



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dkfm. Dr. T* T*, vertreten durch Dr. Lukas Fantur, Rechtsanwalt in Wien gegen die beklagten Parteien 1. S* GmbH, *, 2. M* A*, sowie 3. Dipl.-Ing. C* S*, alle vertreten durch Held Berdnik Astner & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 30.001 EUR sA über die Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. März 2017, GZ 4 R 16/16b-20, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 24. November 2016, GZ 34 Cg 71/15w-16, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 2.165,26 EUR (darin 360,88 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mit Abtretungsvertrag vom 12. 6. 2014 verkauften alle Gesellschafter, darunter auch der Kläger, ihre Geschäftsanteile an der W. *gesellschaft mbH (Zielgesellschaft) an die Beklagten. Auf die Anteile des Klägers entfiel ein anteiliger Abtretungspreis von 303.229,50 EUR. Nach dem Abtretungsvertrag haften die Beklagten für dessen Aufbringung solidarisch; die Abtretung wird erst mit gänzlicher Bezahlung wirksam.

Der **Kläger** begehrt die Bezahlung eines Teilbetrags von 30.001 EUR sA. Die Beklagten hätten bisher

keine wirksamen Zahlungen geleistet. Die Zielgesellschaft habe nach dem Verkauf von Betriebsliegenschaften (an zwei vom Zweit- und Drittbeklagten beherrschte Gesellschaften) den Treuhänder dieser Liegenschaftsgeschäfte angewiesen, den Liegenschaftskaufpreis nicht an sie selbst, sondern zur Tilgung der Außenstände aus der Anteilsabtretung (unter anderem) an den Kläger zu überweisen. Damit sei der Kläger als ausscheidender Gesellschafter mit Vermögen der Zielgesellschaft abgeschichtet worden, weshalb diese Zahlung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoße und nichtig sei. Die Gewährung eines die Anweisung rechtfertigenden Darlehens der Zielgesellschaft an die Beklagten halte einem Fremdvergleich nicht stand und sei daher unwirksam. Daher hafte die Kaufpreisforderung noch immer zur Gänze unberichtigt aus; vorsichtshalber werde nur ein Teilbetrag eingefordert. Die Abtretung der Rückforderungsansprüche der Gesellschaft an die Erstbeklagte sei schon wegen der damit verbundenen Interessenkollision und Doppelvertretung sittenwidrig und daher ebenfalls nichtig; eine Aufrechnung mit dieser Forderung sei auch nicht zulässig.

Die **beklagten Parteien** bestritten und beantragten die Klagsabweisung. Der Kläger habe alle Zahlungen der Zielgesellschaft vorbehaltlos angenommen. Diese seien daher für die Beklagten schuldbefreiend und wirksam. Hintergrund der Zahlungen der Zielgesellschaft sei ein ihnen von dieser in gleicher Höhe gewährtes Darlehen gewesen. Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr liege nicht vor; allfällige dennoch bestehende Rückforderungsansprüche der Zielgesellschaft seien an die Erstbeklagte abgetreten worden. Aus prozessualer Vorsicht werde daher für den Fall des Bestehens der Klagsforderung mit diesem gegen den Kläger bestehenden Rückzahlungsanspruch aufgerechnet.

Das **Erstgericht** sprach aus, dass die

Klagsforderung nicht zu Recht bestehe und wies das Klagebegehren ab.

Dabei ging es im Wesentlichen von folgendem Sachverhalt aus:

Dipl.-Ing. E* R* war seit 31. 1. 1979 allein vertretungsbefugter Geschäftsführer der Zielgesellschaft. Seit 16. 6. 2014 vertrat er gemeinsam mit M* A* oder mit Dipl.-Ing. C* S* (Drittbeklagter) und wurde am 16. 10. 2014 als Geschäftsführer gelöscht. Gesellschafter der erstbeklagten Partei sind der Zweitbeklagte und die S* Vermögensverwaltung KG. Unbeschränkt haftende Gesellschafterin der S* Vermögensverwaltung KG ist der Drittbeklagte. Seine Gattin ist Kommanditistin dieser Gesellschaft.

Unbeschränkt haftender Gesellschafter der O* GmbH & Co KG (nunmehr: A* GmbH & Co KG) war zum Zeitpunkt des Abschlusses der Liegenschafts Kaufverträge und der Abtretungsverträge die „H* GmbH“, Kommanditistin war die GmbH. Alleingesellschafterin der H* GmbH ist die S* Vermögensverwaltung KG. Gesellschafter der I* GmbH sind die S* Vermögensverwaltung KG und die Gattin des Drittbeklagten, Mag. K* S*.

