



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 61/99

Verkündet am:  
10. Januar 2002  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

GesO § 10 Abs. 1; KO § 40 Abs. 2; InsO § 145 Abs. 2

- a) Auch in der Gesamtvollstreckung findet die Anfechtung gegenüber Einzelnachfolgern des ersten Leistungsempfängers nach Maßgabe des § 40 Abs. 2 KO, § 145 Abs. 2 InsO statt.
- b) Eine Einzelrechtsnachfolge liegt auch vor, wenn der Empfänger eines anfechtbar begebenen Schecks diesen über das Konto einer anderen Person zu deren Gunsten einziehen läßt.

BGH, Urteil vom 10. Januar 2002 - IX ZR 61/99 - OLG Rostock

LG Neubrandenburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Stodolkowitz, Kirchhof, Dr. Fischer und Raebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 21. Januar 1999 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in der Gesamtvollstreckung über das Vermögen der K. GmbH (nachfolgend: GmbH oder Gesamtvollstreckungsschuldnerin). Deren Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer war H. K., der Ehemann der Beklagten. Die GmbH und ihre Tochterunternehmen hatten Liquiditätsschwierigkeiten. In einem an alle Gesellschafter versandten Besprechungsvermerk vom 16. Juni 1993 heißt es unter anderem:

"Verlust per Mai: 1,0 Mio. DM

...

... Auswirkungen der entstehenden Probleme

der leiseste Verdacht dieser Entwicklung führt sofort zur Zahlungsunfähigkeit durch Reaktion der Banken

es müssen sofort Maßnahmen in Erwartung der Situation realisiert werden in 2 Richtungen:

1. Sicherung der persönlichen Belange jedes Gesellschafters

GF ausstehende Einlage 200 TM durch Einkünfte aus der Firma

...

2. a) ab sofort Verwertung (Verkauf) von Firmenvermögen zur Sicherung der Liquidität im IV. Quartal 93 und versuchen, die Firma so lange wie möglich zu halten.

b) normal weiterarbeiten und von selbst krachen lassen

c) Firma sofort stilllegen (nach Pkt 1) und Versuch, einen Teil des Vermögens zu retten.

...

Resümee: ...

der gesamte Firmenverbund ist nicht zu halten, nur der Zeitpunkt des Krachs kann etwas beeinflußt werden."

Am 22. Februar 1994 stellte die GmbH, vertreten durch ihren Prokuristen Sch., zu Lasten ihres Kontos einen Verrechnungsscheck über 68.666,15 DM zu Gunsten von "H. K." aus. Der Scheck wurde Anfang März 1994 von der Sparkasse W., bei der die Beklagte - nicht ihr Ehemann - ein Konto unterhielt, eingezogen; der Gegenwert wurde einem Konto der Beklagten gutgeschrieben. In den Büchern der GmbH wurde diese Zahlung nicht verbucht.

Ende März 1994 wurde die Liquidation der GmbH beschlossen, am 30. September 1994 wurde die Gesamtvollstreckung über ihr Vermögen wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eröffnet. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger von der Beklagten die Rückzahlung des Scheckbetrags. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers.

#### Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Anfechtungsgrund des § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO liege nicht vor, weil der Kläger nicht bewiesen habe, daß die Beklagte eine Benachteiligungsabsicht der Gesamtvollstreckungsschuldnerin bei der Übergabe des Schecks gekannt habe. Die für eine Kenntnis der Beklagten sprechenden Indizien seien zu schwach, um eine entsprechende Feststellung zu tragen.

Auf § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO könne die Anfechtung nicht gestützt werden, weil der Kläger eine Entgeltlichkeit der Scheckbegebung nicht dargetan habe. Nach seinem Vortrag habe die Beklagte den Scheck unentgeltlich erhalten.

