

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

147. JAHRGANG

11
2015



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

BEITRÄGE

Raimund Bollenberger:

Zur Treuhandabwicklung von Bauspardarlehen

Seite 401

Walter Brugger und Alexander Schopper:

Keine Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB auf die GmbH und AG

Seite 405

RECHTSPRECHUNG

Pflichtteilsklage bei Spaltnachlass (Stufenklage)

Seite 420

Prinzip der Gesamtabrechnung bei Auseinandersetzung
mit ausscheidendem Personengesellschafter

Seite 428

Bemessung des Bereicherungsanspruchs für Betreuungs- und Pflegeleistungen
gegenüber der Erbin

Seite 433

Zur Bestimmtheit des Begehrens im Außerstreitverfahren

Seite 436

Befangenheit wegen CV-Mitgliedschaft?

Seite 439

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Waldemar Jud, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2015/133

Keine Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB auf die GmbH und AG

Der Beitrag untersucht die Frage, ob die bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) geltende Nachschussregelung des § 1184 Abs 2 ABGB auch im Recht der GmbH und der AG anwendbar ist, zumal § 1175 Abs 4 ABGB die subsidiäre Anwendung des GesbR-Rechts „auch auf andere Gesellschaften“ anordnet.

Von Walter Brugger und Alexander Schopper

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die Materialien
- C. Würdigung des Meinungsstands in der Lehre
 - 1. Walch
 - 2. Koppensteiner
 - 3. Harrer
- D. Eigene Ansicht
 - 1. Belastungsverbot
 - 2. Bisherige Rechtslage
 - 3. Neue Rechtslage
 - 4. Kapitalgesellschaft ist nicht Personengesellschaft
 - 5. Neue Nachschusspflicht
 - 6. Kapitalerhöhungen
 - 7. Persönliche Haftung aufgrund Vertrauensrelation
 - 8. Verwässerung, nicht Ausschluss
 - 9. § 72 GmbHG als Ausnahmeregelung vom kapitalgesellschaftsrechtlichen Prinzip der Nachschussfreiheit
 - 10. Unverzichtbares Austrittsrecht
 - 11. Absicht des Gesetzgebers
- E. Ergebnis

A. Einleitung

Die Gesellschafter einer GesbR sind grundsätzlich nicht verpflichtet, Nachschüsse zur vertraglich zugesagten Einlage zu leisten (§ 1184 Abs 1 ABGB). Allerdings bestimmt § 1184 Abs 2 ABGB,¹ dass die Gesellschafter dennoch – auch ohne Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag – die Leistung von Nachschüssen beschließen können, wenn die Fortführung der GesbR sonst nicht möglich wäre. Ausreichend ist dafür ein Mehrheitsbeschluss.² Das Gesetz ordnet somit für diesen Fall eine Ausnahme von dem ansonsten geltenden Einstimmigkeitsprinzip an.³ Wann die Fortführung einer GesbR „sonst nicht möglich wäre“, sagt das ABGB nicht. Es wird sich uE um eine gravierende (Liquiditäts-)Krise der Gesellschaft handeln müssen, aufgrund derer der Fortbestand der Gesellschaft ex ante betrachtet unmöglich erscheint und die Gesellschaft aufgelöst werden müsste.

Ein Gesellschafter, der einem solchen Beschluss auf Nachschussleistung nicht zugestimmt hat und den

Nachschuss nicht leistet, kann innerhalb angemessener Frist aus der GesbR austreten oder aufgrund einer Klage der übrigen Gesellschafter vom Gericht aus der GesbR ausgeschlossen werden.⁴

Diese für die GesbR geltende Bestimmung findet sich im 27. Hauptstück des ABGB, das mit Wirkung ab 1. 1. 2015 vollkommen überarbeitet wurde.⁵ Gemäß der programmatischen Bestimmung in § 1175 Abs 4 ABGB sind die Bestimmungen des gesamten Hauptstücks auch auf andere Gesellschaften anzuwenden, soweit für diese keine besonderen Vorschriften bestehen und die Anwendung dieser Bestimmungen auch unter Berücksichtigung der für die jeweilige Gesellschaft geltenden Grundsätze angemessen ist.

Es stellt sich daher die Frage, ob aufgrund von § 1175 Abs 4 ABGB die Nachschussregelung des § 1184 Abs 2 ABGB auf andere Gesellschaftsformen, insbesondere die GmbH oder die AG,⁶ anzuwenden ist. Gegebenenfalls bestünde ein konkreter Handlungsbedarf bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen: Um das Eingreifen des in § 1184 Abs 2 ABGB verankerten Prinzips „Sanieren oder Ausscheiden per Mehrheitsbeschluss“ bei einer GmbH oder AG von vornherein zu verhindern, müsste die Anwendung des § 1184 Abs 2 ABGB im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden.⁷

B. Die Materialien

Das GesbR-Reformgesetz (GesbR-RG) soll die GesbR als historisch betrachtet älteste heute noch in Geltung stehende Gesellschaftsform in Österreich in zahlreichen Bestimmungen „modernisieren“. Die Bestimmungen über die GesbR hatten seit jeher insoweit eine Auffangfunktion, als sie subsidiär zur Auffüllung von Lücken im rechtlichen Regime anderer Gesellschaftsformen heranzuziehen waren.⁸ Der Gesetzgeber wollte im Zuge der Reform

⁴ § 1184 Abs 2 ABGB.

⁵ GesbR-RG BGBl I 2014/83.

⁶ Wenn hier von der AG gesprochen wird, ist die SE als „Sonderform der AG“ ebenfalls gemeint.

⁷ § 1184 Abs 2 ABGB ist dispositiv. Kommt man – im Unterschied zu der hier vertretenen Auffassung – zum Ergebnis, dass die Bestimmung im GmbH- und Aktienrecht subsidiär anzuwenden ist, könnte sie dennoch ohne Weiteres durch eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden.

⁸ ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 3; Kalss, Die Entwicklung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts über 200 Jahre, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 441 (444 ff); Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des Zivilrechts im GmbHG (2014) 161 ff.

¹ Vgl auch § 109 Abs 4 UGB für die OG bzw KG.

² Krit Harrer, Sanieren oder Ausscheiden, GES 2015 (in Druck).