Mit Liegenschafts Kaufverträgen vom 3. 7. 2014 verkaufte die Zielgesellschaft eine Liegenschaft in Feldkirchen bei Graz an die Erstbeklagte sowie eine weitere Liegenschaft in P* sowie zwei Eigentumswohnungen in W* an die O* GmbH & Co KG. In den Liegenschafts Kaufverträgen war jeweils die Auszahlung des Kaufpreises an die Zielgesellschaft vorgesehen.

Die Zielgesellschaft wies den Treuhänder an, den treuhändig hinterlegten Anteil des Kaufpreises aus den Liegenschaftsverkäufen an die Verkäufer der Geschäftsanteile auszubehalten. Diese Anweisung wurde auch von Dipl.-Ing. E* R* als Geschäftsführer der Zielgesellschaft mitunterfertigt.

Dr. A* K* als Treuhänder der Zielgesellschaft überwies am 11. 8. 2014 105.780 EUR an den Kläger, wobei als Verwendungszweck „Abtretungsvertrag vom 12. 6. 2014“ angeführt war. Die Erstbeklagte überwies am 14. 8. 38.786 EUR an den Kläger. Dr. A* K* als Treuhänder der Zielgesellschaft überwies vom Treuhandkonto am 28. 8. 2014 weitere 132.225 EUR an den Kläger, wobei als Verwendungszweck wiederum „Abtretungsvertrag vom 12. 6. 2014“ angeführt war. Am 24. 9. 2014 überwies die Erstbeklagte 26.445 EUR an den Kläger. Am 24. 10. 2014 wurde der Kläger als Gesellschafter der Zielgesellschaft im Firmenbuch gelöscht.

Die Zielgesellschaft gewährte der Erstbeklagten bis auf Widerruf ein Darlehen in der Höhe von 600.000 EUR und der O* GmbH & Co KG bis auf Widerruf ein Darlehen in der Höhe von 750.000 EUR.

Mit Schreiben vom 9. 10. 2015 forderte der Klagevertreter die Beklagten namens des Klägers und der von ihm vertretenen Verkäufer unter Setzung einer einwöchigen Frist auf, den Kaufpreis für die Anteile an der Zielgesellschaft zuzüglich Verzugszinsen in Höhe von 6 % pa zu bezahlen. Als Begründung führte der Klagevertreter an, dass eine wirksame Kaufprestilgung nicht erfolgt sei und die Geschäftsanteile nie wirksam auf die Käufer übergegangen seien. Eine Rückzahlung des bereits erhaltenen Kaufpreises an die Zielgesellschaft wurde nicht angeboten.

Die Streitteile führten erfolglose außergerichtliche Vergleichsgespräche.

Die Zielgesellschaft trat an die Erstbeklagte am 10. 10. 2016 ihre möglichen gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen gegen den Kläger ab.

Rechtlich würdigte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahingehend, dass der Kläger nicht einmal behauptet habe, die erhaltene Zahlung unverzüglich zurückgewiesen zu haben. Daher sei die festgestellte

Bezahlung der Kaufpreisforderung schuldtilgend. Der Rückgewähranspruch nach § 83 GmbHG stehe allein der Zielgesellschaft zu und keinesfalls dem Kläger.

Das **Berufungsgericht** änderte dieses Urteil dahin ab, dass es aussprach, dass die Klagsforderung zu Recht und die eingewendete Gegenforderung nicht zu Recht bestehe. Davon ausgehend gab es dem Klagebegehren statt.

Nach Verwerfung einer Beweis- und Mängelrüge erwog das Berufungsgericht in rechtlicher Sicht, die behaupteten Darlehensgewährungen verstießen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Die Erfüllungswirkung der Zahlung trete nur ein, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung erbringe. Eine andere als die geschuldete Leistung könne der Gläubiger gemäß § 1413 ABGB zurückweisen. Aus der Zahlung dürfe noch nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass damit die Forderung des Gläubigers jedenfalls zum Erlöschen gebracht werde. Die Annahme der Zahlung als Erfüllung bewirke keinen Verzicht auf Gewährleistungsrechte, vielmehr entstünden letztere erst dadurch.

