
Datum: 01.09.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 82/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:0901.18U82.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 91 O 32/10

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 15.12.2010 wird zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 1) wird dieses Urteil teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten zuvor Sicherheit in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 01.10.2009 (73 IN 282/09) zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der M. GmbH bestellt. Deren Geschäftsführer und Alleingesellschafter ist der Beklagte zu 2). Dieser ist zugleich Kommanditist der Beklagten zu 1) und Gesellschafter und Alleingeschäftsführer der einzigen Komplementärin

1

2

3

der Beklagten zu 1); er hält jeweils 50 % der Gesellschaftsanteile, Mitgesellschafter ist jeweils sein Bruder.

Der Beklagte zu 2) hatte die Anteile an der Schuldnerin, die als „Vorratsgesellschaft“ gegründet worden war, im Jahr 2000 erworben. Diese sollte im Jahr 2002 die Revue „U.“ für die E. GmbH produzieren. Hierfür war eine Vergütung in Höhe von 450.000 € vorgesehen. Nachdem der Vorverkauf den Erwartungen nicht entsprochen hatte, wurde das Projekt jedoch aufgegeben. 4

Die Beklagte zu 1) hat der Schuldnerin in der Zeit von 2001 bis 15.07.2004 eine Reihe von Darlehen gewährt. Die Verbindlichkeiten der Schuldnerin hieraus beliefen sich zum 15.07.2004 auf 100.016,51 €. Durch Vertrag mit Datum vom 15.07.2004 (Anlage K 5, Bl. 9 AnlH) wurde das Darlehen bis zum Ende des Jahres 2004 verlängert. Außerdem wurde folgende Vereinbarung getroffen: 5

„Zur Sicherung des Darlehens wird die Forderung der M. GmbH gegen E. GmbH aus dem Vertrag „U.“ vom 11.07.2002 in Höhe von Euro 130.000,00 an den Darlehensgeber abgetreten, und zwar mit dem Range vor der verbleibenden Restforderung. ...“ 6

Bei Abschluss dieses Vertrages wurde die Schuldnerin durch ihren damaligen weiteren Geschäftsführer, Herrn G., und die Beklagte zu 1) durch den Beklagten zu 2) vertreten. 7

In der Folgezeit erhob die Schuldnerin gegen die E. GmbH Klage vor dem Landgericht Köln auf Zahlung von ca. 400.000 €. In diesem Rechtsstreit (5 O 498/05) wurde am 08.02.2007 ein Vergleich geschlossen, in dem sich die E. GmbH zur Zahlung von 57.500,00 € an die Schuldnerin verpflichtete (Anlage K 6, Bl. 11 AnlH). Die Zahlung erfolgte am 29.06.2007 (Anlage K 8; Bl. 13 AnlH) in Höhe von 40.766,49 € aufgrund einer entsprechenden Zahlungsanweisung der Schuldnerin an die Beklagte zu 1). Bereits am 13.03.2007 hatte der Beklagte zu 2) für die Schuldnerin die eidesstattliche Versicherung abgegeben. 8

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er könne den von der E. GmbH an die Beklagte zu 1) gezahlten Betrag von den Beklagten erstattet verlangen. Die Schuldnerin sei seit Ende 2003 fortlaufend zahlungsunfähig und überschuldet gewesen, denn die zu diesem Zeitpunkt fälligen Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern F., I. und der T. GmbH & Co. KG in Höhe von insgesamt 29.336 € zuzüglich Zinsen und Kosten hätten von der Schuldnerin bis zur Insolvenzeröffnung nicht bezahlt werden können. Das Geschäft der Schuldnerin sei nach dem Jahre 2003 praktisch zum Erliegen gekommen, in den Jahren 2004 bis 2007 seien lediglich noch Umsatzerlöse in Höhe von 2.280 € erzielt worden. Der durch Eigenkapital nicht gedeckte Fehlbetrag der Schuldnerin sei in der Zeit von Ende 2003 bis Ende 2008 von 133.000 € auf 197.000 € angestiegen. Hieraus folge gegen die Beklagte zu 1) ein Zahlungsanspruch aus §§ 30, 31 GmbHG a. F. sowie aus § 133 InsO. Die Zahlungsverpflichtung des Beklagten zu 2) folge aus § 43 Abs. 2, 3 GmbHG und § 64 GmbHG. 9

