

## Urteilkopf

144 III 394

47. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. GmbH gegen B. GmbH (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018

## Regeste

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53, Art. 147 Abs. 2 und Art. 318 Abs. 1 ZPO; rechtliches Gehör, Spruchreife. Folgen des Nichteinreichens einer Berufungsantwort (E. 4.1). Keine Verpflichtung des Berufungsgerichts zur Abnahme der vor der ersten Instanz angebotenen Beweise (E. 4.2). Erfordernis der Spruchreife für einen reformatorischen Berufsentscheid zur Wahrung des Gehörsanspruchs (E. 4.3).

Sachverhalt ab Seite 395

BGE 144 III 394 S. 395

Die B. GmbH, U./DE (Beklagte, Beschwerdegegnerin) bezweckt den Vertrieb von Nahrungsergänzungsmitteln für Boden, Pflanzen, Tier und Mensch sowie von technischen Produkten zur Vitalisierung. C., U./DE, ist als Geschäftsführer der B. GmbH eingetragen. Seit dem 17. Juni 2013 betreibt die Beklagte eine Zweigniederlassung in V./SG.

Die A. GmbH, W. (Klägerin, Beschwerdeführerin) bezweckt den Vertrieb von marktgerechten Agrar-, Gebrauchs- und Verbrauchsprodukten, insbesondere Heimtierfutter und Nahrungsergänzungen für Boden, Pflanzen, Tier und Mensch sowie die Erbringung von Dienstleistungen in diesen Bereichen, vorwiegend in der Schweiz. Die Stammanteile werden zu 70 % von ihrer Geschäftsführerin D. gehalten und zu 30 % von der Beklagten.

Mit Klage vom 15. September 2014 beantragte die Klägerin beim Kantonsgericht des Kantons Zug, die Beklagte sei als Gesellschafterin auszuschliessen und deren Stammanteile seien ohne Entschädigung auf die Klägerin zu übertragen.

Mit Urteil vom 10. November 2016 schloss das Kantonsgericht des Kantons Zug in teilweiser Gutheissung der Klage die Beklagte als Gesellschafterin der Klägerin aus; im Übrigen wies es die Klage ab.

Dagegen erhob die Beklagte am 12. Dezember 2016 Berufung beim Obergericht des Kantons Zug. Sie beantragte, das Urteil sei teilweise aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Klägerin reichte innerhalb der Berufungsfrist keine Berufungsantwort ein.

Mit Urteil vom 24. Oktober 2017 hiess das Obergericht des Kantons Zug die Berufung gut und wies die Klage auf Ausschluss der Beklagten als Gesellschafterin ab.

Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und es sei der Entscheid zu bestätigen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut, hebt den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zu neuer Behandlung an die Vorinstanz zurück.

*(Zusammenfassung)*

BGE 144 III 394 S. 396

## Erwägungen

Aus den Erwägungen:

**4.** Die Beschwerdeführerin rügt in verschiedener Hinsicht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO).

**4.1** Im Berufungsverfahren reichte die Beschwerdeführerin innerhalb der 30-tägigen Frist von Art. 312 Abs. 2 ZPO unbestrittenerweise keine Berufungsantwort ein. Es sind zunächst die aus dieser Säumnis resultierenden Folgen zu prüfen.

**4.1.1** Die Berufungsantwort dient in erster Linie dazu, dem Berufungsbeklagten zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die berufungsbeklagte Partei hat - unter Vorbehalt der Erhebung einer Anschlussberufung nach Art. 313 ZPO - keinen Einfluss mehr auf den Streitgegenstand und ist nicht verpflichtet, eine Berufungsantwort einzureichen (Urteile 4A\_496/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2.2.2; 5A\_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.4, in: SZZP 2013 S. 30 f.). Reicht der Berufungsbeklagte keine Berufungsantwort ein, obwohl ihm unter Androhung der Säumnisfolgen Frist dazu angesetzt wurde, wird nach Art. 147 Abs. 2 ZPO das Verfahren ohne Berufungsantwort weitergeführt. Es ist dem säumigen Berufungsbeklagten keine Nachfrist einzuräumen (vgl. Urteil 5A\_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.4, in: SZZP 2013 S. 30 f.; REETZ/THEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Thomas Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 8 zu Art. 312 ZPO; BEAT MATHYS, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 13 zu Art. 312 ZPO; FRANCESCA VERDA CHIOCCHETTI, in: Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero [...], Francesco Trezzini und andere [Hrsg.], Bd. II, 2. Aufl. 2017, N. 28 f. zu Art. 312 ZPO; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 509; NICOLAS JEANDIN, in: CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, N. 3 zu Art. 312 ZPO; anders: HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Alexander Brunner und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 25 zu Art. 312 ZPO).