³ Siehe § 1192 Abs 1 ABGB.

auch einige Institutionen des allgemeinen Gesellschaftsrechts kodifizieren, insbesondere die *actio pro socio* sowie die Pflicht zur Interessenwahrung und zur Gleichbehandlung. Nach den Gesetzesmaterialien darf daraus freilich nicht der Schluss gezogen werden, dass diese Rechtsinstitute „auf alle Gesellschaftsformen undifferenziert angewendet werden sollen“.⁹ Vielmehr müssen jeweils die spezifischen Strukturmerkmale und Zusammenhänge der einzelnen Rechtsformen beachtet werden. Ausdrücklich sprechen die Materialien die Pflicht zur Mitwirkung und zur Förderung des Gesellschaftszwecks an, die bei einer personalistisch organisierten Gesellschaft mehr im Vordergrund steht und einen anderen Inhalt hat als bei einer Kapitalgesellschaft.¹⁰ Im Zusammenhang mit § 1184 ABGB thematisiert die Regierungsvorlage nicht, ob diese Bestimmung auf Kapitalgesellschaften angewendet werden sollte. Auch der Bericht des Justizausschusses enthält diesbezüglich keine Ausführungen.¹¹

Die Materialien geben also keine Indikation für die Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB auf die GmbH oder AG.

C. Würdigung des Meinungsstands in der Lehre

1. Walch

Ausführlich hat sich mit dieser Frage *Walch* auseinandergesetzt.¹² Er qualifiziert die GesbR-Bestimmungen als subsidiäre Rechtsquelle des GmbH-Rechts.¹³ Dies entspricht zweifellos dem gesetzgeberischen Willen, der im ABGB wie bereits erwähnt einen „allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts“,¹⁴ der subsidiär anwendbar sein soll, schaffen wollte. Er sieht die in § 1184 Abs 2 ABGB dargestellte Regel „Sanieren oder Ausscheiden“ als Ausfluss der Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern.

In der Folge unterscheidet *Walch* zwischen zusätzlichen „Einlagen“ und zusätzlichen „Nachschüssen“.

- Angesichts der Bestimmungen im GmbHHG über die Kapitalerhöhung und den Kapitalschnitt (§§ 52 ff GmbHHG) sieht er hinsichtlich zusätzlicher „Einlagen“ eine abschließende Regelung im GmbHHG, weshalb für eine subsidiäre Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB kein Raum bleibt.¹⁵

⁹ ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 3.

¹⁰ ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 3.

¹¹ JA 297 BlgNR 25. GP 1.

¹² *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesbR-Reform, RdW 2015, 78, mit Verweis auf *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHHG.

¹³ Ausführlich *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHHG 161 ff.

¹⁴ ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 8.

¹⁵ *Walch*, RdW 2015, 78 (82).

- Bei Nachschüssen zieht *Walch* zwar § 72 GmbHHG in Betracht und erkennt, dass § 72 GmbHHG „im Wesentlichen mit § 1184 Abs 1 ABGB vergleichbar“ ist und dem rechtsformübergreifenden gesellschaftsrechtlichen Prinzip des Belastungsverbots entspricht. Dann argumentiert er aber, dass § 1184 Abs 2 ABGB keine Nachschusspflicht, sondern nur eine Nachschussobliegenheit normiert, und auch das nur für den Fall, dass die Gesellschaft ohne zusätzliche Nachschüsse aufgelöst werden muss. Er plädiert für die subsidiäre Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB, weil es für die sanierungswilligen Gesellschafter (wohl als Ausfluss der Treuepflicht) unzumutbar sei, dass die sanierungsunwilligen Gesellschafter „als Trittbrettfahrer ihre Gesellschafterstellung behalten dürfen“.¹⁶ Durch § 1184 Abs 2 ABGB würden die GmbH-spezifischen Regelungen „nicht ausgehebelt“; es würden die spezifisch GmbH-rechtlichen Bestimmungen über die Kapitalerhöhung und den Kapitalschnitt einer subsidiären Anwendung des § 1184 Abs 2 ABGB nicht widersprechen. § 1184 Abs 2 ABGB sei bei Nachschüssen im GmbH-Recht „ergänzend anwendbar“.¹⁷

Allerdings räumt *Walch* ein, dass angesichts der OGH-Judikatur, die einen Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters nur auf Basis einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung zulässt, der Gesellschafterausschluss nach § 1184 Abs 2 ABGB bei der GmbH ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung unanwendbar bleiben wird, solange die Rsp nicht der gegenteiligen hL folgt.

Mit dieser ausführlich begründeten Ansicht von *Walch* muss man sich auseinandersetzen,¹⁸ auch wenn an dieser Ansicht im Ergebnis erhebliche Bedenken bestehen, die näher darzulegen sind, schon um dem Zustandekommen einer sog hL, die womöglich von der Rsp allzu rasch übernommen wird, entgegenzuwirken.¹⁹

Zutr ist die von *Walch* getroffene Unterscheidung in Nachschusspflicht (in § 72 GmbHHG) und Nachschussobliegenheit (in § 1184 ABGB). Der Gesellschafter ist nach § 1184 Abs 2 ABGB nicht zum – von den Mitgesellschaftern beschlossenen – Nachschuss verpflichtet, aber er muss ausscheiden und verliert – wenn er mit dem Mehrheitsbeschluss nicht einverstanden ist – seine Gesellschafterstellung, sein Investment, seine Unternehmensbeteiligung.

*Walch*s Unterscheidung zwischen zusätzlichen „Einlagen“ (bringt zusätzliche Stammeinlagen, aber es besteht keine Zeichnungspflicht bei Kapitalerhöhungen) und zusätzlichen „Nachschüssen“ (bringt keine zusätzli-

¹⁶ *Walch*, RdW 2015, 78 (83).

¹⁷ *Walch*, RdW 2015, 78 (83).

¹⁸ Im Gegensatz zu einer (beleidigenden) Diskussionsabwürgung wie in OGH 29. 3. 1994, 1 Ob 599/93, geschehen.

¹⁹ Diese Kautelarformulierung stammt von *Pimmer*, Ist die Prozessökonomie eine Rechtfertigung für die Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes? *ecolx* 2015, 286 (289).

chen Stimmrechte, aber es besteht Einzahlungspflicht) führt aber nicht weiter: In beiden Fällen geht es um zusätzliche Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft, die vorweg nicht (bei der Kapitalerhöhung) oder sehr wohl (bei den Nachschüssen) klar definiert sind.

Die Sanierungsnachschüsse des § 1184 Abs 2 ABGB hätten unter dem Blickwinkel der Vorhersehbarkeit eher Ähnlichkeit mit zusätzlichen Einlagen (Mehrheitsbeschluss auf Kapitalerhöhung, die vorweg nicht im Vertrag definiert und daher nicht absehbar war). *Walch* aber sieht bei den GmbHG-Regeln über die Kapitalerhöhung und den Kapitalschnitt eine abschließende Regelung und verneint daher die Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB.