Die Beklagten haben behauptet: Die Gläubiger F. und I. hätten ihre Ansprüche zwar titulieren lassen, es sei intern aber verabredet gewesen - jedenfalls sei dies dem Beklagten zu 2) von seinem früheren Mitgeschäftsführer so mitgeteilt worden -, dass eine Bezahlung nur aus den Mitteln erfolgen solle, die der Schuldnerin aufgrund des Rechtsstreites mit der E. GmbH zufließen würden. Auch mit der T. GmbH & Co. KG habe eine Stundungsvereinbarung bestanden. Die Schuldnerin sei auch nicht überschuldet gewesen, denn sie habe noch über eine zweite Produktion im Wert von 150.000 € verfügt, um deren Verkauf sie sich bis 2008 bemüht habe. Außerdem habe ein Schadensersatzanspruch gegen die Eheleute D. in Höhe 10

von 30.000 € bestanden.

Das Landgericht hat die Beklagte zu 1) gestützt auf § 133 InsO antragsgemäß verurteilt und die Klage gegen den Beklagten zu 2) abgewiesen, weil es an einem Schaden der Schuldnerin fehle. Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien, der von ihnen gestellten Anträge und der Entscheidungsgründe wird auf das Urteil des Landgerichts vom 15.12.2010 Bezug genommen. 11

Dagegen richten sich die form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufungen des Klägers und der Beklagten zu 1). 12

Der Kläger meint, die Leistung an die Beklagte zu 1) habe trotz der damit verbundenen Erfüllung ihrer Darlehensverpflichtungen zu einem Schaden geführt, weil der Anspruch im Hinblick auf den kapitaleretzenden Charakter des Darlehens einredebehaftet gewesen wäre. Jedenfalls ergebe sich der Anspruch aus § 64 Abs. 2 GmbHG. Er meint, dieser Anspruch sei auch noch nicht verjährt. In diesem Zusammenhang bestreitet er, dass die Abtretung tatsächlich am 15.07.2004 erfolgt sei. 13

Der Kläger beantragt, 14

unter Abänderung des am 15.12.2010 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln den Beklagten zu 2) als Gesamtschuldner mit der Beklagten zu 1) zu verurteilen, an ihn 40.766,49 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.06.2007 zu zahlen. 15

Der Beklagte zu 2) beantragt, 16

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 17

Die Beklagte zu 1) beantragt, 18

das Urteil des Landgerichts Köln vom 15.12.2010 aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen. 19

Sie beanstandet, das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Schuldnerin ihren Geschäftsbetrieb bereits im Jahr 2003 eingestellt habe und seitdem insolvenzreif gewesen wäre. Deshalb seien weder die Zahlung noch die frühere Abtretung anfechtbar. Die Darlehensgewährung sei auch nicht nach Kapitalersatzregeln zu beurteilen, denn sie sei nicht Gesellschafterin der Schuldnerin gewesen. Sie sei auch nicht aufgrund der Beteiligung des Beklagten zu 2) an ihr und der Schuldnerin als solche zu behandeln, weil dieser keinen beherrschenden Einfluss auf sie ausübe. Aufgrund des branchenfremden Charakters der Darlehensgewährungen habe er diese im Einzelfall jeweils mit seinem Mitgesellschafter abgestimmt. Im Übrigen erheben beide Beklagte die Einrede der Verjährung. 20

Der Kläger beantragt, 21

die Berufung der Beklagten zu 1) zurückzuweisen. 22

Er verteidigt insofern das angefochtene Urteil und vertritt darüber hinaus die Auffassung, dass der Anspruch jedenfalls im Hinblick auf die Rückzahlung eigenkapitalersetzender Darlehen bestehe. 23

24

Der Senat hat Beweis erhoben aufgrund des Beweisbeschlusses vom 07.06.2011 durch Vernehmung des Zeugen G.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 21.07.2011 verwiesen.

