

54. Jahrgang / April 2025 / Nr. 2

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Linde
www.lindeverlag.at

Karl Wörle

Das EU-Omnibus-Paket

Thomas Barth

Haftung des Aufsichtsrats für außergewöhnliche Fähigkeiten

Susanne Kalss

Kunst und Gesellschafts- und Stiftungsrecht

Patrick Raschner

Marktmissbrauch unter der MiCAR

Fabian Aubrunner/Georg Brameshuber/Florian Ebner

Tagungsbericht zur 3. Digital Assets Rechtstagung

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zum Gesellschafts- und Privatstiftungsrecht

Unternehmensrecht aktuell

Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick

Solidarhaftung von unmittelbarem und mittelbarem Gesellschafter für Ansprüche nach § 83 Abs 1 GmbHG?

§§ 48, 82 und 83 GmbHG

§ 92c JN

§ 1494 ABGB

1. Wirksam vertreten ist eine GmbH im Rahmen der verbotenen Einlagenrückgewähr nie. Die durch einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr *ex tunc* bewirkte Nichtigkeit lässt einen solchen Vertrag oder ein solches Geschäft von Anfang an unwirksam sein.
2. Auch die bloße (unentgeltliche oder nicht fremdübliche) Nutzung einer Wohnung (der Gesellschaft durch den Gesellschafter) kann grundsätzlich einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften darstellen.
3. Auch ehemalige Gesellschafter, sofern die Leistung im Hinblick auf die ehemalige Gesellschafterstellung erbracht wird, unechte Dritte oder die „wahren Gesellschafter“, also etwa der Treugeber oder (wie hier) mittelbare Gesellschafter, können passivlegitimiert sein. Selbst echte Dritte können bei Kollusion oder grober Fahrlässigkeit nach § 83 Abs 1 GmbHG rückgabepflichtig sein.
4. Für den Fall der gleichzeitigen Inanspruchnahme (gem § 83 Abs 1 GmbHG) von unmittelbarem und mittelbarem Gesellschafter für „dieselbe“ Leistung, wobei der mittelbare Gesellschafter alleiniger Anteilseigner der zwischengeschalteten Gesellschaft und überdies auch deren Geschäftsführer ist, schließt sich der 6. Senat den Befürwortern der Solidarhaftung von unmittelbarem und mittelbarem Gesellschafter an.
5. Verbleiben der Gesellschaft für die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 83 Abs 1 GmbHG „unbefangene“ Mitglieder des Kollegialorgans (wegen einer Einschränkung ihrer Vertretungsbefugnis) nicht mehr in vertretungsbefugter Anzahl, ist in analoger Anwendung von § 1494 ABGB von einer Hemmung der Verjährungsfrist auszugehen, weil eine ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft nicht möglich ist.
6. Die Frage, ab wann ein unbefangener kollektivvertretungsbefugter Geschäftsführer einer Gesellschaft oder ein Gesellschafter Schritte zur Beseitigung des Vertretungsmangels zu setzen gehabt hätte und wann der Vertretungsmangel dann beendet gewesen wäre (sodass die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hätte), kann nur einzelfallbezogen beantwortet werden.

OGH 6.11.2024, 6 Ob 98/24s (OLG Wien 5 R 184/23z; HG Wien 43 Cg 53/20x)

[1] Die Klägerin ist eine GmbH. Deren jeweils 50 %-Gesellschafterinnen sind zwei weitere GmbHs.

[2] Eine dieser beiden Gesellschafterinnen ist die Erstbeklagte. Der Zweitbeklagte ist deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer. Überdies ist er gemeinsam mit einer anderen Person kollektivvertretungsbefugter Geschäftsführer der Klägerin.

[3] Der zweite kollektivvertretungsbefugte Geschäftsführer der Klägerin ist seinerseits Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter der anderen (ebenfalls 50 % haltenden) Gesellschafterin der Klägerin.

[4] Die Klägerin errichtete auf einer Liegenschaft durch Zu- und Umbau eine Wohnhausanlage mit 47 Wohn- und Büroeinheiten und 22 Kfz-Abstellplätzen.

[5] Im Juni 2013 hatten der Zweitbeklagte und der andere Geschäftsführer erstmalig über die Möglichkeit gesprochen, dass jeder von ihnen eine der Dachgeschoßwohnungen Top 13/II, Top 40/I bzw Top 39/I kaufen könnte.

[6] In einer (schriftlichen) Optionsvereinbarung, (rück)datiert mit 20.10.2012, wurde zwar den Geschäftsführern der Klägerin eine Option eingeräumt, jeweils eine Wohnung kaufen zu können, und zwar dem Zweitbeklagten in Bezug auf entweder Top 13/II (zu einem Kaufpreis von 800.000 €), Top 40/I (Kaufpreis 950.000 €) oder Top 39/I (Kaufpreis 850.000 €) samt zwei Stellplätzen, jedoch wurde diese Vereinbarung vom zweiten Geschäftsführer nicht gegengezeichnet.

[7] Der Zweitbeklagte teilte dem Makler mit, dass die drei Dachgeschoßwohnungen aus dem Verkauf genommen würden, veranlasste ab Sommer 2013 einige bauliche und ausstattungs-technische Änderungen in der Wohnung Top 40/I (im Weiteren nur mehr: Top 40) und zog dort Ende November bzw Anfang Dezember 2013 ein.

[8] Er stellte dem Sohn seiner Lebensgefährtin die Wohnung Top 10/II (im Weiteren nur mehr: Top 10) zur Verfügung, welche von diesem spätestens ab Oktober 2013 bewohnt wurde.

[9] Im Herbst 2013 war die Geschäftsbeziehung zwischen den beiden Geschäftsführern der Klägerin bereits von Unstimmigkeiten und Streit geprägt. Der zweite Geschäftsführer beschwerte sich Ende November 2013 darüber, dass er vom „im Gange“ befindlichen Umzug des Zweitbeklagten in Top 40 erfahren habe, und erachtete eine „dringende Klärung“ für notwendig. Der Zweitbeklagte stand dagegen auf dem Standpunkt, der zweite Geschäftsführer habe sich vereinbarungswidrig geweigert, die Formalitäten für den Kauf zu erfüllen, obwohl er gewusst habe, dass er (der Zweitbeklagte) umziehen habe müssen, während dieser wiederum meinte, der Zweitbeklagte wolle den Kauf erzwingen.

[10] Nach einigen Vorschlägen und Angeboten, die Streitigkeiten zwischen den beiden Geschäftsführern beizulegen, gelang letztlich eine Einigung über den Kauf der beiden Wohnungen samt Stellplätzen und es kam am 21.5.2014 zur Unterfertigung der Kaufverträge.

[11] Über Antrag der zweiten Gesellschafterin vom 23.10.2018 wurde zur Vertretung der Klägerin für die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche der nun einschreitende Kollisionskurator bestellt. Die Rechtskraft des Bestellungsbeschlusses trat mit der am 13.12.2019 erfolgten Zustellung des Beschlusses des OGH 6 Ob 71/19p ein, womit dem Revisionsrekurs der hier Erstbeklagten nicht Folge gegeben worden war.

[12] Die Klägerin verfolgt mit ihrer am 21.7.2020 eingebrachten Klage Zahlung für die unberechtigte Nutzung der beiden Wohnungen und Stellplätze. Sie stützt sich dafür auf einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, auf Geschäftsführerhaftung und auf Bereicherungsrecht.

[13] Der Zweitbeklagte und der zweite Geschäftsführer seien (bloß) gemeinsam vertretungsbefugte Geschäftsführer der Klägerin. Es habe zur Nutzung der Wohnungen kein Einverständnis des zweiten Geschäftsführers gegeben. Schuldner des Rückersatzanspruchs seien beide Beklagten. Aufgrund der wirtschaftlichen Identität zwischen Erstbeklagter und Zweitbeklagtem liege eine direkte Leistung (auch) an die Erstbeklagte und damit ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor.

[14] Die Beklagten bestritten und wendeten Gegenforderungen ein. Sie brachten vor, die Nutzung der Wohnungen samt Garagenplätzen sei rechtmäßig erfolgt. Der Zweitbeklagte sei im Zeitraum der Benutzung aufgrund mündlich abgeschlossener Kaufverträge bereits deren außerbücherlicher Eigentümer gewesen. Der Umstand, dass der Zweitbeklagte deren Gesellschafter und Geschäftsführer sei, sei keine ausreichende Basis für eine eventuelle Haftung der Erstbeklagten für eine behauptete Einlagenrückgewähr, zumal die Erstbeklagte aus dieser Transaktion weder direkt noch indirekt bereichert sei. Die Nutzung der Wohnungen durch den Zweitbeklagten und eine „Räumungsklage“ seien mit der Vereinbarung über die Unterzeichnung der Kaufverträge „erledigt“ worden.