Vielmehr betont *Walch* eine Ähnlichkeit der Zielsetzung des Sanierungsnachschusses mit den Zielen des § 72 GmbHG. Doch ist hier entgegenzuhalten, dass die §§ 72–74 GmbHG ein klares Konzept²⁰ bieten und so betrachtet eine abschließende lückenfreie Regelung darstellen. Näheres dazu weiter unten.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass es der OGH²¹ zutr ablehnt, bei einer GmbH die Treuepflicht der Gesellschafter im Falle eines Sanierungsbedarfs zu überspannen. Die Treuepflicht kann das Konzept „Sanieren oder Ausscheiden“ bei einer Kapitalgesellschaft nicht tragen.

2. *Koppensteiner*

Koppensteiner geht auf die Problematik nur kurz ein.²² Er argumentiert, dass die von § 1184 Abs 2 ABGB angestrebte Krisenbewältigung für Nachschüsse gem § 72 GmbHG „keine Rolle spielt“. Zur Krisenbewältigung bieten sich laut *Koppensteiner* die §§ 59 f GmbHG (vereinfachte Kapitalherabsetzung) an, was aber einer aktuellen Krise nicht effektiv entgegenwirken könne.²³ Daher sei § 1184 Abs 2 ABGB der für die Krisenbewältigung „geeigneter Weg“ und im GmbH-Recht anzuwenden. Im Recht der AG hingegen will *Koppensteiner* § 1184 Abs 2 ABGB nicht anwenden, weil der Aktionär als anonymer Kapitalgeber gar keine Möglichkeit habe, sich über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten und die Regelung „Sanieren oder Ausscheiden“ für den Aktionär erwartungswidrig sei.

Zutr ist, dass eine in der Satzung verankerte Nachschusspflicht gem § 72 GmbHG nur noch von einem Gesellschafterbeschluss, nicht aber vom Vorhandensein einer nachweisbaren Krisensituation abhängt. Unzutr ist uE aber die offenbar darauf basierende These, dass Nachschüsse gem § 72 GmbH nicht zur Krisenbewältigung tauglich sein sollen.²⁴ Im Gegenteil: Die Gesellschafter werden ohne irgendeinen Kapitalbedarf, wie er nicht nur, aber typischerweise auch in der Krise²⁵ entsteht, wohl keinen Nachschuss-Einforderungsbeschluss fassen. Es kann also nicht gesagt werden, im GmbH-Recht gäbe es keine Sanierungsinstrumentarien und § 1184 Abs 2 ABGB müsse helfend erhalten. Vielmehr enthalten gerade die Regeln über die Nachschüsse ein GmbH-spezifisches Konzept für eine Liquiditätsbeschaffung in der Krise.

Auch die Differenzierung von *Koppensteiner* zwischen GmbH und AG überzeugt nicht: Die (möglicherweise sogar tagesaktuelle) Informationslage eines GmbH-Gesellschafters über die finanzielle Situation der GmbH rechtfertigt nicht, den Gesellschafter erwartungswidrig zur Krisenbewältigung durch neue Einzahlungen heranzuziehen, wenn dies nicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist (vgl § 72 GmbHG) und der Gesellschafter der Zahlung nicht zugestimmt hat, sondern durch Mehrheitsbeschluss überstimmt wurde. Daran ändert auch die eventuelle Zulässigkeit einer syndikatsvertraglichen Nachschusspflicht bei der AG²⁶ nichts, denn eine syndikatsvertragliche Bindung setzt die Zustimmung des jeweiligen Aktionärs voraus. Der Grundgedanke des Kapitalgesellschaftsrechts, wonach keine persönliche Haftung der Gesellschafter und iA keine Nachschusspflicht besteht, soll bei der GmbH weniger gelten als bei der AG? Im Übrigen sind die faktischen Unterschiede in der Struktur von GmbH und AG (Anzahl und Informationslage der Gesellschafter) deutlich geringer, als landläufig für die personalistische GmbH und angeblich idR kapitalmarktorientierte AG angenommen.²⁷ Jedenfalls lässt sich aus der kontrafaktischen Annahme, die AG sei kapitalmarktorientiert, nicht der normative Schluss

²⁰ *Brugger/Schopper* in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbHG §§ 72–74 passim.

²¹ OGH 16. 11. 2012, 6 Ob 47/11 x: keine generelle Pflicht zu zusätzlichen finanziellen Leistungen des Gesellschafters selbst in einer „Notsituation“ der GmbH und Nichtanwendung von § 1043 ABGB nach erfolgreicher Sanierung; zust *Walch*, RdW 2015, 78 (84); zur AG s *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 49 Rz 44.

²² *Koppensteiner*, Die GesbR neuer Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, wbl 2015, 301 (310).

²³ *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 (311).

²⁴ *Brugger/Schopper* in *WK GmbHG § 72 Rz 12*; vgl auch *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 609; *Trenker* in *U. Torggler*, GmbHG § 72 Rz 11.

²⁵ Zur Annahme der Sanierungsbedürftigkeit ist nicht die schon eingetretene Zahlungsunfähigkeit erforderlich; vielmehr reicht eine in absehbarer Zeit konkret drohende Zahlungsunfähigkeit; so BGH 9. 6. 2015, II ZR 420/13.

²⁶ Vgl dazu *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 (311 in FN 104), unter Verweis auf *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009).

²⁷ *Brugger*, Aktuelles zur Satzungsstrenge nach OGH 6 Ob 28/13 f, NZ 2014, 145 (150): Bei der GmbH und AG sind jeweils rund 9% der Gesellschaften Ein-Personen-Gesellschaften; vgl aber auch *Reich-Rohrwig*, Analyse der Satzungen von Aktiengesellschaften in Österreich, in *FS Aicher* (2012) 605 (606): Hier wurde eine Stichprobe von 6% aus den zum Stichtag 4. 2. 2011 bestehenden österreichischen AGs gezogen. Davon waren sogar 29% Ein-Personen-Gesellschaften.

ziehen, diese Gesellschaft im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 1184 Abs 2 ABGB anders zu behandeln als die GmbH. Im Übrigen wäre es dann auch inkonsequent, wenn die Aktionäre einer personalistischen AG oder gar der Alleinaktionär nach *Koppensteiner* nicht zur Krisenbewältigung durch Nachschüsse gem § 1184 Abs 2 ABGB verhalten sind.

