

**letzte Aktualisierung:** 10.06.2020

BGH, Urt. v. 12.12.2019 – IX ZR 328/18

**InsO §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Nr. 1, 339; EGInsO Art. 103d  
Anfechtungsausschluss nach § 339 InsO**

1. Ist für die Rechtshandlung das Recht eines anderen Staats maßgebend, so wirkt es zum Nachteil des Anfechtungsgegners, wenn die ausländische Rechtslage im konkreten Fall ungeklärt ist.
2. Ein Erstattungsanspruch, der nach Maßgabe der früheren Rechtsprechungsregeln über den Eigenkapitalersatz vor diesem Zeitpunkt entstanden ist, kann auch nach dem 1. November 2008 unabhängig davon verfolgt werden, ob und wann ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde.



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 328/18

Verkündet am:  
12. Dezember 2019  
Kluckow  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschatzwerk:      ja

BGHZ:                  nein

BGHR:                ja

InsO § 339

Ist für die Rechtshandlung das Recht eines anderen Staats maßgebend, so wirkt es zum Nachteil des Anfechtungsgegners, wenn die ausländische Rechtslage im konkreten Fall ungeklärt ist.

EGInsO Art. 103d

Ein Erstattungsanspruch, der nach Maßgabe der früheren Rechtsprechungsregeln über den Eigenkapitalersatz vor diesem Zeitpunkt entstanden ist, kann auch nach dem 1. November 2008 unabhängig davon verfolgt werden, ob und wann ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 - IX ZR 328/18 - OLG Dresden

LG Dresden

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. September 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Grupp, Dr. Schoppmeyer und Röhl

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 14. November 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 11.692.000 € festgesetzt.

Von Rechts wegen

### Tatbestand:

S. B. AG zu 98 vom Hundert hält. An dieser Gesellschaft ist der Beklagte, dessen Wohnsitz in der Schweiz liegt, mit mindestens 22 vom Hundert beteiligt. Der Beklagte war zudem seit dem Jahr 2006 vertretungsberechtigter Direktor (CEO) der S. I. AG.

3 Im Zeitraum von März 2007 bis Februar 2009 reichte der Beklagte an die Schuldnerin Darlehen in Höhe von 25.432.000 € aus. Zur teilweisen Besicherung der Darlehen bestellte die Schuldnerin am 4. Juli 2007 zugunsten des Beklagten Grundschulden über 20.000.000 €. Für sämtliche Darlehensverträge vereinbarten die Schuldnerin und der Beklagte die Geltung schweizerischen Rechts und den Gerichtsstand Basel Stadt. Die Schuldnerin führte die Darlehen gegenüber dem Beklagten im Laufe des Jahres 2008 in Höhe von 14.692.000 € zurück. Aus dieser Gesamtsumme entfallen 10.000.000 € auf die am 28. August 2008 von der Schuldnerin als Forderungsgläubigerin veranlasste Zahlung einer Grundstückskäuferin.

4 Mit seiner Teilklage verlangt der Kläger die Rückzahlung von 7.000.000 €, wobei er sich in erster Linie auf die Zahlung vom 28. August 2008 stützt. Er begeht Erstattung der Darlehensrückzahlungen insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Vorsatzanfechtung. Den Anspruch leitet er daneben aus Eigenkapitalersatzrecht sowie - ausdrücklich erstmals im Berufungsrechtszug - aus unerlaubter Handlung her. Die Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5            Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

6            Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Kläger stünden keine Anfechtungsansprüche gegen den Beklagten zu. Die Anfechtungsansprüche richteten sich nach deutschem materiellen Insolvenzrecht. Ob die Rückzahlungen danach anfechtbar seien, könne offenbleiben, weil der Beklagte die Voraussetzungen des § 339 InsO nachgewiesen habe. Auf die Rechtshandlung sei Schweizer Recht anzuwenden. Im Rahmen des § 339 InsO maßgeblich sei das Schuldstatut des Vertrags, in dessen Rahmen die angefochtene Handlung vorgenommen worden sei. Das maßgebliche Schuldstatut der Darlehensverträge verweise gemäß Art. 27, 28 EGBGB aF auf das Schweizer Recht. Art. 28 Abs. 5 EGBGB aF greife nicht ein, obwohl verschiedene Umstände eine enge Verbindung des Vertrags zu Deutschland herstellten. Nach Schweizer Recht sei die Rückzahlung der Darlehen in keiner Weise angreifbar. Die Beständigkeit des Erwerbs werde nicht durch eine konkludente Rangrücktrittsvereinbarung in Frage gestellt.