**4.1.2** Ist eine Partei im Berufungsverfahren säumig, wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Bei Ausbleiben der Berufungsantwort ist die Berufungsinstanz grundsätzlich weder an die Argumente noch an die Ausführungen des Berufungsklägers gebunden (SARAH SCHEIWILLER,

BGE 144 III 394 S. 397

Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, N. 594 ff.; VERDA CHIOCCHETTI, a.a.O., N. 28 zu Art. 312 ZPO; OLIVER M. KUNZ, in: ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, Kunz und andere [Hrsg.], 2013, N. 45 zu Art. 312 ZPO; MATHYS, a.a.O., N. 13 zu Art. 312 ZPO; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 1135; vgl. auch Urteil 5A\_26/2014 vom 2. Februar 2015 E. 4.3 unter Geltung des Untersuchungsgrundsatzes). Anerkennung mangels Bestreitung wird nur angenommen, wenn der Berufungskläger in der Berufungsschrift zulässige neue Tatsachenbehauptungen vorbringt und - trotz Androhung der Säumnisfolgen - keine Berufungsantwort eingereicht wird (KUNZ, a.a.O., N. 45 zu Art. 312 ZPO; SCHEIWILLER, a.a.O., N. 597; SEILER, a.a.O., Rz. 1135).

**4.1.3** Da das Berufungsverfahren unabhängig vom Vorliegen einer Berufungsantwort weitergeführt wird, kann das Berufungsgericht aufgrund der Akten entscheiden oder die Parteien zu einer Verhandlung vorladen (Urteil 5A\_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.4, in: SZPP 2013 S. 30 f.; REETZ/THEILER, a.a.O., N. 8 zu Art. 312 ZPO; KUNZ, a.a.O., N. 43 zu Art. 312 ZPO; SEILER, a.a.O., Rz. 1135; anders KARL SPÜHLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 5 zu Art. 312 ZPO und MYRIAM A. GEHRI, in: ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Myriam A. Gehri und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 313 ZPO, wonach das Berufungsgericht in jedem Fall aufgrund der Akten zu entscheiden hat). Es steht grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es eine Parteiverhandlung ansetzen will (**BGE 142 III 413** E. 2.2.1; Urteile 4A\_66/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.2; 5A\_326/2012 vom 26. Juli 2012 E. 2). Dasselbe gilt auch hinsichtlich der Beweisabnahme; aus Art. 316 Abs. 3 ZPO lässt sich kein Anspruch der Berufungsparteien auf Wiedereröffnung des Beweisverfahrens bzw. auf Beweisabnahme ableiten (**BGE 142 III 413** E. 2.2.1; **BGE 138 III 374** E. 4.3.1; Urteil 5A\_476/2015 vom 19. November 2015 E. 3.3.3). Vorbehalten bleibt jedoch in jedem Fall der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 53 ZPO (**BGE 138 III 374** E. 4.3.1; Urteil 5A\_476/2015 vom 19. November 2015 E. 3.3.3; CHRISTOPH HURNI, Zum Rechtsmittelgegenstand im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2018, Rz. 219).

**4.1.4** Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen

BGE 144 III 394 S. 398

Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (**BGE 142 III 413** E. 2.2.4; Urteile 4A\_184/2017 vom 16. Mai 2017 E. 4.2.1; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; je mit Hinweisen).