Der Kläger habe die Zahlung nicht zurückgewiesen und demnach als Erfüllung angenommen. Dennoch habe er durch die Zahlung nicht die unbeschränkte Rechtsposition erlangt. Selbst wenn sich seine Schuldner daher nicht (mehr) in Verzug befinden sollten, stünden ihm als Gläubiger Gewährleistungsrechte zu, die bei einer Geldschuld jedenfalls im Rahmen einer Verbesserung oder eines Austauschs im Anspruch auf eine neuerlich, unbelastete Leistung bestehen.

Die in der Entscheidung 2 Ob 12/10v geforderte konkrete Gefahr, dass der Gläubiger von dritter Seite in Anspruch genommen werde, liege im vorliegenden Fall schon wegen des in § 82 Abs 4 GmbHG normierten Verbots des Verzichts auf den Rückforderungsanspruch vor.

Die Klagsforderung bestehe daher zu Recht. Ein Zug-um-Zug-Einwand sei nicht erhoben worden.

Durch die Abtretung von Rückforderungsansprüchen der Zielgesellschaft nach § 83 GmbHG an einen von mehreren haftenden Gesellschaftern samt anschließender Aufrechnung gegen private Kaufpreisschulden werde der Haftungsfonds der Zielgesellschaft geschmälert, zumal nicht einmal behauptet wurde, dass die Gesellschaft für die Abtretung eine vollwertige Gegenleistung erlangt habe. Die Erstbeklagte könne der Klagsforderung daher den Rückforderungsanspruch der Gesellschaft nicht mit Erfolg entgegenhalten.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil der Oberste Gerichtshof mit den über den Einzelfall hinaus Bedeutung zukommenden Rechtsfragen der Gewährleistung bei Geldschulden und der Passivlegitimation von Alt- und Neugesellschafter in vorliegenden Konstellationen noch nicht befasst gewesen sei.

Hierzu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

Die **Revision** ist aus Gründen der Rechtssicherheit zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

1.1. Nach § 82 Abs 1 GmbH können die Gesellschafter ihre Stammeinlage nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschaft von der Verteilung ausgeschlossen ist. Damit bewirkt § 82 Abs 1 GmbHG eine umfassende Vermögensbindung der GmbH (*Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 2). Unzulässig ist jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, die den Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteilt (RIS-Justiz RS0105540 [T6]). Im Rahmen des Drittvergleichs ist zu prüfen, ob das Geschäft auch mit einem anderen,

unbeteiligten Dritten und bejahendenfalls auch zu diesen Bedingungen geschlossen worden wäre (RIS-Justiz RS0105540 [T7]).

1.2. Zweck dieser Vorschrift ist es, das Stammkapital als „dauernden Grundstock der Gesellschaft“ und als einziges „dem Zugriff der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt“ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern (RIS-Justiz RS0105532 [T2]). § 82 Abs 1 GmbHG soll auch die Übertragung von Geschäftsanteilen auf Kosten der Gesellschaft verhindern (RIS-Justiz RS0105532 [T5]).

1.3. Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist auch auf ehemalige Gesellschafter anzuwenden, sofern die Leistung im Hinblick auf ihre ehemalige Gesellschafterstellung erbracht wird (RIS-Justiz RS0105536 [T8]). Leistungen an Dritte, die wirtschaftlich dem Gesellschafter zukommen, sind ebenfalls vom Ausschüttungsgebot erfasst (RIS-Justiz RS0105536 [T9]). Ansonsten sind Dritte nur bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig (RIS-Justiz RS0105536).

1.4. Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr wird auch dann verstoßen, wenn die Zielgesellschaft nicht bloß eine fremde Verbindlichkeit sichert, sondern selbst einen Kredit aufnimmt, um dem Käufer die Mittel für den Anteilserwerb zur Verfügung zu stellen. Dass die Gesellschaft mit der Vorteilszuwendung an einen Gesellschafter eine (formell eigene) schuldrechtliche Verpflichtung erfüllt, kann einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nie ausschließen. Maßgebend ist, ob das Geschäft dem Fremdvergleich standhält und auch dann so geschlossen worden wäre, wenn kein Gesellschafter bzw dem Gesellschafter nahe stehender Dritter daraus einen Vorteil zöge (RIS-Justiz RS0105540).

