



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### TEILVERSÄUMNIS- UND TEILENDURTEIL

II ZR 199/17

Verkündet am:

6. November 2018

Ginter

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

UmwG § 55 Abs. 1; GmbHG § 56 Abs. 2, § 9 Abs. 1 Satz 1

Die Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger trifft bei der Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Wege der Aufnahme mit Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger im Fall der Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers keine Differenzhaftung.

BGB § 826 B, Gg

Ein existenzvernichtender Eingriff kann darin liegen, dass die Verschmelzung eines insolvenzreifen übertragenden Rechtsträgers als Gestaltungsmittel für dessen liquidationslose Abwicklung eingesetzt und hierdurch die Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers herbeiführt oder vertieft wird.

BGH, Teilversäumnis- und Teilendurteil vom 6. November 2018 - II ZR 199/17

- OLG Dresden

LG Dresden

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. September 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Born und Sunder, die Richterin B. Grüneberg sowie den Richter V. Sander

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 26. Oktober 2016 aufgehoben.

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

Das Urteil ist, soweit es Versäumnisurteil ist, vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der F. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), über deren Vermögen am 10. April 2012 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Der Beklagte zu 1 hielt von dem Stammkapital in Höhe von 25.000 € mehrere Geschäftsanteile von insgesamt 17.000 €, der Beklagte zu 2 einen von 8.000 €.

2 Am 17. August 2011 schlossen die Schuldnerin als übernehmende und die G. GmbH, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Beklagte zu 1 war, als übertragende Gesellschaft einen Verschmelzungsvertrag. Der Kläger nimmt die Beklagten als Gesellschafter der Schuldnerin auf Ersatz eines Schadens in Höhe von 666.206,72 € in Anspruch und behauptet, die G. GmbH sei seit dem 17. August 2011 zahlungsunfähig und sowohl am Verschmelzungstichtag (30. Dezember 2010) als auch bei Abschluss des Verschmelzungsvertrags überschuldet gewesen. Ihm stünden Ansprüche, vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtungshaftung, zu, weil die Beklagten vorsätzlich eine zahlungsunfähige Gesellschaft auf eine zahlungsfähige Gesellschaft verschmolzen hätten.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, mit der er seinen Klageantrag weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Gegenüber dem Beklagten zu 2, der trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsverhandlungstermin nicht vertreten war, ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer

sachlichen Prüfung des Antrags beruht (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 f.).

5 I. Das Berufungsgericht (OLG Dresden, NotBZ 2018, 350) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Die Beklagten hafteten nicht nach § 826 BGB wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs. Es fehle an einem Eingriff in Form des Entzugs von Gesellschaftsvermögen. Dass infolge der Verschmelzung die Verbindlichkeiten der Schuldnerin ohne einen ausgleichenden Wertzuwachs angewachsen seien, genüge für die Annahme eines existenzvernichtenden Eingriffs nicht. Von der Haftung würden nur Fälle erfasst, in denen die Gesellschafter Vermögen tatsächlich entnommen hätten. Der Eingriff müsse sich auf das vorhandene Gesellschaftsvermögen beziehen und dieses beeinträchtigen. Die bloße Verschlechterung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens erfülle dieses Kriterium nicht, solange dieses unangetastet bleibe. Zudem fehle es an einer "Selbstbedienung" des Gesellschafters, die regelmäßig Voraussetzung für eine Existenzvernichtungshaftung sei. Zwar müsse der Gesellschafter nicht ausnahmslos zu seinem oder eines Dritten Vorteil handeln. Eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens stelle sich in einem Fall, in dem weder der Gesellschafter noch ein Dritter materiellen Nutzen aus dieser ziehe, aber nur dann als sittenwidrig und daher haftungsbegründend dar, wenn besondere Umstände vorlägen. Die Verschmelzung habe weder bei den Gesellschaftern der Schuldnerin noch bei einem Dritten zu einer Vermögenmehrung geführt. Die Gewährung der Geschäftsanteile habe lediglich das Verhältnis der Beteiligung der beiden Gesellschafter verschoben. Die übertragende Gesellschaft könne nicht als begünstigt angesehen werden, weil diese nicht mehr existiere. Anhaltspunkte dafür, dass deren Gläubiger Vorteile hätten, lägen nicht vor.