Es seien „Mietzinse bis einschließlich April 2014“ geltend gemacht worden, weswegen ausdrücklich der Verjährungseinwand erhoben werde. Dies betreffe die Verjährungsfrist von fünf Jahren für Einlagenrückgewähr und Geschäftsführerhaftung sowie die dreijährige Verjährungsfrist für die „Bereicherung aufgrund regelmäßiger Zahlungen“. Die Klage sei verspätet erhoben worden. Weiters wendeten die Beklagten Gegenforderungen ein.

[15] Die Klägerin setzte dem Einwand der Verjährung entgegen, es habe die erforderliche Bestellung eines Kurators die Verjährungsfrist gehemmt, wenn nicht unterbrochen.

► [16] Das Erstgericht erkannte die Klagsforderung mit 19.130 € als zu Recht, die Gegenforderungen hingegen als nicht zu Recht bestehend und verpflichtete die Beklagten dementsprechend zur Leistung von 19.130 €.

...

► [19] Das Berufungsgericht wies die Klage ab. ...

...

► Der OGH wies die Revision in Ansehung der Klagsforderung von 4.963 € (als absolut unzulässig) zurück und hob die Urteile der Vorinstanzen im Übrigen (14.167 €) auf und verwies die Rechtsache zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück.

Aus der Begründung des OGH:

[22] Die Revision der Klägerin ist in Ansehung des Begehrens von 4.963 € absolut unzulässig. Im Übrigen ist sie zur Klarstellung der Rechtslage zulässig und iSd in eventu gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

I. bis I.2. ...

II. Zur Revision in Ansehung des Betrags von 14.167 € wegen Nutzung der Wohnung Top 40 samt eines Garagenabstellplatzes von Dezember 2013 bis 21.5.2014:

II.1. Solidarhaftung der Erstklagten

[30] II.1.1. Vorweg sei anlässlich der Auseinandersetzung mit der Frage des Bestehens einer Solidarhaftung der unmittelbaren Gesellschafterin wegen einer Zuwendung an den mittelbaren Gesellschafter klargestellt, dass verbotene Einlagenrückgewähr auch dann stattfinden kann, wenn die Zuwendung des Vermögensgutes der Gesellschaft an einen (unmittelbaren oder mittelbaren) Gesellschafter (oder einen unechten Dritten) – wie hier – auf dem Handeln eines kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführers beruht.

[31] Wirksam vertreten ist eine Gesellschaft im Rahmen der verbotenen Einlagenrückgewähr nämlich tatsächlich nie. Die durch einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr *ex tunc* bewirkte (RIS-Justiz RS0038454) Nichtigkeit lässt einen solchen Vertrag oder ein solches Geschäft von Anfang an unwirksam sein (6 Ob 39/03h; 6 Ob 207/20i, Rn 31). Wenn zu 6 Ob 202/19p ausgesprochen wurde, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer – weil sie das Unternehmen im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu führen haben (RIS-Justiz RS0059774) – beschränkt und den Geschäftsführern für den Bereich der Einlagenrückgewähr bei Geschäften mit Gesellschaftern die Vertretungsmacht insoweit insgesamt fehlt (Pkt 5.5. f), wurde damit bereits deutlich gemacht, dass es den Geschäftsführern für Geschäfte, in denen eine verbotene Einlagenrückgewähr liegt, immer an der Vertretungsmacht mangelt. In Wahrheit fehlt also (bei richtiger Betrachtung) jedem – auch dem einzelvertretungsbefugten – Ge-

schaftsführer bei Abschluss des gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßenden konkreten Geschäfts und der dies bewirkenden Handlung (immer) die Geschäftsführungsbefugnis. Rechtswirksame Vertretung ist also nicht Voraussetzung für den Anspruch auf Rückgewähr (was auch im Falle des erkennbaren Missbrauchs der Vertretungsmacht gilt; vgl 1 Ob 28/15x), weil verbotene Einlagenrückgewähr immer Hand in Hand mit unwirksamer Vertretung geht.

[32] Für den Akt der Leistung selbst (etwa Zahlung oder Herausgabe eines Gegenstands) wird es im Übrigen im Regelfall gar nicht auf die wirksame rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis ankommen, sondern bloß auf die bewusste Zuwendung eines offenkundig der Gesellschaft gehörigen Vermögensgutes als Leistung der Gesellschaft. Auch bei einer von einer Angestellten (die nicht Geschäftsführerin ist) namens der Gesellschaft irrtümlich überhöht veranlassten Überweisung vom Konto der Gesellschaft (wobei auch ein gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer häufig für das Geschäftskonto allein zeichnungsberechtigt ist), läge eine Leistung der Gesellschaft vor. Für eine Zurechnung der „Leistung“ ist ausreichend, dass die (ja auch faktisch stattgefundene) Zuwendung des Vermögensgutes einer Gesellschaft bewusst (im Wissen um die Zurverfügungstellung namens der Gesellschaft) auf einer Handlung einer Person beruht, die diese Zuwendung als eine (wenn auch etwa auf einem nicht wirksamen Rechtsgeschäft beruhende) Leistung namens der Gesellschaft auffassen lässt. Hier handelte bei Übergabe der Wohnung der als ihr Vertretungsorgan bestellte Geschäftsführer erkennbar (vermeintlich in Erfüllung einer mit der Gesellschaft – tatsächlich nicht abgeschlossenen – mündlichen Vereinbarung) für die Gesellschaft.

[33] II.1.2. Ebenso wenig ist – weil die Kapitalerhaltungsvorschriften nach ihrem Sinn und Zweck jede unmittelbare oder mittelbare Leistung an einen Gesellschafter erfassen, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das Vermögen der Gesellschaft verringert (RIS-Justiz RS0105518; RS0105532) – zweifelhaft, dass auch die bloße Nutzung einer Wohnung (hier samt Garagenstellplatz) grundsätzlich einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften darstellen kann (zur unentgeltlichen Sachüberlassung siehe 6 Ob 195/18x, Pkt 1.1.). Unzulässig sind nämlich Zuwendungen und Vergünstigungen aller Art (RIS-Justiz RS0105532), die einem Fremdvergleich nicht standhalten. Wirtschaftlich betrachtet hatte die Zurverfügungstellung von Wohnraum einen Wert. Wesentlich ist, dass die Gesellschaft diesen Wohnwert einem mittelbaren Gesellschafter zur Verfügung stellte. Dies hätte sie bei einem Dritten nicht kostenlos getan; vielmehr hätte sie dafür Entgelt verlangt. Darauf, ob die Gesellschaft – ansonsten – hypothetisch nicht „vorgehabt“ hätte, die Wohnung zu vermieten, kann es damit nicht ankommen, was schon die Vorinstanzen völlig zutreffend erkannt haben (vgl etwa 6 Ob 206/17p [zur zulasten der Gesellschaft gehenden Bevorzugung durch Gewährung eines Darlehens aufgrund der Gesellschafterstellung], in welcher Entscheidung darauf hingewiesen wurde, dass Nichtbanken im Normalfall keinen Geldkredit begeben). Eine Erörterung des im Firmenbuch eingetragenen Geschäftszweigs der Klägerin („Vermietung von Wirtschaftsgütern“) ist daher für die Bejahung eines Rückgewährungsanspruchs nach § 83 GmbHG entbehrlich.

[34] II.1.3. Adressaten des Rückersatzanspruchs nach § 83 GmbHG sind an erster Stelle die in § 83 Abs 1 GmbHG genannten „Gesellschafter“ (RIS-Justiz RS0105536). Es ist in Rspr und Lehre aber längst anerkannt, dass auch ehemalige Gesellschafter, sofern die Leistung im Hinblick auf die ehemalige Gesellschafterstellung erbracht wird (RIS-Justiz RS0105518 [T7]; RS0105532 [T7]; RS0105536 [T8]), unechte Dritte (vgl 6 Ob 195/18x) oder die „wahren Gesellschafter“ (vgl nur Auer in Gruber/Harrer, GmbHG², § 82 Rz 10 mwN), also etwa der Treugeber oder (wie hier) mittelbare Gesellschafter, passivlegitimiert sein können. Selbst echte Dritte können bei Kollusion oder grober Fahrlässigkeit nach § 83 Abs 1 GmbHG rückgabepflichtig sein (RIS-Justiz RS0105536).

[35] II.1.4. Einen Fall der gleichzeitigen Inanspruchnahme von unmittelbarem und mittelbarem Gesellschafter für „dieselbe“ Leistung mittels Solidarhaftung hatte der OGH bisher noch nicht zu entscheiden.