1.5. Das Verbot, eigene Geschäftsanteile zu erwerben oder sonst (Alt-)Gesellschafter aus

Gesellschaftsmitteln abzufinden, kann nicht dadurch umgangen werden, dass ein zukünftiger Gesellschafter dazwischengeschaltet wird, dem die Gesellschaft die notwendigen Mittel unter Verstoß gegen § 82 GmbHG zur Verfügung stellt (6 Ob 14/14y). In der zitierten Entscheidung 6 Ob 14/14y hatte die Zielgesellschaft dem zukünftigen Gesellschafter die finanziellen Mittel zur Absichtung des Altgeschafters zur Verfügung gestellt. Der erkennende Senat billigte die Auffassung des Berufungsgerichts, der festgestellte Sachverhalt stelle eine unzulässige, weil die Gläubiger der Zielgesellschaft schädigende Einlagenrückgewähr dar.

2.1. Bei der Gewährung von Darlehen einer GmbH an einen Gesellschafter ist – wie auch sonst bei Fragen der Einlagenrückgewähr – entscheidend, ob eine Besserstellung des Geschafters gegenüber anderen Vertragspartnern der Gesellschaft erfolgt und ob diese Bevorzugung aufgrund der Geschafterstellung erfolgt und zu Lasten der Gesellschaft geht (vgl 6 Ob 171/15p ErwGr 5.5). Diese Voraussetzung wird bei der Gewährung von Darlehen in der Regel zutreffen, weil Nicht-Banken im Normalfall keinen Geldkredit begeben. Aus diesem Grund dürfen Darlehen nur dann ausnahmsweise an Geschafter vergeben werden, wenn die Auskehr der Mittel mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar ist (*Auer in Gruber/Harrer GmbHG § 82 Rz 48*; vgl auch *Bauer/Zehetner aaO Rz 105 ff*; *Koppensteiner/Rüffler GmbHG³ § 82 Rz 17b*). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Gesellschaft, die einem Geschafter einen Kredit gewährt, im Gegensatz zu einem Kreditinstitut auch nicht über eine entsprechende Möglichkeit der Risikostreuung verfügt; sie ist vielmehr – im untechnischen Sinn – mit einem „Klumpenrisiko“ belastet (*Bauer/Zehetner aaO Rz 105 f*).

2.2. Im vorliegenden Fall erfolgte die Darlehensgewährung nach den Feststellungen der

Vorinstanzen ohne Sicherheitenbestellung und hatte offensichtlich den Zweck, den Anteilserwerb an der Zielgesellschaft selbst zu finanzieren. In Anbetracht des Umstands, dass damit beträchtliche Mittel zu Lasten der Gläubiger ohne betriebliche Rechtfertigung aus der Gesellschaft abgeflossen sind, ist dies jedenfalls nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar.

2.3. Das Argument, die Verzinsung sei marktüblich, übersieht, dass in den Fremdvergleich nicht nur die konkreten Konditionen, sondern vor allem auch die Frage einzubeziehen ist, ob mit einem gesellschaftsfremden Dritten überhaupt ein derartiges Geschäft abgeschlossen worden wäre (RIS-Justiz RS0105540 [T8]).

3.1. Entgegen der Intention des Gesetzes ist im vorliegenden Fall das Kapital, das zum Zweck des Gläubigerschutzes eigentlich in der Gesellschaft gebunden sein sollte, an die Gesellschafter abgeflossen.

3.2. Nach § 83 Abs 1 GmbHG sind Gesellschafter, zu deren Gunsten gegen die Vorschriften dieses Gesetzes, gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder entgegen einem Gesellschaftsbeschluss Zahlungen von der Gesellschaft geleistet worden sind, der Gesellschaft zum Rückersatz verpflichtet. Was ein Gesellschafter im guten Glauben als Gewinn bezogen hat, kann er jedoch in keinem Fall zurückzahlen verhalten werden.

3.3. Damit regelt § 83 GmbHG die Folgen des Verstoßes gegen das in § 82 GmbHG normierte Leistungsverbot. § 83 GmbHG soll ergänzend sicherstellen, dass Vermögenswerte der Gesellschaft, auch wenn diese die Höhe des nominellen Stammkapitals übersteigen, den Gläubigern der Gesellschaft ungeschmälert erhalten bleiben (*Bauer/Zehetner* aaO § 83 Rz 1). Um die Kapitalerhaltung auch tatsächlich zu gewährleisten, wurde ein System strengster und ausgedehntester Haftung installiert

(*Bauer/Zehetner* aaO Rz 1 unter Verweis auf ErläutRV 236 Blg HH 17. Sess 88).

