteilung von Ausschlussregelungen ist neben den vorstehend unter Ziff. B erwähnten Fällen (krasses Missverhältnis der Interessen) insbesondere der Aspekt einer verzögerten Rechtsausübung von Bedeutung für die Zeitdauer, innerhalb der ein Ausschluss durch die übrigen Gesellschafter geltend gemacht werden kann. Das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs begründet nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings keinen Rechtsmissbrauch<sup>86</sup>, weil ein Gebot zügiger Rechtsausübung grundsätzlich nicht besteht<sup>87</sup>. In der Regel liegt deshalb kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, wenn eine vertragliche oder gesetzliche Frist ausgenützt wird, weil es nicht angeht, solche Fristen auf dem Umweg über Art. 2 ZGB generell zu verkürzen. Dies gilt im Ergebnis umso mehr für die Fälle, in denen von vornherein keine Frist für die Geltendmachung eines Anspruchs besteht. Eine bestimmte Frist für eine Ausübung des Ausschlussverlangens

<sup>77</sup> HEINRICH HONSELL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel 2006, Art. 2 N 11.

<sup>78</sup> HONSELL (FN 77), Art. 2 N 11.

<sup>79</sup> HONSELL (FN 77), Art. 2 N 21.

<sup>80</sup> Vgl. auch STRITTMATTER (FN 1), 129, zur Unzumutbarkeit der Fortführung unter Verweis auf Art. 4 ZGB: «Schwerwiegende Vertrauensmissbräuche können dabei direkt als wichtiger Grund in Betracht kommen, geringfügige Verfehlungen erst im Wiederholungsfall».

<sup>81</sup> HONSELL (FN 77), Art. 2 N 21.

<sup>82</sup> Z.B. BGE 108 II 192; BGE 38 II 459 f.

<sup>83</sup> HONSELL (FN 77), Art. 2 N 26.

<sup>84</sup> HONSELL (FN 77), Art. 2 N 28.

<sup>85</sup> HANS MERZ, Art. 2 ZGB, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I/1, Bern 1966, Art. 2 N 40; HONSELL (FN 77), Art. 2 N 26; je mit weiteren Nachweisen.

<sup>86</sup> BGE 125 I 14 19; BGE 110 II 275; BGE 105 II 42.

<sup>87</sup> BGE 111 III 23; BGE 109 III 20.

durch die übrigen Gesellschafter besteht somit grundsätzlich nicht.

Zum eigentlichen Zeitablauf müssten erst weitere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit der übrigen Gesellschafter in einem unvereinbaren Widerspruch und damit als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen lassen<sup>88</sup>. Allgemein werden entsprechende Umstände angenommen, wenn (i) aus dem Stillschweigen mit Sicherheit auf einen Verzicht geschlossen werden kann; (ii) dem Verpflichteten Nachteile aus der Verzögerung erwachsen; oder (iii) damit eine Beweisverdunkelung verbunden ist.

Soweit die übrigen Gesellschafter bei gegebener Unzumutbarkeit nicht sofort den Ausschluss beschliessen, ergeben sich dadurch weder per se Nachteile zu Lasten des auszuschliessenden Gesellschafters, noch ist ersichtlich, wie damit eine Beweisverdunkelung verbunden sein könnte. Es besteht auch kein schützenswertes Vertrauen eines Gesellschafters darauf, dass die von ihm verursachten Unstimmigkeiten durch Zeitablauf unbeachtlich werden. Aus dem vorläufigen Verzicht auf den Ausschluss kann nicht ein definitiver Verzicht abgeleitet werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass angesichts der Bedeutung eines Ausschlusses das Auftreten von ersten Problemen nicht zu einer vorschnellen Entscheidung der übrigen Gesellschafter führt, und erst das Andauern der Unstimmigkeiten die gesellschaftsinternen Beziehungen nachhaltig zerstört.

Auch aus Sicht des Rechtsmissbrauchs besteht daher kein Grund für eine prinzipielle Untersagung von Ausschlussklauseln; vielmehr sind solche Vertragsklauseln ausschliesslich im konkreten Einzelfall angesichts ihrer tatsächlichen Auswirkungen zu beurteilen.