3. *Harrer*

Nach der zutr Ansicht von *Harrer* wirft die neue Regelung für das Recht der GmbH schwierige Verständnisfragen auf.²⁸ Er fragt sich, ob aus § 1184 Abs 2 ABGB „wertungsmäßige Neuerungen des Gesetzgebers“ abzuleiten sind, die beachtet werden müssten (und zweifelt doch gleichzeitig an der Übertragung der Regelung auf das Recht der GmbH),²⁹ oder ob nicht gleich eine Aufhebung von § 1184 ABGB erwogen werden sollte.³⁰ *Harrer* hält außerdem die Bestimmung des § 1184 Abs 2 ABGB – schon für den Bereich der GesbR – für völlig missglückt.³¹

D. Eigene Ansicht

1. Belastungsverbot

Zunächst ist festzuhalten, dass § 1184 Abs 1 ABGB ein allgemeines Belastungsverbot enthält: „Die Gesellschafter sind nicht verpflichtet, Nachschüsse zur vertraglich zugesagten Einlage zu leisten.“ Das entspricht der alten Rechtslage gem § 1189 ABGB aF³² („Die Mitglieder können zu einem mehreren Beytrage, als wozu sie sich verpflichtet haben, nicht gezwungen werden“). Mit dem unveränderten gesellschaftsrechtlichen Prinzip des Belastungsverbots geht einher, dass jeder Gesellschafter vorweg wissen muss, welche Belastungen ihn aus der mitgliedschaftlichen Bindung treffen können. Dieser Grundsatz ist auch in § 72 GmbHG zu finden. Eine betraglich unbestimmte und unbestimmbare, also unüberschaubare, Nachschusspflicht gemäß einem künftigen Beschluss der anderen Gesellschafter wäre in einem Vertrag sittenwidrig³³ und im Gesetz wohl sogar verfassungsrechtlich bedenklich (Eigentumsgarantie).³⁴ Das Belastungsverbot iW ist bei Kapitalgesellschaften ein

stärkeres Wesensmerkmal als bei Personengesellschaften, wo der GesbR-Gesellschafter, der OG-Gesellschafter und der Komplementär trotz eines formalen Belastungsverbots immer mit persönlichen Haftungen für Gesellschaftsschulden rechnen müssen.

2. Bisherige Rechtslage

Auch die neue und ausführliche Formulierung des § 1184 Abs 2 ABGB (kurz: Sanieren oder Ausscheiden), ist so neu nicht. Bereits im § 1189 ABGB aF hieß es: „Fände jedoch bei veränderten Umständen ohne Vermehrung des Beytrages die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes gar nicht Statt, so kann das sich weigernde Mitglied austreten, oder zum Austritte verhalten werden.“

Schon vor dem GesbR-RG ordnete § 1216 ABGB aF („Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Anordnungen sind auch auf die Handlungsgesellschaften anzuwenden; in so fern hierüber nicht besondere Vorschriften bestehen“) ähnlich wie der neue § 1175 Abs 4 ABGB eine subsidiäre Anwendung der GesbR-Regeln auf sonstige Gesellschaften an³⁵ und daher waren nach der zutr hL³⁶ die GesbR-Regeln auch vor der Reform auf Kapitalgesellschaften subsidiär anwendbar.

Angesichts der zumindest im Grundsatz gleichen alten Rechtslage ist zunächst daran zu erinnern, dass zur alten Rechtslage weder Rsp noch Lehrmeinungen ersichtlich sind, wonach § 1189 iVm § 1216 ABGB aF bei einer GmbH zur Nachschusspflicht außerhalb und zusätzlich zu § 72 GmbHG führen könne, wenn ein Sanierungsbedarf vorliegt. Das ist zur Widerlegung der zur neuen Rechtslage vertretenen Ansichten von *Walch* und *Koppensteiner* zwar nicht ausreichend, lässt aber zumindest erste Zweifel aufkommen. Diese Zweifel werden durch die in weiterer Folge dargelegten Gründe, die allesamt gegen die (subsidiäre) Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB im Recht der GmbH oder AG sprechen, untermauert.³⁷

3. Neue Rechtslage

Nach dem neuen § 1175 Abs 4 ABGB sind die GesbR-Regeln subsidiär auf Kapitalgesellschaften anwendbar, allerdings nur, „soweit für diese keine besonderen Vor-

²⁸ *Harrer*, Die Reform des gesellschaftsbürgerlichen Rechts, wbl 2015, 121 (125).

²⁹ *Harrer*, wbl 2015, 121 (125).

³⁰ *Harrer*, wbl 2015, 121 (125).

³¹ *Harrer*, Sanieren oder Ausscheiden, GES 2015 (in Druck).

³² JGS 946/1811 (die historische Orthographie [laut www.ris.bka.gv.at] ist hier beibehalten worden).

³³ Darauf verweist zutr *Harrer*, Sanieren oder Ausscheiden, GES 2015 (in Druck).

³⁴ Die Ausscheidensfolge könnte ähnlich einer Enteignung mit Entschädigung angesehen werden; aber auch eine Enteignung mit Entschädigung ist am Sachlichkeitskriterium zu prüfen. UE ist eine betraglich unüberschaubare Nachschussobliegenheit (bei sonstiger Enteignung) nicht sachgerecht, zumal die Höhe des Nachschussbeschlusses nicht auf das zur Sanierung Nötige beschränkt ist.

³⁵ Dieser § 1216 ABGB aF war erst seit Aufhebung von Art 7 Nr 1 EVHGB und § 179 HGB (ab 31. 1. 2006) voll anwendbar. Zuvor war § 1216 ABGB aF von Art 7 Nr 1 EVHGB und § 179 HGB überlagert; vgl *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1216 Rz 1.

³⁶ Ausführlich *Kalss* in FS 200 Jahre ABGB (2011) 441 (444 ff); *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des Zivilrechts im GmbHG 161 ff; vgl auch *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1216 Rz 2 mwN.

³⁷ Die folgenden Darlegungen werden ähnlich demnächst in *Brugger/Schopper* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 72 Rz 56/1–56/9 (in Druck) veröffentlicht.

schriften bestehen und die Anwendung dieser Bestimmungen auch unter Berücksichtigung der für die jeweilige Gesellschaft geltenden Grundsätze angemessen ist". Es bestehen also **zwei kumulative Anwendungsvoraussetzungen** für die Anwendung von GesbR-Bestimmungen auf andere Gesellschaften:

- Es dürfen noch keine besonderen Vorschriften für diese anderen Gesellschaften bestehen, und
- die Anwendung der GesbR-Bestimmungen ist auch unter Berücksichtigung der für die andere Gesellschaftsform geltenden Grundsätze angemessen.