**4.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO verletzt, indem sie auf die Abnahme verschiedener von ihr angebotener Beweismittel verzichtete. Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes haben die Parteien die Tatsachen, auf die sie sich stützen, darzulegen und die entsprechenden Beweismittel frist- und formgerecht anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Von Amtes wegen wird nur Beweis erhoben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO). Die Parteien sind grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (Urteile 4A\_496/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 2.2.2; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.2; 5A\_660/2014 vom 17. Juni 2015 E. 4.2). Dies gilt auch, wenn das erstinstanzliche Gericht zugunsten der vor der zweiten Instanz säumigen Partei entschieden hat, muss die berufungsbeklagte Partei doch mit einer Gutheissung der Berufung rechnen. Es kann aus praktischen Gründen nicht vom Berufungsgericht verlangt werden, dass es die - oft umfangreichen - erstinstanzlichen Akten nach erstinstanzlich erhobenen, vor zweiter Instanz jedoch

BGE 144 III 394 S. 399

nicht erneuerten Beweisanträgen durchforscht. Zudem entspräche dies nicht der Natur des Berufungsverfahrens als eigenständiges Verfahren (vgl. **BGE 142 III 413** E. 2.2.1 mit Hinweis auf die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006 7221, 7374 zu Art. 313 E-ZPO). Die Vorinstanz hat weder Beweisvorschriften verletzt noch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör missachtet, indem sie keine Beweise abnahm.

**4.3** Eine Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör erblickt die Beschwerdeführerin weiter darin, dass die Vorinstanz es unterlassen habe, verschiedene ihrer rechtserheblichen Vorbringen zu würdigen.  
(...)

#### **4.3.2**

**4.3.2.1** Im Rahmen seiner Prüfung hat sich das Berufungsgericht mit dem angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid auseinanderzusetzen. Dabei hat es, wie ausgeführt (vgl. E. 4.1.4 hiervor), den Entscheid unter Vorbehalt von offensichtlichen Mängeln nur auf die im Berufungsverfahren gerügten Punkte hin zu überprüfen. Sofern eine Rechts- oder Tatfrage im Berufungsverfahren aufgeworfen bzw. thematisiert wird, verfügt es aber bei seiner Prüfung über eine vollständige Kognition und darf insbesondere nicht ausschliesslich die Argumente zugunsten einer Partei berücksichtigen (**BGE 142 III 413** E. 2.2.4; **BGE 138 III 374** E. 4.3.1; Urteil 4A\_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1 sowie oben E. 4.1.4).

Wenn das Berufungsgericht die Kritik des Berufungsklägers als nicht berechtigt erachtet und keine offensichtlichen Mängel feststellt, bestätigt es den angefochtenen Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Wenn es anlässlich dieser Prüfung zum Schluss gelangt, die vom Berufungskläger vorgebrachte Kritik des angefochtenen Entscheides sei berechtigt, stehen ihm zwei Möglichkeiten offen: Es kann entweder neu entscheiden (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) oder - wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO) oder der Sachverhalt in

wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO) - die Sache an die erste Instanz zurückweisen.

**4.3.2.2** Ob es ein reformatorisches oder kassatorisches Urteil fällt, entscheidet das Berufungsgericht nach seinem Ermessen. Es ist jedoch zu beachten, dass - während Rückweisungsentscheide des

BGE 144 III 394 S. 400

Berufungsgerichts generell als Vor- und Zwischenentscheide gelten (**BGE 144 III 253 E. 1.4**) - reformatorische Urteile Endentscheide sind, die nur bei gegebener Spruchreife getroffen werden dürfen. Dies wird zwar für die Berufung (Art. 308 ff. ZPO) nicht ausdrücklich festgehalten, ergibt sich jedoch aus allgemeinen Prinzipien, die unter der ZPO für sämtliche Endentscheide Geltung beanspruchen (vgl. Art. 223 Abs. 2 ZPO und Art. 236 Abs. 1 für das ordentliche Verfahren und Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO für das Beschwerdeverfahren).

Spruchreif ist das Verfahren dann, wenn das Gericht über sämtliche Entscheidungsgrundlagen verfügt, um über die Begründetheit oder Unbegründetheit des geltend gemachten Anspruchs zu befinden oder einen Nichterkenntnisentscheid zu erlassen. Überdies muss das vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren ordnungsgemäss durchgeführt worden sein (**BGE 140 III 450 E. 3.2**). Die erforderlichen tatsächlichen Grundlagen zur Beurteilung des strittigen Anspruches müssen vorhanden sein und die Parteien müssen Gelegenheit gehabt haben, sich zu allen entscheidenderheblichen Fragen zu äussern. Es dürfen keine prozesskonform gestellten Beweisanträge zu entscheidenderheblichen strittigen Fragen offen sein. Bei einem reformatorischen Entscheid tritt somit das Berufungsgericht in gewisser Hinsicht an die Stelle der Vorinstanz; es ist nicht einzusehen, weshalb eine Partei durch den Ermessensentscheid des Berufungsgerichts, entweder die Sache zurückzuweisen oder neu zu entscheiden, benachteiligt werden sollte. Bei einem reformatorischen Entscheid hat das Berufungsgericht folglich - im Rahmen der im Berufungsverfahren von den Parteien aufgeworfenen bzw. thematisierten Rechts- und Sachfragen - sämtliche vorhandenen Beweise zu würdigen und sämtliche Argumente der Parteien zu prüfen.