## IX. Die Rechtslage in Deutschland

Für die Beurteilung der Zulässigkeit von Ausschlussklauseln kann die in Deutschland zur Anwendung gelangende Doktrin nur punktuell und nicht unbesehen in die Schweiz übernommen werden, weil hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen wesentliche Unterschiede bestehen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland geht entgegen ihrer früheren Entscheidungspraxis seit einem obiter dictum in BGHZ 68, 212 (215) = NJW 1977, 1292, davon aus, dass ein Ausschluss aufgrund einer freien Ermessensentscheidung in der Regel aufgrund eines Verstosses gegen die Sittenwidrigkeit gemäss Art. 138 BGB nichtig ist, weil eine solche Möglichkeit zur freien Hinauskündigung gegen Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts verstossen soll. In der Literatur wird diese Ansicht zwar mehrheitlich geteilt<sup>89</sup>, in erheblichem Um-

fang wird sie jedoch auch als verfehlt abgelehnt<sup>90</sup>, weil es möglich sein müsse, z.B. familienfremde Manager, Erben eines Gesellschafters oder Gesellschafter, die ihren Anteil schenkweise erhalten haben, auch ohne besonderen Anlass ausschliessen zu können. Der Bundesgerichtshof hat in seinen weiteren Entscheidungen zum Ausschlussrecht aufgrund eines freien Ermessens jedoch auch Ausnahmen von diesem Grundsatz begründet<sup>91</sup>. Aufgrund dieser Entscheidungen ist heute davon auszugehen, dass eine freie Ermessensentscheidung dann als Grundlage für den Ausschluss eines Gesellschafters dienen kann, wenn besondere Umstände dies sachlich rechtfertigen. Unter welchen Umständen eine solche sachliche Rechtfertigung konkret anzunehmen ist, kann nach Ansicht des BGH jedoch nicht formelhaft, sondern stets nur unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalls beantwortet werden<sup>92</sup>. Demzufolge kann das Urteil über die Sittenwidrigkeit nicht in allgemeiner Weise vorgängig zu einer Prüfung des konkreten Einzelfalls getroffen werden; vielmehr ergibt sich dieses Urteil erst aufgrund der konkreten Feststellung, dass keine besonderen Umstände vorliegen, welche die Zulässigkeit einer Ausschlussmöglichkeit zu begründen vermögen. Die Notwendigkeit zur Beurteilung des konkreten Einzelfalls vor Fällung eines abschliessenden Urteils über die Zulässigkeit und die damit verbundene prinzipielle Möglichkeit zur Vereinbarung von Ausschlussklauseln, die auf freien Ermessenentscheidungen basieren, entspricht somit grundsätzlich der Situation in der Schweiz, wie sie von der hier vertretenen Ansicht vorstehend dargestellt wurde.

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland bei Fehlen von besonderen Gründen Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, Kommanditgesellschaft u.a., München 2004, § 36 N 59 f.; RAINER LORZ, §§ 140 ff. HGB, in: Carsten Thomas Ebenroth/Karlheinz Boujong/Detlev Joost/Lutz Strohn, Handelsgesetzbuch, München 2008, § 140 N 53, jeweils mit umfangreichen weiteren Hinweisen.

<sup>90</sup> Vgl. bspw. MARKUS GEHRLEIN, Neue Tendenzen zum Verbot der freien Hinauskündigung eines Gesellschafters, NJW 2005, 1969 ff.; MARTINA BENECKE, Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht oder: «Hinauskündigung» und das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, ZIP 2005, 1437 ff.; MARTIN SCHOCKENHOFF, Die befristete Unternehmensbeteiligung des GmbH-Geschäftsführers, ZIP 2005, 1009 ff. jeweils mit weiteren Hinweisen.

