BGH v. 15.09.2014 - II ZR 442/13

**Instanzenzug:**
LG Aachen v. 24.01.201210 O 40/11 OLG Köln v. 07.02.201318 U 30/12

# Gründe

1 Die Revision ist zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen für ihre Zulassung nicht vorliegen und sie auch keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 552a ZPO).

2 I. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts besteht kein Grund für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

3 Die vom Berufungsgericht dazu angeführte Frage nach der Anfechtbarkeit von Pachtzahlungen auf eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung nach § 134 Abs. 1 InsO hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert sie eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Diese Zulassungsvoraussetzungen beziehen sich grundsätzlich nur auf geltendes Recht. Eine Frage zu auslaufendem, nur noch auf Altfälle anwendbarem Recht kann eine Zulassung der Revision nur dann rechtfertigen, wenn entweder noch eine Vielzahl von Verfahren nach altem Recht zu entscheiden ist oder wenn die Auslegung des alten Rechts Bedeutung für das aktuelle Recht hat (BGH, Beschluss vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, WM 2003, 987, 988).

4 Die vom Berufungsgericht angeführte Frage betrifft auslaufendes Recht. Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (MoMiG) ist das Eigenkapitalersatzrecht in der bisherigen Prägung aufgehoben worden. Es gilt nur noch für Altfälle fort. Das Berufungsgericht hat nicht dargelegt und es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass wegen einer Vielzahl von nach altem Recht zu beurteilenden Fällen oder aus anderen Gründen ein Bedürfnis nach einer Klärung der Rechtsfrage besteht.

5 II. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts vom 24. Januar 2012 im Umfang der Revisionszulassung zu Recht zurückgewiesen.

6 1. Die Revision wendet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Grundsätze des existenzvernichtenden Eingriffs seien auf den Empfang der Pachtraten in Höhe von 2.263.444 € netto für die Zeit von August 2002 bis Oktober 2004 nicht anwendbar. Sie meint, der Beklagte zu 1 sei zur Zahlung von Schadensersatz nach § 826 BGB verpflichtet und deshalb hafte - insoweit für die Revision von Bedeutung - die Beklagte zu 2 als Teilnehmerin nach § 830 Abs. 2 BGB.

7 a) Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner Auffassung an, dass ein existenzvernichtender Eingriff nur dann vorliegen könne, wenn der Gesellschaft (hier der S. GmbH, im Folgenden: S. neu) Vermögen "betriebsfremd" entzogen werde. Bei dem Vermögensverlust dürfe es sich nicht nur um eine unternehmerische Fehlentscheidung handeln, die Insolvenzreife dürfe auch nicht nur auf einer materiellen Unterkapitalisierung beruhen, und eine Entnahme unter Verstoß gegen § 30 GmbH reiche für einen existenzvernichtenden Eingriff allein nicht aus. Sodann entnimmt das Berufungsgericht dem Gutachten des Sonderinsolvenzverwalters in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der S. GmbH F. S. & Sohn (im Folgenden: S. alt), dass die Grundentscheidung, mit der SISO neu eine Auffanggesellschaft zur gründen, vertretbar gewesen sei. Weiter nimmt es an, alle hier streitigen Vorgänge hätten auf dieser Grundentscheidung beruht und würden sich deshalb allenfalls als Managementfehler, nicht aber als existenzvernichtender Eingriff darstellen.

8 b) Die Revision meint im Gegensatz zum Berufungsgericht, für einen existenzvernichtenden Eingriff genüge es schon, dass der Gesellschafter Vermögen entziehe, das durch die Regeln des Eigen-



© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

kapitalersatzes oder durch §§ 30, 31 GmbHG gebunden sei. Entscheidend sei allein, dass die Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Schulden zurückzahlen zu können, beeinträchtigt sei. Insoweit könnten sich das Eigenkapitalersatzrecht bzw. §§ 30, 31 GmbHG und der existenzvernichtende Eingriff überschneiden. Das gelte zwar nicht, wenn der Gesellschaft für die Weggabe ihrer Vermögensgegenstände eine gleichwertige Kompensation geleistet werde. Daran fehle es hier aber, weil die Pachtschulden der S. neu gegenüber der S. alt, die durch die Zahlungen getilgt worden seien, wegen der Eigenkapitalersatzfunktion und der Anwendbarkeit der Grundsätze über den Eigenkapitalersatz wertlos gewesen seien.