§ 10 Abs. 1 Nr. 3 GesO scheide aus, weil die Behauptung des Klägers nicht bewiesen sei, daß die Beklagte den Scheckbetrag unentgeltlich erhalten habe. Aufgrund der Vernehmung zweier Zeugen stehe fest, daß der Prokurist Sch. den Scheck dem Ehemann der Beklagten übergeben habe, um dessen Tantiemeansprüche für das Jahr 1992 abzugelten. Damit könne der Scheck nicht zugleich im Wege einer mittelbaren unentgeltlichen Zuwendung an die Ehefrau des Beklagten begeben worden sein.

Deshalb stehe dem Kläger auch kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 oder § 822 BGB zu.

II.

Das Berufungsgericht sieht es als erwiesen an, daß die GmbH den Scheck dem Ehemann der Beklagten begeben und dieser ihn sodann der Beklagten hat zukommen lassen, entweder durch unmittelbare Aushändigung oder durch Einzug über ihr Konto. Der Kläger hat sich einen solchen Geschehensablauf wenigstens hilfsweise zu eigen gemacht (S. 2 f. seines Schriftsatzes vom 17. April 1998 = Bl. 146 f. GA).

Dann kommt eine Anfechtung gegen die Beklagte als Einzelrechtsnachfolgerin ihres Ehemanns entsprechend § 40 Abs. 2 Nr. 2 und 3 KO, § 145 Abs. 2 Nr. 2 und 3 InsO in Betracht. Diese Anspruchsgrundlage hat das Gericht gemäß allgemeinen Verfahrensgrundsätzen von Amts wegen zu beachten, auch wenn der Kläger sich nicht ausdrücklich darauf berufen hat. Anders als bei der mittelbaren Zuwendung - auf die allein der Kläger meinte, die Klage stützen zu können - gelangt im Falle der Rechtsnachfolge die Leistung nicht im Wege einer einheitlichen Handlung unter Einschaltung einer Zwischenperson (vgl. BGHZ 142, 284, 287) unmittelbar an den letzten Empfänger. Vielmehr wird sie zunächst an den anfechtungsrechtlich selbständig zu beurteilenden "Rechtsvorgänger" übertragen. Von diesem - im vorliegenden Falle dem Ehemann der Beklagten - erwirbt der Einzelrechtsnachfolger die Leistung durch eine weitere Rechtshandlung.

1. Zwar enthält § 10 Abs. 1 GesO nicht ausdrücklich eine Anfechtungsgrundlage gegenüber Rechtsnachfolgern des ersten Leistungsempfängers. Jedoch handelt es sich insoweit um eine ungewollte Regelungslücke, die nach

dem Vorbild von Konkurs- und Insolvenzordnung auszufüllen ist (a.M. Smid/M. Zeuner, GesO 3. Aufl. § 10 Rn. 160 a.E.).

a) Gesetzesmaterialien fehlen. Die Äußerungen der an der Fassung der Gesamtvollstreckungsordnung von 1990 maßgeblich beteiligten Ministerialbeamten geben zu der Frage nichts her (vgl. Lübchen/Landfermann ZIP 1990, 829, 834 f.; Landfermann, in Festschrift für Merz, 1992, S. 367, 378, 382). Die Verordnung der ehemaligen DDR über die Gesamtvollstreckung vom 18. Dezember 1975 (GBl I, 1976, Nr. 1, 5), die durch die Verordnung vom 6. Juni 1990 geändert und fortentwickelt wurde, enthielt keinerlei Anfechtungsvorschriften.

b) Bei der Auslegung der Gesamtvollstreckungsordnung ist deren besonderer Charakter zu berücksichtigen. Sie vereint als "Mittelweg" zwischen der zur Zeit ihres Erlasses seit langem als reformbedürftig erkannten Konkursordnung und der damals noch nicht ausdiskutierten Insolvenzrechtsreform unterschiedliche Normenbereiche. Neben Vorschriften, die auf die Gesamtvollstreckungsverordnung der ehemaligen DDR von 1975 zurückgehen, und eigenständigen Normen enthält sie aus der Konkursordnung übernommene Regelungen und ferner Bestimmungen, die auf Vorstellungen der Insolvenzrechtsreform beruhen. Der Text der Gesamtvollstreckungsordnung ist bewußt knapp gehalten und weist eine Vielzahl von Lücken auf.