3.4. Im Fall des Verstoßes hat die Gesellschaft daher einen Anspruch auf Rückzahlung gegen jene Gesellschafter, die die verbotswidrigen Zahlungen (Leistungen) empfangen haben, und gegen die (schuldhaft handelnden) Geschäftsführer. Subsidiär haften nach § 83 Abs 2 GmbHG auch die übrigen Gesellschafter, jedoch nur dann, wenn und insoweit das Vermögen der Gesellschaft in Folge der verbotenen Leistung unter das Stammkapital gesunken ist.

4.1. Der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr nach § 82 Abs 1 GmbHG enthält keine subjektiven Tatbestandsmerkmale (RIS-Justiz RS0105532 [T14]). War Empfänger der Leistung ein Gesellschafter, so spielt der gute Glaube nur eine Rolle, soweit es sich um den Bezug von Gewinnanteilen handelt (§ 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG).

4.2. Die Erkennbarkeit des Verstoßes gegen § 82 GmbHG spielt für die Rückzahlungspflicht nach § 83 Abs 1 GmbHG keine Rolle. Dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 83 Abs 1 Satz 1 GmbHG. Zusätzlich spricht für dieses Ergebnis auch ein Umkehrschluss aus § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG, der die Rückzahlungspflicht für gutgläubig bezogene Gewinnanteile ausschließt. Daraus ergibt sich zwingend, dass sonstige gutgläubig empfangene Leistungen der Gesellschaft der Rückzahlungspflicht nach § 83 Abs 1 GmbHG unterliegen. Ob dem Kläger als Gesellschafter auffallen hätte müssen, dass er den Klagsbetrag – im Gegensatz zu zwei weiteren Zahlungen – nicht von den Käuferinnen, sondern von einem als Treuhänder der Zielgesellschaft agierenden Rechtsanwalt erhalten hat, ist daher unerheblich.

5.1. Schuldner des Erstattungsanspruchs ist nach deutscher Ansicht jener Gesellschafter, der die verbotene Auszahlung empfangen hat; dies gilt auch dann, wenn die

Gesellschaft auf Verlangen des Gesellschafters eine Leistung an einen Dritten erbringt (vgl zum deutschen Recht *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 31 Rz 10; *Heidinger* in *Ziemons/Jaeger*, GmbHG³⁰ § 30 Rz 20 f). Dies wird damit begründet, dass in diesem Fall der Gesellschafter und nicht der dritte „Empfänger“ iSd §§ 30 f des deutschen GmbHG sei (*Fastrich* in *Baumbach/Hueck* GmbHG²¹ § 30 Rz 25).

5.2. Der BGH (II ZR 86/06) sprach in einem Fall, in dem die Gesellschaft den Anteilserwerb durch den Neugesellschafter besicherte, aus, dass Veräußerer und Erwerber des GmbH-Anteils solidarisch für die Rückstellung der verbotenen Einlagenrückgewähr hafteten, wobei der BGH zur Begründung auch darauf verwies, dass mit der verbotenen Auszahlung die Kaufpreisverbindlichkeit für die erworbenen Geschäftsanteile teilweise getilgt wurde.

5.3. Eine Aufspaltung des einheitlich zu bewertenden Gesamtvorgangs, nämlich der Darlehensgewährung der Gesellschaft an die eintretenden Neugesellschafter und die Auszahlung durch die Gesellschaft aus dem von ihr erlösten Kaufpreis für Liegenschaften an die Altgesellschafter ist nicht zulässig (vgl 6 Ob 14/14y; 1 Ob 28/15x).

6.1. Der Rückzahlungsanspruch nach § 83 Abs 1 GmbHG unterscheidet sich von bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen und konkurriert mit diesen (RIS-Justiz RS0128167). Schon im Hinblick auf die Unterschiede zwischen diesen beiden Ansprüchen ist es nicht statthaft, ohne weiteres zum Bereicherungsrecht entwickelte Lösungen auch auf den Anspruch nach § 83 Abs 1 GmbHG zu übertragen. § 83 Abs 1 GmbHG stellt ausschließlich auf den faktischen Leistungsempfang ab; eine Einschränkung des Rückforderungsanspruchs in Entsprechung der von den Parteien vorgestellten zivilrechtlichen Leistungsbeziehungen ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen. Demgemäß hat der erkennende Senat in der Entscheidung 6 Ob 14/14y eine

Rückzahlungspflicht der Altgesellschafter bejaht, obwohl diese nicht direkt aus Gesellschaftsmitteln abgefunden worden waren, sondern die Zielgesellschaft zu diesem Zweck ein Darlehen aufgenommen hatte, das sie in der Folge zum Großteil im Wege eines weiteren Darlehens der Gesellschaft den Neugesellschaftern zur Verfügung stellte.

