

TE OGH 2012/9/13 6Ob110/12p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.09.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P***** S*****, vertreten durch Dr. Bernhard Hundegger Rechtsanwalt GmbH in Villach, gegen die beklagte Partei A***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch MMag. Dr. Michael Michor und Mag. Walter Dorn, Rechtsanwälte in Villach, wegen 107.875,20 EUR sA, über die Rekurse beider Parteien und die außerordentliche Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil und den Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt als Berufungsgericht vom 23. Februar 2012, GZ 2 R 18/12t-86, womit das Urteil des Bezirksgerichts Villach vom 10. November 2011, GZ 6 C 113/09p-77, teilweise bestätigt und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Den Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Die Revision des Klägers wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten seiner Revision selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Bis Mai 2007 war der Kläger Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der beklagten GmbH; Minderheitsgesellschafterin war C***** S*****.

Mit schriftlichem Mietvertrag vom 13. Februar 2002 vermietete der Kläger die in seinem Eigentum stehende Liegenschaft EZ ***** samt dem darauf befindlichen Gebäude ab 1. Februar 2002 auf unbestimmte Zeit an die beklagte Partei. Der Kläger unterschrieb diesen Mietvertrag einerseits als Vermieter, andererseits als geschäftsführender Mehrheitsgesellschafter der beklagten Partei. Der sich unter Berücksichtigung der vereinbarten Wertsicherung aus dem Mietvertrag ergebende Mietzins betrug von Oktober 2007 bis November 2009 (Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz) monatlich 3.097,70 EUR zuzüglich 20 % USt.

Der Kläger brachte sodann seine Gesellschaftsanteile an der beklagten Partei in die S***** Privatstiftung ein, die am 4. Mai 2007 ins Firmenbuch eingetragen wurde.

Mit Kauf- und Abtretungsvertrag vom 5. Juli 2007 übertrug die S***** Privatstiftung ihre Gesellschaftsanteile an DI H***** K*****, DI N***** H***** und die H*****-Holding GmbH; C***** S***** verkaufte ihre Gesellschaftsanteile an DI N***** H*****.

Die klagende Partei begehrt die offenen Bestandzinse für den Zeitraum Oktober 2007 bis Februar 2009 sowie die Grundsteuer in Höhe von 1.471,05 EUR.

Die beklagte Partei bestreitet das Klagebegehren und beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung. Im Mietvertrag sei ein unangemessen hoher Mietzins festgelegt worden, der einem Drittvergleich nicht stand halte. Im Zuge einer Großbetriebsprüfung sei der angemessene Mietzins ursprünglich mit netto 1.256,30 EUR festgelegt worden. Daraus resultiere eine verdeckte Gewinnausschüttung an den Kläger von 18.524,40 EUR p.a. Im Laufe der Großbetriebsprüfung sei der angemessene Mietzins jedoch immer weiter nach unten herabgesetzt worden.

Im ersten Rechtsgang war das Verfahren Gegenstand der Entscheidung des erkennenden Senats zu6 Ob 132/10w. Mit dieser Entscheidung hob der Oberste Gerichtshof die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

Im zweiten Rechtsgang gab das Erstgericht dem Klagebegehren hinsichtlich 60.715,68 EUR sA statt und wies das Mehrbegehren von 47.159,52 EUR ab. Die Gegenforderung der beklagten Partei wies es gemäß § 179 ZPO zurück. Im zweiten Rechtsgang gab das Erstgericht dem Klagebegehren hinsichtlich 60.715,68 EUR sA statt und wies das Mehrbegehren von 47.159,52 EUR ab. Die Gegenforderung der beklagten Partei wies es gemäß Paragraph 179, ZPO zurück.

Dabei ging es im Wesentlichen von folgendem Sachverhalt aus:

Punkt VI des Hauptmietvertrags vom 13. 2. 2002 lautet wie folgt: Punkt römisch sechs des Hauptmietvertrags vom 13. 2. 2002 lautet wie folgt:

„Die Mieterin erklärt sich nicht für berechtigt, eventuelle Gegenforderungen, die sie aus welchem Titel immer gegen den Vermieter haben könnte, mit dem Mietzins oder Betriebskosten zu kompensieren und im Hinblick darauf den Zahlungen ganz oder teilweise zurückzubehalten (Aufrechnungsverbot).“

Im Jahr 1998 wurde der Hauptbetrieb der beklagten Partei umgebaut, der sich direkt neben dem klagsgegenständlichen Bestandsobjekt befindet. Bereits kurze Zeit später herrschte akuter Platzmangel. Es waren nicht ausreichend Mitarbeiterparkplätze und Lagerflächen für Gebrauchtwagen, reparaturbedürftige Fahrzeuge und Neufahrzeuge vorhanden. Weitere Lagerräumlichkeiten wären erforderlich gewesen. Außerdem gab es seit 2002 einen zusätzlichen Bedarf an Lagerflächen für das Ersatzteillager, das Reifenlager und die Spenglerei.

Bereits im Jahr 1999 trat der Kläger an den damaligen Eigentümer der klagsgegenständlichen Liegenschaft heran und wollte zusätzliche Flächen anmieten oder erwerben. In der Folge erwarb der Kläger selbst diese Liegenschaft mit Kaufvertrag vom 17. Jänner 2002 als Privatperson, weil er die finanzielle Lage der beklagten Partei nicht weiter anspannen wollte.

Im Zeitpunkt des Ankaufs verfügte die Liegenschaft über voll funktionsfähige Büroräumlichkeiten, welche die beklagte Partei sofort mit ihren Mitarbeitern hätte beziehen können. Eine Bürotätigkeit wurde von der beklagten Partei jedoch nie ausgeübt.

Das Bestandsobjekt wurde im Jahr 1961 errichtet. Es befindet sich in einer Nebenlage. Der Erhaltungszustand des Gebäudes ist unterdurchschnittlich und befindet sich nicht mehr auf dem Stand der Technik. Instandhaltungsarbeiten wurden unregelmäßig und sehr nachlässig durchgeführt.

Das Bestandsobjekt weist ein Flächenausmaß von 433,35 m² netto Nutzfläche, 174,55 m² Nebenfläche sowie ca 500 m² Freifläche auf. Die Liegenschaft ist als gut verwertbar zu qualifizieren. Sie verfügt über acht Parkplätze.

Das Gebäudeinnere des Bestandsobjekts nutzte die beklagte Partei zur Einlagerung älterer Werbemittel. Im Jahr 2002 versuchte die beklagte Partei auch ein Stockwerk des Gebäudes zu vermieten. Es kam jedoch nicht zu einem Vertragsabschluss, obwohl es Interessenten gab.

Der Kläger hätte die gesamte Liegenschaft nur an die beklagte Partei vermietet, nicht jedoch an einen Dritten. Bei einem guten Mietangebot im Jahr 2002 hätte er nur das Obergeschoss an einen Dritten vermietet.

Der monatliche angemessene Hauptmietzins für dieses Bestandsobjekt beträgt 4,70 EUR/m² Bürofläche, 1,00 EUR/m² im Kellergeschoss sowie für einen Pkw-Abstellplatz netto 12 EUR. Daraus ergibt sich ein angemessener monatlicher Nettohauptmietzins mit Stichtag Februar 2002 in Höhe von 1.760 EUR.

Rechtlich würdigte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, dass sich unter Berücksichtigung des Index für den Zeitraum Oktober 2007 bis September 2011 ein monatlicher Bruttohauptmietzins in Höhe von 2.336,51 EUR ergebe. Der ursprünglich vereinbarte monatliche Bruttohauptmietzins von 3.360 EUR entspreche im Zeitraum Oktober 2007 bis November 2011 einem monatlichen Bruttomietzins von 3.717,28 EUR. Damit liege eine wertgesicherte monatliche verdeckte Einlagenrückgewähr in der Höhe von brutto 1.380,77 EUR monatlich vor. Die beklagte Partei sei verpflichtet, einen monatlichen angemessenen Mietzins von brutto 2.336,51 EUR zu bezahlen.

Die Gegenforderung sei in Verschleppungsabsicht erhoben worden.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Der Kläger wende sich in seiner Rechtsrüge ausschließlich gegen die Richtigkeit des Sachverständigengutachtens. Der Sachverständige habe jedoch dargelegt, weshalb er für Büroflächen 1 m² Nettobetrag von 4,70 EUR ansetze.

Insoweit sei die ordentliche Revision nicht zulässig.

Die Berufung der beklagten Partei sei hingegen berechtigt. Das Vorbringen sei nicht grob schuldhaft verspätet erstattet worden. Im fortgesetzten Verfahren werde sich das Erstgericht daher mit der aufgeschlüsselten Gegenforderung zu befassen haben.

Die Berufung erweise sich aber auch noch aus einem anderen Grund als berechtigt. Bei dem Mietvertrag handle es sich um ein Insichgeschäft, sodass besonderes Augenmerk auf den Kenntnisstand des Klägers von allen den Mietvertrag betreffenden Umständen zu richten sei.

Zur vollständigen Aufklärung erscheine es auch erforderlich, konkrete Feststellungen über den Ausgang des Finanzverfahrens zu treffen, könnten die im Rahmen der Großbetriebsprüfung getroffenen Feststellungen doch eine gewisse Indizwirkung entfalten.