c) Insbesondere regelt § 10 GesO das gesamte Anfechtungsrecht in einer einzigen Vorschrift. Diese ist auf die Formulierung der Haupttatbestände der Anfechtung beschränkt und notwendig in vielen Punkten ergänzungsbedürftig (BGHZ 143, 332, 335 ff.). Sowohl nach der Konkursordnung (§ 40) als

auch nach der Insolvenzordnung (§ 145) kann der Anspruch auf Rückgewähr des anfechtbar weggegebenen Vermögensgegenstands selbst nicht dadurch ohne weiteres vereitelt werden, daß ihn der Leistungsempfänger an andere Personen weitergibt. Insbesondere gegenüber Einzelrechtsnachfolgern stellen beide Normen übereinstimmend eingehende Vorschriften auf, welche den notwendigen Schutz der Konkurs-(Insolvenz-)Masse, d.h. den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz gegenüber dem gebotenen Schutz der Rechtsnachfolger abgrenzen. Diese werden der Anfechtung - nur - dann nicht ausgesetzt, wenn sie gutgläubig und entgeltlich erworben haben.

§ 10 GesO beruht auf dem gleichen Schutzzweck und stellt die Empfänger anfechtbar weggegebener Gegenstände durchweg jedenfalls nicht besser als die Konkurs- und die Insolvenzordnung. Ein Wille des Gesetzgebers der Gesamtvollstreckungsordnung, sich von dem ausgewogenen Schutzsystem des überkommenen und künftigen Insolvenzanfechtungsrechts zu entfernen, ist nicht erkennbar. Der Umstand allein, daß eine Regelung fehlt, läßt nicht auf eine inhaltliche Abweichung von den entsprechenden Vorschriften der Konkursordnung und der - damals geplanten - Insolvenzordnung schließen.

2. Die Beklagte ist Rechtsnachfolgerin ihres Ehemannes an dem hier fraglichen Scheck. Insoweit kommt es nicht entscheidend auf die vom Berufungsgericht offen gelassene Frage an, ob der Ehemann den Scheck der Beklagten übereignet oder ob er ihn unmittelbar ihrer Sparkasse zum Einzug übertragen hat. Im ersten Fall wäre die Beklagte Vollrechtsinhaberin nach ihrem Ehemann geworden.



Im zweiten Fall - für den allerdings aufgrund des Parteivortrags wenig spricht - hätte zwar die Sparkasse W. die Rechte aus dem Scheck erlangt, aber nur als Beauftragte der Beklagten als Vertragspartnerin. Dieser hätte von Anfang an ein Anspruch gegen die Sparkasse auf Herausgabe des Erlöses (§§ 667, 675 BGB) zugestanden. Damit wäre ihr der Gegenwert des Schecks schon vor dessen Einlösung zugewendet worden; sie hätte also nicht erst den Erlös nach dem Untergang des Schecks erlangt. Ein solches individuelles Forderungsrecht unmittelbar auf den Leistungsgegenstand des vom Schuldner übertragenen Schecks genügt, um eine Einzelrechtsnachfolge zu begründen. Denn diese setzt nicht notwendigerweise voraus, daß der anfechtbar weggegebene Gegenstand in derselben Gestalt und mit dem gleichen Inhalt auf einen anderen übergeht. Vielmehr kann eine Rechtsnachfolge im anfechtungsrechtlichen Sinne auch vorliegen, wenn aus dem anfechtbar erworbenen Gegenstand selbst ein neues Recht geschaffen und abgeleitet oder abgespalten wird (Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 40 Rn. 28; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 40 Rn. 5; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 40 KO Anm. 3; Heidelberger Kommentar zur InsO/Kreft, 2. Aufl. § 145 Rn. 6; Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung/Dauernheim, 2. Aufl. § 145 Rn. 7; Nerlich/Römermann, InsO § 145 Rn. 10; zu § 11 Abs. 2 AnfG a.F. auch BGHZ 29, 230, 233 f.; 130, 314, 317). Das war hier der Anspruch aus dem bankmäßigen Geschäftsbesorgungsvertrag.

3. Aufgrund des Vortrags des Klägers kann eine Begebung des Schecks durch die GmbH an den Ehemann der Beklagten - als deren Rechtsvorgänger - gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 3 oder alternativ nach Nr. 2 oder Nr. 1 GesO anfechtbar sein.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die GmbH einen Tantiemeanspruch des Ehemanns der Beklagten erfüllt. Eine solche Fallgestaltung hat sich der Kläger hilfsweise zu eigen gemacht (S. 1 seines Schriftsatzes vom 10. Dezember 1996 = Bl. 44 GA; S. 2 seines Schriftsatzes vom 6. Januar 1997 = Bl. 47 GA). Die Erfüllung des Anspruchs eines Gläubigers ist eine entgeltliche Leistung der Gesamtvollstreckungsschuldnerin im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO. Der Ehemann der Beklagten stand der GmbH als deren Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter nahe (vgl. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß ihm eine Benachteiligungsabsicht der GmbH - vertreten durch den für sie handelnden Prokuristen Sch. - nicht bekannt gewesen wäre.

Allerdings setzt die Anfechtung nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung voraus (BGHZ 129, 236, 240 f). Sie tritt regelmäßig nicht ein, soweit ein Schuldner eigene durchsetzbare Verbindlichkeiten tilgt. Ein Tantiemeanspruch des Ehemannes der Beklagten für das Jahr 1992 wäre Ende Februar 1994 aber nicht mehr durchsetzbar gewesen, wenn er inzwischen den Charakter eines eigenkapitalersetzenden Darlehens angenommen hätte: Zahlungen an Gesellschafter, die gegen § 30 oder § 32a GmbHG verstoßen, benachteiligen die übrigen Gesellschaftsgläubiger unmittelbar. Im vorliegenden Falle kommt in Betracht, daß der Ehemann der Beklagten seinen vorher fällig gewordenen Anspruch auf Auszahlung der Tantieme zunächst in Kenntnis der Krise - die jedenfalls durch den Besprechungsvermerk vom 16. Juni 1993 vermittelt worden sein könnte - hat "stehenlassen", um ihn letztlich erst durchzusetzen, als die GmbH nicht mehr zu retten war.

War andererseits der Tantiemeanspruch H. K. am 22. Februar 1994 rechtlich noch durchsetzbar, käme eine Anfechtung ihm gegenüber nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO in Betracht. Dafür genügt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung, die regelmäßig eintritt, wenn während der wirtschaftlichen Krise der Schuldnerin eine Forderung voll getilgt wird, weil sich dadurch die für die anderen Gläubiger verbleibende Quote im Falle der Gesamtvollstreckung anteilig verringert. Im Zeitpunkt der Scheckbegebung könnte dieses Ergebnis bereits vorausgesehen worden sein. Dann hätte der Prokurist Sch. der Schuldnerin in Gläubigerbenachtigungsabsicht gehandelt; und es liegt nahe, daß dies H. K. als Gesellschafter bekannt war.

Zu alledem bedarf es allerdings näheren Vortrags der Parteien, der bisher nicht als erforderlich erkannt worden ist (§ 139 Abs. 1 ZPO).