Wenn sich das Berufungsgericht bei einer Gutheissung der Berufung - in Ausübung seines Ermessens - für ein neues Urteil in der Sache entscheidet, hat es folglich sicherzustellen, dass das Verfahren spruchreif ist. Ist dies nicht der Fall, hat es entweder die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen oder die Spruchreife selber zu erstellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es als Sachgericht auch hinsichtlich Sachverhaltsfragen über eine uneingeschränkte Kognition verfügt. Es kann insbesondere den erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergänzen und selber Beweise abnehmen (Art. 316 Abs. 3 ZPO). Ein Entscheid des Berufungsgerichts trotz fehlender

BGE 144 III 394 S. 401

Spruchreife kommt einer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Partei gleich, zu deren Ungunsten zweitinstanzlich entschieden wurde.

(...)

**4.3.5** Die Vorinstanz hat verschiedene rechtserhebliche Elemente nicht berücksichtigt.

**4.3.5.1** Aus dem Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin ergibt sich, dass alleinige Geschäftsführerin der GmbH D. ist. Die Vorinstanz stellte auch selber fest, dass die Beschwerdegegnerin bloss Minderheitsgesellschafterin ist; von Geschäftsführungsbefugnissen der Beschwerdegegnerin ist im vorinstanzlichen Entscheid nichts zu lesen.

Die Vorinstanz beschränkte sich darauf, summarisch zu begründen, es sei nicht erwiesen, dass die Beschwerdegegnerin bzw. ihr Geschäftsführer am 1. Mai 2013 eine "eigentliche Abwerbeveranstaltung" durchgeführt hätten. Nicht gewürdigt wurde der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin bzw. ihr Geschäftsführer C. eine Veranstaltung mit zahlreichen Vertriebspartnern und Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin durchführte, obwohl weder die Beschwerdegegnerin noch ihr Geschäftsführer über Geschäftsführungsbefugnisse verfügten und ihnen folglich die Kompetenz dazu fehlte. Unberücksichtigt blieb dabei die - von der Vorinstanz nicht in Frage gestellte - Feststellung des erstinstanzlichen Gerichts, wonach diese Veranstaltung von der Beschwerdegegnerin bzw. ihrem Geschäftsführer C. *ohne Wissen* der Geschäftsführerin und Mehrheitsgesellschafterin der Beschwerdeführerin, D., durchgeführt wurde. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens wäre jedenfalls zu hinterfragen und im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung zu berücksichtigen gewesen. Dieses Vorgehen der Beschwerdegegnerin lässt sich insbesondere weder mit dem Einwand rechtfertigen, die sozialversicherungsrechtliche Stellung der Berater sei "schwierig zu organisieren", noch mit dem Umstand, dass die "AHV-Problematik" (auch) Gegenstand der fraglichen Veranstaltung gewesen sei.

Mit der Frage, ob bzw. inwiefern die Einmischung der Beschwerdegegnerin in die operative Tätigkeit der Beschwerdeführerin als eine einen Ausschluss rechtfertigende Treuepflichtverletzung aufzufassen sei, setzte sich die Vorinstanz in keiner Weise auseinander. Dies wäre jedoch nötig gewesen; dieser Umstand ist rechtserheblich und die Vorinstanz erwog selber, dass eine Treuepflichtverletzung einen Ausschlussgrund darstellen kann. Die behauptete Einmischung hätte

BGE 144 III 394 S. 402

somit auch dann berücksichtigt werden müssen, nachdem die Vorinstanz den Nachweis einer eigentlichen Abwerbung als nicht erbracht betrachtet hatte.

**4.3.5.2** Keine Beachtung in den Erwägungen der Vorinstanz fand zudem die zwischen der Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin und dem Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin bestehende Konfliktsituation.