6.2. Im Übrigen liegt in der festgestellten Vorgangsweise, dass die Auszahlung des Kaufpreises ganz überwiegend aus Mitteln der Zielgesellschaft erfolgt, auch ein Vorteil für den Kläger, wurde es ihm doch dadurch ermöglicht, den gesamten Kaufpreis relativ kurzfristig zu erhalten.

7.1. Zusammenfassend kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass die an den Kläger von der Zielgesellschaft geleisteten Zahlungen gegen § 82 Abs 1 GmbHG verstießen und er daher nach § 83 Abs 1 GmbHG diese Zahlung zurückzuerstatten hat.

7.2. Nach ständiger Rechtsprechung kann bei Leistung einer anfechtbaren Zahlung diese nicht als Erfüllung iSd § 1412 ABGB angesehen werden (RIS-Justiz RS0107954). Der Empfänger der Leistung ist dann zur Zurückweisung berechtigt, wobei er dieses Recht unverzüglich ausüben muss (2 Ob 12/10v). Dabei besteht jedoch ein grundlegender Unterschied zwischen der (Insolvenz- und Gläubiger-)Anfechtung und der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Bei der (Insolvenz- und Gläubiger-)Anfechtung führt erst der gerichtliche (Gestaltungs-)Ausspruch die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung gegenüber den Gläubigern herbei. Wenngleich in der Regel, nämlich dann, wenn bereits ein Leistungsbegehren erhoben werden kann, kein ausdrückliches Gestaltungsbegehren erforderlich ist (vgl. RIS-Justiz RS0064373), bewirkt im Anfechtungsrecht erst das Urteil die Unwirksamkeit gegenüber den Gläubigern; die Rechtsgestaltung wird vom Gericht inzidenter vorgenommen.

Demgegenüber bewirken Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ex lege die Nichtigkeit der Darlehensgewährung. Wenngleich der Kläger im vorliegenden Fall die Zahlung nicht unverzüglich zurückgewiesen hat, war der von der Gesellschaft bezahlte Betrag in Hinblick auf die Nichtigkeit der Darlehensgewährung (vgl. RIS-Justiz RS0117033 [T2]), die sich hier auch auf den Kläger erstreckt (RIS-Justiz RS0105536 [T6]), und den daraus resultierenden Rückforderungsanspruch der Gesellschaft nicht schuldbeeidend. Bei dieser Sachlage ist aber die Erwägung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, der Kläger sei noch nicht befriedigt, weil die erhaltenen Zahlungen – wie der Kläger selbst vorbrachte – „mit dem Mangel eines Rückersatzanspruchs belastet“ seien.

8.1. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch die Berechtigung der eingewendeten Gegenforderung verneint. Der erkennende Senat hat bereits ausgesprochen, dass gegen Rückforderungsansprüche nach § 83 Abs 1 GmbHG keine Aufrechnung zulässig ist (6 Ob 110/12p; 6 Ob 72/16f). Die § 63 Abs 3 Satz 2 GmbHG zugrundeliegende Wertung lässt sich auch für diesen Fall fruchtbar machen. Dabei steht die Rückforderung einer verbotenerweise zurückgewährten Einlage der vom § 63 Abs 3 Satz 2 GmbHG ins Auge gefassten Konstellation sogar näher als der den Gegenstand der Vorentscheidungen bildende Sachverhalt: Ebenso wie die ursprüngliche Aufbringung der Stammeinlage nicht durch Aufrechnung erfolgen kann, ist auch eine Aufrechnung gegen Ansprüche aus der verbotenen Rückgewähr von Einlagen nicht zulässig (6 Ob 72/16f). Der Zweck des § 83 GmbHG liegt eindeutig darin, der Gesellschaft das ihr entzogene Kapital alsbald wieder zu verschaffen. Dieser Gesetzeszweck steht einer Aufrechnung gegen Ansprüche aus verbotener Einlagenrückgewähr entgegen (6 Ob 72/16f).

8.2. Nach der Literatur ist eine Abtretung von Ansprüchen, die der Gesellschaft aus einer verbotenen

Einlagenrückgewähr zustehen, an einen Gesellschafter nur dann zulässig, wenn dafür eine werthaltige Gegenleistung erbracht wird (*Bauer/Zehetner in Straube/Ratker/Rauter, GmbHG § 83 Rz 26 mwN*). *Ekkenga* (in *MünchKomm GmbHG² § 31 Rz 18*) betont, zumindest der Rückgewährschuldner selbst könne nicht Zessionar sein, weil andernfalls seine Rückgewährpflicht kraft Konfusion erlöschen würde; dies liefe im Ergebnis auf einen unzulässigen Erlass der Rückgewährpflicht hinaus.