9 c) Damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Das bloße Zulassen von Zahlungen auf Forderungen, die nach den vor Inkrafttreten des MoMiG geltenden Eigenkapitalersatzregeln "gesperrt" waren, also von den Geschäftsführern der GmbH nicht hätten bedient werden dürfen, kann als solches allein nicht schon einen Anspruch wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs begründen (s. etwa BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 256/02, ZIP 2005, 250, 251 f.; Heeg/Manthey, GmbHR 2008, 798 ff.; Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 13 Rn. 32). Zwar ist die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nicht subsidiär gegenüber der Haftung aus §§ 30, 31 GmbHG und knüpft die Existenzvernichtungshaftung an den einheitlichen, zur Insolvenz der Gesellschaft führenden Eingriff in das Gesellschaftsvermögen an, so dass es nicht zwingend geboten ist, die Schadensersatzhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nur jenseits der Grenze der §§ 30, 31 GmbHG beginnen zu lassen (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007- II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 38 f. - Trihotel; Strohn, ZInsO 2008, 706, 710; Servatius in BeckOK GmbHG Konzernrecht, Stand: 1.9.2013, Rn. 488.1). Gleichwohl geht es bei der Existenzvernichtungshaftung - sowohl hinsichtlich der Bestimmung ihrer Rechtsgrundlagen als auch der sachgerechten Begrenzung der Verantwortlichkeit des Gesellschafters für Eingriffe in das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen - allein darum, die insoweit bestehenden Schutzlücken der §§ 30, 31 GmbHG zu schließen und damit das Vermögen der Gesellschaft wirksam vor derartigen Eingriffen zu schützen (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007- II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 25 - Trihotel; vgl. Kroh, Der existenzvernichtende Eingriff, 2013, S. 88 f.). Wenn der Gesellschafter aber Zahlungen unter Verstoß gegen die Eigenkapitalersatzregeln - ebenso wie unter Verstoß gegen § 30 GmbHG in direkter Anwendung - entgegennimmt, führt das zu einem Rückzahlungsanspruch (analog) § 31 Abs. 1 GmbHG. Der Eingriff mag dann "betriebsfremd" gewesen sein (s. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 256/02, ZIP 2005, 250, 251 f.). Er wird aber von der (analogen) Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG in vollem Umfang erfasst. Der hinter der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs stehende Gedanke, Lücken im Kapitalschutzrecht der GmbH nach §§ 30, 31 GmbHG bei bilanzneutralen Vermögensabschöpfungen zu schließen (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 24 f. - Trihotel), kommt in diesen Fallgestaltungen nicht zum Tragen. Jedenfalls im vorliegenden Fall ist auch nichts dafür ersichtlich, dass der weitere mit der Existenzvernichtungshaftung verfolgte Zweck, von §§ 30, 31 GmbHG nicht erfasste "Kollateralschäden" auszugleichen (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007- II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 24 f. - Trihotel), hier eingreift. Es geht im vorliegenden Fall nicht um eine notwendige Verlängerung des Schutzsystems der §§ 30, 31 GmbHG auf der Ebene des Deliktsrechts (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007- II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 33 - Trihotel) oder eine das gesetzliche Kapitalerhaltungssystem ergänzende, aber deutlich darüber hinausgehende "Entnahmesperre" (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 28 - Trihotel), sondern um einen "normalen" (analogen) Anwendungsfall der §§ 30, 31 GmbHG.

10 Im Übrigen fehlt es auch an der Sittenwidrigkeit. Nicht jede Verletzung des § 30 GmbHG ist sittenwidrig. Besondere Merkmale für eine Sittenwidrigkeit hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Seine Würdigung, dass die Umstände des vorliegenden Falles den Schluss auf eine sittenwidrige Schädigungsabsicht gerade nicht zulassen, ist revisionsrechlich nicht zu beanstanden.



© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

11 2. Aus diesem Grunde bleibt auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Klägers übergangen, die Immobilie sei zu einem überhöhten Preis verpachtet worden, ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat bei der Prüfung einer sittenwidrigen Schädigungsabsicht des Beklagten zu 1 berücksichtigt, dass der zunächst vereinbarte Pachtzins später reduziert wurde, und rechtsfehlerfrei angenommen, dass dieser Umstand nicht den Schluss zulasse, die zunächst vereinbarte Höhe habe auf einer sittenwidrigen Schädigungsabsicht beruht.

12 3. Ebenfalls unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Klägers, der Ansatz des Sonderinsolvenzverwalters zur Business Judgement Rule sei falsch, nicht zur Kenntnis genommen. Das Berufungsgericht hat sehr wohl gesehen, dass der Sonderinsolvenzverwalter nur den Auftrag hatte, das Verhalten des Beklagten zu 1 in seinem Amt als Insolvenzverwalter der S. alt zu überprüfen. Dennoch hat es seinen Ausführungen rechtsfehlerfrei auch Erkenntnisse für das vorliegende Verfahren entnommen.

13 4. Auf die vom Kläger geltend gemachten Gehörsverstöße im Hinblick auf den Zeitpunkt der Insolvenzreife der S. neu und der Kenntnis des Klägers davon kommt es somit nicht mehr an, ebenso wenig auf die Frage, ob der Anspruch aus existenzvernichtendem Eingriff verjährt ist.

14 5. Auch hinsichtlich einer Haftung des Beklagten zu 1 aus § 823 Abs. 2 BGB, § 266 StGB und einer Mithaft der Beklagten zu 2 als Teilnehmerin ist die Revision unbegründet. Dabei kann offen bleiben, ob die Voraussetzungen der Untreue nach § 266 StGB erfüllt sind. Denn jedenfalls hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass ein etwaiger daraus folgender Schadensersatzanspruch verjährt ist.

15 Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte der Geschäftsführer M. der S. neu ab Ende 2006 Kenntnis im Sinne des § 199 BGB von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners. Damit lief die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB am 31. Dezember 2009, also vor Klageerhebung, ab. Die dagegen vorgebrachte Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe insoweit Vortrag des Klägers nicht berücksichtigt, bleibt ohne Erfolg. Der Kläger hat vorgetragen, M. habe sein Amt erst am 30. Juni 2006 übernommen und sei faktisch nur für wenige Wochen vor Ort im Unternehmen tätig gewesen. Er habe sich spätestens ab September 2006 nicht mehr in Deutschland aufgehalten und sei nahezu ausschließlich von Rotterdam aus tätig geworden. Er sei der deutschen Sprache so gut wie nicht mächtig. Deshalb habe er die extrem umfangreichen Schriftstücke nicht überprüfen können.

16 Diesen Vortrag erwähnt das Berufungsgericht nicht. Daraus allein kann aber nicht der Schluss gezogen werden, es habe ihn nicht berücksichtigt. In der Sache stellt der Vortrag das Ergebnis des Berufungsgerichts nicht in Frage. Auch wenn sich der Geschäftsführer M. überwiegend in den Niederlanden aufgehalten hat und der deutschen Sprache nicht mächtig war, konnte er sich über die Vermögensverhältnisse der S. neu - gegebenenfalls durch Vermittlung von Hilfspersonen - Kenntnis verschaffen, zumal er auch Geschäftsführer der M. Holding BV war, der neuen Alleingesellschafterin und Darlehensgeberin der S. neu. Im Übrigen hätte er sich jedenfalls grob fahrlässig verhalten, wenn er davon abgesehen hätte, sich als Geschäftsführer der S. neu über deren Vermögensverhältnisse zu informieren.

17 6. Das Berufungsgericht hat auch den Anwendungsbereich des § 61 InsO nicht verkannt. Die Revision meint, davon seien Einlage- und diesen gleichgestellte Ansprüche erfasst. Dem kann nicht gefolgt werden.