Den erstinstanzlichen Entscheid und den dort erwähnten Beweismitteln ist ohne Weiteres zu entnehmen, dass zwischen den Parteien bzw. ihren Organen eine seit Jahren andauernde Konfliktsituation besteht. Bezugnehmend auf Aussagen des deutschen Anwaltes der Beschwerdegegnerin, wonach die Fortsetzung der Kooperation zwischen den Parteien "unmöglich" bzw. "jedenfalls endgültig nicht mehr zumutbar" geworden sei, stellte die erste Instanz fest, es bestehe zwischen den Parteien ein besonders schweres Zerwürfnis. Diese Feststellung fand im vorinstanzlichen Entscheid keine Berücksichtigung; die Vorinstanz befasste sich mit diesem potentiellen Ausschlussgrund überhaupt nicht.

Im Rahmen der Prüfung, ob vom Standpunkt der Gesellschaft aus betrachtet die Fortdauer der Mitgliedschaft der Beschwerdegegnerin zumutbar ist, kann ein zwischen dem auszuschliessenden Gesellschafter und dem verbleibenden Hauptbeteiligten bestehender langjähriger Konflikt nicht unberücksichtigt bleiben. In diesem Zusammenhang kann die Ausgestaltung der Beschwerdeführerin als GmbH nicht ausser Acht bleiben. Es ist zu betonen, dass es beim Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 823 OR um die Frage der Zumutbarkeit der Fortdauer der Mitgliedschaft geht. Bei der Prüfung dieser Frage kommt nach einhelliger Lehre dem Typus der Gesellschaft eine massgebende Bedeutung zu. Aus naheliegenden Gründen ist die Frage der Zumutbarkeit anders zu beurteilen, je nachdem ob die

Gesellschaft personalistisch oder kapitalistisch ausgestaltet wird, ist doch die im GmbH-Recht vorgesehene Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters Ausdruck der Personenbezogenheit dieser Gesellschaftsform (WERNER MEIER, Austritt und Ausschluss aus der GmbH gemäss Art. 822 OR, 1950, S. 44 und 87 f.; RETO SANWALD, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, 2009, S. 385 und 389; WERNER VON STEIGER, in: Zürcher Kommentar, 1965, N. 15 zu Art. 822 OR; CORINNE KAUFMANN, Austritt und Ausschluss aus der GmbH, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung, 2008, S. 269 f.;

BGE 144 III 394 S. 403

CHRISTOPHE BUCHWALDER, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. II, 2. Aufl. 2017, N. 1 zu Art. 823 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, § 18 Rz. 86 und 100; vgl. zum Ganzen auch PETER DORSCHIED, Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters aus der personalistischen Kapitalgesellschaft, 1984). Bei der Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes für den Ausschluss eines Gesellschafters unter dem Recht der GmbH ist im hohen Mass auf die Verhältnisse des Einzelfalls abzustellen.

**4.3.6** Die Vorinstanz hätte die Einmischung der Beschwerdegegnerin in die operative Tätigkeit der Beschwerdeführerin sowie die vorliegende Konfliktsituation vor dem Hintergrund der personalistischen Ausgestaltung der Beschwerdeführerin würdigen müssen. Indem sie diese entscheidungswesentlichen Umstände ausser Acht liess, ohne dies hinreichend zu begründen, verletzte sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör. Bei der Beurteilung, ob der Ausschluss eines Gesellschafters nach Art. 823 OR gerechtfertigt ist, stellt sich die Frage der Zumutbarkeit der Fortdauer der Mitgliedschaft des auszuschliessenden Gesellschafters aus Sicht der Gesellschaft. Ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB). Es geht dabei um eine Billigkeitsentscheidung, die auf objektiver Interessenabwägung unter Beachtung der gesamten Umstände des beurteilten Falles beruht. Um den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör zu wahren, muss das Gericht sämtliche entscheidungswesentliche Umstände berücksichtigen und würdigen.

**4.4** Eine Heilung der Gehörsverletzung kommt im Verfahren vor Bundesgericht ausnahmsweise bei nicht besonders schwerwiegenden Verletzungen infrage, wenn ausschliesslich Rechtsfragen streitig sind, die das Bundesgericht mit freier Kognition beurteilen kann (**BGE 133 I 201** E. 2.2). Da die vorliegende Verletzung des Anspruches der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör sowohl Rechts- wie auch Tatfragen betrifft, kommt eine Heilung nicht in Frage.