8.3. Im vorliegenden Fall hat die Gesellschaft nach dem Gesagten nach § 83 Abs 1 GmbHG (auch) gegen den Kläger einen Anspruch auf sofortige Rückzahlung der aus Gesellschaftsmitteln stammenden Kaufpreisteile. Durch die erfolgte Inkassozession an die Erstbeklagte begab sich die Gesellschaft dieses Anspruchs und nahm in Kauf, dass dieser Anspruch ausschließlich zur Abwehr des vom Kläger gegen die nunmehrigen Gesellschafter der Zielgesellschaft geltend gemachten Anspruchs verwendet würde. Durch die bloße Abwehr des vom Kläger erhobenen Zahlungsbegehrens im vorliegenden Prozess werden die der Zielgesellschaft entgegen § 82 Abs 1 GmbHG entzogenen Mittel aber nicht zurückgeführt. Schon aus diesem Grund erweist sich die vorgenommene Abtretung als unzulässig. Damit verzichtet die Gesellschaft – wenn auch nur zum Zwecke des „Inkasso“ – wirtschaftlich auf ihr zustehende Mittel, um ihren Gesellschaftern das Obsiegen im Prozess zu ermöglichen.

8.4. Hinzu kommt eine weitere Überlegung: Rückzahlungsansprüche der GmbH bestehen nicht nur gegen den Kläger, sondern auch gegen die beklagten Parteien. Dadurch, dass die Gesellschaft durch die gewählte Vorgangsweise sich der Möglichkeit begab, die an den Kläger geflossenen Zahlungen von diesem direkt zurückzufordern, ersetzte sie letztlich den Rückforderungsanspruch gegen den Kläger durch einen solchen gegen die erstbeklagte Partei. Gegen diese besteht aber – ebenso wie gegen die übrigen

Beklagten – ohnedies bereits nach § 83 Abs 1 GmbHG ein Rückzahlungsanspruch der Zielgesellschaft. Im Ergebnis führte die Abtretung in der vorliegenden Konstellation daher dazu, dass die Zielgesellschaft ihre eigene Position durch Aufgabe eines persönlich haftenden Zahlungsempfängers massiv verschlechterte und auf Rückgewähransprüche gegen die übrigen Beteiligten, sohin die nunmehrigen Beklagten, beschränkt war.

8.5. Ergänzend ist auf die Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter nach § 83 Abs 2 GmbHG zu verweisen (dazu *Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 83 Rz 60 ff). Durch den mit der Inkassozeession verbundenen Auftrag, den durch Aufrechnung im vorliegenden Prozess gegebenenfalls hereingebrachten Betrag an sie abzuführen, erreichte die Zielgesellschaft aber nur eine Bekräftigung der ohnedies schon unmittelbar aufgrund des Gesetzes nach § 83 Abs 1, allenfalls auch nach § 83 Abs 2 GmbHG bestehenden Zahlungsverpflichtung der erstbeklagten Partei. Dies zeigt aber, dass die Zielgesellschaft durch die Abtretung des Rückzahlungsanspruchs ihre Position zur – zwingenden (vgl 6 Ob 72/16f) – Geltendmachung des Rückgewähranspruchs nach § 83 Abs 1 GmbHG deutlich verschlechterte.

8.6. Daher fällt auch diese Abtretung unter die mit dem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verbundene Nichtigkeitssanktion.

9.1. Zu Unrecht wendet sich die Revision auch gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, dem Kläger stünden Verzugszinsen zu. Die in § 1333 Abs 1 ABGB festgelegte Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen ist nach neuerer Auffassung schadenersatzrechtlicher Natur (6 Ob 117/15x Erwägungsgrund 2.3). Die frühere Rechtsprechung, wonach diese Bestimmung auf bereicherungsrechtlichen Gedanken beruhe (RIS-Justiz RS0031994), ist daher überholt.