- II. 25
- Beide Berufungen sind zulässig, in der Sache hat aber nur die Berufung der Beklagten zu 1) Erfolg. 26
1. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Erstattung der im Jahre 2007 von der E. GmbH an die Beklagte zu 1) gezahlten 40.766,49 € nicht zu. 27
- a) Das Landgericht hat in der Zahlung der E. GmbH im Jahre 2007 zu Unrecht eine gemäß § 133 Abs. 1 InsO anfechtbare Rechtshandlung der Schuldnerin gesehen. Die Überweisung des Geldbetrages an die Beklagte zu 1) war keine Handlung der Schuldnerin, sondern eine Handlung des Drittschuldners. Eine Handlung der Schuldnerin in diesem Zusammenhang könnte allenfalls in der Zahlungsanweisung durch Offenlegung der Abtretung gesehen werden. Hierdurch ist der Masse aber nichts entzogen worden, denn die Forderung der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerin gehörte bereits aufgrund der Abtretung mit Datum vom 15.07.2004 nicht mehr zum Vermögen der Schuldnerin. 28
- Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Forderung aus dem Vergleich, auf den die Drittschuldnerin geleistet hat, der Schuldnerin und nicht der Beklagten zu 1) zustand. Der Vergleich über eine Forderung führt nicht zur Novation (BGH NJW 2003, 3345, 3346). Die Schuldnerin wäre verpflichtet gewesen, die Ansprüche aus dem Vergleich an die Beklagte zu 1) abzutreten, bzw. die Beklagte zu 1) hätte in einer Insolvenz ein Aussonderungsrecht (§§ 47, 48 InsO) gehabt. 29
- Der Auffassung des Klägers, der Gegenstand des Prozessvergleichs sei nicht zweifelsfrei derselbe wie der Gegenstand der Abtretung vom 15.07.2004, vermag der Senat nicht zu folgen. Der Kläger leitet das im Wesentlichen daraus ab, dass Gegenstand der Abtretung eine Forderung in Höhe von 130.000 € gewesen sei, Gegenstand des Rechtsstreits, in dem der Vergleich erzielt wurde, aber eine Forderung in Höhe von ca. 400.000 €. Diese Argumentation des Klägers übersieht, dass es sich bei der Abtretung vom 15.07.2004 ersichtlich um die Abtretung eines erstrangigen Teils einer höheren Forderung handelt, was sich ohne Weiteres daraus ergibt dass die Abtretung „mit dem Range vor der verbleibenden Restforderung“ erfolgt. Eine andere Forderung der Schuldnerin gegen die E. GmbH als die, die später rechtshängig gemacht wurde, hat aber – soweit für den Senat nach dem Vortrag der Parteien erkennbar – nie bestanden. 30
- b) Auch die Abtretung der Forderung gegen die E. GmbH mit Datum vom 15.07.2004 unterliegt nicht der Anfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO – Absatz 2 greift schon deshalb nicht, weil die Abtretung mehr als zwei Jahre vor der Insolvenzantragstellung erfolgt ist. Der Senat geht im Hinblick auf den von der Schuldnerin mit der E. im Jahre 2007 geschlossenen Vergleich davon aus, dass die Abtretung für die anderen Gläubiger der Schuldnerin benachteiligend war. Danach stand die gesamte Forderung, soweit sie realisiert werden konnte, allein der Beklagten zu 1) zu, sodass die übrigen Gläubiger der Schuldnerin daraus keine Befriedigung erlangen konnten. Darauf kommt es letztlich jedoch nicht entscheidend an, denn der Senat kann auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, die sich allerdings in erster Linie auf eine andere Frage bezogen hat, die subjektiven Voraussetzungen dieses Anfechtungstatbestandes nicht feststellen, also Benachteiligungsvorsatz auf Seiten der Schuldnerin und Kenntnis hiervon auf Seiten der Beklagten zu 1). 31