[36] Das Berufungsgericht, dem die Beklagten beipflichten, lehnte Solidarhaftung der unmittelbaren Gesellschafterin unter Berufung auf die von Artmann vertretene Ansicht, die zwischen Mutter- und Enkelgesellschaft stehende Tochtergesellschaft hatte nur dann, wenn sie die Leistung an das Mutterunternehmen veranlasst habe (Artmann in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 56 Rz 10), ab. Es verneinte nach seiner Begründung „Veranlassung“ mit dem Argument, es sei die Leistung nur dem Zweitbeklagten zugekommen.

[37] II.1.5. Die Literatur ist in dieser Frage nicht einheitlich; Haberer geht, wenn die Leistung an die mittelbar beteiligte Großmutter- oder Urgroßmuttergesellschaft erfolgte, von einem Rückgewähranspruch (nur) direkt gegenüber der mittelbaren Gesellschafterin aus und lehnt Solidarhaftung der Muttergesellschaft ab, weil diese selbst ja nichts erhalten habe (Haberer in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 11.148).

[38] Diese Auffassung vertreten auch Bauer/Zehetner, dies allerdings mit der Erstreckung der Haftung doch auch auf die unmittelbare Gesellschafterin, wenn die verbotene Leistung auf Veranlassung der dazwischengeschalteten Muttergesellschaft oder kollusiv oder unter grob fahrlässiger Unkenntnis der Muttergesellschaft vom Verstoß erfolgte. Dann könne der Rückgewähranspruch auch gegen die Muttergesellschaft gerichtet werden (Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 82 Rz 85).

[39] Karollus ist der Ansicht, es sei „etwa bei Leistungen an die Muttergesellschaft oder an einen sonstigen mittelbaren Gesellschafter geradezu abwegig, einen Rückgewähranspruch gegen den unmittelbaren Gesellschafter eingreifen zu lassen, der ja selbst nicht einmal mittelbar etwas erhalten hat, sondern vielmehr bei der Leistung ‚übersprungen‘ wurde“. Es wäre vor dem Hintergrund der Wertungen des Verbots der Einlagenrückgewähr höchst bedenklich, wenn die Zwischengesellschaft für die Sünden ihrer Gesellschafter büßen müsste. Auch bei Leistungen zwischen Schwestergesellschaften soll der Rückgewähranspruch direkt zwischen diesen eingreifen. Insoweit hält er aber allenfalls aus dem Rechtsgedanken des § 9 EKEG, der einen Erstattungsanspruch der kreditgebenden Gesellschaft gegen den gemeinsamen Gesellschafter vorsehe, zusätzlich eine Solidarhaftung des gemeinsamen Gesellschafters für

ableitbar (Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung³ [2021] 1 [41 ff, insb 50]).

[40] Eckert/U. Schmidt halten (im Konzern) zwar für das Verhältnis von Enkel und Großmutter Solidarhaftung bei Veranlassung für möglich (Eckert/U. Schmidt in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 13.40), meinen aber zu Leistungen im Schwesternverhältnis, es bedürfe angesichts der Passivlegitimation der Empfängergesellschaft eines Durchgriffs auf den gemeinsamen Gesellschafter nicht, um dem Kapitalerhaltungsgebot auf Ebene der leistenden Gesellschaft Geltung zu verschaffen (Eckert/U. Schmidt, aaO, Rz 13.44).

[41] Soweit Auer äußert, es sei „auch“ der „wahre Gesellschafter“ ersatzpflichtig, ist nicht ganz eindeutig, ob nur dieser oder dieser neben dem unmittelbaren Gesellschafter haften solle. „Veranlassung“ als Zurechnungskriterium lehnt Auer ab, weil das Verbot der Einlagenrückgewähr keine Verhaltenshaftung normiere und es nicht auf einen schädigenden Eingriff des Gesellschafters ankomme (Auer in Gruber/Harrer, GmbHG², § 82 Rz 26 f und 39). Er sieht grundsätzlich denjenigen Gesellschafter in der Pflicht, der eine unzulässige Zahlung erhalten hat (Auer in Gruber/Harrer, GmbHG², § 83 Rz 10 f), behandelt den mittelbaren Gesellschafter als Verbotsadressaten und stellt ihn dem Gesellschafter gleich (Auer in Gruber/Harrer, GmbHG², § 82 Rz 20 f), welche Ausführungen insgesamt wohl eher als Ausdruck einer der Solidarhaftung des unmittelbaren Gesellschafters abgeneigten Haltung aufzufassen sein werden.

[42] II.1.6. Für eine Solidarhaftung des Gesellschafters mit dem mittelbaren Gesellschafter als unechtem Dritten treten dagegen Reich-Rohrwig (Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung [2004] 166), Köppl (in U. Torggler, GmbHG, § 82 Rz 10 und 13; dies, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr“ [2014] 142 [147 f]), Schmidtsberger (Eigenkapitalersatz versus Einlagenrückgewähr, GesRZ 1997, 14 [18]), der bei enger wirtschaftlicher Verbindung von einer wirtschaftlichen Einheit von Gesellschafter und Empfänger ausgeht, H. Foglar-Deinhardstein (in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG² [2024] 82 Rz 75; ders in H. Foglar-Deinhardstein, Verdeckte Gewinnausschüttung [2019] Rz 1/207) und nicht zuletzt auch Saurer (in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³, § 56 Rz 15 und 18) – jedenfalls bei Treuhänder und Treugeber, auch wenn die Leistung direkt an den Hintermann erfolgte – ein.

[43] Rüffler bejaht Solidarhaftung bei Veranlassung der Leistung „im eigenen Interesse“. Für die Konstellation der Gewährung eines Kredits an eine Schwestergesellschaft geht er dabei von einer Vermutung der Veranlassung bei höherer Beteiligung an der empfangenden Gesellschaft durch die (gemeinsame) Muttergesellschaft aus (Rüffler, Konzernfinanzierung im Lichte des EKEG, in Kalss/Rüffler, Eigenkapitalersatz [2004] 111 [129 iVm 132 f]).

[44] Auch Koppstein weist darauf hin, dass Dritter und Gesellschafter bei vom Gesellschafter veranlasster Zahlung an den Dritten Gesamtschuldner sein sollen (Koppstein/Rüffler, GmbHG³ [2007] § 83 Rz 7; vgl auch Bayer in MünchKomm AktG⁶, § 62 Rz 18 ff).

[45] II.1.7. Der erkennende Senat schließt sich für einen Fall wie den vorliegenden, in dem der mittelbare Gesellschafter alleiniger Anteilseigner der zwischengeschalteten Gesellschaft und überdies auch deren Geschäftsführer ist, den Befürwortern der Solidarhaftung von unmittelbarem und mittelbarem Gesellschafter an. Die Leistung an ihn erfolgte hier (auch) *causa societatis* seiner Beteiligung an der Erstkbeklagten. Wegen seiner Verbundenheit über die Erstkbeklagte mit der Klägerin (worin wohl auch der Grund für seine Bestellung als Geschäftsführer beider Gesellschaften liegt) erfolgte eine Zuwendung, die ansonsten nicht stattgefunden hätte. In der Zuwendung an ihn als den mittelbaren Gesellschafter liegt nur deshalb eine verbotene Einlagenrückgewähr, weil sie der Leistung an einen unmittelbaren Gesellschafter gleichgehalten wird, und nur deshalb hat die Klägerin überhaupt einen Rückersatzanspruch nach § 83 GmbHG, sodass die Erstkbeklagte auch für Letzteres nicht „*auszublen*“ ist. Es erlangte zwar scheinbar nur ihr unmittelbarer Gesellschafter einen Vorteil, jedoch liegt zum einen bei der vorliegenden Konstellation der Gedanke einer wirtschaftlichen Einheit nahe. Zum anderen wird auch bei Leistungen an sonstige nahe Angehörige nicht geprüft, inwieweit dadurch dem Gesellschafter tatsächlich selbst ein echter Vorteil erwächst.

[46] Ausgehend von diesen Überlegungen kann die unentgeltliche Zuwendung als eine von der Erstkbeklagten vermittelte Leistung aufgefasst und dahin „*zerlegt*“ werden, dass darin eine über die Erstkbeklagte vermittelte und ihr daher als zu ihren Gunsten zu wertende Leistung liegt, mit der *uno actu* (auch) eine unentgeltliche Zuwendung der unmittelbaren Gesellschafterin an ihren Gesellschafter, den Zweitbeklagten, vorgenommen wurde. Hier kommt – als durchaus häufige Konstellation im Gesellschaftsrecht – außerdem hinzu, dass die Positionen der Geschäftsführung der Klägerin, jener der Erstkbeklagten und die Stellung als Alleingesellschafter bei der Erstkbeklagten allesamt vom Zweitbeklagten verkörpert werden. Die Erstkbeklagte wusste damit über alle Vorgänge bestens Bescheid und es hätte „*ihr*“ Geschäftsführer sich gegen die Nutzung wenden müssen, war doch für jeden voll informierten Beobachter bei objektiver Betrachtung ersichtlich, dass eine Einigung tatsächlich ausstand und die Zuwendung unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Einlagenrückgewähr zu unterbleiben gehabt hätte.