7            Der Kläger könne auch keine Ansprüche nach den Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz geltend machen. Diese fänden auf die streitgegenständlichen Zahlungen keine Anwendung. Bei nach dem 1. November 2008 eröffneten Insolvenzverfahren seien die Rechtsprechungsregeln nicht mehr zu Lasten des Gesellschafters anwendbar. Art. 103d EGInsO sei dahin auszule-

gen, dass er die zeitliche Anwendbarkeit des alten Rechts zu Gesellschafterdarlehen umfassend bestimme. Dem stünden keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines rückwirkenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen entgegen.

8 Die Klage habe auch auf der Grundlage eines deliktischen Anspruchs keinen Erfolg. Der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, § 283c Abs. 1 StGB sei ein neuer Streitgegenstand. Daher liege eine Klageänderung vor, die nach § 533 ZPO nicht zuzulassen sei. Ein Schadensersatzanspruch wegen Anstiftung zur Gläubigerbegünstigung sei zudem nicht schlüssig dargelegt.

## II.

9 Die Revision ist insgesamt zulässig. Das Berufungsgericht hat die Revision im Tenor seiner Entscheidung unbeschränkt zugelassen. Zwar kann sich eine Beschränkung der Rechtsmittelzulassung auch aus den Entscheidungsgründen ergeben. Dies muss sich allerdings klar und eindeutig aus den Gründen des Urteils ableiten lassen (BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 - IX ZR 89/18, WM 2019, 728 Rn. 9 mwN). Mit der Benennung verschiedener Fragen, die einer höchstrichterlichen Klärung bedürften, hat das Berufungsgericht seine Zulassungsentscheidung nur erläutert, ohne die Zulassung der Revision erkennbar einschränken zu wollen (vgl. BGH, aaO). Die vom Kläger erhobene Nichtzulassungsbeschwerde ist damit gegenstandslos (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rn. 7 mwN).

III.

10 Die Begründung des Berufungsurteils hält rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

11 1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, die Anfechtung der Rückzahlungen an den Beklagten sei gemäß § 339 InsO ausgeschlossen. Es kann dahinstehen, ob diese Vorschrift tatsächlich anwendbar ist. Jedenfalls greifen die Voraussetzungen nicht durch, unter denen § 339 InsO eine Anfechtung ausschließt. Bei dieser Sachlage sind im Streitfall die Regelungen des deutschen Insolvenzanfechtungsrechts (§§ 129 ff InsO) einschlägig.

12 a) Es kann offenbleiben, ob die Anwendbarkeit des deutschen Insolvenzanfechtungsrechts, wozu der Senat neigt, bereits aus Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. m der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren folgt.

13 aa) Gemäß Art. 84 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (fortan: EulnsVO 2015) gilt für das am 1. Januar 2010 eröffnete Insolvenzverfahren die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (fortan: EulnsVO 2000). Diese geht in ihrem Anwendungsbereich den Vorschriften der §§ 335 ff InsO vor (BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2010 - IX ZB 227/09, WM 2011, 243 Rn. 4; vom 3. Februar 2011 - V ZB 54/10, BGHZ 188, 177 Rn. 11 mwN). Art. 4 Abs. 1 EulnsVO 2000 erklärt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Staates der Verfahrenseröffnung für maßgeblich. Dieses erstreckt sich gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. m EulnsVO 2000 auch auf die Insolvenzanfechtung. Danach

führt die inländische Verfahrenseröffnung zur Anwendbarkeit des inländischen Insolvenzanfechtungsrechts.