Für die Feststellung dieser subjektiven Voraussetzungen reicht die Kenntnis des Umstandes, dass die Schuldnerin durch die Abtretung Vermögen weggegeben hat, nicht aus, denn dies ist bei jeder Verfügung der Fall. Voraussetzung ist vielmehr die - zumindest bedingte – Kenntnis, dass das Restvermögen zur Befriedigung der übrigen Gläubiger nicht ausreichen wird, sodass diese benachteiligt werden. Das war aber nur dann der Fall, wenn die Forderung der Schuldnerin gegen die E. GmbH deutlich weniger als den mit der Klage geltend gemachten Betrag von fast 400.000 € wert war, weil sonst auch die nach erfolgter Abtretung verbliebene Restforderung in Höhe von über 250.000 € bei weitem ausgereicht hätte, die Forderungen der anderen Gläubiger zu befriedigen. 32

aa) Aus der Aussage des Zeugen G. ergibt sich nicht, dass dieser davon ausgegangen ist, dass die rechtshängig gemachte Forderung erheblich übersetzt gewesen sei. Zwar hat der Zeuge die berechnete Forderung zunächst auf 180.000 bis 200.000 € beziffert. Aus der weiteren Aussage des Zeugen folgt jedoch, dass er zwischen verschiedenen Schadenspositionen differenziert hat. Aus seiner Sicht waren bestimmte Teile der Forderung, nämlich entgangene Einnahmen aus der Verwertung von Aufführungsrechten, „Manövriermasse“. Dies ist auch nachvollziehbar, weil entgangener Gewinn typischerweise leichter „verschmerzt“ wird als tatsächlich erlittene Verluste in Form von Vermögensabflüssen. Gleichwohl handelt es sich auch bei entgangenem Gewinn, wie er bei der Durchführung der Produktion aufgrund des bereits mit dem X. geschlossenen Vertrages in einer Größenordnung von 100.000 € zu erwarten war, um einen Schaden, auf dessen Ersatz ggf. ein Anspruch bestehen kann. Weder aus rechtlicher noch aus wirtschaftlicher Sicht ist es deshalb gerechtfertigt, diese Schadensposition nur deshalb als unberechtigt anzusehen, weil man an dieser Stelle von vorneherein die Möglichkeit des Nachgebens im Falle einer gütlichen Einigung gesehen hat. 33

Es besteht auch kein durchgreifender Grund, an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen G. zur Bewertung der Forderung gegen die E. GmbH zu zweifeln. Es ist für den Senat völlig offen, welchen Wert die Forderung der Schuldnerin gegen die E. GmbH tatsächlich hatte. Aufgrund des Vortrags der Parteien in diesem Rechtsstreit ist eine Bewertung der Forderung weder für den Senat noch für einen Sachverständigen möglich. Es ist nichts Konkretes dazu vorgetragen worden, aufgrund welcher Fakten ein Anspruch gegen die E. GmbH in Höhe von fast 400.000 € rechtshängig gemacht worden ist. Der Antrag des Klägers, zur Klärung dieser Frage die Akten dieses Rechtsstreits beizuziehen, ersetzt einen solchen Vortrag nicht. Es ist nicht Aufgabe des Senats, durch Auswertung dieser Akten fehlenden Vortrag der Parteien zu ersetzen. Diese hätten vielmehr selbst Einsicht in die Akten nehmen und dann entsprechend vortragen können. 34