<sup>91</sup> Vgl. BGHZ 164, 98, 101, zum Ausschluss eines geschäftsführenden Gesellschafters aufgrund des Entzugs der Geschäftsführerstellung – Managermodell; 164, 107, 111, zum Ausschluss von Mitarbeiter-Gesellschaftern bei Aufhebung des Arbeitsvertrages; 112, 103, 108, zur Verpflichtung, bei einem treuhänderähnlichen Verhältnis den Geschäftsanteil zu übertragen; BGH NGZ 2005, 479, zum Ausschluss eines Gesellschafters bei Kündigung des mit ihm bestehenden Kooperationsvertrages.

<sup>92</sup> BGHZ 105, 213, 217.

<sup>88</sup> BGE 130 III 306 f.; BGE 129 III 498; BGE 129 III 175.

<sup>89</sup> Vgl. bspw. KLAUS PIEHLER/NORBERT SCHULTE, Ausscheiden eines Gesellschafters, in: Bodo Riegger/Lutz Weipert,

gemäss Art. 138 BGB angenommen. Dabei wird die Rechtsfolge der Nichtigkeit unterschiedslos ausgesprochen, was teilweise als unangemessen kritisiert wird<sup>93</sup>. Insbesondere wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgelehnt, die Kompensation des betroffenen Gesellschafters im Falle des Ausschlusses bei der Beurteilung der Zulässigkeit zu berücksichtigen<sup>94</sup>. Auch dieser Umstand hat in der Literatur heftige Kritik erfahren<sup>95</sup>, weil der Ausrichtung einer Kompensation und deren Umfang wesentliche Bedeutung für die gesamthafte Beurteilung eines Ausschlusses beizumessen sei.

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen unterscheidet sich die deutsche Doktrin demzufolge wesentlich von derjenigen in der Schweiz. Für die Beurteilung, ob eine unzulässige Persönlichkeitsverletzung vorliegt, kann und muss der Aspekt der Entschädigung, die der betroffene Gesellschafter bei einem Ausscheiden erhält, herangezogen werden<sup>96</sup>. Zudem kann im Gegensatz zur neuen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts<sup>97</sup>, wonach bei einer übermässigen Vertragsbindung nicht von einer Nichtigkeit, sondern von der einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages auszugehen ist, in Deutschland der betroffene Gesellschafter nicht wählen, ob er an dem Vertrag festhalten oder ob er sich auf dessen Unwirksamkeit berufen will.

## X. Ergebnis

Vertragsklauseln, welche den Gesellschaftern einer Personengesellschaft das Recht geben, einen der ihren auch ohne Vorliegen wichtiger Gründe oder aus freiem Ermessen auszuschliessen, sei es auf Grund eines einstimmigen Beschlusses (mit Ausnahme des Auszuschliessenden), sei es mit Mehrheitsentscheid, sind im schweizerischen Recht grundsätzlich gültig. Eine allfällige Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 2 ZGB kann nur auf Grund der konkreten Umstände des entsprechenden Ausschlusses geltend gemacht werden.

Les clauses contractuelles conférant aux associés d'une société de personnes le droit d'exclure l'un des leurs même sans justes motifs ou à leur libre appréciation, que ce soit sur la base d'une décision à l'unanimité (à l'exception de l'exclusion potentiel) ou par décision majoritaire, sont en principe valides en droit suisse (contrairement au droit allemand). Une éventuelle violation des art. 27 al. 2 CC et 2 CC ne peut être invoquée qu'en raison des circonstances concrètes de l'exclusion en question. Cet article élabore des critères permettant de déterminer quand de telles clauses sont nulles dans un cas concret pour cause d'engagement excessif. Il convient dans ce contexte de tenir compte en particulier des circonstances de l'acquisition de la qualité de membre, de la rémunération des associés et du montant de l'indemnité.

(trad. LT LAWYANK, Berne)

<sup>93</sup> Vgl. PIEHLER/SCHULTE (FN 89), § 36 N 64; LORZ (FN 89), § 140 N 54, jeweils mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

<sup>94</sup> BGHZ 81, 263, 268.

<sup>95</sup> Vgl. bspw. BENECKE (FN 90), 1437, IV.3. a.E.

<sup>96</sup> Vorne VII.C.IV.

<sup>97</sup> BGE 129 III 214.