18 Nach § 61 Satz 1 InsO haftet der Insolvenzverwalter persönlich für Masseverbindlichkeiten, die er begründet hat und die aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden können. Dem liegt der Gedanke zugrunde, die Interessen von Massegläubigern zu schützen, die aufgrund einer Unternehmensfortführung mit der Masse in Kontakt gekommen sind und deren Vermögen gemehrt oder ihr einen sonstigen Vorteil verschafft haben. Die Bereitschaft, der Masse "Kredit" zu gewähren, soll dadurch erhöht werden, dass das Ausfallrisiko der Gläubiger durch eine persönliche Haftung des



© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

Verwalters gemindert wird (BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - IX ZR 142/03, BGHZ 161, 236, [...] Rn. 8; Urteil vom 10. Dezember 2009 - IX ZR 220/08, ZIP 2010, 287 Rn. 7). Um einen solchen Vorgang handelt es sich nicht, wenn der Verwalter - wie hier - eine Auffanggesellschaft gründet und sich daraus im weiteren Verlauf Ansprüche aus Eigenkapitalersatzrecht oder §§ 30, 31 GmbHG ergeben.

19 7. Schließlich wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 2 sei nicht aus § 143 Abs. 1, 2, § 134 Abs. 1 InsO zum Ersatz verpflichtet, soweit S. alt die von S. neu erbrachten Pachtzahlungen zur Tilgung ihrer eigenen Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Beklagten zu 2 in Höhe von 2.263.444 € netto an diese weitergeleitet habe.

20 Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Die Beklagte zu 2 ist nicht Leistungsempfängerin im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO.

21 a) Eine mittelbare Zuwendung der S. neu an die Beklagte zu 2 unter Einschaltung von S. alt als Leistungsmittlerin liegt nicht vor.

22 aa) Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung sind solche Rechtshandlungen als mittelbare Zuwendungen anfechtbar, bei denen eine unmittelbare Leistung an den Empfänger, die ohne weiteres anfechtbar wäre, durch Einschalten eines Leistungsmittlers umgangen wird. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Schuldner einen Drittschuldner anweist, die von diesem geschuldete Leistung nicht ihm, sondern einem Gläubiger des Schuldners zu erbringen. Es ist jedoch anerkannt, dass der Leistende keinen Anspruch gegen die Mittelsperson auf den über diese dem Gläubiger zugewandten Gegenstand gehabt haben muss; noch weniger muss dieser Gegenstand sich zuvor im Vermögen des Leistenden befunden haben. Für die Anfechtbarkeit reicht es aus, dass der Gegenwert für das, was über die Mittelsperson an den Gläubiger gelangt ist, aus dem Vermögen des Leistenden stammt. Mittelbare Zuwendungen sind so zu behandeln, als habe der Angewiesene an den Anweisenden geleistet und dieser sodann seinen Gläubiger befriedigt (BGH, Urteil vom 16. November 2007 - IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 25 mwN). Eine mittelbare Zuwendung scheidet aus, wenn die Zwischenperson mit ihrer Leistung an den Gläubiger auch eine eigene Verbindlichkeit zu tilgen sucht (BGH, Urteil vom 19. Januar 2012 - IX ZR 2/11, BGHZ 192, 221 Rn. 31; Urteil vom 3. April 2014 - IX ZR 201/13, ZIP 2014, 1032 Rn. 26).

23 bb) Im Streitfall hat S. alt die Zahlungen der S. neu dazu eingesetzt, ihre eigenen Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Beklagten zu 2 zu begleichen. Hat S. alt damit einen eigenen Tilgungszweck verfolgt, scheidet eine mittelbare Zuwendung der S. neu an die Beklagte zu 2 aus. Der Vorgang kann deshalb auch nicht so behandelt werden, wie wenn S. alt erst an die S. neu geleistet und diese sodann die Beklagte zu 2 befriedigt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2007 - IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 25; Urteil vom 25. April 2013 - IX ZR 235/12, WM 2013, 1044 Rn. 11; Urteil vom 3. April 2014 - IX ZR 201/13, ZIP 2014, 1032 Rn. 26).

24 b) Bei dieser Sachlage ist vielmehr eine Leistungskette ausgehend von der S. neu über die S. alt zu der Beklagten zu 2 gegeben.