7 Eine Ersatzpflicht des Beklagten zu 1 ergebe sich auch nicht aus einer Differenzhaftung im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung nach § 55 UmwG i.V.m. § 56 Abs. 2, § 9 Abs. 1 GmbHG. Eine Differenzhaftung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft sei zu verneinen. Die Verschmelzung verpflichte nur die übertragende Gesellschaft zur Erbringung einer Sacheinlage. Daran ändere auch das Erfordernis eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses der beteiligten Rechtsträger nichts, zumal der einzelne Gesellschafter nicht einmal zugestimmt haben müsse.

8 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

9 1. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Beklagte zu 1 als Alleingeschafter des übertragenden Rechtsträgers, der G. GmbH, nicht nach den Grundsätzen der Differenzhaftung des Sacheinlegers haftet.

10 a) Nach der Rechtsprechung des Senats sind die Grundsätze über die Differenzhaftung des Sacheinlegers im Fall einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften mit Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft (§ 69 UmwG) nicht anwendbar. Dies beruht im Wesentlichen darauf, dass die Vorschriften des Aktiengesetzes, aus denen die Differenzhaftung des Sacheinlegers abgeleitet wird, nach § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG keine Anwendung finden, Sachinferent der übertragende Rechtsträger ist, dessen Gesellschafter mit der Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag nach § 13 Abs. 1 Satz 1 UmwG keine Kapitaldeckungszusage abgeben und deren Kapitaldeckungshaftung sich auch nicht mit dem Erwerb der Aktien des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) begründen lässt (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 6 ff.). Hieran hält der Senat fest.

- 11            b) Ob eine Differenzhaftung bei der Verschmelzung unter Beteiligung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung gegen Kapitalerhöhung (§ 55 UmwG) in Betracht kommt, hat der Senat ausdrücklich offen gelassen (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 8). Diese im Schrifttum unterschiedlich beantwortete Frage ist zu verneinen.
- 12            aa) Eine Differenzhaftung wird ausgehend von den Erwägungen des Senats zur Rechtslage bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften im Kern mit der Begründung verneint, dass die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers keine Verpflichtung zur Leistung einer werthaltigen Sacheinlage übernehmen würden und auch der Verschmelzungsbeschluss des übertragenden Rechtsträgers als Legitimationsgrundlage nicht ausreiche (Kleindiek in NK-UmwR, § 55 UmwG Rn. 16; Rebmann in Maulbetsch/Klump/Rose, UmwG, 2. Aufl., § 55 Rn. 13; Simon/Nießen in KK-UmwG, § 55 Rn. 23 ff.; MünchHdbGesR VIII/Illert/König, 5. Aufl., § 15 Rn. 254; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 9 Rn. 1; Nießen in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 9 Rn. 4; Schnorbus in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., Anh. § 77 Rn. 154).
- 13            bb) Soweit im Schrifttum eine Differenzhaftung angenommen wird, werden verschiedene Begründungsansätze vertreten. Teilweise wird eine Differenzhaftung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers bejaht, weil Sacheinlageverpflichteter i.S.v. § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht der übertragende Rechtsträger, sondern dessen Anteilsinhaber seien (Kallmeyer, GmbHR 2007, 1121, 1123). Teilweise wird zwar eine Sacheinlagepflicht des übertragenden Rechtsträgers angenommen, die Kapitaldeckungshaftung der Anteilsinhaber aber mit dem Erwerb der Anteile am übernehmenden Rechtsträger begründet (Ihrig, GmbHR 1995, 622, 635, 642; Moog, Differenzhaftung im Umwandlungsrecht, 2008, S. 85). Anderen erscheint die Argumentation