Schließlich sei nicht zu übersehen, dass alle notwendigen Reparaturen und Erhaltungsarbeiten am Mietobjekt von der beklagten Partei als Mieterin auf eigene Kosten vorgenommen wurden und diese tatsächlich im Jahr 2004 Investitionen in einer Höhe von ca 100.000 EUR durchgeführt habe. Der Sachverständige habe dazu dargelegt, dass als Reaktion des Mieters auf umfassende Erhaltungsarbeiten eine Aufkündigung des Bestandvertrags zu erwarten wäre, wenn kein eklatant geringerer Mietzins erreicht würde. Daraus, dass die beklagte Partei auf die anstehenden Investitionen nicht in dieser Weise reagiert habe, sondern diese aus eigenem getragen habe, lasse sich zwanglos der Schluss ziehen, dass es dem Kläger bei Abschluss des Mietvertrags darum gegangen sei, sich einen erheblichen Vorteil zu verschaffen, der einem Fremdvergleich nicht standhalte.

Der „ordentliche Revisionsrekurs“ (richtig: Rekurs, § 519 Abs 2 ZPO) sei zuzulassen, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage fehle, welche Kriterien bei einem Insichgeschäft im Verhältnis zu einem Fremdvergleich zu fordern seien, zumal hier auch die Auffassung vertreten werden könne, dass es nicht in der Ingerenz des Vermieters liege, welche Objektnutzung dann tatsächlich erfolge, wenn - wie hier - zwar Büroräumlichkeiten angemietet, diese dann aber als Lagerräume verwendet würden. Der „ordentliche Revisionsrekurs“ (richtig: Rekurs, Paragraph 519, Absatz 2, ZPO) sei zuzulassen, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage fehle, welche Kriterien bei einem Insichgeschäft im Verhältnis zu einem Fremdvergleich zu fordern seien, zumal hier auch die Auffassung vertreten werden könne, dass es nicht in der Ingerenz des Vermieters liege, welche Objektnutzung dann tatsächlich erfolge, wenn - wie hier - zwar Büroräumlichkeiten angemietet, diese dann aber als Lagerräume verwendet würden.

Rechtliche Beurteilung

Hiezu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

Die Rekurse beider Parteien sind nicht berechtigt; die Revision der klagenden Partei ist nicht zulässig.

I. Zum Aufhebungsbeschlussrömisch eins. Zum Aufhebungsbeschluss

A. Zur Zulässigkeit der Rekurse

1.1. Entgegen der Rechtsansicht des Klägers kann ein Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts auch von der Partei angefochten werden, auf deren Berufung hin die Aufhebung erfolgte (SZ 15/38; EvBl 1959/124; RIS-Justiz RS0043817).

1.2. Das Berufungsgericht hat den Beschluss des Erstgerichts, das die Einwendung der Gegenforderung durch die beklagte Partei gemäß § 179 ZPO für unstatthaft erklärte, aufgehoben. In diesem Fall ist § 519 Abs 1 Z 1 ZPO unanwendbar; der Revisionsrekurs ist daher grundsätzlich zulässig (RIS-Justiz RS0036822; RS0036875). 1.2. Das Berufungsgericht hat den Beschluss des Erstgerichts, das die Einwendung der Gegenforderung durch die beklagte Partei gemäß Paragraph 179, ZPO für unstatthaft erklärte, aufgehoben. In diesem Fall ist Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO unanwendbar; der Revisionsrekurs ist daher grundsätzlich zulässig (RIS-Justiz RS0036822; RS0036875).

B. Zur Einlagenrückgewähr

a) Zum Fremdvergleich

2.1. Dass 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, entspricht ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0105518, RS0105532). Bereits im ersten Rechtsgang hat der erkennende Senat ausgesprochen, dass zu prüfen ist, ob ein unangemessener Mietzins und daher eine verbotene Einlagenrückgewähr vorlag (6 Ob 132/10w). Falls diese Prüfung einen Verstoß gegen § 82 GmbHG ergeben sollte, wäre der Mietvertrag im Umfang der Überschreitung des angemessenen Mietzinses teilnichtig. Damit würde es dem Kläger aber schon an einer Anspruchsgrundlage für die Einhebung der von ihm eingeforderten Mietzinse, soweit diese die Angemessenheitsgrenze überschreiten, fehlen. 2.1. Dass 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, entspricht ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0105518, RS0105532). Bereits im ersten Rechtsgang hat der erkennende Senat ausgesprochen, dass zu prüfen ist, ob ein unangemessener Mietzins und daher eine verbotene Einlagenrückgewähr vorlag (6 Ob 132/10w). Falls diese Prüfung einen Verstoß gegen Paragraph 82, GmbHG ergeben sollte, wäre der Mietvertrag im Umfang der Überschreitung des angemessenen Mietzinses teilnichtig. Damit würde es dem Kläger aber schon an einer Anspruchsgrundlage für die Einhebung der von ihm eingeforderten Mietzinse, soweit diese die Angemessenheitsgrenze überschreiten, fehlen.

2.2. In steuerrechtlicher Sicht wird die verdeckte Gewinnausschüttung an Hand eines Fremdvergleichs ermittelt. Wäre das fragliche Geschäft mit fremden Personen unter denselben wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht abgeschlossen worden, ist der Tatbestand zu bejahen (VwGH GesRZ 2007, 212; Koppensteiner/Rüffler GmbHG § 82 Rz 15 mwN). 2.2. In steuerrechtlicher Sicht wird die verdeckte Gewinnausschüttung an Hand eines Fremdvergleichs ermittelt. Wäre das fragliche Geschäft mit fremden Personen unter denselben wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht abgeschlossen worden, ist der Tatbestand zu bejahen (VwGH GesRZ 2007, 212; Koppensteiner/Rüffler GmbHG Paragraph 82, Rz 15 mwN).

2.3. Auch gesellschaftsrechtlich wird nach herrschender Ansicht auf einen Drittvergleich abgestellt (Koppensteiner/Rüffler aaO Rz 16; G. Kodek, Einlagenrückgewähr - ausgewählte neue Judikatur, in Konecny, Insolvenzforum 2010, 187 ff, jeweils mwN). 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).

2.4. Wenngleich beim Drittvergleich in einzelnen Entscheidungen die Bedingungen der dort zu beurteilenden Sicherheitenbestellung im Vordergrund standen (vgl. SZ 69/149), ist auch die Frage, ob überhaupt eine Sicherheitsbestellung zulässig war, dem Drittvergleich zu unterwerfen (Doralt/Winner in MünchKomm AktienG § 57 Rz 281; G. Kodek aaO). Dies ist verallgemeinerungsfähig: In den Fremdvergleich einzubeziehen sind nicht nur die konkreten Konditionen, sondern vor allem auch die Frage, ob mit einem gesellschaftsfremden Dritten überhaupt ein derartiges Geschäft abgeschlossen worden wäre (vgl. zuletzt Flume, Marktkonformität? Überlegungen zur Durchführung des kapitalerhaltungsrechtlichen Fremdvergleichs, Ges 2012, 71 [72] mwN; ähnlich Milchrahm, Kapitalerhaltungsrechtliche Gedanken zum Bestandsrecht, wobl 2011, 29 [31], nach dem darauf abzustellen ist, ob ein gewissenhaft und sorgfältig nach unternehmerischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer unter gleichen Umständen ein solches Geschäft nicht oder nicht zu diesen Bedingungen abgeschlossen hätte; vgl. auch Doralt/Winner, MünchKomm AktienG § 57 Rz 268; Artmann in Jabornegg/Strasser, Aktiengesetz § 52 Rz 10 und 13;

Koppensteiner/Rüffler, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter, GesRZ 1999, 88 ff). 2.4. Wenngleich beim Drittvergleich in einzelnen Entscheidungen die Bedingungen der dort zu beurteilenden Sicherheitenbestellung im Vordergrund standen (vergleiche SZ 69/149), ist auch die Frage, ob überhaupt eine Sicherheitsbestellung zulässig war, dem Drittvergleich zu unterwerfen (Doralt/Winner in MünchKomm AktienG3 Paragraph 57, Rz 281; G. Kodek aaO). Dies ist verallgemeinerungsfähig: In den Fremdvergleich einzubeziehen sind nicht nur die konkreten Konditionen, sondern vor allem auch die Frage, ob mit einem gesellschaftsfremden Dritten überhaupt ein derartiges Geschäft abgeschlossen worden wäre (vergleiche zuletzt Flume, Marktkonformität? Überlegungen zur Durchführung des kapitalerhaltungsrechtlichen Fremdvergleichs, Ges 2012, 71 [72] mwN; ähnlich Milchrahm, Kapitalerhaltungsrechtliche Gedanken zum Bestandrecht, wobl 2011, 29 [31], nach dem darauf abzustellen ist, ob ein gewissenhaft und sorgfältig nach unternehmerischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer unter gleichen Umständen ein solches Geschäft nicht oder nicht zu diesen Bedingungen abgeschlossen hätte; vergleiche auch Doralt/Winner, MünchKomm AktienG3 Paragraph 57, Rz 268; Artmann in Jabornegg/Strasser, Aktiengesetz 4 Paragraph 52, Rz 10 und 13; Koppensteiner/Rüffler, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter, GesRZ 1999, 88 ff).

2.5. Das Erstgericht hat ausdrücklich Feststellungen zur Höhe des angemessenen Mietzinses getroffen. Mit seinen Ausführungen zur Höhe des Mietzinses wendet sich der Kläger in Wahrheit gegen die vor dem Obersten Gerichtshof nicht bekämpfbare Beweiswürdigung (RIS-Justiz RS0042903) des Erstgerichts, das seine Feststellungen auf das Gutachten des Sachverständigen stützen konnte. Dafür, dass der Sachverständige hierbei nicht die besondere Lage des Grundstücks und den Bedarf der beklagten Partei berücksichtigt hätte, besteht nicht der geringste Anhaltspunkt. Der Sachverständige hat ganz im Gegenteil konkrete Vergleiche anhand anderer Mietverträge angestellt und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er in seinem Gutachten die besonderen Verhältnisse des vorliegenden Falls berücksichtigte (AS 463 = S 4 in ON 58).

2.6. Für einen dem Kläger vorschwebenden Zuschlag wegen der ihm als Eigentümer des einzigen in Frage kommenden Nachbargrundstücks zukommenden „Monopolstellung“ besteht kein Raum. Zunächst ist dem Kläger der ihm obliegende Beweis, dass ein derartiger Zuschlag angemessen wäre, nicht gelungen, hat der Sachverständige doch im Zuge der Gutachtenserörterung darauf hingewiesen, dass ein derartiger Zuschlag durch Marktvergleiche nicht ermittelbar ist (AS 571 = S 9 in ON 72); andere Beweisergebnisse fehlen. Außerdem setzt sich der Kläger mit diesem Vorbringen in Widerspruch zu seiner eigenen Aussage im Zuge der Parteienvernehmung, er habe einen Mietvertrag „zum ortsüblichen Mietzins“ abschließen wollen; er wäre auch mit einem niedrigeren oder höheren Mietzins einverstanden gewesen, wenn dieser ortsüblich sei (AS 542 = S 16 in ON 71). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger nach den Beweisergebnissen der Vorinstanzen vor Abschluss des gegenständlichen Mietvertrags geraume Zeit erfolglos versucht hatte, das Objekt an Dritte zu vermieten, scheiterte eine vom Kläger zunächst versuchte Vermietung nur des Obergeschosses doch nach eigenen Angaben des Klägers daran, dass er kein gutes Angebot erhalten hatte. Damit bildet der vom Erstgericht festgestellte angemessene Mietzins die Obergrenze für die Ansprüche des Klägers.

2.7. Hingegen wurde die Frage, ob zur Beseitigung der Parkplatznot die Gesellschaft vernünftigerweise auch im Fall des Vertragsabschlusses mit einem gesellschaftsfremden Dritten die gegenständlichen Büroflächen als solche - und zu einem für Büroflächen zu zahlenden Mietzins - gemietet und als Lagerflächen adaptiert hätte, oder ob diesfalls von vornherein billigere Lagerflächen gemietet worden wären, bisher nicht thematisiert. Sofern sich ergäbe, dass ohne das zwischen den Parteien bestehende Naheverhältnis die beklagte Partei eine kostengünstigere Lösung gewählt hätte, wäre die Zulässigkeit der an den Kläger geflossenen Beträge an dieser Alternativlösung zu messen. Wenn das Berufungsgericht hier eine Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage für erforderlich hielt, kann dem der Oberste Gerichtshof, der auch im Rekursverfahren nach einem Aufhebungsbeschluss nicht Tatsacheninstanz ist, nicht entgegenreten (Zechner in Fasching/Konecny² § 519 ZPO Rz 107). 2.7. Hingegen wurde die Frage, ob zur Beseitigung der Parkplatznot die Gesellschaft vernünftigerweise auch im Fall des Vertragsabschlusses mit einem gesellschaftsfremden Dritten die gegenständlichen Büroflächen als solche - und zu einem für Büroflächen zu zahlenden Mietzins - gemietet und als Lagerflächen adaptiert hätte, oder ob diesfalls von vornherein billigere Lagerflächen gemietet worden wären, bisher nicht thematisiert. Sofern sich ergäbe, dass ohne das zwischen den Parteien bestehende Naheverhältnis die beklagte Partei eine kostengünstigere Lösung gewählt hätte, wäre die Zulässigkeit der an den Kläger geflossenen Beträge an dieser Alternativlösung zu messen. Wenn das Berufungsgericht

hier eine Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage für erforderlich hielt, kann dem der Oberste Gerichtshof, der auch im Rekursverfahren nach einem Aufhebungsbeschluss nicht Tatsacheninstanz ist, nicht entgegentreten (Zechner in Fasching/Konecny² Paragraph 519, ZPO Rz 107).

2.8. Dies gilt in gleicher Weise für die Auffassung des Berufungsgerichts, das noch nähere Feststellungen zum Ergebnis der Betriebsprüfung für erforderlich hielt. Die Notwendigkeit der Aufnahme von Hilfsbeweisen oder Kontrollbeweisen (vgl LGZ Graz MietSlg 48.655; LGZ Wien WR 834) ist eine - vom Obersten Gerichtshof nicht zu überprüfende - Frage der Beweiswürdigung. Wenngleich die Frage, ob eine Vereinbarung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, vom Gericht selbständig zu prüfen ist, kann keinem Zweifel unterliegen, dass sich aus dem Ergebnis einer Betriebsprüfung diesbezügliche Anhaltspunkte ergeben können. 2.8. Dies gilt in gleicher Weise für die Auffassung des Berufungsgerichts, das noch nähere Feststellungen zum Ergebnis der Betriebsprüfung für erforderlich hielt. Die Notwendigkeit der Aufnahme von Hilfsbeweisen oder Kontrollbeweisen vergleiche LGZ Graz MietSlg 48.655; LGZ Wien WR 834) ist eine - vom Obersten Gerichtshof nicht zu überprüfende - Frage der Beweiswürdigung. Wenngleich die Frage, ob eine Vereinbarung gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, vom Gericht selbständig zu prüfen ist, kann keinem Zweifel unterliegen, dass sich aus dem Ergebnis einer Betriebsprüfung diesbezügliche Anhaltspunkte ergeben können.

b) Zur Frage der Teil- oder Gesamtnichtigkeit

2.9. Bereits im ersten Rechtsgang hat der erkennende Senat darauf hingewiesen, dass sich die Frage, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu Teil- oder Gesamtnichtigkeit führt, ob also der Vertrag zur Gänze wegfällt oder der Mietvertrag selbst wirksam bleibt und lediglich das Entgelt entsprechend zu reduzieren ist, nach dem hypothetischen Parteiwillen richtet 6 Ob 132/10w).

2.10. Allerdings sind im vorliegenden Fall keine näheren Feststellungen zur hypothetischen Parteiabsicht erforderlich: Zunächst ist auf der Tatsachenebene darauf zu verweisen, dass nach den Feststellungen der Vorinstanzen der Kläger die Liegenschaft zunächst an Dritte vermieten wollte, was jedoch nicht gelang. Schon dies spricht dafür, dass die Aufrechterhaltung des Vertrags zu einem marktüblichen Entgelt eher im Sinne der Parteien ist als dessen Aufhebung. Außerdem ist auf die bereits erwähnte Aussage des Klägers zu verweisen, er habe einen Mietvertrag „zum ortsüblichen Mietzins“ abschließen wollen; ausdrücklich fügte der Kläger hinzu, er wäre auch mit einem niedrigeren oder höheren Mietzins einverstanden gewesen, wenn dieser ortsüblich sei (AS 542 = S 16 in ON 71).

2.11. Vor allem aber sind Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits Mietzinse für vergangene Zeitperioden. Selbst wenn man hier von Gesamtnichtigkeit ausginge, hätte ein wertmäßiger Ausgleich für die Benützung der Liegenschaft durch die beklagte Partei im Wege des Bereicherungsrechts stattzufinden. Dieser würde dann aber dazu führen, dass für die Benützung des Grundstücks des Klägers ein marktüblicher Mietzins heranzuziehen wäre. Insoweit besteht daher zwischen Gesamtnichtigkeit und bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung einerseits und Teilnichtigkeit mit Reduktion des Mietzinses auf das angemessene Maß kein Unterschied; die Frage der Teil- oder Gesamtnichtigkeit hätte nur für die Zukunft Bedeutung. Damit kommt es im vorliegenden Fall auf die in der Literatur unterschiedlich beantwortete Frage, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu Teil- oder Gesamtnichtigkeit führt (vgl Bollenberger, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008, 7 mwN), nicht an, führen doch beide Auffassungen bei der Beurteilung bereits erbrachter Leistungen in der Regel zum selben Ergebnis. 2.11. Vor allem aber sind Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits Mietzinse für vergangene Zeitperioden. Selbst wenn man hier von Gesamtnichtigkeit ausginge, hätte ein wertmäßiger Ausgleich für die Benützung der Liegenschaft durch die beklagte Partei im Wege des Bereicherungsrechts stattzufinden. Dieser würde dann aber dazu führen, dass für die Benützung des Grundstücks des Klägers ein marktüblicher Mietzins heranzuziehen wäre. Insoweit besteht daher zwischen Gesamtnichtigkeit und bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung einerseits und Teilnichtigkeit mit Reduktion des Mietzinses auf das angemessene Maß kein Unterschied; die Frage der Teil- oder Gesamtnichtigkeit hätte nur für die Zukunft Bedeutung. Damit kommt es im vorliegenden Fall auf die in der Literatur unterschiedlich beantwortete Frage, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu Teil- oder Gesamtnichtigkeit führt (vergleiche Bollenberger, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008, 7 mwN), nicht an, führen doch beide Auffassungen bei der Beurteilung bereits erbrachter Leistungen in der Regel zum selben Ergebnis.