[47] Nach dem Grundprinzip der §§ 82 und 83 GmbHG soll sich die Gesellschaft wegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr an ihre Gesellschafter (und mit ihrem Anspruch auf Rückersatz an das nach § 92c JN zuständige Gericht am Sitz der Gesellschaft) wenden können (vgl. zu Abgrenzungsschwierigkeiten, wollte man einem bloß mittelbar an der „*Handelsgesellschaft*“ Beteiligten die Eigenschaft als „*Mitglied*“ [wenn auch unter dem Blickwinkel der Beurteilung der Zuständigkeit] zuerkennen, 17 Ob 21/23x). Es ist daher nicht einleuchtend, warum sich die Klägerin auf den Zweitbeklagten als alleinigen Haftungsfonds verweisen lassen müsste, zumal mit dem Durchgriff auf den Zweitbeklagten dem Kapitalerhaltungsgebot auf Ebene der leistenden Gesellschaft nur bei tatsächlicher Erfüllung des Anspruchs Genüge getan ist. Wäre dieser nicht liquid oder auch nur für eine Exekution nicht greifbar, ginge dies zulasten der leistenden Gesellschaft,

deren Vermögen wegen der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung mit der Erstkbeklagten geschmälert wurde.

[48] Die solidarische Haftung der Erstkbeklagten mit dem Zweitbeklagten für die verbotene Einlagenrückgewähr ist damit zu bejahen.

II.2. Verjährung

[49] II.2.1. Grundsätzlich hat jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen (RIS-Justiz RS0037797). Für den Beginn der Verjährungsfrist ist nach stRspr grundsätzlich der Anspruchsgegner, idR die Beklagte, beweispflichtig (RIS-Justiz RS0034456). Den Beklagten ist zwar darin Recht zu geben, dass die Pflicht, den Sachverhalt vorzutragen, aus dem sich eine Hemmung der Verjährung ableiten lässt, die Klägerin traf (vgl. RIS-Justiz RS0034647 [T1]). Bei Nachweis einer sich aus diesen Tatsachen ergebenden Hemmung lag es aber wiederum an den Beklagten, Umstände, die deren Wegfall oder die Beendigung bewirkten, darzulegen.

[50] Die Klägerin hat vorgetragen, dass ihre Geschäftsführer kollektivvertretungsbefugt sind, und auf eine beim Zweitbeklagten als ihrem Geschäftsführer bestehende Interessenkollision hingewiesen, weswegen ja auch die Bestellung eines Kollisionskurators bewirkt wurde, und (ebenso schon im Verfahren erster Instanz) ausdrücklich den Standpunkt eingenommen, die hier erforderliche Bestellung eines Prozesskurators habe die Verjährungsfrist gehemmt, womit sie ausreichend Tatsachen zur – von den Vorinstanzen auch behandelten – Hemmung der Verjährung nach § 1494 ABGB analog vorgebracht hat.

[51] II.2.2. Der OGH wendet § 1494 ABGB in bestimmten Fällen analog auf Gesellschaften an. Die Überlegung zur Hemmung der Verjährung von Ansprüchen Minderjähriger, die über keine ordnungsgemäße Vertretung verfügen, weil vom Vertreter wegen einer Interessenkollision eine gesetzmäßige Wahrung ihrer Rechte nicht zu erwarten ist, lassen sich nämlich wegen der gleich gelagerten Schutzbedürftigkeit von Gesellschaften auf jene Fälle übertragen, in denen es wegen einer Interessenkollision nicht zu erwarten ist, dass der Geschäftsführer während seiner Tätigkeit allfällige Rückersatzansprüche der Gesellschaft gegen sich selbst gem § 83 GmbHG durchsetzen würde (zuletzt 6 Ob 170/23b, EvBl 2024/133 = GesRZ 2024, 190 [Auer], Rn 17 f; dazu H. Foglar-Deinhardstein, GES 2024, 171; M. Fellner/M. Müller, GES 2024, 180).

[52] Verbleiben der Gesellschaft „*unbefangene*“ Mitglieder des Kollegialorgans (wegen einer Einschränkung ihrer Vertretungsbefugnis) nicht mehr in vertretungsbefugter Anzahl, ist daher von einer Hemmung der Verjährungsfrist auszugehen, weil eine ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft nicht möglich ist (6 Ob 170/23b, Rn 24 f)).

[53] Die zu 6 Ob 18/14m zur gesetzlichen Vertretung von Minderjährigen entwickelte Rspr, wonach der „*kollisionsfreie*“ Elternteil für die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen des Minderjährigen (damals *in concreto* gegen die Lebensgefährtin des Vaters) bei gemeinsamer Obsorge alleinvertretungsbefugt ist und es deshalb keiner Bestellung eines Kollisionskurators bedarf, ist nicht auf die Vertretung einer GmbH zu übertragen, weil grundsätzlich – also auch bei

Maßnahmen des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs – auch bei gemeinsamer Obsorge jeder Elternteil von Gesetzes wegen alleinvertretungsbefugt ist (§ 167 Abs 1 ABGB). Nur bei Angelegenheiten, die über den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb hinausgehen (wozu eine Klagsführung zählt), bedarf es (bloß) der Zustimmung des anderen Elternteils, darüber hinaus aber außerdem noch der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung. Bei einer GmbH legen dagegen die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag nach ihrem Willen und von vornherein ganz grundsätzlich selbst fest, durch wie viele Personen die Gesellschaft vertreten werden soll (vgl § 15 GmbHG).

[54] II.2.3. Während das Erstgericht eine Hemmung der Verjährung bejahte, lehnte das Berufungsgericht eine analoge Anwendung von § 1494 ABGB in der vorliegenden Konstellation ab, weil es dem zweiten Geschäftsführer (und der zweiten Gesellschafterin) möglich gewesen wäre, die zur Verfolgung der Ansprüche „*notwendigen Schritte einzuleiten*“. Nicht ganz klar lässt sich aus der Entscheidung des Berufungsgerichts dabei ableiten, ob es die Ansicht vertritt, dass § 1494 ABGB grundsätzlich (von Beginn an) nicht analog anzuwenden wäre, oder ob es davon ausgeht, dass eine (anfängliche) Hemmung schon fünf Jahre vor der Einbringung der Klage beendet gewesen war.

[55] II.2.4. Ersteres ist jedenfalls nicht zu teilen, weil jedem Anspruchsberechtigten die „*volle*“ vom Gesetz eingeräumte Verjährungsfrist zustehen soll und die Schutzwürdigkeit der Gesellschaft nicht *per se* deshalb zu verneinen ist, weil – selbstredend immer erst nach gewissem zeitlichen Verlauf – der an sich erst einmal gegebene Vertretungsmangel beseitigt werden kann. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass in der ersten logischen Sekunde nach der die verbotene Einlagenrückgewähr bewirkenden Handlung jedenfalls keine ordnungsgemäße Vertretung vorliegt und die Verjährung diesbezüglicher Ansprüche einer Gesellschaft vorerst in analoger Anwendung von § 1494 ABGB gehemmt ist, und zwar in Form der Anlaufhemmung.

[56] Die Fristenhemmung nach § 1494 ABGB bewirkt nämlich, wenn es schon von Beginn der Verjährungsfrist an einer ordentlichen gesetzlichen Vertretung mangelt, eine Fortlaufhemmung (Anlaufhemmung), sodass der Fristbeginn (grundsätzlich) bis zum Wegfall des Hindernisses hinausgeschoben wird (6 Ob 170/23b, Rn 16).

[57] II.2.5. Im vorliegenden Fall verfügte – weil der zum Rückersatz Verpflichtete als einer von zwei für die Vertretung notwendigen Geschäftsführern fungierte und bei ihm für die Geltendmachung dieses Anspruchs eine Interessenkollision bestand – die Gesellschaft (schon) in der ersten logischen Sekunde nach der die verbotene Einlagenrückgewähr bewirkenden Handlung nicht über eine ordnungsgemäße (interessenkollisionsfreie) Vertretung. Die Verjährung der diesbezüglichen Ansprüche der Gesellschaft war somit vorerst in analoger Anwendung von § 1494 ABGB gehemmt. Damit wäre es an den Beklagten gelegen, die für ihren Standpunkt günstigen Tatsachen, aus denen sich konkret ein Wegfall der Anlaufhemmung (und damit hier überhaupt der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist) ab einem bestimmten Zeitpunkt vor tatsächlicher Beseitigung des Vertretungsmangels ableiten ließe, zu behaupten (und zu beweisen).

[58] Die Beklagten haben sich aber im Verfahren erster Instanz zum Einwand der Verjährung überhaupt bloß auf den Zeitablauf von (mehr als) drei bzw fünf Jahren hinsichtlich der Entgelte für die „*Mietzinse bis einschließlich April 2014*“ bis zur Klage berufen. Weder haben sie Vorbringen zum gebotenen Verhalten der anderen Gesellschafterin oder des zweiten Geschäftsführers hinsichtlich einer zeitlich früheren Setzung von Schritten zur Anspruchsverfolgung und einem daran anschließenden früheren Ende des Vertretungsmangels erstattet noch haben sie insoweit einen Anleitfehler des Erstgerichts in der Berufung releviert. Dazu sei nur angemerkt, dass sich die Klägerin schon im Verfahren erster Instanz ganz klar auf eine Hemmung der Verjährung wegen der Erforderlichkeit der Bestellung eines Prozesskurfators berufen hatte und das Erstgericht daraufhin erörterte, dass das Vorbringen der Klägerin sehr wohl Einfluss auf die Berechnung der Verjährungsfristen haben könne, sowie die Beischaffung des Pflegschaftsaktes über die Bestellung des Kollisionskurfators für notwendig hielt. In dieser Situation wären die Beklagten gehalten gewesen, einen früheren Wegfall der Hemmung der Verjährung entsprechend darzulegen. Vorbringen dazu haben sie aber im Verfahren erster Instanz nicht erstattet. Auch in der Revisionsbeantwortung legen sie ganz pauschal dar, der zweite Geschäftsführer sei nicht handlungsunfähig gewesen, eine analoge Anwendung von § 1494 ABGB würde dem nicht vom Interessenkonflikt betroffenen Geschäftsführer einräumen, die Hemmung für eigene, gesellschaftsfremde Motive zu missbrauchen.

[59] II.2.6. Wiewohl daher mangels Vorbringens Überlegungen dazu, ob eine Unterlassung des unbefangenen (zweiten) Kollektivgeschäftsführers früher auf die Herstellung einer ordnungsgemäßen Vertretung zu dringen oder eine Unterlassung der Anspruchsverfolgung durch eine Gesellschafterin nach § 48 GmbHG der Gesellschaft überhaupt zum Nachteil anzulasten wären, entbehrlich sind, sei trotzdem zu dieser Problematik festgehalten, dass es um eine Forderung im „*Innenverhältnis*“ zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern oder Organen geht und überdies das dem Erhalt des Stammkapitals dienende Verbot der Einlagenrückgewähr letztlich dem Schutz der Gläubiger dienen soll, die auf die Vertretung und Geltendmachung solcher Forderungen keinen Einfluss haben. Bei pflichtwidriger, schuldhafter Säumnis des „*unbefangenen*“ Geschäftsführers mag freilich dessen Haftung gegenüber der Gesellschaft für eine durch den Zeitablauf verschlechterte Bonität des Schuldners und damit die Einbringlichkeit der Forderung die Folge sein (dazu Auer, GesRZ 2024, 194 f). Im Regelfall wird es aber durchaus objektiv geboten, weil wirtschaftlich vernünftig und von einem „*unbefangenen*“ Kollektivgeschäftsführer auch zu erwarten sein, vorerst zu versuchen, Meinungsdivergenzen oder sogar Missstände der Geschäftsführung oder mit den Gesellschaftern außergerichtlich zu bereinigen. Er muss nämlich – sofern kein Fall vorliegt, der sofort zur Beseitigung der Vertretung durch den mit einer Interessenkollision behafteten („*befangenen*“) Geschäftsführer zu führen hätte – in anderen Fragen weiterhin die Geschäfte der Gesellschaft gemeinsam mit dem „*befangenen*“ Geschäftsführer führen und die Kosten einer zu erwirkenden anderen Vertretung der Gesellschaft in Bezug

auf die konkrete mit einer Interessenkollision belastete Forderung bedenken.

[60] II.2.7. Noch weniger wären sofortige Maßnahmen im Regelfall von den Gesellschaftern zu erwarten oder zu verlangen. Die Gesellschafter sind grundsätzlich nicht das zur Vertretung berufene Organ der Gesellschaft. Die Geltendmachung von Forderungen nach § 48 GmbHG durch Gesellschafter nennt als Voraussetzung grundsätzlich nach ihrem Wortlaut einen der Geltendmachung vorhergehenden ablehnenden Beschluss der Gesellschafter (vgl. auch *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG², § 48 Rz 6). Während bei Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG ein Beschluss der Gesellschafter zu fassen ist, bedarf es eines solchen Beschlusses für die Verfolgung von Ansprüchen nach § 83 GmbHG jedoch nicht (RIS-Justiz RS0125863 [T1 und T2]). Die Geltendmachung durch die Gesellschafter zöge für diese als „Vertretung der Gesellschaft“ Tätige für die Dauer des Rechtsstreits hinsichtlich des Verkaufs ihrer Anteile die Einschränkung der Zustimmung der Gesellschaft nach sich (vgl. § 48 Abs 3 GmbHG). Überdies können sie über Antrag der Beklagten zur Leistung von „angemessener Sicherheit“ für die den Beklagten drohenden Nachteile verpflichtet werden (§ 48 Abs 4 GmbHG). Welche Bedeutung Abs 2 leg cit, wonach die Klage binnen eines Jahres von dem Tag der erfolgten oder vereitelten Beschlussfassung, im hier zu betrachtenden Fokus des Entfalls der Hemmung der Verjährung, zukäme, ist ebenso offen. Zudem wäre *in concreto* ein Gesellschafter hier bei Geltendmachung des Anspruchs auf Rückzahlung nach § 83 GmbHG gegen den Zweitbeklagten als mittelbaren Gesellschafter mit der Frage belastet, ob er sich dafür überhaupt auf eine Klagebefugnis nach § 48 GmbHG stützen könnte. Die Bestimmung erfasst nach ihrem Wortlaut (soweit hier von Bedeutung) Ansprüche gegen „Gesellschafter“ (§ 48 Abs 1 GmbHG), sodass fraglich wäre, ob sie überhaupt einen mittelbaren Gesellschafter erfasst.

[61] Gesellschafter werden zudem vordergründig darauf vertrauen können, dass der „unbefangene“ kollektivvertretungsbefugte Geschäftsführer hinsichtlich etwaiger Ansprüche wegen verbotener Einlagenrückgewähr tätig werden wird, und dürfen dem Geschäftsführer (im Regelfall) auch vorrangig und zeitlich an erster Stelle den Versuch einer außergerichtlichen Bereinigung solcher Streitpunkte einräumen.

[62] II.2.8. Die Frage, ab wann nun ein unbefangener kollektivvertretungsbefugter Geschäftsführer einer Gesellschaft oder ein Gesellschafter Schritte zur Beseitigung des Vertretungsmangels zu setzen gehabt hätte und wann der Vertretungsmangel dann (schon früher) beendet gewesen wäre (sodass die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hätte), wird sich immer nur im Einzelfall und ausgehend vom dazu erstatteten – hier aber fehlenden – Vorbringen beantworten lassen.

[63] II.2.9. Selbst wenn man im vorliegenden Fall die Ansicht zugrunde legte, es folge grundsätzlich aus einer Unterlassung der Setzung von (früheren) Schritten seitens eines „unbefangenen Kollektivgeschäftsführers“ – ab einem bestimmten Zeitpunkt – zulasten der Gesellschaft der Wegfall der Hemmung der Verjährung, läge hier kein Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist (nach § 25 Abs 6 und § 83 Abs 5 GmbHG) vor Klagseinbringung vor.

[64] Die im Regelfall angebrachten Versuche, Differenzen (hier über den Abschluss einer schon zuvor mündlich vereinbarten Option und die Wohnungen) außergerichtlich und „untereinander“ zu klären, hatten einen „Teilerfolg“ für sich. Schließlich war es im Mai 2014 zur Unterfertigung von Kaufverträgen über die beiden Wohnungen und Garagenplätze an den Zweitbeklagten gekommen. Die Beklagten vertreten dazu die – mangels Feststellungen zum Parteiwillen noch nicht abschließend prüfbare – Auffassung, es seien mit diesem Vertragsschluss die (zuvor in den Raum gestellte) „Räumungsklage“ und auch die Nutzung der Wohnungen „erledigt“ worden. Nach der gegenteiligen Auffassung der Klägerin war die Frage der Abgeltung der nicht im Einvernehmen mit dem zweiten, nicht von der Interessenkollision betroffenen Geschäftsführer vorgenommenen Nutzung noch offen und bedurfte einer Regelung. Auch insoweit musste dem zweiten Kollektivgeschäftsführer aber noch ein Zeitraum für eine außergerichtliche Regelung – offenbar unterschiedlich (als vom Kaufvertrag bereits umfasst bzw eben nicht erfasst) gesehener – weiterhin offener Punkte verbleiben. Sogar dann, wenn man dafür von einem sicherlich zu kurzem Zeitraum von nur 14 Tagen ausginge, wären die Ansprüche nicht verjährt.

[65] Wäre der Antrag auf Bestellung eines Kollisionskurators schon 14 Tage nach Abschluss des Kaufvertrages (fiktiv) am 4.6.2014 eingebracht worden und schlosse man daran den Zeitverlauf des Verfahrens an, wäre es hypothetisch zu einer rechtskräftigen Bestellung des Kollisionskurators am 25.7.2015 gekommen. Die Dauer dieses Verfahrens (in dem über Rekurs und Revisionsrekurs der Erstbeklagten zu entscheiden war) kann der Gesellschaft aber nicht zur Last gelegt werden.

[66] Hypothetisch wäre also – mit früherer rechtskräftiger Bestellung der ordnungsgemäßen Vertretung (hier: des Kollisionskurators) – der die (Anlauf-)Hemmung der Verjährung bewirkende Vertretungsmangel womöglich schon am 25.7.2015 weggefallen und es hätte die fünfjährige Verjährungsfrist damals zu laufen begonnen. Auch dann wäre sie aber in Ansehung der Einbringung der Klage am 21.7.2020 nicht abgelaufen gewesen.

[67] II.2.10. Die geltend gemachten Ansprüche wegen Geschäftsführerhaftung und Einlagenrückgewähr (§§ 25 und 83 GmbHG) sind damit nicht verjährt.

[68] II.3.1. Warum das Berufungsverfahren – wie die Beklagten in der Revisionsbeantwortung behaupten – mangelhaft geblieben sein sollte, weil das Berufungsgericht sich nicht mit dem (von den Beklagten vorgetragenen) Argument [auseinandergesetzt habe], im Erzwingen-Wollen der Kaufverträge (durch den Zweitbeklagten) sei konkludent die Ausübung einer Option gelegen, bleibt unverständlich. Die Beklagten gehen dabei mit ihren Argumenten von einer rechtswirksam vereinbarten Option hinsichtlich der Wohnung Top 40 aus, die aber von den tatsächlich getroffenen Feststellungen nicht getragen wird. Aus dem Umstand, dass die Geschäftsführer im Anhang zur Bilanz und Gewinn- und Verlust-Rechnung der Klägerin für das Geschäftsjahr 2012 per 25.7.2013 (ua) festhielten, dass zur Absicherung der Fremdfinanzierung für die beiden Geschäftsführer „eine Option“ bestehe, lässt nicht auf eine „konkludente mündliche Vereinbarung“ (im Übrigen: eines konkreten und bestimmten Inhalts) iS eines zwingen-

den Schlusses schließen, weil dieser Inhalt eines Anhangs zur Bilanz und Gewinn- und Verlust-Rechnung nicht dem strengen Maßstab, der an konkludente Willenserklärungen (vgl. RIS-Justiz RS0014146) anzulegen ist, genügt. Im Verfahren erster Instanz hatten die Beklagten überdies behauptet, es seien im Juni 2013 mündlich ein Kaufvertrag (nicht eine Option) über die Wohnung Top 40 durch den Zweitbeklagten und eine Option zugunsten des zweiten Geschäftsführers vereinbart worden.

[69] II.3.2. Während daher die Frage des Fehlens einer wirklichen Vereinbarung, der Verjährung und der Solidarhaftung der Erstbeklagten für verbotene Einlagenrückgewähr (wie auch die schon in der Berufung nicht mehr relevanten Gegenforderungen) abschließend geklärt sind, fehlen – um den Grund des Anspruchs klären zu können – noch Feststellungen zum Parteiwillen bei Abschluss des Kaufvertrages zu Top 40 in Bezug auf das Nutzungsentgelt und solche zu dessen Höhe, worauf schon das Berufungsgericht (für den Fall der Ablehnung seiner Rechtsansicht) völlig zutreffend hingewiesen hat.

II.4. ...

Anmerkung:

Nach dem Sachverhalt nutzten ein kollektivvertretungsbefugter Geschäftsführer einer Immobiliengesellschaft in der Rechtsform einer GmbH (Klägerin) sowie ihm nahestehende Personen zwei Wohnungen der Gesellschaft ohne Titel. Der Geschäftsführer (Zweitbeklagter) war zugleich Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer Gesellschaft (Erstbeklagte), die zu 50 % an der Immobiliengesellschaft beteiligt war.

Aus dieser Konstellation entstanden Streitigkeiten mit dem zweiten Geschäftsführer der Immobiliengesellschaft (der an der zweiten zu 50 % beteiligten Gesellschafterin mehrheitlich beteiligt war), die schließlich in einen Kaufvertrag über die beiden Wohnungen mündeten, abgeschlossen mit dem bisher titellos nutzenden Geschäftsführer (Zweitbeklagter). Die Klägerin (Immobiliengesellschaft) begehrte im Rahmen der vorliegenden Klage ein Benützungsentgelt für die unrechtmäßige Nutzung der Wohnungen bis zum Abschluss des Kaufvertrages im Jahr 2014 und stützte sich insb auf den Rückerstattungsanspruch nach § 83 GmbHG. Der Einwand der Beklagten, es habe bereits zuvor ein mündlicher Kaufvertrag bestanden, blieb erfolglos.

Die rezente OGH-Entscheidung bestätigt gefestigte Judikatur, wonach eine unentgeltliche oder nicht fremdübliche Nutzung einer Wohnung (oder auch eines anderen Objekts) einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellen kann (OGH 13.9.2012, 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 38 [U. Torggler]; 21.12.2017, 6 Ob 206/17p). Eine zentrale Frage war die Verjährung sowohl des Rückerstattungsanspruchs nach § 83 GmbHG als auch eines geltend gemachten Kondiktionsanspruchs, da die Nutzung Jahre zurücklag.

Nach zutreffender hA ist die fünfjährige Verjährungsfrist des § 83 Abs 5 GmbHG nicht analog auf Kondiktionsansprüche anzuwenden (OGH 18.11.2022, 6 Ob 112/22x, wobl 2023/92 [zustimmend Zott]; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON [2021] § 56 Rz 22; aA Köppl in U. Torggler, GmbHG [2014] § 83 Rz 24; OGH 13.9.2012, 6 Ob 110/12p; 26.4.2016, 6 Ob 79/16k; 23.6.2021, 6 Ob 61/21w, GesRZ 2022, 79 [Bauer]; RIS-Justiz RS0128167; Schopper/Walch, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013, 418 [424]). Hinsichtlich der für die Gebrauchsüberlassung geltend gemachten Kondiktionsansprüche gilt zudem die dreijährige Verjährungsfrist des § 1486 Z 4 ABGB analog (OGH 18.11.2022, 6 Ob 112/22x). Praxisrelevanz erlangt die Frage der Verjährungshemmung, wenn der Anspruchsgegner (ehemaliges) Mitglied eines Leitungsorgans ist (wie auch im vorliegenden Fall). Mangels einschlägiger gesellschaftsrechtlicher Regelungen ist auf § 1494 ABGB zurückzugreifen. Danach tritt eine Verjährungshemmung ein, wenn eine geschäftsun-

fähige natürliche Person keinen gesetzlichen Vertreter hat. Dieser Fall wird sinngemäß auch auf Situationen ausgedehnt, in denen der Vertreter aufgrund einer Interessenkollision an der Wahrnehmung seiner Aufgaben gehindert ist. Trotz des Wortlauts des § 1494 ABGB, der sich auf natürliche Personen beschränkt, wird die Bestimmung nach hA auch auf juristische Personen analog angewendet (M. Bydlinski/Thunhart in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴, § 1494 Rz 6). Die Rspr bejahte eine Hemmung etwa dann, wenn der Anspruchsgegner alleiniger Geschäftsführer (OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p; 20.12.2023, 6 Ob 170/23b, GesRZ 2024, 190 [Auer]; Schopper/Walch, ÖBA 2013, 418 ff) oder der Geschäftsführer ein naher Angehöriger des Anspruchsgegners ist (OGH 20.12.2023, 6 Ob 170/23b; M. Fellner/M. Müller, Verjährungshemmung bei verbotener Einlagenrückgewähr – Zur „Penthouse-Entscheidung“ des OGH, GES 2024, 180).

