

## **§ 72 GmbHG; § 1043 ABGB: Unternehmenssanierung; Nachschusspflicht**

1. Aus der Treuepflicht im Verhältnis der Gesellschafter untereinander und im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter kann auch in Notsituationen keine Pflicht eines Gesellschafters zu zusätzlichen finanziellen Leistungen abgeleitet werden. Dies widerspricht § 50 Abs 4 und § 72 GmbHG.
2. Ein Gesellschafter kann selbst in Notsituationen nur durch eine im Gesellschaftsvertrag normierte Nachschusspflicht zu weiteren finanziellen Leistungen verpflichtet werden.
3. Die nachträgliche Einführung oder Erhöhung der Nachschusspflicht erfordert einen einstimmigen Beschluss der Gesellschafter (dies ist zu präzisieren, siehe Anm unten. Saurer).
4. Gesellschafter, die freiwillig Beiträge zur Sanierung der Gesellschaft leisten, haben gegenüber den nicht mitwirkenden Gesellschaftern keinen Bereicherungsanspruch.

OGH 16.11.2012, 6 Ob 47/11x, ecolex 2013/99 = GES 2013, 13 (Fantur) = JAP 2012/2013/18 (Rauter) = NZ 2013/26 = AnwBl 2013, 268 (Saurer)

(Die Entscheidung des OGH lässt für den Praktiker noch Fragen offen bzw bedarf der Präzisierung. Der OGH judiziert vollkommen nachvollziehbar, dass ein Gesellschafter nicht nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen in die Pflicht genommen werden kann, wenn er sich an der Sanierung der Gesellschaft nicht beteiligt, davon aber profitiert hat. Der – zugegebener Weise – kreative Ansatz, § 1043 ABGB für einen solchen Anspruch fruchtbar zu machen, wird vom OGH abgelehnt. Für die Praxis besteht damit Rechtssicherheit, dass Gesellschafter, die sich an der Sanierung nicht beteiligen wollen oder nicht beteiligen können, auch nicht später mit einer Inanspruchnahme durch die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter rechnen müssen. Andererseits bleibt das Spannungsfeld zwischen den sanierungswilligen und den übrigen Gesellschaftern virulent. Scheiden Kapitalerhöhungen aufgrund mangelnder Mehrheiten aus oder sind solche nicht gewünscht, dann müssen die sanierungswilligen Gesellschafter, wollen sie die Gesellschaft retten, dieses nachrangige Kapital zur Verfügung stellen. Dieses wirkt sich naturgemäß nicht auf die Höhe ihrer Beteiligungen an der Gesellschaft aus. Dadurch sinkt aber häufig der Sanierungswille. Inwiefern Gesellschafter einen Kapitalerhöhungsbeschluss blockieren dürfen, der zur Sanierung der Gesellschaft vorgenommen werden soll, oder andere Sanierungsmaßnahmen behindern oder verhindern dürfen, ohne selbst Treuepflichten zu verletzen oder gar schadenersatzpflichtig zu werden, steht freilich auf einem anderen Blatt.

Fraglich ist, ob die Entscheidung auch eine andere ungeklärte Thematik iZm der Finanzierung von Gesellschaften ansprechen bzw lösen wollte. Der OGH hat bezüglich der Verpflichtung zur Leistung von „Nachschüssen“ dezidiert festgehalten, dass eine solche Verpflichtung, um wirksam zu sein, im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden muss.

Diese Aussage ist hinsichtlich der Beurteilung von „Nachschüssen“ iSv § 72 GmbHG sicherlich zutreffend. Fantur wirft in seiner Entscheidungsanmerkung, GES 2013,13 (15), die Frage auf, ob der OGH damit auch die Zulässigkeit der Vereinbarung von Nachschüssen auf schuldrechtlicher Basis, zB in Syndikatsverträgen, zumindest obiter dictum verneinen wollte. Hier ist meines Erachtens zwischen „Nachschüssen“ iSv § 72 GmbHG und den rechtlichen Konsequenzen mangelnder Leistung dieser „Nachschüsse“ und „sonstigen Zahlungspflichten“ der Gesellschafter zu unterscheiden. Die Verpflichtung zur Leistung von „Nachschüssen“ iSv § 72 GmbHG muss, um rechtswirksam zu sein, in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Nur für solche „Nachschüsse“ finden die Bestimmungen der §§ 72-74 GmbHG Anwendung [siehe hierzu auch Brugger/Schopper in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbHG § 72 Rz 13 ff]. Außerhalb des Gesellschaftsvertrags können nur „sonstige Finanzierungsvereinbarungen“ getroffen werden, zB die Verpflichtung zur Leistung von Zuschüssen oder die Verpflichtung zu weiteren Zahlungen bei einem bestimmten Unternehmenserfolg [nach sogenannten Milestones]. Diese Leistungspflichten basieren rein auf schuldrechtlichen Vereinbarungen, nicht aber auf verbandsrechtlicher Grundlage. Unterbleiben diese Leistungen, so kann es – anders als beim Verzug mit der Leistung von Nachschüssen iSv § 72 GmbHG – auch nicht zur Kaduzierung des Geschäftsanteils kommen. Zusammengefasst bedeutet dies, dass außerhalb des Gesellschaftsvertrags getroffene Leistungspflichten der Gesellschafter niemals „Nachschüsse“ iSv § 72 GmbHG sein können.

Abschließend bleibt noch ein kleiner Hinweis auf die Mehrheitserfordernisse bei der nachträglichen Aufnahme von Nachschussverpflichtungen in den Gesellschaftsvertrag bzw deren Erhöhung. Der OGH führt – nicht ganz präzise – aus, dass die nachträgliche Einführung oder Erhöhung der Nachschusspflicht einen „einstimmigen Beschluss der Gesellschafter“ voraussetze. Tatsächlich verlangt § 50 Abs 4 GmbHG die Zustimmung „sämtlicher“ betroffenen Gesellschafter. Zusätzlich zur Beschlussfassung durch die Generalversammlung mit der für Satzungsänderungen erforderlichen Mehrheit ist somit die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Ein „einstimmiger“ Beschluss der Generalversammlung kann somit, muss aber nicht ausreichen. Sind bei der Beschlussfassung nicht alle Gesellschafter anwesend, so muss die Zustimmung der abwesenden Gesellschafter noch gesondert eingeholt werden. (Saurer).