Auch aus dem Umstand, dass die Schuldnerin sich schließlich im Vergleichswege mit der Zahlung von lediglich 57.500,00 € zufrieden gegeben hat, ergibt sich nicht hinreichend zuverlässig, dass die Forderung von Anfang an – und zwar auch aus Sicht des Zeugen G. und des Beklagten zu 2) – deutlich überhöht war. Gerichtliche Vergleichsvorschläge beruhen regelmäßig sowohl auf einer rechtlichen Bewertung als auch auf wirtschaftlichen Überlegungen, insbesondere im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit des Zahlungspflichtigen. Wie sich diese Überlegungen in dem konkreten Vergleich niedergeschlagen haben, ist für den Senat mangels Parteivortrags hierzu nicht ansatzweise erkennbar. 35

bb) Es bestehen entgegen der Auffassung des Klägers auch keine hinreichend tragfähigen Indizien für eine Benachteiligungsabsicht im Zeitpunkt der Abtretung. 36

(1) Es kann dahinstehen, ob die Schuldnerin im Zeitpunkt der Abtretung bereits zahlungsunfähig gewesen ist. Grundsätzlich ist es zwar richtig, dass die Kenntnis von der 37

Zahlungsunfähigkeit eine Benachteiligungsabsicht indiziert (BGH, Urteil vom 13.04.2006 – IX ZR 158/05 -, Rn 14; ähnlich BGH, Urteil vom 24.05.2007 – IX ZR 97/06 -, Rn 8). Wer in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit Vermögenswerte weggibt, intensiviert dadurch regelmäßig seine Zahlungsunfähigkeit. Diese Regel gilt jedoch dann nicht, wenn es sich nicht um die Weggabe von liquiden Vermögenswerten handelt, sondern um die Abtretung einer ausstehenden und streitbefangenen Forderung. Dadurch wird die Liquiditätssituation der Schuldnerin nämlich nicht nachteilig verändert. Von einer Benachteiligungsabsicht kann in diesem Fall vielmehr nur bei Kenntnis davon ausgegangen werden, dass die Abtretung zur Überschuldung führt oder eine bereits bestehende Überschuldung erhöht. Dafür bestehen aber schon deswegen keine Anhaltspunkte, weil der Wert der bei der Schuldnerin verbliebenen Restforderung unklar ist. Hierzu vorzutragen wäre Sache des Klägers gewesen, denn ihm obliegt die Darlegungs- und Beweislast für die Überschuldung, soweit diese – wie hier – Anspruchsvoraussetzung ist. Jedenfalls nachdem die Beklagten sich im Rahmen dieses Rechtsstreites darauf berufen hatten, dass der Schuldnerin noch eine entsprechende Forderung zugestanden hatte, hätte der Kläger zur Bewertung dieser Forderung vortragen müssen. Dies wäre ihm auch ohne Weiteres möglich gewesen, da er Einsicht in die damaligen Prozessakten hätte nehmen können. Der bloße Hinweis darauf, dass schließlich im Jahre 2007 ein Vergleich über lediglich 57.500,00 € abgeschlossen worden sei, ist für die Bewertung der Forderung im Jahre 2004 aus den vorstehend dargestellten Gründen ohne hinreichende Aussagekraft.

(2) Auch aus dem Umstand, dass die Beklagte zu 1) sich überhaupt für ihre Forderung eine Sicherheit hat bestellen lassen, folgt nicht, dass sie davon ausgegangen ist, die Schuldnerin werde nicht in der Lage sein, ihre Verpflichtungen umfassend zu erfüllen. Es ist im Wirtschaftsverkehr weithin üblich – und gehörte deshalb durchaus auch zu den Verpflichtungen, die der Beklagte zu 2) als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) dieser gegenüber hatte – zumindest längerfristige Darlehen nur gegen die Bestellung von Sicherheiten zu gewähren. Das bedeutet aber nicht, dass man bereits im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung ernsthafte Zweifel an der Solvenz des Schuldners hat; in diesem Fall würde regelmäßig eine Darlehensgewährung gar nicht erfolgen, weil kein Gläubiger Interesse an der Verwertung von Sicherheiten hat. Das Verlangen nach einer Sicherheit dient vielmehr der Absicherung zukünftiger, nicht sicher abschätzbarer Risiken. 38