Nur wenn beide Kriterien zutreffen, sind GesbR-Regelungen des 27. Hauptstücks des ABGB auf andere Gesellschaften übertragbar.

Das erste Kriterium (noch „keine besonderen Vorschriften“ bestehen) erinnert an die Analogiekriterien: Ein Analogieschluss setzt voraus, dass eine **Lücke** im Gesetz (planwidrige Unvollständigkeit) geortet wird. Ohne Lücke ist keine Analogie zulässig. Ein ganz ähnlicher Gedanke ist nun auch in § 1175 Abs 4 ABGB zu finden³⁸ und zeigt, dass eine voreilige Übertragung von GesbR-Regeln schon am ersten Kriterium scheitern muss.

Das zweite Kriterium greift den auch bei Analogieschlüssen wichtigen Aspekt auf, dass nur solche Rechtsfolgen auf den unregulierten Sachverhalt per analogiam übertragen werden dürfen, die **sachgerecht** sind. Damit angesprochen ist eine Wertungsfrage. Die Anwendung der GesbR-Bestimmungen im GmbH- und Aktienrecht setzt voraus, dass die jeweils in Betracht kommende GesbR-Regelung auch wertungsmäßig für die im GmbH- und Aktienrecht geltenden besonderen Grundsätze passt.³⁹

Erinnert sei auch an einen anerkannten methodischen Grundsatz bei der Analogie: Die analoge Rechtsanwendung scheidet immer dann aus, wenn (aufgrund wertender Interpretation) ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber eine Rechtsfolge nur unter bestimmten Umständen eintreten lassen wollte, unter anderen aber bewusst nicht, also eine konkret gefundene „Nichtregelung“ dem Plan des Gesetzgebers entspricht (das *argumentum e contrario* hindert also die Analogie und auch eine subsidiäre Anwendung).

4. Kapitalgesellschaft ist nicht Personengesellschaft

Es muss zunächst – auch wenn es trivial klingen mag – an das Haftungsgefüge einer Kapitalgesellschaft erinnert

³⁸ Wobei man bei der vom Gesetzgeber ohnehin angeordneten subsidiären Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen wohl gar nicht von einer planwidrigen Unvollständigkeit des GmbHG wird sprechen können, weshalb die subsidiäre Anwendung methodisch von einer analogen Rechtsanwendung wohl zu unterscheiden ist.

³⁹ Vgl dazu ausführlich *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG 39 ff und 206 f.

werden: Die Gesellschafter haften – im Unterschied zu Personengesellschaften (Ausnahmen dort: der stille Gesellschafter und der Kommanditist) – eben nicht für die Verbindlichkeiten der Kapitalgesellschaft und sind idR gerade nicht verpflichtet, weitere Leistungen zu erbringen. Dass hingegen der, ohnedies persönlich und unbeschränkt für bereits eingegangene Verbindlichkeiten und für die allfällige Überschuldung⁴⁰ der GesbR haftende GesbR-Gesellschafter zu Nachschüssen mittels Mehrheitsbeschluss verpflichtet werden soll, ist im Recht der Personengesellschaften angemessen,⁴¹ zumal jeder persönlich haftende Gesellschafter bei Insolvenz nicht nur seinen Einsatz in der Gesellschaft verliert (so wie auch der GmbH-Gesellschafter), sondern für die Gesellschaftsschulden voll mit seinem Privatvermögen haftet. In der Krise, die § 1184 Abs 2 ABGB vor Augen hat, ist also ein Nachschuss in der Hoffnung auf Sanierung oft das geringere Übel gegenüber der Vollhaftung bei totalem Misserfolg, der nicht selten die Insolvenz der Gesellschafter zur Folge hat.

Ganz anders ist das aber im Recht der Kapitalgesellschaften. Dieses kennt keine persönliche Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten (§ 61 Abs 2 GmbHG; §§ 1, 49 AktG), und Zusatzleistungen des Gesellschafters über die ursprüngliche Kapitaleinzahlungspflicht hinausgehend sind nur mit dessen Zustimmung möglich (nicht durch Mehrheitsbeschlüsse, vgl § 50 Abs 4–5 GmbHG). Selbst in der Insolvenz sind die Gesellschafter der GmbH oder AG nicht zu Beiträgen verpflichtet. Eben in Ermangelung einer persönlichen Haftung von natürlichen Personen⁴² ist daher die Kapitalgesellschaft⁴³ nicht nur – wie die echten Personengesellschaften – bei Zahlungsunfähigkeit (§ 66 IO), sondern auch schon bei Überschuldung verpflichtet, Insolvenz anzumelden (§ 67 IO).

5. Neue Nachschusspflicht

Die Einführung der Nachschusspflicht bei der GmbH bedarf einer Satzungsbestimmung (§ 72 GmbHG). Bei Gründung der GmbH ist der Gesellschaftsvertrag von allen Gesellschaftern einstimmig zu schließen. Die nachträgliche Einführung einer Nachschusspflicht in den Gesellschaftsvertrag erfordert nach § 50 Abs 4 GmbHG ebenfalls Einstimmigkeit iS von Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter.⁴⁴ Hierin liegt eine „besondere

⁴⁰ Gemeint ist, dass das vorhandene Vermögen der GesbR die Schulden nicht mehr deckt (betriebswirtschaftliche Sicht); insolvenzrechtlich ist das freilich irrelevant, weil der – die Überschuldung als Insolvenzverfahrensvoraussetzung regelnde – § 67 IO auf die GesbR nicht anwendbar ist.

⁴¹ Auf Wertungsunstimmigkeiten verweist zutr *Harrer*, wbl 2015, 121 (124).

⁴² *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 2.

⁴³ Einschließlich der GmbH & Co KG (vgl § 67 IO); die GmbH & Co KG wird auch sonst häufig den Kapitalgesellschaften gleichgesetzt (vgl zB § 189 Abs 1 Z 2 UGB).

⁴⁴ *Brugger/Schopper* in WK GmbHG § 72 Rz 54.