In der vorliegenden Entscheidung hatte der OGH erstmals im Kontext des Kapitalerhaltsrechts zu klären, ob eine Verjährungshemmung auch dann eintritt, wenn bei einem kollektivvertretungsbefugten Kollegialorgan keine unbefangenen Mitglieder in vertretungsbefugter Anzahl vorhanden sind. Konkret war der eine Geschäftsführer selbst Anspruchsgegner, der andere (unbefangene) Geschäftsführer jedoch nicht alleinvertretungsbefugt. Dass bei diesen Umständen die Verjährung zunächst gehemmt ist, liegt wohl auf der Hand. Die Beklagten wollten aber die familienrechtliche Rspr, die auch bei gemeinsamer Obsorge dem unbefangenen Elternteil die Alleinvertretungsbefugnis zuweist, auf die GmbH übertragen, um die Hemmung zu verhindern. Zutreffend verwarf der OGH dieses Argument, weil die gesetzliche Kompetenzverteilung die Dispositionsbefugnis über die Vertretungsbefugnis eben allein den Gesellschaftern zuweist (Rn 53 der vorliegenden Entscheidung; vgl P. Pichlmayr/M. Pichlmayr, Übertragung und Delegation von Generalversammlungskompetenzen auf andere Organe oder Dritte, GES 2024, 79).

Fehlende Vertretungsbefugnis des unbefangenen Geschäftsführers rechtfertigt allerdings keine längere oder gar dauerhafte Untätigkeit; er muss vielmehr nach den Umständen des konkreten Einzelfalles auch zur Vermeidung eigener Haftungsanspruchnahme mit gebotener Sorgfalt auf eine Anspruchsverfolgung hinwirken, denn andernfalls entfällt früher oder später die Verjährungshemmung. Als Handlungsoptionen kommen zB ein erfolgreiches Hinwirken auf die Bestellung kollisionsfreier Geschäftsführer oder die Bestellung eines Kollisionskurators oder eines Notgeschäftsführers (zu diesen Reich-Rohrwig/Aschl, Bestellung eines Notgeschäftsführers zur Durchsetzung der Rückzahlung aus verbotener Einlagenrückgewähr, eolex 2024, 321) in Betracht. Sehr begrüßenswert sind idZ die Ausführungen in der Begründung zum (zeitweiligen) Unterlassen einer (sofortigen) Anspruchsbetreibung zugunsten eines außergerichtlichen Bereinigungsversuchs (Rn 59 und 60 der vorliegenden Entscheidung). Konkret waren schließlich der Anspruch nach § 83 GmbHG und der ebenfalls geltend gemachte Organhaftungsanspruch nach § 25 GmbHG gehemmt und nicht verjährt, weil zeitgerecht der Antrag auf Bestellung eines Kollisionskurators eingebracht worden war (Rn 65 f der vorliegenden Entscheidung).

Die Vertretungsbefugnis fand auch an einer weiteren Stelle Erwähnung: In Rn 31 der vorliegenden Entscheidung vertritt der OGH die Ansicht, dass eine Gesellschaft im Rahmen der verbotenen Einlagenrückgewähr nie wirksam vertreten werde und den Geschäftsführern für den Bereich der Einlagenrückgewähr bei Geschäften mit Gesellschaftern die Vertretungsmacht insoweit insgesamt fehle. Diese Aussagen werden wohl im Kontext mit dem konkreten Sachverhalt zu verstehen sein: Gegenständig war die tatsächliche Nutzung zweier Wohnungen durch den Geschäftsführer und ihm nahestehende Personen ohne Vorliegen eines Vertrages. Zivilrechtlich wäre mE schon ein Benützungsentgelt nach § 1041 ABGB (zB OGH 25.10.2022, 2 Ob 112/22t) wegen Titellosigkeit denkbar gewesen, wobei es dann auf ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis nicht angekommen wäre; allerdings wären dann Anspruchsgegner idR nur die tatsächlich Nutzenden, sodass die Erstbeklagte (= unmittelbare Gesellschafterin der Immobiliengesellschaft) nicht erfolgreich in Anspruch genommen werden könnte.

Offenbar um die Erstbeklagte ins Verfahren erfolgreich einbeziehen zu können, wurde der Rückersatzanspruch nach § 83 GmbHG bemüht, der – wie der OGH an anderer Stelle zutreffend betont (Rn 32 der vorliegenden Entscheidung) – für einen Verbotsverstoß kein rechtsgeschäftliches Handeln erfordert. In Wahrheit lag schlicht eine offene Zuwendung vor, die keine Ausführungen zur Vertretungsbefugnis erforderte. Mit den Worten von *Eckert/Schopper/Madari* (in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 52 Rz 24): „Von einem offenen Verstoß wird gesprochen, wenn Einlagenrückgewähr nicht einmal dem Anschein nach in den zivilrechtlichen Titel eines Austauschgeschäfts gekleidet ist.“ Mit den Aussagen wollte der OGH mE wohl nur dartun, dass es nicht auf ein wirksames Rechtsgeschäft bzw auf einen Titel für einen Verbotsverstoß ankommt.

Ein Verständnis dieser Ausführungen dahin gehend, dass für den Abschluss eines verbotswidrigen Rechtsgeschäfts die Vertretungsmacht schlechthin fehle, ist aber abzulehnen: Ausgangspunkt ist, ob ein Vertrag zur Gänze oder nur teilweise wegen eines Verbotsverstoßes nichtig ist. Das GmbHG enthält keine einschlägige Norm, die immer eine Gesamtnichtigkeit fordert (*H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG² [2024] § 83 Rz 39). Strittig ist idZ zwar, nach welchen Kriterien Gesamt- oder Teilnichtigkeit eines Vertrages anzunehmen ist: Teils wird der hypothetische Parteiwille herangezogen (OGH 1.9.2010, 6 Ob 132/10w, GesRZ 2011, 47 [Rüffler]; 13.9.2012, 6 Ob 110/12p), teils steht der Verbotszweck des Verbots der Einlagenrückgewähr im Vordergrund (*Artmann*, Einlagenrückgewähr und Sicherheiten von Gesellschaftern und Dritten, *ecolx* 2018, 146 [149]; *U. Torggler*, GesRZ 2013, 43; *Schopper*, Heilung von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, *ecolx* 2019, 736; *H. Foglar-Deinhardstein*, Einlagenrückgewähr: Unechte Dritte und Umfang der Nichtigkeit? ÖJZ 2019, 938; OGH 27.9.2017, 9 Ob 62/16g, EYBl 2018/67 [Spitzer] = ÖBA 2018, 335 [Liebel]). An dieser Stelle ist aber nur entscheidend, dass bei beiden Ansichten der Verbotsverstoß auch zur Teilnichtigkeit führen kann. Der OGH nahm zB bei überhöhten Mietzinsen in Mietverträgen Teilnichtigkeit an, wenn Mieterin die GmbH war, sodass der Bestandvertrag *ex lege* auf einen angemessenen Mietzins korrigiert wurde (OGH 1.9.2010, 6 Ob 132/10w; 4.3.2013, 8 Ob 20/13v, GesRZ 2013, 286 [Milchrahm]). Schlechthin fehlende Vertretungsmacht für den Abschluss des Rechtsgeschäfts ließe demgegenüber keinen Raum für eine Teilnichtigkeit.

Zudem würde fehlende Vertretungsmacht auch die Rspr zu Rechtsgeschäften mit echten Dritten konterkarieren: Ohne Vertretungsmacht würde das Rechtsgeschäft auch mit dem echten Dritten nicht wirksam zustande kommen; auf die Kenntnis oder die grob fahrlässige Unkenntnis des echten Dritten käme es entgegen der Rspr (Nachweise bei *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 52 Rz 17) nicht mehr an. Ein weiteres Spannungsverhältnis bestünde zur festgestellten Rspr, die für die Nichtigkeitsfolge seit der *Fehring*-Entscheidung (OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h) völlig zutreffend § 879 ABGB heranzieht (RIS-Justiz RS0105535), da die Anwendung des § 879 ABGB mE ein an sich zustande gekommenes Rechtsgeschäft voraussetzt (*Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06}, § 879 Rz 4).

Die vorliegende OGH-Entscheidung weist eine weitere Besonderheit auf: Die Erstbeklagte war die unmittelbare Gesellschafterin der Immobiliengesellschaft, deren Gesellschafter und Geschäftsführer ebenfalls der Zweibeklagte war. Die unmittelbare Gesellschafterin war aber nicht Empfängerin der verbotswidrigen Leistungen, weil sie die Wohnungen nicht nutzte. Strittig war also, ob sie als übersprungene Gesellschafterin im Wege der Solidarhaftung in den Rückersatzanspruch nach § 83 GmbHG einbezogen werden kann. Allgemein formuliert: Wann ist eine Zuwendung eines Vermögensvorteils an einen Dritten der unmittelbaren Gesellschafterin als eigener Leistungsempfang zuzurechnen, ohne dass sie auf den Gegenstand der Zuwendung an den Empfänger Zugriff hat (bzw selbst nicht Empfängerin ist)?

Schon die kapitalerhaltungsrechtliche Erfassung von Leistungen der Gesellschaft an echte Dritte ist im Detail umstritten, wobei es zB um die Frage geht, ob der Gesellschafter für eine Zurechnung die Leistung veranlasst haben muss (*Karollus*, Einlagenrückgewähr

und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Brandl/Karollus/Kirchmayer/Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung³ [2021] 1 [53 ff]). Der entscheidungswesentliche Sachverhalt ist eine Abwandlung, weil der Dritte mittelbarer Gesellschafter der Immobiliengesellschaft war. Nach den *verba legalia* sind aber nur Personen als Normadressaten, denen formal Gesellschaftereigenschaft zukommt, von § 82 GmbHG erfasst (*Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 115 Rz 177). Die hA stellt aber formale Nichtgesellschafter – mittels eines Analogieschlusses – den Gesellschaftern (unechter Dritter) in bestimmten Fällen gleich, wobei – hier wesentlich – insb der mittelbare Gesellschafter als unechter Dritter angesehen wird (OGH 25.6.2020, 6 Ob 21/20m; *Karollus*, Einlagenrückgewähr, 41 f). Damit wurde der Zweibeklagte zu Recht wie ein Gesellschafter behandelt und als Leistungsempfänger vom Rückerstattungsanspruch erfasst.

Ob auch die unmittelbare Gesellschafterin (solidarisch) für den Rückersatzanspruch haftet, ist damit nicht geklärt. Der OGH stellte die unterschiedlichen Literaturmeinungen dar, welche die Solidarhaftung teils ablehnen und teils bejahen (Rn 36 ff der vorliegenden Entscheidung), und bejahte im Ergebnis zu Recht eine Solidarhaftung, jedoch mit undeutlicher dogmatischer Begründung.

Die Erstbeklagte erhielt immerhin keinen Vorteil, womit eine Inanspruchnahme fraglich ist, weil § 83 Abs 1 GmbHG den Rückersatz der zugunsten des Gesellschafters geleisteten Zahlungen anordnet. Deshalb ist der Ansicht von *Karollus* (Einlagenrückgewähr, 41 ff; vgl Rn 39 der vorliegenden Entscheidung) grundsätzlich zuzustimmen, dass eine übersprungene Zwischengesellschaft nicht in Anspruch genommen werden sollte. IdZ argumentiert aber der OGH, dass auch bei Leistungen an nahe Angehörige nicht geprüft würde, inwieweit dem Gesellschafter tatsächlich selbst ein Vorteil erwächst. In dieser apodiktischen Form ist diese Aussage aber unzutreffend, einerseits weil die kapitalerhaltungsrechtlichen Zurechnungsfragen naher Angehöriger ohnehin nicht hinreichend geklärt sind (zum Meinungsstand zB *Karollus*, Einlagenrückgewähr, 46 f) und andererseits weil der OGH zuletzt die zutreffende Ansicht vertrat, dass die Qualifikation von Zuwendungen an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten (bei nahen Angehörigen des Gesellschafters) als verbotene Einlagenrückgewähr auf dem Gedanken beruhe, dass die Zuwendungen – wirtschaftlich gesehen – als dem Gesellschafter selbst zugekommen gelten (OGH 20.12.2023, 6 Ob 170/23b, Rn 20; vgl auch OGH 20.12.2018, 6 Ob 195/18x). Auch sonst geht der OGH zumindest implizit von einer Vorteilsgewährung aus (RIS-Justiz RS0105540; OGH 29.8.2022, 6 Ob 234/21m, *ecolx* 2022/643 [Aschl/Zimmermann]; *Aschl/Zimmermann*, *ecolx* 2022, 988: „Blosse Vermögensabflüsse (von denen der Gesellschafter nicht profitiert) fallen nicht in den Verbotsbereich.“). Es bleibt also festzuhalten, dass als Zurechnungskriterium für einen Verbotsverstoß ein Vorteil bzw eine Begünstigung (arg: „zu deren Gunsten“) verwirklicht werden muss, dem aber mitunter ein weites Verständnis zugrunde gelegt wird, etwa durch die (ebenfalls im Detail strittige) Ansicht, die die Veranlassung als Zurechnungskriterium ansieht (OGH 20.1.2000, 6 Ob 288/99t; 23.6.2021, 6 Ob 61/21w; 29.8.2022, 6 Ob 234/21m; *F. M. Klement/P. Fitz*, Einlagenrückgewähr, Veranlassung, Gesellschaftervorteil, GES 2022, 380; kritisch *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 115 Rz 195 f).

Eine (Solidar-)Haftung der übersprungenen Gesellschafterin bedarf daher entweder einer kapitalerhaltungsrechtlichen Zurechnung oder müsste auf eine andere Anspruchsgrundlage gestützt werden. Denkbar wären § 1295 Abs 1 oder Abs 2 ABGB gewesen (*Ch. Müller*, Schadenersatzrechtliche Haftung echter Dritter bei Mitwirkung an Verstößen gegen das Einlagenrückgewährverbot? – zugleich eine Besprechung von OGH 23.6.2021, 6 Ob 61/21w, ÖJA 2023, 129; *Bauer*, GesRZ 2022, 83), weil der Zweibeklagte auch als Geschäftsführer der unmittelbaren Gesellschafterin an der Zuwendung an den mittelbaren Gesellschafter (an sich selbst) mitwirkte.

Rn 47 der vorliegenden Entscheidung lässt demgegenüber sogar vermuten, dass die Erstbeklagte allein wegen ihrer Stellung als unmittelbare Gesellschafterin ohne Vorteilsempfang haften soll. Diese Haftung liefe allerdings auf eine Durchgriffshaftung hinaus, die nur für spezielle Konstellationen (zB bei einem Rechtsformmissbrauch bzw einem Missbrauch der Organisationsfreiheit;

vgl. Aicher/Kraus/Spindel in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 61 Rz 56 ff und 69) diskutiert wird. Eine (Durchgriffs-)Haftung erfordert also mehr als eine formale Gesellschafterstellung.

Zudem verfügt die Erstbeklagte über eigene Gläubiger. Eine Haftung für eine Zuwendung, die nicht ihr, sondern dem Zweitbeklagten zugutegekommen ist, wird ihren Haftungsfonds zulasten ihrer eigenen Gläubiger schmälern. Klar erkennbar ist das Problem, wenn eine unmittelbare Gesellschafterin eine Gesellschaft mit unabhängiger Geschäftsführung ist, die von der unzulässigen Zuwendung an den mittelbaren Gesellschafter der Klägerin nichts wusste und an dieser auch in keiner Weise mitwirkte. Diese Gesellschaft dennoch haften zu lassen, obwohl sie keinen Vorteil erhielt, keine Handlung setzte und keine Kenntnis hatte, nur weil sie gesellschaftsrechtlich in der Struktur zwischen der Klägerin und dem letztbegünstigten Gesellschafter steht, ist nicht gerechtfertigt.

Auch ein etwaiger Regress der Erstbeklagten gegen den begünstigten mittelbaren Gesellschafter schafft mE keine Abhilfe. Damit würde lediglich das Einbringlichkeitsrisiko auf eine andere, nicht begünstigte Gesellschaft (Erstbeklagte) verlagert. Die Kapitalerhaltungsvorschriften bezwecken Gläubigerschutz, nicht Risikoverlagerung.

Wenn der Geschäftsführer der geschädigten Gesellschaft (Klägerin) zugleich auch Geschäftsführer der unmittelbaren Gesellschaft (Erstbeklagten), deren Gesellschafter und darüber hinaus auch Empfänger der unzulässigen Zuwendung ist, kann anderes gelten. In einer solchen Konstellation liegt, wie der OGH in Rn 45 der vorliegenden Entscheidung sinngemäß ausführte, eine personenmäßige Verflechtung vor, bei der der Zweitbeklagte auf allen Ebenen handelt und die Vermögensverschiebung zulasten der Klägerin herbeiführt. In einem solchen Fall kann die Erstbeklagte, die diese Person zugleich vertritt, nicht schutzwürdig sein. Hier ist eine Zurechnung der verbotswidrigen Handlung zur Erstbeklagten ausnahmsweise gerechtfertigt, denn mE kann darin eine Veranlassung der Zuwendung durch die unmittelbare Gesellschafterin gesehen werden. Im Ergebnis bejahte der OGH daher zu Recht die Solidarhaftung.

Wilhelm Milchrahm

Mag. *Wilhelm Milchrahm* ist Rechtsanwalt in Wien.

★