4. Die Übertragung des Schecks auf die Beklagte als Einzelrechtsnachfolgerin (s.o. 2) erhielt die durch die ursprüngliche Begebung eingetretene Gläubigerbenachteiligung aufrecht.

a) Gegenüber der Beklagten kommt einerseits eine Anfechtbarkeit entsprechend § 40 Abs. 2 Nr. 2 KO und § 145 Abs. 2 Nr. 2 InsO in Betracht. Denn sie stand zur Zeit des Erwerbs ihrem Ehemann sowohl im Sinne von § 10 Abs. 2 GesO als auch im Sinne von § 138 Abs. 1 Nr. 1 InsO und von § 31 Nr. 2 KO nahe. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Beklagte eine Anfechtbarkeit des Erwerbs ihres Ehemannes nicht kannte.

b) Ferner kommt eine entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 2 Nr. 3 KO und § 145 Abs. 2 Nr. 3 InsO in Betracht. Denn aufgrund des bisherigen

Vorbringens hat die Beklagte den Scheck von ihrem Ehemann unentgeltlich zugewendet erhalten.

5. Soweit die Beklagte den Scheck nicht an die Gesamtvollstreckungsmasse zurückzugewähren vermag, ist sie entsprechend § 37 Abs. 1 KO, § 143 Abs. 1 InsO zur Zahlung von Wertersatz verpflichtet. Auf den Umstand, daß der Ehemann der Beklagten über den Scheckbetrag inzwischen anderweitig verfügt haben soll, könnte sich die Beklagte entsprechend § 37 Abs. 2 KO, § 143 Abs. 2 InsO allenfalls dann berufen, wenn ihr gegenüber ausschließlich auf der Grundlage des § 40 Abs. 2 Nr. 3 (vgl. dazu auch Abs. 3) KO oder des § 145 Abs. 2 Nr. 3 InsO angefochten werden könnte.

### III.

Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden.

1. Der Kläger behauptet in erster Linie, der Ehemann der Beklagten habe gegen die GmbH keinen Anspruch auf eine Zahlung wie die hier fragliche gehabt, sondern zu seinem persönlichen Nutzen die spätere Gesamtvollstreckungsschuldnerin rechtsgrundlos entreichert. Trifft das zu, dann ist ihm der Scheck im letzten Jahr vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 3 GesO unentgeltlich übertragen worden.

Wurde andererseits der Scheck zur Erfüllung eines Tantiemeanspruchs des Ehemannes der Beklagten begeben, so werden die oben unter II.3. aufgezeigten Anfechtungsvoraussetzungen zu prüfen sein.

Ferner trägt der Kläger die Beweislast in der Hinsicht, ob die Beklagte den Scheck von ihrem Ehemann unentgeltlich zugewendet erhielt (s.o. II 4 b). Dazu haben sich die Parteien bisher nicht geäußert; sie haben sich nur mit der Frage befaßt, ob ein Erwerb der Beklagten - oder ihres Ehemannes - unmittelbar von der GmbH unentgeltlich gewesen wäre. Ihnen muß Gelegenheit gegeben werden, auch zu dem neuen rechtlich erheblichen Gesichtspunkt Stellung zu nehmen (§ 139 Abs. 1 ZPO).

2. Wäre die Scheckbegebung an den Ehemann der Beklagten anfechtbar, so obläge es der Beklagten, sich im Hinblick auf § 40 Abs. 2 Nr. 2 KO und § 145 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu entlasten (s.o. II 4 a). Insoweit behauptet die Beklagte einerseits, ihr Ehemann habe eine vertragsgerechte Erfüllung eines eigenen Tantiemeanspruchs erhalten. War sie davon überzeugt, so wäre sie nicht von einem unentgeltlichen Erwerb ihres Ehemannes ausgegangen (s.o. 1.). Gegenüber einem nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 1 GesO anfechtbaren Erwerb des Ehemannes (s.o. II 3) kommt dann in Betracht, daß die Beklagte eine etwaige Benachteiligungsabsicht des Prokuristen Sch. der GmbH möglicherweise nicht kannte. Das Berufungsgericht hat zwar Indizien für eine derartige Absicht und die Kenntnis des Ehemannes festgestellt, sich aber nicht abschließend dazu geäußert, ob die Beklagte ihrerseits einen entsprechenden Entlastungsbeweis voll zu führen vermag.

3. Zur Klärung der aufgezeigten, erheblichen Tatsachen ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer

Raebel