Vorschrift“ iSv § 1175 Abs 4 ABGB, die ausschließt, dass mit Mehrheitsbeschluss (so § 1184 Abs 2 ABGB) bei der GmbH eine – auch bloß einmalige – Nachschusspflicht oder Nachschussobliegenheit statuiert wird. In der GmbH-rechtlichen Konstruktion des Einstimmigkeitserfordernisses zur Nachschusspflicht ist vielmehr eine bestehende besondere Vorschrift,⁴⁵ wenn nicht gar ein argumentum e contrario zu sehen. Daran ändert auch die Zulässigkeit einer syndikatsvertraglichen Nachschusspflicht⁴⁶ nichts, denn die Bindung daran setzt die Zustimmung jedes einzelnen daran gebundenen Gesellschafters voraus, mag das durch Zustimmungserklärung beim ursprünglichen Abschluss des Syndikatsvertrags erfolgen oder durch einen späteren Eintritt in den bestehenden Syndikatsvertrag.

6. Kapitalerhöhungen

Kapitalerhöhungen können bei einer Kapitalgesellschaft auch der Krisenbewältigung dienen. Es besteht somit zumindest teilweise ein Überschneidungsbereich zwischen dem von § 1184 Abs 2 ABGB verfolgten Zweck und jenem der Kapitalerhöhungsregeln im GmbH- und Aktienrecht. Das Kapitalgesellschaftsrecht sieht für die Kapitalerhöhung detaillierte Regeln vor. Eine Kapitalerhöhung kann zwar von einer Mehrheit (zu Sanierungszwecken oder aus sonstigen Gründen) beschlossen werden, bewirkt aber für einen Gesellschafter ohne seine Zustimmung nie eine Leistungspflicht oder „Obliegenheit bei sonstigem Verlust des Anteils“. Es entsteht nur ein Bezugsrecht und keine Bezugspflicht oder Bezugsobliegenheit.⁴⁷ Die Bestimmungen über Kapitalerhöhungen sind uE abschließend und schließen gem § 1175 Abs 4 ABGB die Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB aus.⁴⁸

In systematischer Hinsicht ist zu bedenken, dass sogar ein Kapitalerhöhungsbeschluss, der keinen Gesellschafter zur Übernahmeerklärung zwingt, eine erhöhte, nämlich eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit, erfordert. Dies gilt sogar beim sog „Sanierungsschnitt“ iSd §§ 59–60 GmbHG. Es reicht also nicht die in § 1184 Abs 2 ABGB vorgesehene einfache Mehrheit. GmbHG und AktG sehen aufgrund einer sinnvollen gesetzgeberischen Entscheidung jeweils erhöhte Beschlussquoten vor, weil die Gesellschafter bei Kapitalgesellschaften vor von Anfang an nicht vorgesehenen Zusatzleistungen zu schützen sind (Belastungsschutz). Ein solcher Belastungsschutz ist bei den Personengesellschaften weniger ausgeprägt: Selbst wenn eine „Kapitalerhöhung“ bei der GesbR als Vertragsän-

derung der Einstimmigkeit bedarf und blockiert werden kann, so muss doch auch ohne Kapitalerhöhung jeder persönlich haftende Gesellschafter immer damit rechnen, dass er zur Verlusttragung persönlich beitragen muss und insoweit „belastet“ wird.

Das zeigt für einen wirtschaftlich vergleichbaren Vorgang ein von der GesbR völlig abweichendes Ordnungsregime bei Kapitalgesellschaften, mit dem die in § 1184 Abs 2 ABGB vorgesehene einfache Mehrheit für Nachschussobliegenheiten bei sonstigem Verlust der Beteiligung nicht harmonisieren kann.

7. Persönliche Haftung aufgrund Vertrauensrelation

Bei den Personengesellschaften sind die persönlich haftenden Gesellschafter idR zur Mitarbeit im Unternehmen verpflichtet (§§ 1186, 1189 ABGB; §§ 112, 114 UGB). Daraus ergibt sich eine Mitwirkungspflicht, die auch umfassende Information über die Geschäftsabwicklung der Mitgesellschafter vermittelt. Die – nach außen hin – unbeschränkte, unbeschränkbare, persönliche, solidarische und primäre Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen setzt ein Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander auch hinsichtlich der fortbestehenden Bonität der Mitgesellschafter voraus, sonst ginge der allfällige interne Regressanspruch ins Leere. Konsequenterweise bedarf daher nach dem gesetzlich normierten Regelfall ein Gesellschafterwechsel der Zustimmung aller.⁴⁹ Ein Gesellschafter, der nun einen von der Mehrheit zur Fortsetzung der Gesellschaft erforderlich erachteten Nachschuss nicht leisten will, setzt damit auch ein Signal für seine wie auch immer begründete Zahlungsunwilligkeit oder beschränkte Zahlungsfähigkeit hinsichtlich künftiger Haftungen für Gesellschaftsschulden und auch für den damit potenziell verbundenen internen Regress der Gesellschafter untereinander. Insoweit ist auf Basis des finanziellen Vertrauens zwischen den bei einem Nachschuss zu Sanierungszwecken mitziehenden Gesellschaftern die in § 1184 Abs 2 ABGB normierte Nachschussobliegenheit mit der Forderung der Übrigen nach seinem Ausscheiden gerechtfertigt und verständlich.

Bei Kapitalgesellschaften ist die Treuepflicht⁵⁰ zwar im Detail strittig, aber jedenfalls insoweit klar, als sie im Vergleich zu den Personengesellschaften deutlich reduziert ist.⁵¹ Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft

⁴⁵ AA Walch, RdW 2015, 78 (83).

⁴⁶ Vgl dazu Brugger/Schopper in WK GmbHG § 72 Rz 18; OGH 17. 9. 2014, 6 Ob 35/14 m eolex 2014, 1068 (Reich-Rohrwig) = GesRZ 2015, 203 (Heidinger) = NZ 2014, 386.

⁴⁷ § 52 Abs 3 GmbHG spricht von einem „Vorrecht“ jedes Gesellschafters zur Übernahme der neuen Stammeinlagen. In § 153 AktG heißt dies „Bezugsrecht“.

⁴⁸ Ebenso Walch, RdW 2015, 78 (82).

⁴⁹ Vgl dazu auch Schopper, Gesellschafterwechsel durch Anteilsübertragung in der Kapitalgesellschaft & Co, in FS Reich-Rohrwig (2014) 207 (208).

⁵⁰ Zur AG vgl Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 12 Rz 19 mwN; zur GmbH Winkler/Gruber in Gruber/Harrer, GmbHG (2014) § 61 Rz 39; übersichtlich Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005) 199.