(3) Anders wäre dies – insoweit folgt der Senat dem Kläger im Ausgangspunkt uneingeschränkt –, wenn es sich bei der Abtretung um die Gewährung einer inkongruenten Sicherheit gehandelt hätte. Das war hier aber nicht der Fall. Zunächst hatte die Beklagte zu 1) die der Schuldnerin jeweils kurzfristig gewährten Darlehen ohne eine Sicherheit zur Verfügung gestellt. Sämtliche Darlehensforderungen der Beklagten zu 1) gegen die Schuldnerin waren bei Abschluss des Vertrages vom 15.07.2004 aber zur Rückzahlung fällig. Die Verlängerung der Darlehenslaufzeit bis zum 31.12.2004 stellt sich deshalb wie die Neugewährung eines Darlehens dar, denn hierauf hatte die Schuldnerin keinen Anspruch. Wenn die Parteien in diesem Zusammenhang die Stellung einer Sicherheit vereinbaren, stellt dies – anders als bei der Vereinbarung einer Sicherheit während der Laufzeit eines Darlehens – keine inkongruente Deckung dar. 39

cc) Einen besseren Kenntnisstand als der Zeuge G. hatte zum Zeitpunkt der Abtretung auch der Beklagte zu 2) nicht. Die Geschäfte wurden damals noch im Wesentlichen vom Zeugen G. geführt, während der Beklagte zu 2) sich mehr auf die Ausübung von Kontrollrechten beschränkt hat und über die laufenden Vorgänge vom Zeugen G. informiert wurde. 40

c) Die Anfechtung der Abtretung kann auch nicht auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO a. F. gestützt werden. Die Beklagte zu 1) ist nicht Gesellschafterin der Schuldnerin gewesen, wie § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO a. F. dies voraussetzt. Sie ist auch nicht als Gesellschafterin zu behandeln. Dies wird bei § 135 InsO ebenso wie bei §§ 32a, 32b GmbHG a. F. nur für solche Nichtgesellschafter angenommen, die unter der „Herrschaft“ eines Gesellschafters stehen (vgl. Stodolkowitz/Bergmann, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl., 2008, § 135 Rn 71). Diese Voraussetzung ist hier aber nicht erfüllt; der Beklagte zu 2) „beherrscht“ die Beklagte zu 1) in diesem Sinne nicht. Eine solche Beherrschungssituation wird nämlich nur dann bejaht, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin über die Mehrheit der Anteile an der anderen Gesellschaft verfügt (BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 108/07 -, Rn 9f.). Eine Beteiligung von mehr als 50 % hielt der Beklagte zu 2) an der Beklagten zu 1) aber nicht, er war und ist vielmehr zusammen mit seinem Bruder gleichberechtigter Gesellschafter. Aufgrund seiner Beteiligung an der Beklagten zu 1) hatte der Beklagte zu 2) keine maßgebliche Stellung.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass er zudem alleiniger Geschäftsführer der Beklagten zu 1) war und ist, denn das erhöht seinen Einfluss auf die Gesellschaft nicht maßgeblich. Die Befugnisse des Geschäftsführers sind nämlich durch den Gesellschaftszweck beschränkt (Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 35 Rn 30). Zum Gesellschaftszweck der Beklagten zu 1), die einen Betonpumpendienst betreibt, gehörte aber nicht die Darlehensvergabe für Musikproduktionen. Insoweit bedurfte der Beklagte zu 2) also der Zustimmung der Gesellschafterversammlung und die konnte er mangels Mehrheit nicht selbst erteilen. 42