9.2. Die Besonderheit von § 1333 Abs 1 ABGB liegt darin, dass die Pflicht zur Zahlung von Zinsen kein

Verschulden voraussetzt; der Schaden des Gläubigers, der durch die Zinsen ausgeglichen werden soll, besteht darin, dass dieser den entsprechenden Betrag trotz Fälligkeit nicht zur Verfügung hatte und somit nicht einmal zur gewöhnlichen Verzinsung bringen konnte (*Größ* in ABGB-ON^{1.03} § 1333 Rz 2). § 1333 Abs 1 ABGB normiert somit ein schadenersatzrechtliches „Mindestpauschale“, das der Geschädigte unabhängig vom Nachweis eines konkreten Schadens jedenfalls verlangen kann (1 Ob 315/97y).

9.3. Der Einwand, die Beklagten hätten dadurch, dass sie bisher nicht geleistet haben, einen Vorteil gehabt, weil sie die Mittel, die sie für den Gläubiger hätten einsetzen müssen, für andere, sie bereichernde Zwecke eingesetzt haben, ist nicht entscheidend, weil dieses Argument nur im Bereicherungsrecht, nicht jedoch im hier maßgeblichen Schadenersatzrecht beachtlich wäre (*Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1333 Rz 18).

9.4. Hatte die empfangene Leistung keine schuldbefreiende Wirkung, so ist der Zuspruch von Verzugszinsen durchaus konsequent. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass der Kläger ja seinerseits die aus Mitteln der Gesellschaft erhaltenen Beträge an diese gemäß § 83 Abs 1 GmbHG mit Zinsen zurückstellen muss.

10.1. Der Einwand, das Berufungsgericht habe gegen § 405 ZPO verstoßen, weil es die Klagsforderung aus dem Titel der Gewährleistung zugesprochen habe, obwohl der Kläger dies nie geltend gemacht habe, geht ins Leere. Bei der Frage eines Verstoßes gegen § 405 ZPO ist nicht nur der Wortlaut des Begehrens, sondern auch der Inhalt des Sachantrags, also das Tatsachenvorbringen, aus dem der Antrag abgeleitet wird, zu berücksichtigen (*Fucik* in *Fasching/Konecny*² § 405 ZPO Rz 4). Damit ist im Allgemeinen nur eine Bindung an die vorgebrachten rechtserheblichen Tatsachen, nicht jedoch an die rechtliche

Qualifikation gemeint (*Fucik in Fasching/Konecny*² § 405 ZPO Rz 19).

10.2. Nach ständiger Rechtsprechung ist das Tatsachenvorbringen vom Gericht nach allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Nur dann, wenn das Klagebegehren ausdrücklich und ausschließlich auf einen bestimmten Rechtsgrund beschränkt ist, ist es dem Gericht verwehrt, dem Begehren aus anderen Gründen stattzugeben (RIS-Justiz RS0037610 [T43]). Im Zweifel ist eine derartige Beschränkung auf einen von mehreren nach dem Sachvortrag in Frage kommenden Rechtsgründen aber nicht anzunehmen (RIS-Justiz RS0037610 [T36]).

10.3. Im vorliegenden Fall lässt sich dem Klagsvorbringen keine eindeutige Beschränkung auf einen bestimmten Rechtsgrund entnehmen. Vielmehr brachte der Kläger ausdrücklich vor, die Beklagten hätten selbst keine wirksamen Zahlungen geleistet, sondern die Zahlungen seien aus Mitteln der Zielgesellschaft geleistet worden. Ausdrücklich brachte der Kläger auch vor, die erhaltenden Zahlungen seien „mit dem Mangel eines Rückersatzanspruchs belastet“. Wenn das Berufungsgericht bei dieser Sachlage seine rechtliche Beurteilung auch auf Gewährleistungsrecht gestützt hat, ist darin keine Mangelhaftigkeit des Verfahrens zu erblicken.

10.4. Aus dem selben Grund liegt auch keine unzulässige Überraschungsentscheidung vor. Hat sich der Kläger ausdrücklich auf einen „Mangel“ berufen, mussten die durchwegs anwaltlich vertretenen Beklagten damit rechnen, dass auch Gewährleistungsrecht zur Beurteilung der Ansprüche des Klägers herangezogen würde. Eine besondere Erörterungspflicht bestünde nur, wenn die vom Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Rechtsauffassung vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz von keiner der beiden Parteien ins Treffen geführt und damit der Gegenseite keine Gelegenheit zur Stellungnahme geboten wurde

(RIS-Justiz RS0037300 [T16]). Diese Voraussetzung liegt hier aber nicht vor.

11. Zusammenfassend erweist sich die Entscheidung des Berufungsgerichts daher als zutreffend, sodass der unbegründeten Revision ein Erfolg zu versagen war.

12. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf § 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 29. August 2017
Dr. K u r a s
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: