

# TE OGH 2000/3/21 100b214/99i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.03.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Bauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr, Dr. Steinbauer, Dr. Hopf und Dr. Fellinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Hermann S\*\*\*\*\*, Rechtsanwalt, \*\*\*\*\*, wider die beklagten Parteien 1. D\*\*\*\*\* Handelsgesellschaft mbH in Liquidation, vertreten durch den Notliquidator Dr. Günther H\*\*\*\*\*, Rechtsanwalt, \*\*\*\*\*, sowie als deren Gesellschafter 2. Heinz P\*\*\*\*\*, Produktionsleiter, und 3. Elfriede P\*\*\*\*\*, Lehrerin, beide \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Karlheinz Klema, Rechtsanwalt in Wien, 4. Dr. Riyadh A\*\*\*\*\*, Techniker, und 5. Dr. Svetlana A\*\*\*\*\*-B\*\*\*\*\*, Univ.-Lektorin, beide \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Michael Günther, Rechtsanwalt in Wien, und 6. Evelyn W\*\*\*\*\*, Private, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Manfred Winkler, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 74.503,76 sA, in Folge der Rekurse der drittbeklagten Partei (ON 39) sowie der viert- und fünftbeklagten Parteien (ON 37) gegen den Beschluss des Handelsgerichtes Wien als Berufungs- und Rekursgericht vom 27. April 1999, GZ 1 R 722/97s und 1 R 723/97p-36, womit das Urteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen Wien vom 2. Juli 1997, GZ 13 C 1734/96m-19, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Den Rekursen wird Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss, der in Ansehung der sechstbeklagten Partei unberührt bleibt, wird hinsichtlich des gegen die dritt-, viert- und fünftbeklagten Parteien gerichteten Verfahrens aufgehoben. In diesem Umfang wird das Urteil des Erstgerichtes (Abweisung des Klagebegehrens gegen die dritt-, viert- und fünftbeklagten Parteien einschließlich der Kostenentscheidung) wieder hergestellt.

Die klagende Partei ist schuldig, der drittbeklagten Partei die mit S 22.287,87 (darin enthalten S 2.611,31 Umsatzsteuer) und den viert- und fünftbeklagten Parteien die mit S 19.645,82 (darin S 3.274,30 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger begehrt von den Beklagten zur ungeteilten Hand die Zahlung des Klagebetrages als Entlohnung für seine im Zeitraum 12. 1. bis 7. 7. 1993 entfaltete Tätigkeit als gerichtlich bestellter "Notliquidator" der erstbeklagten Gesellschaft gemäß §§ 15a, 92 GmbHG. Der Antrag auf die Bestellung sei ausdrücklich vom Zweitbeklagten, "schlüssig" aber auch von den übrigen Gesellschaftern gestellt worden. Der Kläger habe bei Übernahme der Funktion unwidersprochen erklärt, seine Leistungen nach dem Rechtsanwaltstarif abzurechnen. Seine Tätigkeit sei zum überwiegenden Vorteil der Gesellschaft und aller Gesellschafter erfolgt, die es unterlassen hätten, einen Liquidator zu bestellen. Subsidiär werde das Klagebegehren auf jeden erdenklichen Rechtsgrund gestützt, insbesondere den der Bereicherung, des Verwendungsanspruchs und des Schadenersatzes. Der Kläger begehrt von den Beklagten zur ungeteilten Hand die Zahlung des Klagebetrages als Entlohnung für seine im Zeitraum 12. 1. bis 7. 7. 1993 entfaltete Tätigkeit als gerichtlich

bestellter "Notliquidator" der erstbeklagten Gesellschaft gemäß Paragraphen 15 a., 92 GmbHG. Der Antrag auf die Bestellung sei ausdrücklich vom Zweitbeklagten, "schlüssig" aber auch von den übrigen Gesellschaftern gestellt worden. Der Kläger habe bei Übernahme der Funktion unwidersprochen erklärt, seine Leistungen nach dem Rechtsanwaltsstarif abzurechnen. Seine Tätigkeit sei zum überwiegenden Vorteil der Gesellschaft und aller Gesellschafter erfolgt, die es unterlassen hätten, einen Liquidator zu bestellen. Subsidiär werde das Klagebegehren auf jeden erdenklichen Rechtsgrund gestützt, insbesondere den der Bereicherung, des Verwendungsanspruchs und des Schadenersatzes.

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Klagebegehrens. Sie hätten weder einen Auftrag erteilt noch eine Verpflichtung zur Kostentragung übernommen. Die Handlungen des Klägers seien zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig gewesen und hätten keine Bereicherung der Beklagten bewirkt. Das Begehren sei auch überhöht.

Das Erstgericht wies mit Urteil (Teilurteil) das gegen die dritt- bis sechsbeklagten Parteien gerichtete Klagebegehren kostenpflichtig ab und fasste in derselben Entscheidung (ON 19) den Beschluss, a) das Verfahren gegen den Zweitbeklagten - mangels Spruchreife - wiederzueröffnen und b) die Vollstreckbarkeitsbestätigung des Zahlungsbefehles vom 22. 7. 1996 hinsichtlich der Erstbeklagten - mangels rechtswirksamer Zustellung - aufzuheben. Die Abweisung des Begehrens gegen Dritt- bis Sechsbeklagte begründete das Erstgericht damit, dass nicht ersichtlich sei, welchen Bereicherungstatbestand der Kläger erfüllt haben wolle. Die Gesellschafter seien zu keinen Aufwendungen verpflichtet, die der Kläger für sie tätigen hätte können, und daher auch nicht bereichert. Ein Schadenersatzanspruch scheitere daran, dass den Gesellschaftern kein Verschulden zugerechnet werden könne. In der Nichteinigung auf die Person eines Liquidators liege kein Verschulden. Ein Anspruch könnte nur gegen den Zweitbeklagten bestehen, der als Geschäftsführer für die Abwicklung verantwortlich gewesen sei und auch den Antrag gestellt habe.

Das Gericht zweiter Instanz fasste zunächst den Beschluss, aus Anlaß der Berufung des Klägers und seines Rekurses gegen die Zurückweisung seines Rekurses gegen den oben zu a) genannten Beschluss (ON 22) werde das angefochtene Urteil (Teilurteil) und das diesem vorangegangene Verfahren einschließlich der Erlassung des Zahlungsbefehls als nichtig aufgehoben und die Klage an das Handelsgericht Wien als Firmenbuchgericht überwiesen. Das Erstgericht habe über eine nicht auf den Rechtsweg gehörige Sache erkannt. Der Anspruch eines Notgeschäftsführers gemäß § 15a GmbHG gegen die Gesellschaft auf Ersatz von Barauslagen und Entlohnung sei nämlich im Außerstreitverfahren durchzusetzen. Dies gelte aber auch für die Durchsetzung des "identen Anspruchs gegen alle Personen, die auf Grund des Gesellschaftsvertrages in welcher Form auch immer miteinander verknüpft" seien. Die in einen Antrag umzudeutende Klage sei daher an das zuständige Außerstreitgericht zu überweisen (§§ 40a, 44 JN). Das Gericht zweiter Instanz fasste zunächst den Beschluss, aus Anlaß der Berufung des Klägers und seines Rekurses gegen die Zurückweisung seines Rekurses gegen den oben zu a) genannten Beschluss (ON 22) werde das angefochtene Urteil (Teilurteil) und das diesem vorangegangene Verfahren einschließlich der Erlassung des Zahlungsbefehls als nichtig aufgehoben und die Klage an das Handelsgericht Wien als Firmenbuchgericht überwiesen. Das Erstgericht habe über eine nicht auf den Rechtsweg gehörige Sache erkannt. Der Anspruch eines Notgeschäftsführers gemäß Paragraph 15 a, GmbHG gegen die Gesellschaft auf Ersatz von Barauslagen und Entlohnung sei nämlich im Außerstreitverfahren durchzusetzen. Dies gelte aber auch für die Durchsetzung des "identen Anspruchs gegen alle Personen, die auf Grund des Gesellschaftsvertrages in welcher Form auch immer miteinander verknüpft" seien. Die in einen Antrag umzudeutende Klage sei daher an das zuständige Außerstreitgericht zu überweisen (Paragraphen 40 a., 44 JN).

Der Oberste Gerichtshof gab den gegen diese Entscheidung erhobenen Rekursen der zweit- bis sechsbeklagten Parteien Folge, hob den angefochtenen Beschluss, der in Ansehung der Erstbeklagten unberührt blieb, im Übrigen auf und verwies die Rechtssache zur Entscheidung über die Berufung des Klägers (betreffend Dritt- bis Sechsbeklagte) und den Rekurs des Klägers (betreffend den Zweitbeklagten) an das Gericht zweiter Instanz zurück (10 Ob 269/98a).

Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluss gab das Gericht zweiter Instanz der Berufung des Klägers Folge: Es hob das erstgerichtliche Urteil auf und verwies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof erklärte es mangels einer einschlägigen Rechtsprechung für zulässig. Es führte zusammengefasst aus:

Die Behauptungen des Klägers seien geeignet, einen Anspruch gegen die Dritt- bis Sechsbeklagten zu begründen,

doch fehlten dazu Feststellungen. Sie seien ihrer Verpflichtung, als Gesellschafter bei Fehlen eines vertretungsbefugten Organs für die Einsetzung eines Geschäftsführers (§ 15a GmbHG) bzw Liquidators (§ 92 GmbHG) zu sorgen, nicht nachgekommen und hätten dadurch die gerichtliche Bestellung eines Notliquidators veranlasst, "was ihnen eigenes Tätigwerden und damit verbundenen Aufwand ersparte". Die Tätigkeit des Liquidators liege im Interesse der Gesellschafter, die sich mangels Einigung auf eine Person für diese Aufgabe nicht "wider Treu und Glauben" darauf berufen könnten, dass sie zum Notliquidator in keinem Rechtsverhältnis stünden. Er sei zu ihrem klaren, überwiegenden Vorteil tätig geworden und habe Ansprüche nach § 1037 Die Behauptungen des Klägers seien geeignet, einen Anspruch gegen die Dritt- bis Sechstbeklagten zu begründen, doch fehlten dazu Feststellungen. Sie seien ihrer Verpflichtung, als Gesellschafter bei Fehlen eines vertretungsbefugten Organs für die Einsetzung eines Geschäftsführers (Paragraph 15 a, GmbHG) bzw Liquidators (Paragraph 92, GmbHG) zu sorgen, nicht nachgekommen und hätten dadurch die gerichtliche Bestellung eines Notliquidators veranlasst, "was ihnen eigenes Tätigwerden und damit verbundenen Aufwand ersparte". Die Tätigkeit des Liquidators liege im Interesse der Gesellschafter, die sich mangels Einigung auf eine Person für diese Aufgabe nicht "wider Treu und Glauben" darauf berufen könnten, dass sie zum Notliquidator in keinem Rechtsverhältnis stünden. Er sei zu ihrem klaren, überwiegenden Vorteil tätig geworden und habe Ansprüche nach Paragraph 1037,

ABGB.

Gegen diesen Beschluss richten sich die Rekurse der Drittbeklagten sowie des Viert- und der Fünftbeklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit den sinngemäßen Anträgen, das Urteil des Erstgerichtes wieder herzustellen.

Der Kläger erstattete Rekursbeantwortungen jeweils mit dem Antrag, den Rekursen nicht Folge zu geben.

Die Rekurse sind zulässig und auch berechtigt.

Die Rekurswerber führen im Wesentlichen übereinstimmend aus, es bestehe keine gesetzliche Verpflichtung eines Gesellschafters gegenüber Dritten, einen Geschäftsführer oder Liquidator zu bestellen, wie auch niemand verpflichtet sei, dieses Amt anzunehmen. Nach § 61 Abs 2 GmbHG hafte für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ihren Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Die Beklagten hätten ihre Stammeinlage voll geleistet und seien auch zu Nachschüssen nicht verpflichtet; sie hätten sich daher auch nicht freizeichnen müssen. Ein Geschäftsführer oder Liquidator stehe ausschließlich in einem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft selbst, er handle auch für die Gesellschaft und nicht für die Gesellschafter. Die Tätigkeit des Klägers habe auch keinen finanziellen Nutzen und damit keinen Vorteil für die Gesellschafter erbracht. Der Entgeltanspruch eines Notliquidators richte sich nur gegen die Gesellschaft; eine Haftung der Gesellschafter komme schon nach dem Gesetz nicht in Frage. Gesellschafter, die ihre Stammeinlage zur Gänze eingezahlt haben, seien nach § 72 GmbHG zu Nachschüssen nur verpflichtet, wenn dies der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorsehe, was hier nicht der Fall sei. Ansprüche aus dem Titel des Schadenersatzes seien überdies bereits verjährt. Die Rekurswerber führen im Wesentlichen übereinstimmend aus, es bestehe keine gesetzliche Verpflichtung eines Gesellschafters gegenüber Dritten, einen Geschäftsführer oder Liquidator zu bestellen, wie auch niemand verpflichtet sei, dieses Amt anzunehmen. Nach Paragraph 61, Absatz 2, GmbHG hafte für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ihren Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Die Beklagten hätten ihre Stammeinlage voll geleistet und seien auch zu Nachschüssen nicht verpflichtet; sie hätten sich daher auch nicht freizeichnen müssen. Ein Geschäftsführer oder Liquidator stehe ausschließlich in einem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft selbst, er handle auch für die Gesellschaft und nicht für die Gesellschafter. Die Tätigkeit des Klägers habe auch keinen finanziellen Nutzen und damit keinen Vorteil für die Gesellschafter erbracht. Der Entgeltanspruch eines Notliquidators richte sich nur gegen die Gesellschaft; eine Haftung der Gesellschafter komme schon nach dem Gesetz nicht in Frage. Gesellschafter, die ihre Stammeinlage zur Gänze eingezahlt haben, seien nach Paragraph 72, GmbHG zu Nachschüssen nur verpflichtet, wenn dies der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorsehe, was hier nicht der Fall sei. Ansprüche aus dem Titel des Schadenersatzes seien überdies bereits verjährt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dazu wurde erwogen:

Der Auflösung der Gesellschaft mbH hat in der Regel die Liquidation zu folgen. Als Liquidatoren treten die Geschäftsführer ein, wenn nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Gesellschafterbeschluss eine oder mehrere andere Personen dazu bestellt werden. Doch kann das Firmenbuchgericht auf Antrag des Aufsichtsrates oder auf Antrag von Gesellschaftern, deren Stammeinlagen eine bestimmte Höhe erreichen, aus wichtigen Gründen neben

diesen oder an deren Stelle andere Liquidatoren ernennen (§ 89 Abs 1 und 2 GmbHG). Insoweit die §§ 89 ff GmbHG nicht abweichende Anordnungen enthalten, sind alle in diesem Gesetz hinsichtlich der Geschäftsführer getroffenen Bestimmungen sinngemäß auch in Bezug auf die Liquidatoren anzuwenden (§ 92 Abs 1 GmbHG). Davon ausgehend ist der Ansicht des Berufungsgerichtes beizutreten, dass die in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Rechtsgrundsätze zur Entlohnung eines Notgeschäftsführers nach § 15a GmbHG analog auf jene des vom Firmenbuch bestellten Liquidators (Notliquidators) anzuwenden sind. Der Auflösung der Gesellschaft mbH hat in der Regel die Liquidation zu folgen. Als Liquidatoren treten die Geschäftsführer ein, wenn nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Gesellschafterbeschluss eine oder mehrere andere Personen dazu bestellt werden. Doch kann das Firmenbuchgericht auf Antrag des Aufsichtsrates oder auf Antrag von Gesellschaftern, deren Stammeinlagen eine bestimmte Höhe erreichen, aus wichtigen Gründen neben diesen oder an deren Stelle andere Liquidatoren ernennen (Paragraph 89, Absatz eins und 2 GmbHG). Insoweit die Paragraphen 89, ff GmbHG nicht abweichende Anordnungen enthalten, sind alle in diesem Gesetz hinsichtlich der Geschäftsführer getroffenen Bestimmungen sinngemäß auch in Bezug auf die Liquidatoren anzuwenden (Paragraph 92, Absatz eins, GmbHG). Davon ausgehend ist der Ansicht des Berufungsgerichtes beizutreten, dass die in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Rechtsgrundsätze zur Entlohnung eines Notgeschäftsführers nach Paragraph 15 a, GmbHG analog auf jene des vom Firmenbuch bestellten Liquidators (Notliquidators) anzuwenden sind.

In der bereits oben zitierten Entscheidung vom 9. 2. 1999, 10 Ob 269/98a (GesRZ 1999, 121; RdW 1999, 473; eolex 1999, 473; WBI 2000,

43) führte der Senat zu dieser Frage im Wesentlichen aus:

§ 15a GmbHG sehe in dringenden Fällen die Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das zuständige Firmenbuchgericht vor, soweit die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Geschäftsführer fehlen und ein Beteiligter dies beantragt. Eine inhaltsgleiche Vorschrift sei in § 76 AktG vorgesehen. Eine Regelung über den Entlohnungsanspruch derselben enthielten die genannten Gesetze ebensowenig, wie eine entsprechende Verfahrensvorschrift. Gemäß § 102 GmbHG verhandle und entscheide über Angelegenheiten, die im GmbHG dem Gericht zugewiesen seien, das zuständige Firmenbuchgericht im Verfahren außer Streitsachen, sofern es sich nicht um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten handle, die dem Prozessgericht zugewiesen seien. Die Generalklausel des § 1 AußStrG weise dagegen eine Rechtssache im Zweifel dem Zivilprozess zu. Der Oberste Gerichtshof habe zunächst in einer früheren Entscheidung die Frage offen gelassen, ob ein auf eine amtlich übertragene Organstellung gestützter Entgeltanspruch im Rechtsweg oder im Außerstreitverfahren geltend zu machen sei, dabei aber die Zulässigkeit des streitigen Rechtsweges für den Fall bejaht, dass der Anspruch des Notgeschäftsführers auf eine mit der Gesellschaft getroffene Vereinbarung gestützt werde. In der neueren Entscheidung 4 Ob 342/97s habe der Oberste Gerichtshof zur Entgeltlichkeit der Tätigkeit des Notgeschäftsführers gemäß § 15a GmbHG und zur Frage, in welchem Verfahren ein Entgeltanspruch durchzusetzen sei, Stellung genommen. Zunächst sei für das Amt des Notgeschäftsführers gemäß § 15a GmbHG nicht die Unentgeltlichkeit zu vermuten. Dieses sei regelmäßig mit Mühe, Lasten und Haftungsrisiken verbunden. Wie regelmäßig der von der Gesellschaft bestellte Geschäftsführer habe daher auch der Notgeschäftsführer einen Entlohnungsanspruch. Die Unentgeltlichkeit sei auch dann nicht zu vermuten, wenn - wie hier - ein Rechtsanwalt beauftragt werde. Der Entlohnungsanspruch des Notgeschäftsführers sei privatrechtlicher Natur, richte sich gegen die Gesellschaft und entstehe dem Grunde nach mit der Annahme der Bestellung. Daher bestehe auch kein Anspruch auf Tragung dieser Kosten aus Amtsgeldern. Die Zuweisung der Durchsetzung des Anspruches des Notgeschäftsführers gemäß § 15a GmbHG in das Außerstreitverfahren ergebe sich aus Gründen der Rechtsanalogie. Überall, wo für handlungsunfähige oder behinderte Personen Kuratoren oder Sachwalter bestellt werden, die für diese tätig werden sollen, habe das bestellende Gericht die Entlohnung festzusetzen. Auch die § 27 Abs 2 AktG und § 270 Abs 5 HGB sehen für die Festsetzung der Entlohnung der Gründungs- und der vom Gericht bestellten Abschlussprüfer das außerstreitige Verfahren vor. Diese Bestimmungen legten eine Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang fest. Für Personen, die auf Grund eines Gerichtsbeschlusses für andere tätig werden, solle der Entlohnungsanspruch auch vom bestellenden Gericht bemessen werden. Der Gesetzgeber habe aber den Regelungsbedarf für die Festsetzung der Entlohnung nicht erkannt, so dass eine Gesetzeslücke anzunehmen sei, die durch Analogie geschlossen werden könne. Paragraph 15 a, GmbHG sehe in dringenden Fällen die Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das zuständige Firmenbuchgericht vor, soweit die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Geschäftsführer fehlen und ein Beteiligter dies beantragt. Eine inhaltsgleiche Vorschrift sei in Paragraph

76, AktG vorgesehen. Eine Regelung über den Entlohnungsanspruch derselben enthielten die genannten Gesetze ebensowenig, wie eine entsprechende Verfahrensvorschrift. Gemäß Paragraph 102, GmbHG verhandle und entscheide über Angelegenheiten, die im GmbHG dem Gericht zugewiesen seien, das zuständige Firmenbuchgericht im Verfahren außer Streitsachen, sofern es sich nicht um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten handle, die dem Prozessgericht zugewiesen seien. Die Generalklausel des Paragraph eins, AußStrG weise dagegen eine Rechtssache im Zweifel dem Zivilprozess zu. Der Oberste Gerichtshof habe zunächst in einer früheren Entscheidung die Frage offen gelassen, ob ein auf eine amtlich übertragene Organstellung gestützter Entgeltanspruch im Rechtsweg oder im Außerstreitverfahren geltend zu machen sei, dabei aber die Zulässigkeit des streitigen Rechtsweges für den Fall bejaht, dass der Anspruch des Notgeschäftsführers auf eine mit der Gesellschaft getroffene Vereinbarung gestützt werde. In der neueren Entscheidung 4 Ob 342/97s habe der Oberste Gerichtshof zur Entgeltlichkeit der Tätigkeit des Notgeschäftsführers gemäß Paragraph 15 a, GmbHG und zur Frage, in welchem Verfahren ein Entgeltanspruch durchzusetzen sei, Stellung genommen. Zunächst sei für das Amt des Notgeschäftsführers gemäß Paragraph 15 a, GmbHG nicht die Unentgeltlichkeit zu vermuten. Dieses sei regelmäßig mit Mühe, Lasten und Haftungsrisiken verbunden. Wie regelmäßig der von der Gesellschaft bestellte Geschäftsführer habe daher auch der Notgeschäftsführer einen Entlohnungsanspruch. Die Unentgeltlichkeit sei auch dann nicht zu vermuten, wenn - wie hier - ein Rechtsanwalt beauftragt werde. Der Entlohnungsanspruch des Notgeschäftsführers sei privatrechtlicher Natur, richte sich gegen die Gesellschaft und entstehe dem Grunde nach mit der Annahme der Bestellung. Daher bestehe auch kein Anspruch auf Tragung dieser Kosten aus Amtsgeldern. Die Zuweisung der Durchsetzung des Anspruches des Notgeschäftsführers gemäß Paragraph 15 a, GmbHG in das Außerstreitverfahren ergebe sich aus Gründen der Rechtsanalogie. Überall, wo für handlungsunfähige oder behinderte Personen Kuratoren oder Sachwalter bestellt werden, die für diese tätig werden sollen, habe das bestellende Gericht die Entlohnung festzusetzen. Auch die Paragraph 27, Absatz 2, AktG und Paragraph 270, Absatz 5, HGB sehen für die Festsetzung der Entlohnung der Gründungs- und der vom Gericht bestellten Abschlussprüfer das außerstreitige Verfahren vor. Diese Bestimmungen legten eine Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang fest. Für Personen, die auf Grund eines Gerichtsbeschlusses für andere tätig werden, solle der Entlohnungsanspruch auch vom bestellenden Gericht bemessen werden. Der Gesetzgeber habe aber den Regelungsbedarf für die Festsetzung der Entlohnung nicht erkannt, so dass eine Gesetzeslücke anzunehmen sei, die durch Analogie geschlossen werden könne.

Der erkennende Senat schloss sich dieser Auffassung zur Gänze an. Danach ergebe sich aber lediglich, dass sich der privatrechtliche Entlohnungsanspruch des Notgeschäftsführers (Notliquidators) gegen die Gesellschaft richte und insoweit im Außerstreitverfahren durchzusetzen sei, weil nur hier die angesprochene Rechtsanalogie zu den Kuratoren und Sachwaltern für handlungsunfähige oder behinderte Personen greife. Gegenüber den Gesellschaftern nehme der Notgeschäftsführer jedoch keine einem Sachwalter oder Kurator vergleichbare Stellung ein. Daraus folge, dass nur der Entlohnungsanspruch des Klägers gegen die Erstbeklagte im Außerstreitverfahren zu verfolgen sei; insoweit sei die Überweisung der Sache an das Außerstreitgericht bereits rechtskräftig erfolgt. Der gegenüber den übrigen Beklagten behauptete Anspruch werde jedoch vom Kläger zutreffend im streitigen Verfahren geltend gemacht.

War also damals nur die Frage des streitigen Rechtsweges von Bedeutung, so geht es im vorliegenden Verfahren um die Frage, ob der Kläger für seine Tätigkeit als gerichtlich bestellter Notliquidator einen materiellen Vergütungsanspruch gegen die Gesellschafter hat.

Diese Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

Die Bestellung zum Notgeschäftsführer oder Notliquidator wird wirksam, wenn der Adressat zustimmt. Eine Verpflichtung, die Bestellung anzunehmen, besteht nicht. Im Normalfall ist zu erwarten, dass der Betreffende nur gegen entsprechende Honorierung (angemessene Entlohnung, Vergütung) tätig werden will. Der Vergütungsanspruch des Notgeschäftsführers richtet sich nach einhelliger österreichischer Lehre ausschließlich gegen die Gesellschaft, nicht etwa gegen den Antragsteller oder gegen den Bund als Träger der Gerichtsbarkeit (Koppensteiner, GmbHG-Komm2 § 15a Rz 12; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht2 I Rz 2/66 jeweils mwN). Auch in der Bundesrepublik Deutschland wird bei vergleichbarer Rechtslage übereinstimmend die Ansicht vertreten, dass der Notgeschäftsführer Anspruch auf Vergütung (und Auslagenersatz) aus einem Geschäftsbesorgungsverhältnis hat, bei einer illiquiden Gesellschaft die Bestellung deshalb erst annehmen wird, wenn ihm zuvor zB der Antragsteller die Vergütung garantiert und dass sich der Anspruch auf Vergütung - wie bei einem regulär bestellten Geschäftsführer - gegen die Gesellschaft und nicht gegen die Gesellschafter, die Antragsteller oder die Staatskasse richtet (Marsch-Barner/Diekmann im Münchener

Handbuch des GesR Bd 3: GmbH § 42 Rz 36; Lutter/Hommelhoff, GmbHG-Komm14 vor § 35 Rz 24; Mertens/Stein, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH § 35 Rz 40 und 197; Schneider in Scholz, Komm zum GmbHG8 § 6 Rz 44). Die Gesellschafter sind selbst dann nicht Schuldner der Kosten des Notgeschäftsführers, wenn die Bestellung eines ordentlichen Geschäftsführers infolge der Illiquidität der Gesellschaft unterblieben ist (Rowedder/Koppensteiner, GmbHG3 § 35 Rz 64 mwN). Sie sind auch bei gerichtlicher Bestellung eines Liquidators weder diesem persönlich noch der Gesellschaft zu Nachschüssen verpflichtet (Karsten Schmidt in Scholz aaO § 66 Rz 50 mwN). Auch der deutsche BGH vertritt die Auffassung, dass das Erfordernis, der GmbH einen oder mehrere Geschäftsführer zu bestellen, die Gesellschafter im Verhältnis zu Gesellschaftsgläubigern nicht verpflichtet, das Amt unentgeltlich zu übernehmen oder die zur Bezahlung der Dienstbezüge erforderlichen Beträge nachzuschießen, wenn das Stammkapital dafür nicht ausreicht (NJW 1985, 637, GmbHR 1985, 149 ua). Die Bestellung zum Notgeschäftsführer oder Notliquidator wird wirksam, wenn der Adressat zustimmt. Eine Verpflichtung, die Bestellung anzunehmen, besteht nicht. Im Normalfall ist zu erwarten, dass der Betreffende nur gegen entsprechende Honorierung (angemessene Entlohnung, Vergütung) tätig werden will. Der Vergütungsanspruch des Notgeschäftsführers richtet sich nach einhelliger österreichischer Lehre ausschließlich gegen die Gesellschaft, nicht etwa gegen den Antragsteller oder gegen den Bund als Träger der Gerichtsbarkeit (Koppensteiner, GmbHG-Komm2 Paragraph 15 a, Rz 12; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht2 römisch eins Rz 2/66 jeweils mwN). Auch in der Bundesrepublik Deutschland wird bei vergleichbarer Rechtslage übereinstimmend die Ansicht vertreten, dass der Notgeschäftsführer Anspruch auf Vergütung (und Auslagenersatz) aus einem Geschäftsbesorgungsverhältnis hat, bei einer illiquiden Gesellschaft die Bestellung deshalb erst annehmen wird, wenn ihm zuvor zB der Antragsteller die Vergütung garantiert und dass sich der Anspruch auf Vergütung - wie bei einem regulär bestellten Geschäftsführer - gegen die Gesellschaft und nicht gegen die Gesellschafter, die Antragsteller oder die Staatskasse richtet (Marsch-Barner/Diekmann im Münchener Handbuch des GesR Bd 3: GmbH Paragraph 42, Rz 36; Lutter/Hommelhoff, GmbHG-Komm14 vor Paragraph 35, Rz 24; Mertens/Stein, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH2 Paragraph 35, Rz 40 und 197; Schneider in Scholz, Komm zum GmbHG8 Paragraph 6, Rz 44). Die Gesellschafter sind selbst dann nicht Schuldner der Kosten des Notgeschäftsführers, wenn die Bestellung eines ordentlichen Geschäftsführers infolge der Illiquidität der Gesellschaft unterblieben ist (Rowedder/Koppensteiner, GmbHG3 Paragraph 35, Rz 64 mwN). Sie sind auch bei gerichtlicher Bestellung eines Liquidators weder diesem persönlich noch der Gesellschaft zu Nachschüssen verpflichtet (Karsten Schmidt in Scholz aaO Paragraph 66, Rz 50 mwN). Auch der deutsche BGH vertritt die Auffassung, dass das Erfordernis, der GmbH einen oder mehrere Geschäftsführer zu bestellen, die Gesellschafter im Verhältnis zu Gesellschaftsgläubigern nicht verpflichtet, das Amt unentgeltlich zu übernehmen oder die zur Bezahlung der Dienstbezüge erforderlichen Beträge nachzuschießen, wenn das Stammkapital dafür nicht ausreicht (NJW 1985, 637, GmbHR 1985, 149 ua).

Der erkennende Senat tritt diesen Auffassungen bei, weil durch die Bestellung des Notgeschäftsführers bzw Notliquidators eben nur ein Rechtsverhältnis (Schuldverhältnis) zwischen diesem und der Gesellschaft, nicht aber den Gesellschaftern begründet wird. Auch die in der Lehre und Rechtsprechung diskutierte Durchgriffshaftung der Gesellschafter aus besonderen Umständen, etwa unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung oder des Rechtsmissbrauchs (Koppensteiner aaO § 61 Rz 34 mwN; vgl auch SZ 64/160 und SZ 65/76) führt im vorliegenden Fall mangels jeglicher Grundlage zu keiner Haftung der Beklagten für das Honorar des Klägers. Inwieweit der Kläger Ansprüche gegen den Zweitbeklagten hat, ist hier nicht zu untersuchen. Wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat, besteht der Anspruch gegen die nunmehr Beklagten, die keine Funktion in der Gesellschaft ausgeübt haben, jedenfalls nicht. Inwieweit die Beklagten bereichert sein sollen, wurde ebensowenig schlüssig dargelegt wie die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch gegen sie. Der erkennende Senat tritt diesen Auffassungen bei, weil durch die Bestellung des Notgeschäftsführers bzw Notliquidators eben nur ein Rechtsverhältnis (Schuldverhältnis) zwischen diesem und der Gesellschaft, nicht aber den Gesellschaftern begründet wird. Auch die in der Lehre und Rechtsprechung diskutierte Durchgriffshaftung der Gesellschafter aus besonderen Umständen, etwa unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung oder des Rechtsmissbrauchs (Koppensteiner aaO Paragraph 61, Rz 34 mwN; vergleiche auch SZ 64/160 und SZ 65/76) führt im vorliegenden Fall mangels jeglicher Grundlage zu keiner Haftung der Beklagten für das Honorar des Klägers. Inwieweit der Kläger Ansprüche gegen den Zweitbeklagten hat, ist hier nicht zu untersuchen. Wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat, besteht der Anspruch gegen die nunmehr Beklagten, die keine Funktion in der Gesellschaft ausgeübt haben, jedenfalls nicht. Inwieweit die Beklagten bereichert sein sollen, wurde ebensowenig schlüssig dargelegt wie die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch gegen sie.

Eine Zahlungspflicht der Gesellschafter könnte sich allerdings aus einer mit dem Notliquidator getroffenen

ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung etwa im Sinne eines Schuldbeitritts ergeben. Dies meinte das Berufungsgericht, wenn es dem Erstgericht auftrag, auch auf die "behauptete Auftragserteilung" einzugehen, die im Zusammenhalt mit der Entgeltlichkeitsvermutung zu einer vertraglichen Haftung für die Entlohnung des Klägers führen würde.

Ein solcher - auch nur schlüssig erteilter - Auftrag wurde aber in erster Instanz gar nicht dargetan. In der Klage heißt es dazu, die Kostenhaftung der Gesellschaft "und deren Gesellschafter" gründe sich auch darauf, dass der Kläger bei Übernahme seiner Funktion unwidersprochen erklärt habe, seine Leistungen würden nach dem RATG abzurechnen sein; daher sei er auch auf Grund eines zumindest konkludent erteilten Auftrags der Zweit- bis Sechstbeklagten tätig geworden. Zunächst ist dem entgegenzuhalten, dass die Tätigkeit des Klägers als Notliquidator nicht auf Grund eines von den Gesellschaftern erteilten Auftrages, sondern nur auf Grund der Bestellung durch das Firmenbuchgericht erfolgen konnte, weil andernfalls für eine solche gerichtliche Bestellung wohl keine Veranlassung bestanden hätte (§§ 15a, 89 GmbHG). Deshalb ist auch die Ansicht des Klägers verfehlt, schon seine Bestellung durch das Gericht sei als Auftragserteilung (durch die Gesellschafter) anzusehen. Entscheidend wäre nur, ob sich die Gesellschafter vertraglich verpflichtet haben, für die Gesellschaft oder neben der Gesellschaft das Honorar des Klägers zu zahlen. Die vertragliche Übernahme einer solchen Zahlungspflicht könnte nun keinesfalls darin gesehen werden, dass die Gesellschafter auf die Mitteilung des Klägers, er werde seine Leistungen nach dem RATG abrechnen, mit Stillschweigen reagierten, zumal sie nach den weiteren Behauptungen auch nicht einmal bereit gewesen seien, einen Kostenvorschuss zu erlegen. Einem solchen Stillschweigen käme kein Erklärungswert im Sinne der Übernahme einer Zahlungspflicht zu. Selbst wenn sich also die Richtigkeit der eben dargelegten Behauptungen des Klägers erweisen sollte, könnte daraus nicht die von ihm gewünschte konkludente Vereinbarung abgeleitet werden. Eine ausdrückliche Vereinbarung hinsichtlich der Kostentragung wurde ohnehin nicht behauptet. Auch die vom Kläger zitierten Literaturstellen (Schummer, Ein solcher - auch nur schlüssig erteilter - Auftrag wurde aber in erster Instanz gar nicht dargetan. In der Klage heißt es dazu, die Kostenhaftung der Gesellschaft "und deren Gesellschafter" gründe sich auch darauf, dass der Kläger bei Übernahme seiner Funktion unwidersprochen erklärt habe, seine Leistungen würden nach dem RATG abzurechnen sein; daher sei er auch auf Grund eines zumindest konkludent erteilten Auftrags der Zweit- bis Sechstbeklagten tätig geworden. Zunächst ist dem entgegenzuhalten, dass die Tätigkeit des Klägers als Notliquidator nicht auf Grund eines von den Gesellschaftern erteilten Auftrages, sondern nur auf Grund der Bestellung durch das Firmenbuchgericht erfolgen konnte, weil andernfalls für eine solche gerichtliche Bestellung wohl keine Veranlassung bestanden hätte (Paragraphen 15 a., 89 GmbHG). Deshalb ist auch die Ansicht des Klägers verfehlt, schon seine Bestellung durch das Gericht sei als Auftragserteilung (durch die Gesellschafter) anzusehen. Entscheidend wäre nur, ob sich die Gesellschafter vertraglich verpflichtet haben, für die Gesellschaft oder neben der Gesellschaft das Honorar des Klägers zu zahlen. Die vertragliche Übernahme einer solchen Zahlungspflicht könnte nun keinesfalls darin gesehen werden, dass die Gesellschafter auf die Mitteilung des Klägers, er werde seine Leistungen nach dem RATG abrechnen, mit Stillschweigen reagierten, zumal sie nach den weiteren Behauptungen auch nicht einmal bereit gewesen seien, einen Kostenvorschuss zu erlegen. Einem solchen Stillschweigen käme kein Erklärungswert im Sinne der Übernahme einer Zahlungspflicht zu. Selbst wenn sich also die Richtigkeit der eben dargelegten Behauptungen des Klägers erweisen sollte, könnte daraus nicht die von ihm gewünschte konkludente Vereinbarung abgeleitet werden. Eine ausdrückliche Vereinbarung hinsichtlich der Kostentragung wurde ohnehin nicht behauptet. Auch die vom Kläger zitierten Literaturstellen (Schummer,

Zum Entlohnungsanspruch gerichtlich bestellter Funktionsträger, insbesondere des Notgeschäftsführers, NZ 1990, 113; Danzl, Kostenvorschuss für Notgeschäftsführer? RdW 1989, 383) können seinen Standpunkt nicht stützen; auch diese Autoren gehen davon aus, dass durch die gerichtliche Bestellung ein Schuldverhältnis zwischen dem Bestellten und der Gesellschaft (aber nicht den Gesellschaftern) zustande kommt und die Zahlung der angemessenen Entlohnung und der Ersatz der Barauslagen der Gesellschaft (und nicht den Gesellschaftern) aufzuerlegen ist.

Die Sache ist daher hinsichtlich der Dritt- bis Fünftbeklagten im Sinne einer Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils spruchreif. Gemäß § 519 Abs 2 ZPO konnte der Oberste Gerichtshof daher über den Rekurs durch Urteil in der Sache selbst erkennen. Die Sache ist daher hinsichtlich der Dritt- bis Fünftbeklagten im Sinne einer Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils spruchreif. Gemäß Paragraph 519, Absatz 2, ZPO konnte der Oberste Gerichtshof daher über den Rekurs durch Urteil in der Sache selbst erkennen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 41,, 50 ZPO.

Der Kläger hat demnach an Kosten des Berufungsverfahrens im ersten Rechtsgang - ON 28 - der Drittbeklagten S 8.117,76, den Viert- und Fünftbeklagten zusammen S 8.929,54 zu ersetzen, dazu der Drittbeklagten die halben Kosten des Rekurses ON 32 - ohne Pauschalgebühr - von S 2.679,07 und die Kosten des Rekurses ON 39 von S 11.491,04, den Viert- und Fünftbeklagten die Kosten der Rekurse ON 30 und 37 von jeweils S 5.358,14.

**Anmerkung**

E57511 10A02149

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0100OB00214.99I.0321.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20000321\_OGH0002\_0100OB00214\_99I0000\_000

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

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)