Soweit der Senat erwogen hat, die Nichteinforderung eines fälligen Darlehensrückzahlungsanspruchs anders zu beurteilen als die Darlehensgewährung, hat er diesen Gedanken letztlich nicht für durchgreifend erachtet. Es ist zwar so, dass der Beklagte zu 2) von der Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1) nicht gegen seinen Willen angewiesen werden konnte, den Darlehensrückzahlungsanspruch geltend zu machen, er insoweit also auch rechtlich eine „stärkere“ Position hatte als bei der Darlehensgewährung. Es erscheint aber schon im Grundsatz zweifelhaft, ob bei der Frage der Beherrschung danach differenziert werden kann und soll, ob es sich um ein Stehenlassen oder eine Darlehensgewährung handelt, weil die Ergebnisse dann vielfach von Zufälligkeiten abhängen. Im konkreten Fall war es jedenfalls aber so, dass sich die Beklagte zu 1) nicht damit begnügt hatte, ihre fälligen Darlehensrückzahlungsansprüche nicht geltend zu machen, sondern sie die Darlehenslaufzeit ausdrücklich verlängert hat, was rechtlich und wirtschaftlich nichts anderes ist als die Gewährung eines neuen Darlehens – und hierüber konnte der Beklagte zu 2) eben nicht allein entscheiden. 43

Auch aus der vom Kläger angeführten Entscheidung des Bundessozialgerichts (NZS 2001, 644) ergibt sich nichts anderes. Darin ging es um eine andere Frage, nämlich die Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Tätigkeit. Während der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zur maßgeblichen Beteiligung darauf abstellt, ob der Gesellschafter dem Geschäftsführungsorgan Weisungen erteilen kann, stellt das Bundessozialgericht aufgrund seines anderen Ansatzpunktes darauf ab, ob der Geschäftsführer in der Lage ist, Weisungen an sich zu verhindern (Sperrminorität). Das reicht zwar aus, den Geschäftsführer als selbständig anzusehen. Daraus folgt aber nicht, dass er bei einem vom Gesellschaftszweck nicht gedeckten Geschäft wie der hier erfolgten Kreditgewährung allein die Möglichkeit hat, den Geschäftsführer entsprechend anzuweisen. 44

d) Aus den vorstehend dargestellten Gründen folgt zugleich, dass die Beklagte zu 1) auch nicht aus §§ 31 Abs. 1 GmbHG analog i. V. m. § 32a GmbHG a. F. zur Erstattung der von der 45

E. GmbH erhaltenen Zahlung verpflichtet ist. Das Darlehen hatte keinen eigenkapitalersetzenden Charakter.

2. Die Berufung des Klägers gegen die Abweisung seiner Klage gegen den Beklagten zu 2) ist unbegründet, weil ihm insoweit ein durchsetzbarer Anspruch nicht zusteht. 46

a) Ein Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil der Beklagte zu 2) nicht nur Geschäftsführer, sondern auch Alleingesellschafter der Schuldnerin ist. Der Geschäftsführer ist aber an die Weisungen der Gesellschafter gebunden. Deshalb kommt eine Haftung des Geschäftsführers/Alleingesellschafters aus § 43 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2009 - II ZR 222/08 -, Rn 10f.). 47

Etwas anderes ergibt sich hier auch nicht deswegen, weil es sich bei der Abtretung um eine Zahlung entgegen § 30 GmbHG handelte. Dies war nämlich nicht der Fall, weil das Darlehen der Beklagten zu 1) aus den vorstehend dargestellten Gründen keinen eigenkapitalersetzenden Charakter hatte und die Zahlung in Form der Abtretung deshalb zulässig war. 48

b) Ein dem Kläger etwa aus § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. zustehender Erstattungsanspruch ist jedenfalls nicht durchsetzbar, denn ein solcher Anspruch wäre gemäß § 43 Abs. 4 GmbHG i. V. m. § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG a. F. bei Eingang der Klage am 08.02.2010 bereits verjährt gewesen. Die Abtretung, in der eine Zahlung i. S. des § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. gesehen werden kann, weil dadurch das Aktivvermögen der Schuldnerin vermindert wird (vgl. Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 64 Rn 65) erfolgte bereits mehr als fünf Jahre vor Eingang der Klage, nämlich am 15.07.2004. Hiervon ist der Senat aufgrund der entsprechenden Aussage des Zeugen G. überzeugt. Dieser hat nachvollziehbar erläutert, wie es damals zum Abschluss des Vertrages mit Datum vom 15.07.2004 gekommen ist und eine solche Vereinbarung nicht erst zu einem späteren Zeitpunkt „rückdatiert“ worden ist. Gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Es ist zwar unverkennbar, dass der Zeuge seit vielen Jahren mit dem Beklagten zu 2) persönlich verbunden ist; dies hat er in seiner Aussage selbst so dargestellt. Das allein reicht aber nicht aus, um seine Glaubhaftigkeit zu erschüttern. Weitere Anhaltspunkte hierfür sieht der Senat nicht. Insbesondere ist auch nicht ersichtlich, dass der Zeuge ein eigenes wirtschaftliches oder sonstiges Interesse daran hätte, über das Datum der Abtretungserklärung zu täuschen. 49

Der Auffassung des Klägers, dass der Lauf der Verjährungsfrist in diesem Fall erst mit der Beendigung der schuldhaften Verfahrensverschleppung, also der Insolvenzantragstellung, beginne, folgt der Senat nicht. Die Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG beginnt grundsätzlich mit der Entstehung des Anspruchs (BGH, Urteil vom 29.09.2008 - II ZR 234/07 -, Rdnr. 16). Der Umstand, dass es sich bei dem Verstoß gegen § 64 Abs. 1 GmbHG a. F. um ein Dauerdelikt handelt, rechtfertigt keine Abweichung von diesem Grundsatz, denn Anknüpfungspunkt für den Anspruch ist nicht die Unterlassung der Insolvenzantragstellung, sondern die einzelne Zahlung, die nach Eintritt der Insolvenzreife noch geleistet wird, also ein punktuell Ereignis. Die Auffassung von K. Schmidt (in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2010, Anh. § 64 Rn 77), auf die sich der Kläger stützt, ist deshalb zu Recht vereinzelt geblieben (vgl. BGH, Urteil vom 16.03.2009 – II ZR 32/08 -, Rn 20 zur Parallelvorschrift des § 130a HGB a. F.; H. F. Müller, in: MünchKomm-GmbHG, 2011, § 64 Rn 153; Nerlich, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 64 Rn 53; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2009, § 64 Rn 33; Casper, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2008, § 64 Rn 99). 50

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Verjährung zwischenzeitlich gehemmt und deshalb bei Eingang der Klage noch nicht abgelaufen gewesen sein könnte. Die 51

Voraussetzungen der vom Kläger angeführten Hemmungstatbestände (§§ 205f. BGB) liegen nicht vor. Die Voraussetzungen einer Analogie sind nicht gegeben. Dem Beklagten ist auch nicht gemäß § 242 BGB die Berufung auf die Einrede der Verjährung versagt. Er hat kein schutzwürdiges Vertrauen darauf hervorgerufen, dass er die Einrede der Verjährung nicht erheben würde.

III. 52

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 53

IV. 54

Die Zulassung der Revision erfolgt im Hinblick auf die aus Sicht des Senats noch nicht hinreichend geklärte Rechtsfrage, ob eine beherrschende Stellung i. S. der Bestimmungen über das Eigenkapitalersatzrecht auch dann schon anzunehmen ist, wenn der Gesellschafter zwar nur 50 % der Geschäftsanteile hält, zugleich aber alleiniger Geschäftsführer ist. Diese Rechtsfrage kann in einer Vielzahl von Verfahren Bedeutung erlangen. Sie hat sich auch nicht dadurch erledigt, dass die §§ 32a, 32b GmbHG aufgehoben worden sind. Sie kann sich im Rahmen der Anwendung des § 135 InsO n. F. in gleicher Weise stellen. 55

V. 56

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 40.766, 49 € festgesetzt. 57