14

bb) Allerdings ist umstritten, ob Art. 4 EulnsVO 2000 das anwendbare Recht auch dann festlegt, wenn die Anfechtung nur Auslandsbezug zu einem Drittstaat wie der Schweiz, aber nicht zu einem Mitgliedsstaat aufweist. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist Art. 3 Abs. 1 EulnsVO 2000 dahin auszulegen, dass die Gerichte des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, für eine Insolvenzanfechtungsklage gegen einen Anfechtungsgegner zuständig sind, der seinen Wohnsitz nicht im Gebiet eines Mitgliedstaats, sondern etwa in der Schweiz hat (EuGH, Urteil vom 16. Januar 2014 - C-328/12, NJW 2014, 610 Rn. 39; vom 4. Dezember 2014 - C-295/13, ZIP 2015, 196 Rn. 33; BGH, Urteil vom 27. März 2014 - IX ZR 2/12, WM 2014, 1094 Rn. 7). In diesem Zusammenhang hat der Europäische Gerichtshof ausgeführt, dass die Anwendung der Verordnung generell keine Anknüpfungspunkte zu zwei oder mehr Mitgliedsstaaten voraussetzt (EuGH, Urteil vom 16. Januar 2014, aaO Rn. 20). Aus dieser Erwägung wird im Interesse des Gleichlaufs von Zuständigkeit und anwendbarem Recht der naheliegende Schluss gezogen, dass Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. m EulnsVO 2000 das anwendbare Insolvenzrecht auch für Anfechtungssachverhalte mit bloßem Drittstaatenbezug bestimmt und zugleich einen Rückgriff auf das nationale Kollisionsrecht verbietet (Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, Art. 16 EulnsVO 2015 Rn. 12, 16; Schmidt in Mankowski/Müller/Schmidt, EulnsVO 2015, Art. 1 Rn. 69; Müller in Mankowski/Müller/Schmidt, aaO Art. 16 Rn. 18; MünchKomm-InsO/Reinhart, 3. Aufl., EulnsVO 2000 Art. 1 Rn. 27, Art. 13 Rn. 22 f). Die Gegensicht will auf solche Sachverhalte das nationale Kollisionsrecht der §§ 335 ff InsO anwenden (HK-InsO/Dornblüth, 9. Aufl., Art. 7 EulnsVO 2015 Rn. 1; Gruber/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzrecht, 3. Aufl.,

§ 335 InsO Rn. 17 ff; MünchKomm-BGB/Kindler, 7. Aufl., Art. 16 EulnsVO Rn. 4; Schmidt/Brinkmann, InsO, 19. Aufl., § 335 Rn. 3, EulnsVO Art. 4 Rn. 41, Art. 13 Rn. 7).

15            b) Diese Streitfrage muss nicht abschließend entschieden werden, weil §§ 335, 339 InsO ebenfalls das deutsche Insolvenzanfechtungsrecht als Recht des Staats der Verfahrenseröffnung für anwendbar erklären. Die Anfechtung ist nicht deshalb gemäß § 339 InsO ausgeschlossen, weil die Rechtshandlung dem Schweizer Recht unterliegt und nach diesem Recht in keiner Weise angreifbar ist.

16            aa) Bestimmt sich das anwendbare Insolvenzrecht im Verhältnis zur Schweiz nach § 335 InsO, so richtet sich die Anfechtbarkeit als Wirkung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich nach dem Recht des Staates, in dem das Verfahren eröffnet worden ist (Paulus in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 335 Rn. 46; MünchKomm-InsO/Reinhart, 3. Aufl., § 335 Rn. 86). Nach der alternativen Anknüpfung des § 339 InsO ist eine Anfechtung ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsgegner nachweist, dass sowohl für die Rechtshandlung das Recht eines anderen Staates maßgebend als auch die Rechtshandlung nach diesem Recht in keiner Weise angreifbar ist (BT-Drucks. 15/16, S. 19; Paulus in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 339 Rn. 7; Uhlenbrück/Lüer/Knof, InsO, Band 1, 15. Aufl., § 339 Rn. 1). § 339 InsO ist in gleicher Weise auszulegen wie Art. 13 EulnsVO 2000 und Art. 16 EulnsVO 2015, weil der Gesetzgeber § 339 InsO in Anlehnung an die Regelungen der EulnsVO ausgestaltet hat (BT-Drucks. aaO; BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 - IX ZR 103/17, BGHZ 217, 300 Rn. 45). Als Ausnahmeverordnung ist § 339 InsO eng auszulegen (vgl. EuGH, Urteil vom 16. April 2015  
- C-557/13, ZIP 2015, 1030 Rn. 34 zu Art. 13 EulnsVO 2000).