⁵¹ OGH 16. 11. 2012, 6 Ob 47/11x GesRZ 2013, 153. Der Gesellschafter einer OG unterliegt einem Wettbewerbsverbot (OGH 11. 8. 2015, 4 Ob 71/15t), was für den GmbH-Gesellschafter nicht gilt.

haften auch nicht extern solidarisch verbunden mit internem Regress für Gesellschaftsverbindlichkeiten und sind auch nicht zur Mitwirkung im Unternehmen verpflichtet.⁵² Somit fehlt auch aus diesem Grund die Berechtigung, eine Nachschussobliegenheit ex lege, wenn auch „bloß“ für den Fall der Krise, anzunehmen. Sie ist im Recht der Kapitalgesellschaften systemwidrig, ergo nicht „angemessen“ iSv § 1175 Abs 4 ABGB.

8. Verwässerung, nicht Ausschluss

Bei einer Kapitalgesellschaft resultiert aus einer Kapitalerhöhung, bei der ein sanierungsunwilliger Gesellschafter nicht mitziehen will, zwar eine prozentuelle Anteilsreduktion („Verwässerung“) jener Gesellschafter, die das Bezugsrecht nicht ausüben. Doch diese sind weiterhin am Gewinn der infolge Kapitalerhöhung erstarkten Gesellschaft anteilmäßig beteiligt und im Unterschied zur GesbR nicht ausgeschlossen. Ein Ausschluss nach dem Gesellschafter-Ausschlussgesetz (GesAusG) ist nur bei Vorliegen der in diesem Gesetz detailliert geregelten Voraussetzungen möglich. Auch insoweit weisen die Regeln der Kapitalerhöhung iVm dem GesAusG einen abschließenden Charakter auf, was gegen die Anwendbarkeit des § 1184 Abs 2 ABGB im GmbH- und Aktienrecht spricht.

9. § 72 GmbHG als Ausnahmeregelung vom kapitalgesellschaftsrechtlichen Prinzip der Nachschussfreiheit

Das Aktienrecht kennt keine Nachschüsse und zeigt am klarsten das Prinzip der Haftungs- und Belastungsfreiheit bei Kapitalgesellschaften. § 72 GmbHG erweist sich als Ausnahme vom allg Grundsatz der Haftungs- und Nachschussfreiheit des GmbH-Gesellschafters, aber auch nur dann, wenn die Nachschusspflicht in die Satzung aufgenommen und betraglich begrenzt worden ist. Die Regelungen über die Nachschüsse im GmbHG bedürfen keiner Lückenfüllung oder Ergänzung, sondern sind vielmehr „besondere Vorschriften“ iSd § 1175 Abs 4 ABGB, welche die Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB ausschließen.

10. Unverzichtbares Austrittsrecht

Die in § 1184 Abs 2 ABGB vorgesehene Rechtsfolge des unverzichtbaren Austrittsrechts für den nicht dem Nachschuss zustimmenden Gesellschafter oder die Ausschlussklage der übrigen ist bei einer Kapitalgesellschaft kaum umsetzbar:

Beim Austritt hat die Personengesellschaft – bei der GesbR mangels Rechtsfähigkeit eigentlich die verbleibenden Gesellschafter, bei OG oder KG hingegen wohl

die OG bzw KG – an den ausscheidenden Gesellschafter eine Abfindung (Auseinandersetzungsguthaben) zu leisten. Nach § 1203 ABGB wäre das der Liquidationswert⁵³ und eine Haftungsfreistellung, doch ist der Ausscheidende zum Verlustausgleich verpflichtet. Die Materialien zu § 1184 ABGB erwähnen auch das Problem, dass die Abfindungsansprüche der ausscheidenden Gesellschafter die Fortführung der Gesellschaft erst recht infrage stellen können.⁵⁴ Eine derartige Leistung der GmbH an ihren ausscheidenden Gesellschafter ist aber bei einer Kapitalgesellschaft eine unzulässige Einlagenrückgewähr und es ist nicht ersichtlich, dass der ABGB-Gesetzgeber die Kapitalerhaltung (als tragende Säule des Kapitalgesellschaftsrechts) aushöhlen wollte.⁵⁵

Ein Verlustausgleich (§ 1203 Abs 4 ABGB) ist bei Ausscheiden eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft undenkbar (vgl § 61 Abs 2 GmbHG; §§ 48, 49 Abs 1 AktG).⁵⁶ Unklar bleibt beim Austritt auch, was mit dem Geschäftsanteil geschehen soll, da er nicht vernichtet, sondern nur übertragen werden kann. Der Austritt würde erfordern, dass der Ausscheidende seinen Anteil den verbleibenden Gesellschaftern andienen kann, doch fehlt dafür und für die Preisfestsetzung jede gesetzliche Grundlage. Anders ist dies im dGmbHG, wo die GmbH eigene Anteile erwerben und durch Versteigerung weiterveräußern kann.⁵⁷ Ein „Abandonrecht“ wird nach zutr hA abgelehnt.⁵⁸

Auch eine Teilliquidation der GmbH hinsichtlich des ausscheidenden Gesellschafters, wie in § 1203 Abs 2 ABGB angedeutet, und damit verbunden eine Ausschüttung an den ausscheidenden Gesellschafter ist bei einer Kapitalgesellschaft unzulässig.

Zu überlegen wäre, ob – sofern das Mindestkapital nicht unterschritten wird – bei der GmbH oder AG eine alieneare Kapitalherabsetzung möglich wäre, um den An-

⁵³ Unter Umständen als Wert des lebenden Unternehmens bei fiktiver Liquidationsveräußerung des lebenden Gesamtunternehmens; vgl *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, WK UGB I⁴ §§ 137, 138 Rz 9*. Der OGH 29. 6. 2015, 6 Ob 144/14 s, sprach erst jüngst aus, dass der ausscheidende Gesellschafter einer Personengesellschaft einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft in jener Höhe hat, als ob die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre („Gesamtabrechnungsgrundsatz“ anhand einer Abschichtungsbilanz, uU besteht auch eine Fehlbetragszahlungspflicht). Nach OGH 29. 6. 2015, 6 Ob 49/15 x, wird der Anspruch mit dem Ausscheiden fällig.

⁵⁴ ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 13.

⁵⁵ Auch das Ausscheiden eines Kommanditisten bei der GmbH & Co KG kann problematisch sein, weil der Grundsatz der Kapitalerhaltung nach dem OGH auch für die GmbH & Co KG gilt. Dies rechtfertigt aber keinesfalls, den Kapitalerhaltungsgrundsatz auch bei der GmbH auszuhöhlen, indem man eine Leistung der Gesellschaft an den ausscheidenden Gesellschafter zulässt.

⁵⁶ Skeptisch daher auch *Walch, RdW 2015, 78 (83)*.

⁵⁷ Vgl *Brugger/Schopper in WK GmbHG § 73 Rz 2*.

⁵⁸ Vgl *Brugger/Schopper in WK GmbHG § 73 Rz 19 mwN*.

⁵² Diese Unterschiede kontrastierend: *Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht³ (2013) 45 und 70*.

teil des Ausscheidenden zu beseitigen. Die rechtliche Zulässigkeit dieses Weges ist aber höchst zweifelhaft.

Sollte eine Ausschlussklage iSv § 1184 Abs 2 ABGB bei der GmbH oder AG außerhalb des derzeit zugelassenen Rahmens nach dem GesAusG angedacht werden, müsste diese Klage mit einer Geschäftsanteils- bzw Aktien-Übernahmepflicht der klagenden Gesellschafter verbunden sein.⁵⁹ Eine Grundlage dafür ist im Gesetz aber nicht enthalten. Eine Analogie zu § 1 GesAusG, der nur auf einen Hauptgesellschafter, nicht aber auf eine Mehrheit von übernehmenden Gesellschaftern abzielt, ist uE abzulehnen. Im Unterschied zum GesAusG könnte außerdem hier nicht nur ein „kleiner“ Gesellschafter mit Anteil von höchstens 10%, sondern auch ein Gesellschafter mit Anteil bis zu 49,9%⁶⁰ ausgeschlossen werden. Außerdem sieht § 1 GesAusG den Ausschluss immerhin gegen „angemessene Barabfindung“ vor, während der ausgeschlossene Gesellschafter nach § 1203 Abs 2 ABGB bzw § 137 Abs 2 UGB lediglich die Auszahlung dessen verlangen kann, „was er bei der Auseinandersetzung erhielte, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre“. Auch hier liegt ein unüberbrückbarer Wertungswiderspruch vor, der einer Lösung des Problems durch analoge Anwendung der Bestimmungen des GesAusG entgegensteht.

Die Judikatur anerkennt bislang den Ausschluss eines Gesellschafters zu Recht nur aus wichtigem Grund und nur, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht.⁶¹ Liegt aber kein wichtiger Grund vor, wird die einseitige Beendigung über die Reichweite des GesAusG hinaus zutr abgelehnt.⁶² Die Weigerung eines Gesellschafters zur Leistung von zuvor nicht vereinbarten Nachschüssen stellt bei einer die persönliche Haftung als Gesellschafter grds ausschließenden Kapitalgesellschaft keinen wichtigen Grund dar.⁶³ Selbst aus der Treuepflicht ergibt sich keine Nachschusspflicht (s dazu bereits oben C.1.), deren Verletzung einen Ausschlussgrund bilden könnte. Eine allgemeine und nicht von wichtigen Gründen abhängige Hinauskündigungsmöglichkeit der anderen Gesellschafter wird von der hL als sittenwidrige

Beeinträchtigung der Gesellschafterstellung angesehen.⁶⁴

Diese – theoretisch – denkbaren Ausscheidensvarianten infolge Nachschussverweigerung sind im Rahmen einer GmbH oder AG absolute Fremdkörper und mit dem Wesen einer Kapitalgesellschaft kaum zu vereinbaren. Das GmbHG kennt als Sanktion bei Nachschussverweigerung (nur) die Kaduzierung (vgl § 73 GmbHG). Somit wäre die Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB bei „Berücksichtigung der“ für die GmbH „geltenden Grundsätze“ nicht „angemessen“ und ist daher abzulehnen. Dass hingegen durch eine Anwendung des § 1184 Abs 2 ABGB spezifisch GmbH-rechtliche Bestimmungen geradezu „ausgehobelt“ werden müssten, ist aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts kein Kriterium und daher für die Ablehnung der ABGB-Anwendung gar nicht erforderlich.⁶⁵

11. Absicht des Gesetzgebers

Schließlich ist auch die Absicht des Gesetzgebers des GesbR-RG zu hinterfragen: Ausweislich der Materialien⁶⁶ sollte durch § 1175 Abs 4 ABGB das Recht der GesbR als „allgemeiner Teil des Gesellschaftsrecht“ angesehen werden. Wie bereits oben erwähnt, ist den Materialien aber keinesfalls zu entnehmen, dass im Unterschied zur alten Rechtslage nunmehr ganz bestimmte Regelungen, insbesondere § 1184 Abs 2 ABGB, auf Kapitalgesellschaften anzuwenden sein sollen. Insofern ist kein Änderungswillen des Gesetzgebers in Bezug auf das Kapitalgesellschaftsrecht zu erkennen.⁶⁷ Das Schweigen der Materialien kann als Beleg gegen eine exzessive Anwendung von GesbR-Recht auf Kapitalgesellschaften dienen.

E. Ergebnis

Im Ergebnis ist § 1184 Abs 2 ABGB im Recht der GmbH oder AG nicht (subsidiär) anzuwenden.

Über die Autoren:

Hon.-Prof. Dr. Walter Brugger ist Gründungspartner der Rechtsanwaltskanzlei Dorda Brugger Jordis in Wien.

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Institutsvorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht an der Universität Innsbruck.

⁵⁹ Dafür *Harrer*, wbl 2015, 121 (125).

⁶⁰ Bei abweichend vereinbarten Stimmgewichten (§ 1192 Abs 2 ABGB ist dispositiv, vgl ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 15) wäre sogar denkbar, dass ein Mehrheitsbeschluss mit den Stimmen eines kapitalmäßigen Minderheitsgesellschafters zustande kommt. Dann könnte sogar ein Mehrheitsgesellschaftler vom Minderheitsgesellschaftler ausgeschlossen werden.

⁶¹ OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 80/11 z GesRZ 2012, 129; 17. 10. 2006, 1 Ob 135/06 v ecolex 2007/120; nach hL aber auch ohne gesellschaftsvertragliche Grundlage.

⁶² Vgl die Nachweise der Rsp bei *Kalss*, Zur Zulässigkeit der Hinauskündigung eines GmbH-Gesellschafters, in FS Reich-Rohrwig 66.

⁶³ AA *Walch*, RdW 2015, 78 (82).

⁶⁴ *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH (2005) 71; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 680 ff.

⁶⁵ AA *Walch*, RdW 2015, 78 (83).

⁶⁶ ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 8.

⁶⁷ AA *Harrer*, wbl 2015, 121 (125).