25 aa) Im Rahmen einer Leistungskette überträgt der Schuldner den Vermögensgegenstand anfechtbar auf einen ersten Leistungsempfänger, der ihn aufgrund einer eigenständigen Rechtshandlung seinerseits an einen Dritten weiterleitet (HK-InsO/Kreft, 6. Aufl., § 129 Rn. 85; Pape/Uhländer/Bornheimer, InsO, § 129 Rn. 43). Beide Zuwendungsvorgänge sind anfechtungsrechtlich selbständig zu behandeln. Deshalb kommt eine Anfechtung nur gegen den Erstempfänger als primäres Glied der Leistungskette in Betracht (BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 - IX ZR 16/08, WM 2009, 809 Rn. 8; Urteil vom 14. Mai 2009 - IX ZR 63/08, BGHZ 181, 132 Rn. 33; Urteil vom 3. April 2014 - IX ZR 201/13, ZIP 2014, 1032 Rn. 26).

26 bb) In dieser Weise verhält es sich im Streitfall. Die S. neu hat mit ihren Zahlungen Pachtverbindlichkeiten gegenüber S. alt getilgt. S. alt hat diese Zahlungen dazu verwendet, ihrerseits Darle-



© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

hensverbindlichkeiten gegenüber der Beklagten zu 2 abzulösen. Mithin wurden innerhalb der Leistungskette jeweils unterschiedliche Tilgungszwecke verfolgt. Eine Abtretung der Forderungen von S. alt gegen S. neu an die Beklagte zu 2 hat nicht stattgefunden. Soweit sich die Revision darauf beruft, der Sachverhalt müsse mit Rücksicht auf § 1123 BGB so bewertet werden, wie wenn eine Einziehung der Forderungen durch den Zwangsverwalter erfolgt wäre, handelt es sich um eine anfechtungsrechtlich unzulässige hypothetische Betrachtung (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2013 - IX ZR 235/12, WM 2013, 1044 Rn. 40). Bei dieser Sachlage richtet sich eine Anfechtung der S. neu allein gegen die S. alt und nicht gegen die Beklagte zu 2.

27 c) Davon abgesehen wäre § 134 InsO auch seinen tatbestandlichen Voraussetzungen nach nicht gegeben, wenn man von einer Direktzahlung der S. neu an die Beklagte zu 2 ausginge. Es handelt sich nicht um die Zahlung auf eine wertlose Forderung. Denn die Beklagte zu 2 war durch werthaltige Grundpfandrechte am Grundbesitz von S. alt gesichert. Insoweit ist es ohne Bedeutung, dass die Sicherungen nur gegenüber der S. alt als Forderungsschuldnerin und nicht gegenüber der zahlenden S. neu bestanden (BGH, Urteil vom 15. April 1964 - VIII ZR 232/62, BGHZ 41, 298, 303 a.E.; Beschluss vom 3. April 2014 - IX ZR 236/13, ZIP 2014, 977 Rn. 6).

28 8. Da die Beklagte zu 2 nach vorstehenden Erwägungen nicht als Leistungsempfängerin anzusehen ist, scheidet auch eine Anfechtung auf der Grundlage von § 133 Abs. 1 InsO aus.

29 9. Schließlich führt auch der Eiwand der Revision, die Beklagte zu 2 hafte aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB in Verbindung mit § 138 BGB auf Rückzahlung der an sie weitergeleiteten Pachtzahlungen, nicht zum Erfolg.

30 Dabei kann offen bleiben, ob die Beklagte zu 2 im Verhältnis zur S. neu als Empfängerin von deren Zahlungen anzusehen ist. Denn jedenfalls hat das Berufungsgericht einen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nicht festzustellen vermocht. Dagegen bringt die Revision nichts Erhebliches vor.

**Auf diese Entscheidung wird Bezug genommen in folgenden Gerichtsentscheidungen:**
OLG Dresden 26.10.2016 - 13 U 1493/15

**Fundstelle(n):**
DStR 2015 S. 11 Nr. 26
DStR 2015 S. 12 Nr. 20
GmbH-StB 2015 S. 255 Nr. 9
GmbHR 2015 S. 644 Nr. 12
**NWB CAAAE-90173**



© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.