17               bb) Es kann dahinstehen, ob für die hier maßgebliche Rechtshandlung deutsches oder Schweizer Recht einschlägig ist. Selbst wenn die Darlehensrückzahlung Schweizer Recht unterliege, würde § 339 InsO die Anfechtung nach deutschem Recht nicht sperren, weil es entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts an dem Nachweis fehlt, dass die Rechtshandlung nach Schweizer Recht in keiner Weise angreifbar ist. Zwar hat das Berufungsgericht festgestellt, dass bei Klageerhebung die zweijährige Frist gemäß Art. 292 SchKG aF abgelaufen, folglich das Anfechtungsrecht damit verwirkt war und im Schweizer Recht keine Umqualifikation von Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital stattfindet. Beides hat die Revision nicht beanstandet. Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, der beweispflichtige Beklagte habe nachgewiesen, dass die Beständigkeit seines Erwerbs nicht durch eine konkludente Rangrücktrittsvereinbarung in Frage gestellt werde.

18               (1) § 339 InsO verlangt, dass die Rechtshandlung nach dem maßgebenden ausländischen Recht in keiner Weise angreifbar ist. Dies beschränkt sich nicht nur auf anfechtungsrechtliche Gründe, sondern erstreckt sich auf sämtliche Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe (BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 - IX ZR 103/17, BGHZ 217, 300 Rn. 43 f). Angreifbar ist eine Rechtshandlung etwa, wenn sie Rückgewähr- oder Schadensersatzansprüche auslöst (vgl. Schmidt/Brinkmann, InsO, 19. Aufl., Art. 13 EulnsVO Rn. 12). Ein Erstattungsanspruch wäre bei einer Darlehensrückzahlung, die entgegen einer wirksamen Rangrücktrittsvereinbarung erfolgt, nicht auszuschließen.

19               (2) Der Beklagte hat nicht bewiesen, dass nach Schweizer Recht keine konkludente Rangrücktrittsvereinbarung eingreift, wenn in der Krise der Gesellschaft ein Gesellschafterdarlehen gewährt wird.

20

Im Rahmen von § 339 InsO ist die Anwendung des ausländischen Rechts nicht von Amts wegen zu prüfen, sondern vom Anfechtungsgegner darzulegen und zu beweisen (BGH, Beschluss vom 22. April 2010 - IX ZR 94/08, juris Rn. 3; vgl. EuGH, Urteil vom 8. Juni 2017 - C-54/16, WM 2017, 1607 Rn. 36 ff mwN zu Art. 13 EulnsVO 2000). Abweichend von § 293 ZPO muss der Anfechtungsgegner den Inhalt des ausländischen Rechts in den Prozess einführen und beweisen, etwa durch Gutachten (Andres/Leithaus/Dahl, InsO, 4. Aufl., § 339 Rn. 11; HK-InsO/Swierczok, 9. Aufl., § 339 Rn. 9 f; Paulus in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 339 Rn. 9; MünchKomm-InsO/Reinhart, 3. Aufl., § 339 Rn. 15 f, Art. 13 EulnsVO 2000 Rn. 14 ff; Schmidt/Brinkmann, InsO, 19. Aufl., § 339 Rn. 1, Art. 13 EulnsVO Rn. 23). Ist die ausländische Rechtslage im konkreten Fall ungeklärt, wirkt dies zum Nachteil des Anfechtungsgegners.

21

Das Berufungsgericht hat auf der Grundlage des eingeholten Rechtsgutachtens festgestellt, dass in der Literatur zum Schweizer Recht von einigen Autoren vertreten wird, eine konkludente Rangrücktrittsvereinbarung sei anzunehmen, wenn ein Gesellschafter der Gesellschaft in der wirtschaftlichen Krise neue Geldmittel in Form von Darlehen zuschieße. Untergerichte hätten sich dieser Rechtsansicht vereinzelt angeschlossen. Es gebe weder eine verbreitete instanzgerichtliche Rechtsprechung, die den Abschluss einer konkludenten Rangrücktrittsvereinbarung bei Gewährung eines Gesellschafterdarlehens in der Krise bejahe, noch eine höchstrichterliche Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, das bisher "ausdrücklich" offengelassen habe, ob eine solche Vertragsauslegung vorzunehmen sei. Ob die Revision diese Feststellungen mit Recht angreift, bedarf keiner Entscheidung. Denn schon nach den getroffenen Feststellungen durfte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, der Beklagte

habe seiner Beweislast gemäß § 339 InsO zum Inhalt des Schweizer Rechts genügt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Rechtslage allenfalls ungeklärt, was sich zum Nachteil des Beklagten auswirkt.

- 22            Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, eine konkludente Rangrücktrittsvereinbarung scheide aus, weil jeweils vor Valutierung der Darlehen eine Besicherung durch Grundschulden vereinbart worden sei. Abweichend von dieser Darstellung verweisen, wie auch das Rechtsgutachten ausführt, die nach Ausreichung der Darlehensbeträge geschlossenen, möglicherweise frühere mündliche Abreden verdrängenden, im Wesentlichen gleichlautenden Rahmen-Darlehensverträge auf erst noch künftig zu bestellende Grundschulden. Auch lässt sich dem Revisionsvorbringen nicht entnehmen, dass der Beklagte von der Schuldnerin durch die Gewährung erstrangiger Grundschulden besichert werden sollte. Ein konkludenter Rangrücktritt wird nach dem Inhalt des Rechtsgutachtens nicht in Frage gestellt, wenn die Parteien des Darlehensvertrages das Darlehen nachträglich durch eine erstrangige Grundschuld besichern. Bei dieser Sachlage hat der Beklagte auch unter dem Gesichtspunkt der Sicherheitengewährung seiner Darlegungslast, dass eine konkludente Rangrücktrittsvereinbarung ausscheidet, nicht genügt.
- 23            2. Ebenfalls nicht zu folgen ist der Würdigung des Berufungsgerichts, die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz (entsprechend §§ 30, 31 GmbHG aF) seien auf vor dem 1. November 2008 geleistete Rückzahlungen einer Gesellschaft, über deren Vermögen nach diesem Tag das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, nicht mehr zu Lasten des Gesellschafters anwendbar.

- 24                   a) Im Streitfall ist deutsches Gesellschaftsrecht anzuwenden, weil die Schuldnerin in Deutschland gegründet wurde und hier ihren Sitz hatte (BGH, Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09, WM 2011, 314 Rn. 20). Die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz sind gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.
- 25                   aa) Nach den aus §§ 30, 31 GmbHG aF hergeleiteten Rechtsprechungsregeln über den Eigenkapitalersatz (BGH, Urteil vom 24. März 1980 - II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 328 ff; vom 26. März 1984 - II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, 376 ff) wurde ein Gesellschafterdarlehen in der Krise der Gesellschaft wie hafendes Eigenkapital und nicht als rückzahlbares Darlehen behandelt. Daraus folgte für die Dauer der Gesellschaftskrise das Verbot, das Darlehen an den Gesellschafter zurückzuzahlen. Gleichwohl erhaltene (verbotene) Darlehenstilgungen hatte der Gesellschafter der Gesellschaft zu erstatten (MünchKomm-InsO/Gehrlein, 3. Aufl., § 135 Rn. 1).
- 26                   bb) Durch den im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) eingefügten § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG wurden die Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenen Gesellschafterdarlehen aufgegeben, weil nach dieser Vorschrift Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen nicht mehr wie Stammkapital zu behandeln sind. Als Ausgleich für den Verzicht auf das Rechtsinstitut des Kapitalersatzes wurden zur Vermeidung von Schutzlücken die Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG aF in das Insolvenzrecht verlagert und insbesondere § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausgeweitet. Bei der insolvenzrechtlichen Behandlung von Gesellschafterdarlehen wird nunmehr

generell auf das Merkmal "kapitalersetzend" verzichtet und jedes Gesellschafterdarlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterworfen. In Konsequenz dieser Änderung wird durch eine Verschärfung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Rückgewähr jedes - und nicht nur eines kapitalersetzenden - Gesellschafterdarlehens durch die Gesellschaft binnen eines Jahres vor Antragstellung von der Insolvenzanfechtung erfasst, ohne dass wie früher das Erfordernis einer Gesellschaftskrise hinzutreten muss (BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 Rn. 10 mwN).

27                b) Gemäß Art. 103d Satz 1 EGInsO sind auf Insolvenzverfahren, die vor dem 1. November 2008 eröffnet worden sind, die bis dahin geltenden gesetzlichen Vorschriften weiter anzuwenden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehören dazu auch die Rechtsprechungsregeln über den Eigenkapitalersatz (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rn. 15 ff "Gut Buschow"; vom 11. Januar 2011 - II ZR 157/09, WM 2011, 314 Rn. 20). Umstritten ist, ob vor dem 1. November 2008 begründete Rückforderungsansprüche nach den Rechtsprechungsregeln geltend gemacht werden können, wenn am 1. November 2008 noch kein Insolvenzverfahren eröffnet war. Die Übergangsvorschriften zum MoMiG in § 3 EGGmbHG regeln diese Frage nicht.

28                aa) Das Berufungsgericht hat sich der Auffassung angeschlossen, nach der bereits begründete Rückzahlungsansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter nach den Rechtsprechungsregeln seit dem 1. November 2008 nicht mehr durchsetzbar sind. Die Vertreter dieser Auffassung verstehen Art. 103d EGInsO auch als Übergangsregelung für die Anwendbarkeit des früheren Eigenkapitalersatzrechts. Dieser Wille des Gesetzgebers lasse sich dem Sachzusammenhang der ausschließlich insolvenzrechtlichen Neukonze-

tionierung entnehmen (OLG Hamburg, WM 2015, 973, 974; Scholz/Verse, GmbHG, 12. Aufl., § 30 Rn. 112 f; Uhlenbrück/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 39 Rn. 75; Altmeppen, ZIP 2011, 641, 645 ff).

29

bb) Nach anderer Ansicht kann ein Erstattungsanspruch, der nach Maßgabe der Rechtsprechungsregeln entstanden ist, auch nach dem Stichtag - vorbehaltlich eingetretener Verjährung - verfolgt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob und wann ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde (OLG Jena, WM 2009, 1034, 1036; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl., § 3 EGGmbHG Rn. 6; Dahl/Linnenbrink in Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., Systematische Darstellung 6 Rn. 30 f mwN; Graf-Schlicker/Neußner, InsO, 4. Aufl., § 135 Rn. 48; HK-InsO/Kleindiek, 9. Aufl., § 39 Rn. 32 f; Münch-Komm-InsO/Behme, 4. Aufl., § 39 Rn. 41; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, 2017, § 135 Rn. 79; Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 135 Rn. 6; vgl. auch Preuß in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 135 Rn. 55 ff; OLG München, ZIP 2011, 225, 226; Münch-Komm-GmbHG/Ekkenga, 3. Aufl., § 30 Rn. 10).

30

c) Diese Auffassung verdient den Vorzug (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2011 - II ZR 17/10, WM 2011, 1078 Rn. 7, 19).

31

aa) Art. 103d Satz 2 EGInsO bestimmt, dass im Rahmen von nach dem 1. November 2008 eröffneten Insolvenzverfahren auf vor diesem Tag vorgenommene Rechtshandlungen die bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen anzuwenden sind, soweit sie für den Anfechtungsgegner günstiger sind. Die Vorschrift befasst sich ausschließlich mit insolvenzrechtlichen Regelungen und trifft keine Aussage zur

Anwendbarkeit anderer Vorschriften, wenn das Insolvenzverfahren nach dem Stichtag eröffnet wurde. Die auf §§ 30, 31 GmbHG aF beruhenden Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts sind gesellschaftsrechtlicher Natur. Sie wurden stets eigenständig neben § 135 InsO aF angewendet (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 1984 - II ZR 14/84, BGHZ 90, 370, 376 ff). Deswegen bestand im Blick auf die Rückführung von Gesellschafterfinanzierungsleistungen ein zweistufiges Schutzsystem (Michalski/Heidinger, GmbHG, 1. Aufl., 2010, §§ 32a, 32b aF Rn. 19; vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - IX ZR 185/10, BGHZ 190, 364 Rn. 26), das einmal durch das Eigenkapitalersatzrecht und zum anderen durch § 135 InsO aF verkörpert wurde. Das selbständige Eigenkapitalersatzrecht, das unabhängig von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft und einer späteren Wiederherstellung des Stammkapitals anwendbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 2000 - II ZR 118/98, BGHZ 144, 336, 340 ff), wurde seiner Eigenart entsprechend durch die nicht insolvenzrechtliche Regelung des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG abgeschafft (BT-Drucks. 16/6140, S. 42).

32

bb) Ein Wille des Gesetzgebers, die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts zu regeln, wenn das Insolvenzverfahren nach dem Stichtag eröffnet wurde, hat in Art. 103d EGInsO keinen Ausdruck gefunden. Dabei handelt es sich um kein bloßes "Wortlautargument" (vgl. Altmeppen, ZIP 2011, 641, 645), weil das MoMiG in § 3 EGGmbHG ausdrücklich eigenständige Übergangsregelungen zum GmbH-Recht vorsieht, zur Geltung des in §§ 30, 31 GmbHG aF verankerten Eigenkapitalersatzrechts, das die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht voraussetzt, aber schweigt. Die Fortgeltung der Rechtsprechungsgrundsätze in solchen Altfällen richtet sich nach den Grundsätzen des intertemporalen Rechts zu Voraussetzungen, Inhalt und Wirkungen eines Schuldverhältnisses im Falle von Normänderungen ohne Übergangsbestimmungen (vgl.

BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, BGHZ 179, 249 Rn. 19 ff "Gut Buschow" zur Verfahrenseröffnung vor dem Stichtag). Nach diesen Grundsätzen untersteht ein Schuldverhältnis dem Recht, das zur Zeit der Verwirklichung des Entstehungstatbestands galt (vgl. Art. 170, Art. 229 § 5, Art. 232 § 1 EGBGB; BGH, Urteil vom 18. Oktober 1965 - II ZR 36/64, BGHZ 44, 192, 194 mwN; vom 11. Juli 1985 - IX ZR 11/85, ZIP 1985, 1331, 1335; vom 26. Januar 2009, aaO Rn. 20).

33           3. Verfahrensfehlerhaft hat das Berufungsgericht die im Berufungsrechtszug auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB, § 283c Abs. 1 StGB verfolgten Ansprüche gemäß § 533 ZPO nicht berücksichtigt. Insoweit hat der Kläger im Berufungsrechtszug keinen neuen Streitgegenstand unterbreitet.

34           a) Nach der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannten prozessrechtlichen Auffassung vom Streitgegenstand im Zivilprozess wird mit der Klage nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch geltend gemacht; vielmehr ist Gegenstand des Rechtsstreits der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgenbehauptung aufgefasste eigenständige prozessuale Anspruch, der bestimmt wird durch den Klageantrag und den Lebenssachverhalt (Anspruchs- oder Klagegrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Nicht nötig ist es, dass der Kläger den rechtlichen Gesichtspunkt bezeichnet, unter dem sein Sachvortrag den Klageantrag stützt. Die Subsumtion des vorgetragenen Sachverhalts unter die in Betracht kommenden gesetzlichen Tatbestände ist Sache des Gerichts. Ansprüche aus materiellem Recht und aus Insolvenzanfechtung können einen einheitlichen Streitgegenstand bilden, sofern der Lebenssachverhalt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet, beide Ansprüche umfasst (BGH, Urteil vom 22. November 2018 - IX ZR 14/18, WM 2019, 42 Rn. 17 ff mwN). Jedoch liegen bei gleichem Antrag unterschiedliche

Streitgegenstände dann vor, wenn die materiell-rechtliche Regelung die zusammentreffenden Ansprüche durch eine Verselbständigung der einzelnen Lebensvorgänge erkennbar unterschiedlich ausgestaltet (BGH, Beschluss vom 16. September 2008 - IX ZR 172/07, NJW 2008, 3570 Rn. 9).

- 35                    b) Nach diesen Maßstäben betreffen ein Anspruch aus Insolvenzanfechtung (§ 143 InsO) und ein deliktischer Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, § 283c Abs. 1 StGB unterschiedliche Streitgegenstände.
- 36                    aa) Bei Rechtshandlungen, deren Inhalt und Zweck im Wesentlichen nur darin besteht, die Gläubiger zu benachteiligen, regeln die Sondervorschriften der Insolvenzanfechtung grundsätzlich abschließend, unter welchen Voraussetzungen die Gläubiger geschützt werden (BGH, Urteil vom 4. März 1993 - IX ZR 151/92, ZIP 1993, 602, 603; vom 25. September 2014 - IX ZR 156/12, WM 2014, 2175 Rn. 6). Selbst bei Mitwirkung an Handlungen des Schuldners, die einen Insolvenzanfechtungstatbestand ergeben, aber darüber nicht hinausgehen, ist eine Haftung nach Maßgabe des Deliktsrechts zu verneinen (BGH, Urteil vom 5. Juli 1971 - II ZR 176/68, BGHZ 56, 339, 355). Die allgemeinen Bestimmungen der § 823 Abs. 2 BGB, § 283c Abs. 1 StGB kommen erst zur Anwendung, sofern das Rechtsgeschäft besondere, über die Gläubigerbenachteiligung hinausgehende Umstände aufweist (BGH, Urteil vom 4. März 1993, aaO). Da die Insolvenzanfechtung regelmäßig weniger einschneidende Rechtsfolgen als eine Schadensersatzforderung vorsieht, müssen besondere erschwerende Umstände hinzutreten (BGH, Urteil vom 13. Juli 1995 - IX ZR 81/94, BGHZ 130, 314, 330; vom 9. Mai 1996 - IX ZR 50/95, ZIP 1996, 1178, 1179).
- 37                    bb) Der Erstattungsanspruch aus § 143 InsO und der Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB, § 283c Abs. 1 StGB) bilden auch prozessual zwei verschiedene Streitgegenstände.
- 38                    (1) Dies ergibt sich einmal aus den unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen.

- 39                  Ansprüche aus Insolvenzanfechtung und Deliktsrecht divergieren in ihren Anspruchsvoraussetzungen. Dabei fällt ins Gewicht, dass der Beklagte als Leistungsempfänger allein unter der Voraussetzung einer Beteiligung an der deliktischen Handlung der Schuldnerin nach § 823 Abs. 2 BGB, § 283c StGB haftet. Der deliktische Schadensersatzanspruch gewährt eine volle Kompensation, während der Anfechtungsanspruch auf bloße Erstattung (§ 143 InsO) gerichtet ist. Ansprüche aus Insolvenzanfechtung und Delikt sind nicht nur nach ihren Voraussetzungen, sondern auch in ihren Folgen verschieden und bilden darum getrennte Streitgegenstände (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 1990 - V ZR 282/88, BGHZ 111, 158, 166 f; vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05, NJW-RR 2007, 414 Rn. 11).
- 40                  (2) Überdies erfahren Ansprüche aus Deliktsrecht neben Ansprüchen aus Insolvenzanfechtung eine rechtliche Verselbständigung.
- 41                  Das Deliktsrecht findet neben dem Insolvenzanfechtungsrecht nur Anwendung, wenn der Sachverhalt durch erschwerende Umstände gekennzeichnet ist. Fehlt es daran, sperrt die Insolvenzanfechtung deliktische Ansprüche. Die Geltendmachung deliktischer Ansprüche neben Ansprüchen aus Insolvenzanfechtung bedeutet mithin keine bloße Akzentverschiebung bei der rechtlichen Bewertung durch Änderungen des Tatsachenvertrags im Detail (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2006 - KZR 45/05, NJW 2007, 83 Rn. 11). Da Deliktsrecht neben Insolvenzanfechtung nur unter speziellen zusätzlichen Voraussetzungen eingreift, gestaltet die materiell-rechtliche Regelung die zusammen treffenden Ansprüche durch eine Verselbständigung der einzelnen Lebensvorgänge erkennbar unterschiedlich im Sinne selbständiger Streitgegenstände aus

(vgl. BGH, Beschluss vom 16. September 2008 - IX ZR 172/07, NJW 2008, 3570 Rn. 9).

- 42 c) Der von dem Kläger erstinstanzlich unterbreitete Lebenssachverhalt umfasste jedoch auch Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB, § 283c Abs. 1 StGB. Der Kläger hat sich bereits in der Klageschrift darauf berufen, dass die Schuldnerin trotz anhaltender Zahlungsunfähigkeit unter Veranlassung des Beklagten an ihn Darlehen auf Kosten der Gläubigergesamtheit zurückgeführt habe. Ferner hat er geltend gemacht, die hier gegebene Rückzahlung eines Darlehens trotz fehlender Fälligkeit bilde einen "typischen, ja klassischen Fall" der Inkongruenz. Der Beklagte habe von seiner gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussmöglichkeit Gebrauch gemacht, indem er sich die Gesellschafterdarlehen vor Fälligkeit habe zurückgewähren lassen, als andere Gläubiger auf "nicht bedienten Millionenforderungen saßen". Bei dieser Sachlage hat der Kläger Umstände vorgetragen, die nicht nur einen deliktischen Einschlag begründen, sondern auch eine besondere Verwerflichkeit der Gesamtumstände nahelegen. Damit wurde ungeachtet der Schlüssigkeit des Vortrags auch ein deliktischer Streitgegenstand eingeführt.

#### IV.

- 43 Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). In der wieder eröffneten münd-

lichen Verhandlung wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob Ansprüche aus Insolvenzanfechtung, Eigenkapitalersatzrecht sowie deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB, § 283c Abs. 1 StGB begründet sind.

Kayser

Gehrlein

Grupp

Schoppmeyer

Röhl

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 19.04.2016 - 10 O 2895/13 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 14.11.2018 - 13 U 730/16 -