2.12. Lediglich der Vollständigkeit halber ist schließlich darauf zu verweisen, dass auch nach der Auffassung

Bollenbergers (aaO) im vorliegenden Fall lediglich Teilnichtigkeit vorliegt, der Mietvertrag selbst also wirksam bleibt und lediglich das Entgelt entsprechend zu reduzieren ist. Bollenberger erörtert die Veräußerung einer Liegenschaft an Gesellschafter zu einem nicht marktüblichen niedrigen Entgelt. Demnach soll Gesamtnichtigkeit eintreten, wenn dies dem (hypothetischen) Willen der Gesellschaft entspricht und auch der Gesellschafter die Liegenschaft eher zurückstellen als aufzahlen will oder Nichtigkeit wegen Kollision vorliegt. Teilnichtigkeit sei hingegen dann zu befürworten, wenn sich der (hypothetische) Wille beider Parteien darauf richte; zweitens aber auch gegen den Willen des Gesellschafters, wenn ihm hinsichtlich des zu niedrigen Preises zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei.

2.13. Umgelegt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Mietvertrag bloß teilnichtig ist, wenn dies entweder dem (hypothetischen) Willen beider Parteien entspricht oder der Kläger nicht schutzwürdig ist, weil ihm hinsichtlich des überhöhten Mietzinses zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Erweist sich die Anmietung der Liegenschaft des Klägers als betriebswirtschaftlich sinnvoll, so wird die Aufrechterhaltung des Vertrags nach dem Gesagten jedenfalls seinen hypothetischen Intentionen eher entsprechen. Ergibt sich hingegen im fortgesetzten Verfahren, dass ohne das zwischen den Parteien bestehende Naheverhältnis eine andere Lösung gewählt worden wäre, nämlich lediglich woanders Lagerräume und Parkflächen angemietet worden wären, so wäre die Anmietung eines Büroobjekts durch den Kläger wohl als grob fahrlässig einzustufen.

2.14. Auch dann, wenn sich im fortgesetzten Verfahren ergibt, dass die Nachbarliegenschaft überhaupt nicht hätte angemietet werden dürfen, besteht zwischen Gesamt- und Teilnichtigkeit im Ergebnis kein Unterschied. Wäre der Bedarf der beklagten Partei, die offenbar nur Parkplätze und Lagerflächen benötigte, - was im fortgesetzten Verfahren zu prüfen sein wird - ohne das Naheverhältnis zwischen den Parteien nicht durch Anmietung des benachbarten Büroobjekts, sondern auf andere Weise kostengünstiger abgedeckt worden, so wäre im Fall der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Umstand, dass es sich bei der Liegenschaft um ein Bürogebäude handelte, bei der Bemessung des Benützungsentgelts unberücksichtigt zu lassen. Diesfalls würde es sich nämlich um einen Fall der im Wege des sogenannten Nachteilsausgleichs zu berücksichtigenden sogenannten aufgedrängten Bereicherung (dazu Lurger in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON § 1437 Rz 11 mwN) handeln. Der Kläger hätte dann nach Bereicherungsrecht ebenso wie bei Annahme der bloßen Teilnichtigkeit des Mietvertrags nur Anspruch auf Ersatz der Miete für Parkplätze und Lagerräumlichkeiten. 2.14. Auch dann, wenn sich im fortgesetzten Verfahren ergibt, dass die Nachbarliegenschaft überhaupt nicht hätte angemietet werden dürfen, besteht zwischen Gesamt- und Teilnichtigkeit im Ergebnis kein Unterschied. Wäre der Bedarf der beklagten Partei, die offenbar nur Parkplätze und Lagerflächen benötigte, - was im fortgesetzten Verfahren zu prüfen sein wird - ohne das Naheverhältnis zwischen den Parteien nicht durch Anmietung des benachbarten Büroobjekts, sondern auf andere Weise kostengünstiger abgedeckt worden, so wäre im Fall der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Umstand, dass es sich bei der Liegenschaft um ein Bürogebäude handelte, bei der Bemessung des Benützungsentgelts unberücksichtigt zu lassen. Diesfalls würde es sich nämlich um einen Fall der im Wege des sogenannten Nachteilsausgleichs zu berücksichtigenden sogenannten aufgedrängten Bereicherung (dazu Lurger in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON Paragraph 1437, Rz 11 mwN) handeln. Der Kläger hätte dann nach Bereicherungsrecht ebenso wie bei Annahme der bloßen Teilnichtigkeit des Mietvertrags nur Anspruch auf Ersatz der Miete für Parkplätze und Lagerräumlichkeiten.

C. Zum Insichgeschäft

3.1. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Berufungsgericht seine Aufhebung auch darauf gründete, dass ein Insichgeschäft vorlag (dazu allgemein U. Torggler, ecolex 2009, 920 ff). Diese Auffassung, die im Übrigen schon in der Literatur aus Anlass des im ersten Rechtsgang ergangenen Aufhebungsbeschlusses 6 Ob 132/10w vertreten wurde (vgl U. Torggler, Voraussetzungen und Folgen einer „verdeckten Einlagenrückgewähr“, insb bei unangemessenen Mietzinsvereinbarungen zu Lasten der Gesellschaft, wbl 2011, 69 [70]; Milchrahm aaO; Rüffler, GesRZ 2011, 47 [50] wird von den Parteien nicht bekämpft. 3.1. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Berufungsgericht seine Aufhebung auch darauf gründete, dass ein Insichgeschäft vorlag (dazu allgemein U. Torggler, ecolex 2009, 920 ff). Diese Auffassung, die im Übrigen schon in der Literatur aus Anlass des im ersten Rechtsgang ergangenen Aufhebungsbeschlusses 6 Ob 132/10w vertreten wurde vergleiche U. Torggler, Voraussetzungen und Folgen einer „verdeckten Einlagenrückgewähr“, insb bei unangemessenen Mietzinsvereinbarungen zu Lasten der Gesellschaft, wbl 2011, 69 [70]; Milchrahm aaO; Rüffler, GesRZ 2011, 47 [50] wird von den Parteien nicht bekämpft.

3.2. Ein derartiges Insichgeschäft wäre etwa saniert, wenn eine - wenn auch nur formlose - Zustimmung aller

Gesellschafter vorgelegen wäre (vgl 5 Ob 39/10m; Milchrahm aaO 30). Ohne entsprechende Zustimmung der Mitgesellschafter (vgl dazu Koppensteiner/Rüffler, GmbHG3 § 20 Rz 23 mwN) wäre der Mietvertragsabschluss ohnedies unwirksam und nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen rückabzuwickeln. Dabei sind die im vorigen bei der Behandlung der Teil- bzw Gesamtnichtigkeit wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr erörterten Grundsätze zu berücksichtigen.3.2. Ein derartiges Insichgeschäft wäre etwa saniert, wenn eine - wenn auch nur formlose - Zustimmung aller Gesellschafter vorgelegen wäre vergleiche 5 Ob 39/10m; Milchrahm aaO 30). Ohne entsprechende Zustimmung der Mitgesellschafter vergleiche dazu Koppensteiner/Rüffler, GmbHG3 Paragraph 20, Rz 23 mwN) wäre der Mietvertragsabschluss ohnedies unwirksam und nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen rückabzuwickeln. Dabei sind die im vorigen bei der Behandlung der Teil- bzw Gesamtnichtigkeit wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr erörterten Grundsätze zu berücksichtigen.

D. Zur Gegenforderung

a) Zur Zurückweisung wegen Verschleppungsabsicht

4.1. Insoweit billigt der Oberste Gerichtshof die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts (§ 510 Abs 3 ZPO). Voraussetzung für die Zurückweisung nach § 179 ZPO wäre, dass das neue Vorbringen, im konkreten Fall also die Gegenforderung, grob schuldhaft verspätet erstattet worden ist und dessen Zulassung zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens führen würde.4.1. Insoweit billigt der Oberste Gerichtshof die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Voraussetzung für die Zurückweisung nach Paragraph 179, ZPO wäre, dass das neue Vorbringen, im konkreten Fall also die Gegenforderung, grob schuldhaft verspätet erstattet worden ist und dessen Zulassung zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens führen würde.

4.2. Schon an letzterer Voraussetzung fehlt es im vorliegenden Fall zweifellos, ergibt sich die Höhe der Gegenforderung doch bereits unter Anwendung der Grundrechnungsarten aus der Differenz zwischen den von der beklagten Partei tatsächlich bezahlten Beträgen und der Höhe des angemessenen Mietzinses. Die - im Folgenden zu erörternde - allfällige Verjährung der Gegenforderung hat auf die Prüfung der Frage, ob diese wegen Verschleppungsabsicht zurückzuweisen ist, keinen Einfluss.

b) Zum Aufrechnungsverbot

4.3. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der erkennende Senat bereits im ersten Rechtsgang ausgesprochen hat, dass das vertragliche Aufrechnungsverbot der Wahrnehmung der Kapitalerhaltungsgrundsätze des § 82 GmbHG im vorliegenden Fall nicht entgegensteht. Im Übrigen würde die Vereinbarung der Beschränkung der Aufrechnung allfälliger Rückforderungsansprüche wegen eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften gegen das Verbot des § 63 Abs 3 Satz 2 GmbHG verstoßen.4.3. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der erkennende Senat bereits im ersten Rechtsgang ausgesprochen hat, dass das vertragliche Aufrechnungsverbot der Wahrnehmung der Kapitalerhaltungsgrundsätze des Paragraph 82, GmbHG im vorliegenden Fall nicht entgegensteht. Im Übrigen würde die Vereinbarung der Beschränkung der Aufrechnung allfälliger Rückforderungsansprüche wegen eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften gegen das Verbot des Paragraph 63, Absatz 3, Satz 2 GmbHG verstoßen.

4.4. Damit erweist sich eine Aufhebung des Ersturteils aber schon wegen der notwendigen Prüfung der Gegenforderung erforderlich. Weil Klags- und Gegenforderung im vorliegenden Fall in einem rechtlichen Zusammenhang stehen, sodass die Fällung eines Teilurteils nur über die Klagsforderung unzulässig ist (§ 391 Abs 3 ZPO), kann das Urteil des Erstgerichts auch nicht als Teilurteil aufrechterhalten werden.4.4. Damit erweist sich eine Aufhebung des Ersturteils aber schon wegen der notwendigen Prüfung der Gegenforderung erforderlich. Weil Klags- und Gegenforderung im vorliegenden Fall in einem rechtlichen Zusammenhang stehen, sodass die Fällung eines Teilurteils nur über die Klagsforderung unzulässig ist (Paragraph 391, Absatz 3, ZPO), kann das Urteil des Erstgerichts auch nicht als Teilurteil aufrechterhalten werden.

c) Zur Verjährung

4.4. Die Frage einer allfälligen Verjährung ist im derzeitigen Verfahrensstadium nicht abschließend zu prüfen, wurde die Gegenforderung doch aufgrund der vom Erstgericht ausgesprochenen Zurückweisung wegen Verschleppungsabsicht von den Vorinstanzen noch nicht inhaltlich geprüft. Der Vollständigkeit halber ist jedoch zur Hintanhaltung weiterer Verfahrensverzögerungen auf Folgendes hinzuweisen:

4.5. Nach § 83 Abs 5 GmbHG verjähren Ansprüche in fünf Jahren, sofern die Gesellschaft nicht beweist, dass der

Ersatzpflichtige die Widerrechtlichkeit der Zahlung kannte. Dabei ist positive Kenntnis erforderlich; ein bloßes Kennenmüssen reicht nach herrschender Auffassung nicht aus (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 83 Rz 11 mwN). 4.5. Nach Paragraph 83, Absatz 5, GmbHG verjähren Ansprüche in fünf Jahren, sofern die Gesellschaft nicht beweist, dass der Ersatzpflichtige die Widerrechtlichkeit der Zahlung kannte. Dabei ist positive Kenntnis erforderlich; ein bloßes Kennenmüssen reicht nach herrschender Auffassung nicht aus (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Paragraph 83, Rz 11 mwN).

4.6. Die Frage der entsprechenden Kenntnis des Klägers kann im derzeitigen Verfahrensstadium nicht abschließend beantwortet werden. In diesem Zusammenhang hat schon das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass die Annahme des Erstgerichts, der Kläger habe als Geschäftsführer der beklagten Partei einen Bestandvertrag zu einem ortsüblichen Mietzins abschließen wollen, in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem Umstand steht, dass der Kläger selbst nach Abschluss des Mietvertrags den Mitarbeitern mitteilte, dass jetzt mehr Lagermöglichkeiten zur Verfügung stehen und sie auch die zusätzlichen Parkplätze benutzen dürfen, was gegen die Annahme spricht, dass der Kläger bei einem Fremdvergleich das Objekt unter Einschluss von Büroflächen an die beklagte Partei vermieten hätte können.

4.7. Auch ist auffällig, dass die beklagte Partei im Jahr 2004 Investitionen auf eigene Rechnung in Höhe von ca 100.000 EUR netto im Bestandsobjekt durchgeführt hat, ohne - was nach dem Sachverständigengutachten zu erwarten gewesen wäre - im Gegenzug auf einer Mietzinsreduktion zu bestehen. Die näheren Umstände dieser Investition sind nicht nur auf Ebene des Fremdvergleichs, sondern auch auf der Tatsachenebene zu klären. Dies kann nämlich ein Indiz dafür bilden, dass dem Kläger bewusst war, dass er Sonderkonditionen erhielt, die ein außenstehender Dritter nicht erhalten hätte. Somit können sich hieraus Anhaltspunkte für die Kenntnis des Klägers von der Widerrechtlichkeit der Leistung ergeben. In diesem Sinne ist der Ergänzungsauftrag des Berufungsgerichts an das Erstgericht, diese Fragen mit dem Kläger iSd § 182a ZPO zu erörtern, rechtlich nicht zu beanstanden. 4.7. Auch ist auffällig, dass die beklagte Partei im Jahr 2004 Investitionen auf eigene Rechnung in Höhe von ca 100.000 EUR netto im Bestandsobjekt durchgeführt hat, ohne - was nach dem Sachverständigengutachten zu erwarten gewesen wäre - im Gegenzug auf einer Mietzinsreduktion zu bestehen. Die näheren Umstände dieser Investition sind nicht nur auf Ebene des Fremdvergleichs, sondern auch auf der Tatsachenebene zu klären. Dies kann nämlich ein Indiz dafür bilden, dass dem Kläger bewusst war, dass er Sonderkonditionen erhielt, die ein außenstehender Dritter nicht erhalten hätte. Somit können sich hieraus Anhaltspunkte für die Kenntnis des Klägers von der Widerrechtlichkeit der Leistung ergeben. In diesem Sinne ist der Ergänzungsauftrag des Berufungsgerichts an das Erstgericht, diese Fragen mit dem Kläger iSd Paragraph 182 a, ZPO zu erörtern, rechtlich nicht zu beanstanden.

4.8. Außerdem ist der Grundsatz der Rückwirkung der Aufrechnung zu beachten: Nach herrschender Rechtsprechung (JBl 1973, 201; 3 Ob 76/97s JBl 1999, 815 [Dullinger]; RIS-Justiz RS0033973, RS0033904) und Teilen der Lehre (Gschnitzer in Klang VI2 494 f; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II13 105) tritt Tilgung mit Zugang der Aufrechnungserklärung rückwirkend in dem Zeitpunkt ein, in dem sich die Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüberstanden. Die herrschende Auffassung (RIS-Justiz RS0034016 [T5]; [T6]; 10 Ob 70/06a; Gschnitzer in Klang VI2 502; Klang in Klang VI2 663; M. Bydlinski in Rummel, ABGB § 1451 Rz 1; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II13 106) leitet aus der Rückwirkung auch die Aufrechenbarkeit mit verjährten Forderungen ab. War die Gegenforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungslage noch nicht verjährt, könne Aufrechnung auch noch nach Ablauf der Verjährungsfrist erklärt werden. An dieser Ansicht hat die Rechtsprechung trotz Kritik der Lehre (vgl P. Bydlinski RZ 1991, 2 ff; derselbe, RdW 1993, 238 ff; Eypeltauer, JBl 1991, 137 ff und JBl 1994, 181; Mader/Janisch in Schwimann, ABGB § 1451 Rz 4) festgehalten. Von dieser Rechtsprechung abzugehen besteht kein Anlass. Daran vermag auch die neuerdings von Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1451 Rz 10 vorgetragene Kritik nichts zu ändern, zumal Vollmaier keine neuen Argumente vorbringt. 4.8. Außerdem ist der Grundsatz der Rückwirkung der Aufrechnung zu beachten: Nach herrschender Rechtsprechung (JBl 1973, 201; 3 Ob 76/97s JBl 1999, 815 [Dullinger]; RIS-Justiz RS0033973, RS0033904) und Teilen der Lehre (Gschnitzer in Klang VI2 494 f; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II13 105) tritt Tilgung mit Zugang der Aufrechnungserklärung rückwirkend in dem Zeitpunkt ein, in dem sich die Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüberstanden. Die herrschende Auffassung (RIS-Justiz RS0034016 [T5]; [T6]; 10 Ob 70/06a; Gschnitzer in Klang VI2 502; Klang in Klang VI2 663; M. Bydlinski in Rummel, ABGB Paragraph 1451, Rz 1; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II13 106) leitet aus der Rückwirkung auch die Aufrechenbarkeit mit verjährten Forderungen ab. War die Gegenforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungslage noch nicht verjährt, könne Aufrechnung auch noch nach Ablauf

der Verjährungsfrist erklärt werden. An dieser Ansicht hat die Rechtsprechung trotz Kritik der Lehre vergleiche P. Bydlinski RZ 1991, 2 ff; derselbe, RdW 1993, 238 ff; Eypeltauer, JBl 1991, 137 ff und JBl 1994, 181; Mader/Janisch in Schwimann, ABGB3 Paragraph 1451, Rz 4) festgehalten. Von dieser Rechtsprechung abzugehen besteht kein Anlass. Daran vermag auch die neuerdings von Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ Paragraph 1451, Rz 10 vorgetragene Kritik nichts zu ändern, zumal Vollmaier keine neuen Argumente vorbringt.

4.9. Daraus ergibt sich, dass erhebliche Teile der Gegenforderung - unabhängig von der Kenntnis des Klägers vom Verstoß gegen § 82 GmbHG - keinesfalls verjährt sind. Der Kläger begehrt Mietzins ab Oktober 2007; die geltend gemachte Gegenforderung setzt sich aus angeblich ungerechtfertigten Zahlungen ab dem Jahr 2002 zusammen. Soweit der betreffende Teil der Gegenforderung zum Zeitpunkt des Entstehens der jeweiligen Mietzinsforderung ihr bereits aufrechenbar gegenüberstand, konnte nach dem Gesagten von vornherein keine Verjährung eintreten, und zwar ungeachtet des Umstands, dass die beklagte Partei sich erst jetzt auf diese Aufrechnung beruft. 4.9. Daraus ergibt sich, dass erhebliche Teile der Gegenforderung - unabhängig von der Kenntnis des Klägers vom Verstoß gegen Paragraph 82, GmbHG - keinesfalls verjährt sind. Der Kläger begehrt Mietzins ab Oktober 2007; die geltend gemachte Gegenforderung setzt sich aus angeblich ungerechtfertigten Zahlungen ab dem Jahr 2002 zusammen. Soweit der betreffende Teil der Gegenforderung zum Zeitpunkt des Entstehens der jeweiligen Mietzinsforderung ihr bereits aufrechenbar gegenüberstand, konnte nach dem Gesagten von vornherein keine Verjährung eintreten, und zwar ungeachtet des Umstands, dass die beklagte Partei sich erst jetzt auf diese Aufrechnung beruft.

4.10. Selbst wenn sich im fortgesetzten Verfahren ergäbe, dass der Kläger keine Kenntnis iSd § 83 GmbHG hatte, könnten daraus jedoch noch keine zwingenden Folgerungen für die Verjährung des Anspruchs der beklagten Partei auf Rückforderung der gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößenden Teile des Bestandzinses gezogen werden: 4.10. Selbst wenn sich im fortgesetzten Verfahren ergäbe, dass der Kläger keine Kenntnis iSd Paragraph 83, GmbHG hatte, könnten daraus jedoch noch keine zwingenden Folgerungen für die Verjährung des Anspruchs der beklagten Partei auf Rückforderung der gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößenden Teile des Bestandzinses gezogen werden:

Nach einem Teil der Lehre konkurriert nämlich der Rückforderungsanspruch nach § 83 GmbHG mit der Rückforderung von verbotswidrigen Leistungen nach allgemeinem Bereicherungsrecht (Krejci, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269 [272]; Krejci, Zu den Rechtsfolgen drittfinanzierter, unerlaubter Ausschüttungen, in FS Koppensteiner [2001] 115 [118 ff]; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 56 Rz 22; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG 164; Doralt/Winner in MünchKomm AktG2 § 62 Rz 130; Karollus, Zur Reichweite der Nichtigkeitssanktion bei verdeckten Gewinnausschüttungen, ecolex 2008, 47; Milchram, wobl 2011, 29 [34]). Der gesellschaftsrechtliche Rückgewähranspruch solle eine zusätzliche, nicht mit den möglichen Schwächen eines Bereicherungsanspruchs behaftete und dafür grundsätzlich innerhalb einer relativ kurzen Frist verjährende Rückforderungsmöglichkeit verschaffen, ohne dass damit auch andere bereits aus dem allgemeinen Zivilrecht ableitbare Anspruchsgrundlagen verdrängt werden sollten. Demnach kommt neben der Verjährungsfrist des § 83 Abs 5 GmbHG auch die allgemeine (lange) Verjährungsfrist zum Tragen (Karollus aaO; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 56 Rz 21 mwN; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 83 Rz 34 ff). Demgegenüber sehen Koppensteiner/Rüffler (GmbHG³ § 83 Rz 9), Rüffler (GesRZ 2011, 49 [50]), Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch des Gesellschaftsrechts Rz 2341, Napokoj, GesRZ 2007, 701, Artmann in Jabornegg/Strasser 18165 § 52 Rz 73 und Böhler (Nichtigkeit des Geschäfts bei verdeckter Einlagenrückgewähr? ÖBA 2004, 433 [445 ff]) in § 83 Abs 5 GmbHG eine lex specialis. Koppensteiner (Zur Bedeutung der Verjährung nach § 83 Abs 5 GmbHG, § 56 Abs 4 AktG, GesRZ 2008, 75) behandelt hingegen nur den Fall, dass längere Verjährungsfristen für eventuelle konkurrierende Ansprüche (Vertrag, Kondiktion, Vindikation) noch eine Rolle spielen. Nach einem Teil der Lehre konkurriert nämlich der Rückforderungsanspruch nach Paragraph 83, GmbHG mit der Rückforderung von verbotswidrigen Leistungen nach allgemeinem Bereicherungsrecht (Krejci, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 269 [272]; Krejci, Zu den Rechtsfolgen drittfinanzierter, unerlaubter Ausschüttungen, in FS Koppensteiner [2001] 115 [118 ff]; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Paragraph 56, Rz 22; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG 164; Doralt/Winner in MünchKomm AktG2 Paragraph 62, Rz 130; Karollus, Zur Reichweite der Nichtigkeitssanktion bei verdeckten Gewinnausschüttungen, ecolex 2008, 47; Milchram, wobl 2011, 29 [34]). Der gesellschaftsrechtliche Rückgewähranspruch solle eine zusätzliche, nicht mit den möglichen Schwächen eines Bereicherungsanspruchs behaftete und dafür grundsätzlich innerhalb einer relativ kurzen Frist verjährende

Rückforderungsmöglichkeit verschaffen, ohne dass damit auch andere bereits aus dem allgemeinen Zivilrecht ableitbare Anspruchsgrundlagen verdrängt werden sollten. Demnach kommt neben der Verjährungsfrist des Paragraph 83, Absatz 5, GmbHG auch die allgemeine (lange) Verjährungsfrist zum Tragen (Karollus aaO; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Paragraph 56, Rz 21 mwN; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG Paragraph 83, Rz 34 ff). Demgegenüber sehen Koppensteiner/Rüffler (GmbHG³ Paragraph 83, Rz 9), Rüffler (GesRZ 2011, 49 [50]), Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch des Gesellschaftsrechts Rz 2341, Napokoj, GesRZ 2007, 701, Artmann in Jabornegg/Strasser 18165 Paragraph 52, Rz 73 und Böhler (Nichtigkeit des Geschäfts bei verdeckter Einlagenrückgewähr? ÖBA 2004, 433 [445 ff]) in Paragraph 83, Absatz 5, GmbHG eine lex specialis. Koppensteiner (Zur Bedeutung der Verjährung nach Paragraph 83, Absatz 5, GmbHG, Paragraph 56, Absatz 4, AktG, GesRZ 2008, 75) behandelt hingegen nur den Fall, dass längere Verjährungsfristen für eventuelle konkurrierende Ansprüche (Vertrag, Kondiktion, Vindikation) noch eine Rolle spielen.

4.11. Der erkennende Senat schließt sich der zuerst referierten Auffassung an. Die Ansprüche nach § 83 GmbHG und allgemeinem Bereicherungsrecht unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht. Insbesondere ist nach §§ 82, 83 GmbHG keine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung möglich (vgl. schon Karollus aaO; Bauer/Zehetner aaO § 83 Rz 37). Es erscheint daher überzeugender, dass der Gesetzgeber in § 83 GmbHG einen zusätzlichen Anspruch statuieren und nicht den Empfänger einer verbotswidrigen Leistung gegenüber dem allgemeinen Bereicherungsrecht privilegieren wollte. 4.11. Der erkennende Senat schließt sich der zuerst referierten Auffassung an. Die Ansprüche nach Paragraph 83, GmbHG und allgemeinem Bereicherungsrecht unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht. Insbesondere ist nach Paragraphen 82, 83, GmbHG keine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung möglich vergleiche schon Karollus aaO; Bauer/Zehetner aaO Paragraph 83, Rz 37). Es erscheint daher überzeugender, dass der Gesetzgeber in Paragraph 83, GmbHG einen zusätzlichen Anspruch statuieren und nicht den Empfänger einer verbotswidrigen Leistung gegenüber dem allgemeinen Bereicherungsrecht privilegieren wollte.

4.12. Hingegen besteht keine Grundlage für die Annahme, die Privilegierung des Empfängers einer Leistung, der von deren Verbotswidrigkeit keine Kenntnis hat, in § 83 Abs 5 GmbHG schlage auch auf das allgemeine Bereicherungsrecht durch (so aber offenbar Bauer/Zehetner aaO), bietet doch das allgemeine Bereicherungsrecht insbesondere durch den Einwand des Wegfalls der Bereicherung, allenfalls auch durch den Nachteilsausgleich, ausreichende Möglichkeiten, allfälligen Besonderheiten des Einzelfalls ausreichend Rechnung zu tragen. Warum gerade der Empfänger einer verbotswidrigen Leistung im Gesellschaftsrecht schutzwürdiger sein soll als der Bereicherungsschuldner im allgemeinen Zivilrecht, ist nicht zu sehen, zumal das Gesetz in § 83 Abs 5 GmbHG die kürzere Verjährungsfrist schon an das Fehlen positiver Kenntnis knüpft, während nach allgemeinen Grundsätzen schon leichte Fahrlässigkeit zur Schlechtgläubigkeit führt. 4.12. Hingegen besteht keine Grundlage für die Annahme, die Privilegierung des Empfängers einer Leistung, der von deren Verbotswidrigkeit keine Kenntnis hat, in Paragraph 83, Absatz 5, GmbHG schlage auch auf das allgemeine Bereicherungsrecht durch (so aber offenbar Bauer/Zehetner aaO), bietet doch das allgemeine Bereicherungsrecht insbesondere durch den Einwand des Wegfalls der Bereicherung, allenfalls auch durch den Nachteilsausgleich, ausreichende Möglichkeiten, allfälligen Besonderheiten des Einzelfalls ausreichend Rechnung zu tragen. Warum gerade der Empfänger einer verbotswidrigen Leistung im Gesellschaftsrecht schutzwürdiger sein soll als der Bereicherungsschuldner im allgemeinen Zivilrecht, ist nicht zu sehen, zumal das Gesetz in Paragraph 83, Absatz 5, GmbHG die kürzere Verjährungsfrist schon an das Fehlen positiver Kenntnis knüpft, während nach allgemeinen Grundsätzen schon leichte Fahrlässigkeit zur Schlechtgläubigkeit führt.

4.13. Gegen die Verjährung spricht im vorliegenden Fall schließlich noch eine weitere Erwägung: Der Kläger war laut Firmenbuch von 1988 bis 5. 7. 2007 einziger alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer der beklagten Partei. Nach herrschender Ansicht führt nicht nur das gänzliche Fehlen eines gesetzlichen Vertreters zur Anwendung der Hemmungsbestimmung des § 1494 ABGB. Vielmehr greift die Hemmungsbestimmung auch dann Platz, wenn zwar eine ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung besteht, vom Vertreter aber wegen einer Interessenkollision eine gesetzmäßige Wahrung der Interessen des Vertretenen nicht zu erwarten ist (4 Ob 174/99p SZ 72/119 = EvBl 2000/2; SZ 53/136; SZ 60/163; RIS-Justiz RS0049073, RS0112302; vgl. Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang³ § 1494 Rz 10 mwN; vgl. auch R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-Online § 1494 Rz 5). In diesem Sinne hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 125/04t ausgesprochen, dass der Lauf der Verjährungsfrist für einen Bereicherungsanspruch nach § 90 UrhG nicht beginnt, solange die berechnete gelöschte GmbH keinen Nachtragsliquidator hat. Diese Überlegung lässt sich auf den vorliegenden Fall übertragen, war doch wegen der

Interessenkollision nicht zu erwarten, dass der Kläger während seiner Zeit als Geschäftsführer allfällige Rückersatzansprüche der beklagten Partei gegen sich gemäß § 83 GmbHG durchsetzen würde. 4.13. Gegen die Verjährung spricht im vorliegenden Fall schließlich noch eine weitere Erwägung: Der Kläger war laut Firmenbuch von 1988 bis 5. 7. 2007 einziger alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer der beklagten Partei. Nach herrschender Ansicht führt nicht nur das gänzliche Fehlen eines gesetzlichen Vertreters zur Anwendung der Hemmungsbestimmung des Paragraph 1494, ABGB. Vielmehr greift die Hemmungsbestimmung auch dann Platz, wenn zwar eine ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung besteht, vom Vertreter aber wegen einer Interessenkollision eine gesetzmäßige Wahrung der Interessen des Vertretenen nicht zu erwarten ist (4 Ob 174/99p SZ 72/119 = EvBl 2000/2; SZ 53/136; SZ 60/163; RIS-Justiz RS0049073, RS0112302; vergleiche Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang³ Paragraph 1494, Rz 10 mwN; vergleiche auch R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-Online Paragraph 1494, Rz 5). In diesem Sinne hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 125/04t ausgesprochen, dass der Lauf der Verjährungsfrist für einen Bereicherungsanspruch nach Paragraph 90, UrhG nicht beginnt, solange die berechnete gelöschte GmbH keinen Nachtragsliquidator hat. Diese Überlegung lässt sich auf den vorliegenden Fall übertragen, war doch wegen der Interessenkollision nicht zu erwarten, dass der Kläger während seiner Zeit als Geschäftsführer allfällige Rückersatzansprüche der beklagten Partei gegen sich gemäß Paragraph 83, GmbHG durchsetzen würde.

4.14. Auf die Frage, ob Bereicherungsansprüche einer GmbH - im Sinne der herrschenden Auffassung (vgl etwa M. Bydlinski in Rummel, ABGB³ § 1472 Rz 1, § 1478 Rz 7 und § 1485 Rz 1 je mwN; Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 44 Rz 2; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/431) - in 40 Jahren oder - aus historischen Gründen - bereits in 30 Jahren verjähren, weil der Gesetzgeber unter den „erlaubten Körpern“ des § 1472 ABGB keine erwerbswirtschaftlich tätigen Personen verstanden habe (so Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 83 Rz 48; ebenso im Ergebnis Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 83 Rz 11; Kastner/Doralt/Nowotny 5 435), kommt es im vorliegenden Fall nicht an. 4.14. Auf die Frage, ob Bereicherungsansprüche einer GmbH - im Sinne der herrschenden Auffassung vergleiche etwa M. Bydlinski in Rummel, ABGB³ Paragraph 1472, Rz 1, Paragraph 1478, Rz 7 und Paragraph 1485, Rz 1 je mwN; Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ Paragraph 44, Rz 2; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/431) - in 40 Jahren oder - aus historischen Gründen - bereits in 30 Jahren verjähren, weil der Gesetzgeber unter den „erlaubten Körpern“ des Paragraph 1472, ABGB keine erwerbswirtschaftlich tätigen Personen verstanden habe (so Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG Paragraph 83, Rz 48; ebenso im Ergebnis Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Paragraph 83, Rz 11; Kastner/Doralt/Nowotny 5 435), kommt es im vorliegenden Fall nicht an.

d) Zur Gegenaufrechnungseinrede des Klägers

4.13. Soweit der Kläger in seinem Rechtsmittel eine „Gegenaufrechnungseinrede“ erhebt, verstößt diese gegen das Neuerungsverbot. Allerdings war die Gegenforderung der beklagten Partei wegen deren Zurückweisung durch das Erstgericht überhaupt noch nicht Verhandlungsgegenstand in erster Instanz, sodass es dem Kläger unbenommen bleibt, im fortgesetzten Verfahren Einwendungen gegen die Gegenforderung vorzubringen.

4.14. Dabei ist allerdings schon jetzt darauf hinzuweisen, dass es sich nach ständiger Rechtsprechung bei einer „Gegenaufrechnung“ des Klägers gegen eine vom Beklagten eingewendete Gegenforderung um eine bedingte Klagserweiterung handelt, die grundsätzlich unzulässig ist (Deixler-Hübner in Fasching/Konecny 2 § 391 ZPO Rz 29 mwN). Anderes gilt lediglich in Sonderkonstellationen (vgl 2 Ob 51/67; RIS-Justiz RS0033486). Die vom Kläger relevierte Entscheidung 1 Ob 94/11x (EvBl 2011/141 [Nunner-Krautgasser] = JBl 2011, 798) befasst sich zwar mit der Möglichkeit des Widerspruchs gegen die vom aufrechnenden getroffene Wahl der zu tilgenden Hauptforderung iSd § 1416 ABGB, hält aber im Übrigen - im Einklang mit der völlig herrschenden Lehre und Rechtsprechung - ausdrücklich fest, dass eine prozessuale Gegenaufrechnung mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig ist. Die neueste einschlägige Entscheidung 4 Ob 72/11h betrifft demgegenüber die Möglichkeit, eine Gegenforderung nicht durch eine prozessuale (Gegen-)Aufrechnung, sondern durch eine unbedingte materiell-rechtliche Aufrechnung seitens des Klägers zu tilgen. Diese Voraussetzung liegt im vorliegenden Fall aber nicht vor. 4.14. Dabei ist allerdings schon jetzt darauf hinzuweisen, dass es sich nach ständiger Rechtsprechung bei einer „Gegenaufrechnung“ des Klägers gegen eine vom Beklagten eingewendete Gegenforderung um eine bedingte Klagserweiterung handelt, die grundsätzlich unzulässig ist (Deixler-Hübner in Fasching/Konecny 2 Paragraph 391, ZPO Rz 29 mwN). Anderes gilt lediglich in Sonderkonstellationen vergleiche 2 Ob 51/67; RIS-Justiz RS0033486). Die vom Kläger relevierte Entscheidung 1 Ob 94/11x (EvBl 2011/141 [Nunner-Krautgasser] = JBl 2011, 798) befasst sich zwar mit der Möglichkeit des Widerspruchs gegen die vom

aufrechnenden getroffene Wahl der zu tilgenden Hauptforderung iSd Paragraph 1416, ABGB, hält aber im Übrigen - im Einklang mit der völlig herrschenden Lehre und Rechtsprechung - ausdrücklich fest, dass eine prozessuale Gegenaufrechnung mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig ist. Die neueste einschlägige Entscheidung 4 Ob 72/11h betrifft demgegenüber die Möglichkeit, eine Gegenforderung nicht durch eine prozessuale (Gegen-)Aufrechnung, sondern durch eine unbedingte materiell-rechtliche Aufrechnung seitens des Klägers zu tilgen. Diese Voraussetzung liegt im vorliegenden Fall aber nicht vor.

E. Zur Mängelrüge

5.1. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens erblickt die beklagte Partei darin, dass das Berufungsgericht die gesetzmäßig ausgeführte Beweistrüge in der Berufung der beklagten Partei völlig unerledigt gelassen habe. Allerdings bringt die beklagte Partei damit keine erhebliche Rechtsfrage zur Darstellung. Vielmehr hat das Berufungsgericht das Urteil des Erstgerichts ohnedies in Stattgebung der Berufung der beklagten Partei aufgehoben, und zwar ausdrücklich zum Zweck einer Verbreiterung der Tatsachengrundlage. Die Frage, ob die Beweistrüge bereits isoliert im ersten Rechtsgang erledigt werden darf oder die Feststellungen des Erstgerichts nach der vom Berufungsgericht für erforderlich erachteten Verbreiterung der Tatsachengrundlage überprüft werden, fällt ausschließlich in den vom Obersten Gerichtshof nicht zu überprüfenden Bereich der Beweiswürdigung.

5.2. Schon aus diesem Grund bedarf es im derzeitigen Verfahrensstandum keines Eingehens auf die Frage, ob die Beweistrüge der beklagten Partei - was der Kläger in Zweifel zieht - gesetzmäßig ausgeführt war oder nicht. Im Übrigen werden die von der beklagten Partei bekämpften Feststellungen erst dann relevant, wenn es um die Höhe des dem Kläger noch zustehenden Mietzinses und die Höhe der Gegenforderung geht. Das Berufungsgericht hat lediglich einen Teil der Klagsforderung abgewiesen; dadurch ist die beklagte Partei jedenfalls nicht beschwert. Die Höhe der Klagsforderung und der Gegenforderung werden erst im fortgesetzten Verfahren abschließend zu beurteilen sein. Erst in diesem Verfahrensstandum haben daher die diesbezüglichen Einwände der beklagten Partei ihren Platz. Erweisen sich aber die vom Berufungsgericht dem Erstgericht erteilten Aufträge als gesetzeskonform und die Aufhebung schon aus diesem Grund unabweislich, wurde durch die Nichterledigung einer Beweistrüge die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache nicht gehindert. Vielmehr steht der beklagten Partei im nächsten Rechtsgang eine umfassende Bekämpfung der Feststellungen des Erstgerichts offen, sofern dieses die strittigen Feststellungen neuerlich trifft. Zur Klarstellung ist lediglich festzuhalten, dass die von der beklagten Partei bekämpften Feststellungen nicht als iSd § 196 Abs 3 ZPO abschließend geklärter Teilbereich anzusehen sind, der im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr zu überprüfen wäre.

5.2. Schon aus diesem Grund bedarf es im derzeitigen Verfahrensstandum keines Eingehens auf die Frage, ob die Beweistrüge der beklagten Partei - was der Kläger in Zweifel zieht - gesetzmäßig ausgeführt war oder nicht. Im Übrigen werden die von der beklagten Partei bekämpften Feststellungen erst dann relevant, wenn es um die Höhe des dem Kläger noch zustehenden Mietzinses und die Höhe der Gegenforderung geht. Das Berufungsgericht hat lediglich einen Teil der Klagsforderung abgewiesen; dadurch ist die beklagte Partei jedenfalls nicht beschwert. Die Höhe der Klagsforderung und der Gegenforderung werden erst im fortgesetzten Verfahren abschließend zu beurteilen sein. Erst in diesem Verfahrensstandum haben daher die diesbezüglichen Einwände der beklagten Partei ihren Platz. Erweisen sich aber die vom Berufungsgericht dem Erstgericht erteilten Aufträge als gesetzeskonform und die Aufhebung schon aus diesem Grund unabweislich, wurde durch die Nichterledigung einer Beweistrüge die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache nicht gehindert. Vielmehr steht der beklagten Partei im nächsten Rechtsgang eine umfassende Bekämpfung der Feststellungen des Erstgerichts offen, sofern dieses die strittigen Feststellungen neuerlich trifft. Zur Klarstellung ist lediglich festzuhalten, dass die von der beklagten Partei bekämpften Feststellungen nicht als iSd Paragraph 196, Absatz 3, ZPO abschließend geklärter Teilbereich anzusehen sind, der im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr zu überprüfen wäre.

F. Ergebnis

6. Zusammenfassend ist daher die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach das Verfahren noch ergänzungsbedürftig ist, nicht zu beanstanden.

7. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. 7. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

II. Zur Revision der klagenden Partei römisch zwei. Zur Revision der klagenden Partei

8.1. Der Kläger wendet sich gegen die Abweisung eines Teils seines Begehrens, soweit dieses die Höhe des marktüblichen Mietzinses überschreitet. Die Beurteilung nach dem Fremdvergleich auf der Tatsachenebene beinhalte

die Angabe einer Bandbreite damals marktüblicher Preise.

8.2. Damit bringt der Kläger aber keine Rechtsfrage der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Bedeutung zur Darstellung. Dem Kläger ist einzuräumen, dass die Beantwortung nach der im Rahmen eines Fremdvergleichs üblichen Höhe der Gegenleistung vielfach nur durch Angabe einer Bandbreite erfolgen kann (dazu zuletzt J. Flume, Marktkonformität? Überlegungen zur Durchführung des kapitalerhaltungsrechtlichen Fremdvergleichs, Ges 2012, 71 [72]). Im vorliegenden Fall hat das Erstgericht als Tatsacheninstanz jedoch gerade keine Bandbreite festgestellt, sondern einen bestimmten marktüblichen Mietzins ermittelt. Dabei handelt es sich um eine vom Obersten Gerichtshof nicht zu überprüfende Tatsachenfeststellung. Damit gehen aber die weiteren Revisionsausführungen ins Leere, hat doch die rechtliche Beurteilung aufgrund des von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalts zu erfolgen. Der Teil der vom Kläger geforderten Beträge, der den festgestellten marktüblichen Mietzins übersteigt, ist daher jedenfalls als verbotene Einlagenrückgewähr einzustufen, sodass die vom Berufungsgericht insoweit bestätigte Klagsabweisung nicht zu beanstanden ist.

8.2. Damit bringt der Kläger aber keine Rechtsfrage der in Paragraph 502, Absatz eins, ZPO geforderten Bedeutung zur Darstellung. Dem Kläger ist einzuräumen, dass die Beantwortung nach der im Rahmen eines Fremdvergleichs üblichen Höhe der Gegenleistung vielfach nur durch Angabe einer Bandbreite erfolgen kann (dazu zuletzt J. Flume, Marktkonformität? Überlegungen zur Durchführung des kapitalerhaltungsrechtlichen Fremdvergleichs, Ges 2012, 71 [72]). Im vorliegenden Fall hat das Erstgericht als Tatsacheninstanz jedoch gerade keine Bandbreite festgestellt, sondern einen bestimmten marktüblichen Mietzins ermittelt. Dabei handelt es sich um eine vom Obersten Gerichtshof nicht zu überprüfende Tatsachenfeststellung. Damit gehen aber die weiteren Revisionsausführungen ins Leere, hat doch die rechtliche Beurteilung aufgrund des von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalts zu erfolgen. Der Teil der vom Kläger geforderten Beträge, der den festgestellten marktüblichen Mietzins übersteigt, ist daher jedenfalls als verbotene Einlagenrückgewähr einzustufen, sodass die vom Berufungsgericht insoweit bestätigte Klagsabweisung nicht zu beanstanden ist.

8.3. Soweit die klagende Partei auf Ausführungen in der Berufungsbeantwortung verweist, ist dies nach ständiger Rechtsprechung unzulässig und unbeachtlich (RIS-Justiz RS0043579).

Textnummer

E102036

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:0060OB00110.12P.0913.000

Im RIS seit

23.10.2012

Zuletzt aktualisiert am

17.04.2019

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at