einer fehlenden Sacheinlageverpflichtung der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zu formal, weil diese bei wirtschaftlicher Betrachtung die Sacheinlage erbringen würden (Kocher in Kallmeyer, UmwG, 6. Aufl., § 55 Rn. 13; Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 01.05.2009, § 55 UmwG Rn. 80; Reichert in Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl., § 55 Rn. 11; Stratz in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, 7. Aufl., § 55 Rn. 5; M. Winter/J. Vetter in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 55 Rn. 35 ff., 42; Thoß, NZG 2006, 376, 377; Sandberger, Festschrift Westermann, 2008, S. 1401, 1408 f., 1414; ohne weitere Begründung Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 9 Rn. 2; Haeder in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 55 UmwG Rn. 8; MünchKommGmbHG/Schwandtner, 3. Aufl., § 9 Rn. 4a; Michalski/Tebben, GmbHG, 3. Aufl., § 9 Rn. 3). Teilweise wird eine Haftung auf die dem Verschmelzungsbeschluss zustimmenden Anteilsinhaber (Thoß, NZG 2006, 376, 377 f.) bzw. auf Anteilsinhaber personalistisch strukturierter Rechtsträger begrenzt (Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 01.05.2009, § 55 UmwG Rn. 80).

14 cc) Der Senat schließt sich der zuerst genannten Auffassung an und verneint anknüpfend an seine Rechtsprechung zur Verschmelzung von Aktiengesellschaften mit Kapitalerhöhung die Anwendbarkeit der Grundsätze der Differenzhaftung auf die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers.

15 (1) Der Gesellschafter einer GmbH unterliegt gemäß §§ 9, 56 Abs. 2 GmbHG einer Differenzhaftung, wenn der Wert der von ihm versprochenen Sacheinlage den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage nicht erreicht. Die Differenzhaftung rechtfertigt sich aus der mit der Übernahme des Geschäftsanteils zwangsläufig verbundenen Kapitaldeckungszusage (BGH, Urteil vom 14. März 1977 - II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 195; Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 5). Die Differenzhaftung fällt

daher nicht nur im Regelfall mit der Gründer- bzw. Übernehmerhaftung zusammen (so Moog, Differenzhaftung im Umwandlungsrecht, 2008, S. 97), sondern ist mit ihr unmittelbar verknüpft (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 9).

16           (2) Richtig ist, dass § 55 Abs. 1 UmwG die Anwendung von § 56 Abs. 2, § 9 GmbHG bei der Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung nicht ausdrücklich ausschließt (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 8; Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 01.05.2009, § 55 UmwG Rn. 80; M. Winter/J. Vetter in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 55 Rn. 42). Aus § 55 Abs. 1 UmwG kann aber schon deswegen nicht zuverlässig etwas für den Umfang der Geltung der für die Kapitalerhöhung maßgeblichen Vorschriften des GmbHG abgeleitet werden, weil die Vorschrift nur die nicht anzuwendenden Vorschriften benennt und damit zumindest nicht zwingend etwas über den Umfang des anzuwendenden Rechts gesagt ist (Sandberger, Festschrift Westermann, 2008, S. 1401, 1404; aA Kocher in Kallmeyer, UmwG, 6. Aufl., § 55 Rn. 13). Der Gesetzgeber bedient sich in § 55 Abs. 1 UmwG einer anderen Verweisungstechnik als bei den für die Verschmelzung durch Neugründung geltenden Regelungen. Dort sind nach § 36 Abs. 2 Satz 1 UmwG für die Gründung des neuen Rechtsträgers die für dessen Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden, soweit sich aus den für die Verschmelzung nach dem UmwG geltenden Vorschriften nichts anderes ergibt (vgl. Sandberger, Festschrift Westermann, 2008, S. 1401, 1413). Ungeachtet dessen sind bei der Anwendung der nicht von der Anwendung ausdrücklich ausgeschlossenen Vorschriften über die Kapitalerhöhung des GmbHG die aus der Verschmelzung folgenden Besonderheiten zu berücksichtigen (Simon/Nießen in KK-UmwG, § 55 Rn. 5). Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Anwendung der Grundsätze über die Differenzhaftung bei der GmbH durch



§ 55 Abs. 1 UmwG ausdrücklich vorgesehen ist (Simon/Nießen in KK-UmwG, § 55 Rn. 24; aA Sandberger, Festschrift Westermann, 2008, S. 1401, 1414 f.).

17 (3) Die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers kommen als Adressaten einer Differenzhaftung nur in Betracht, wenn diese auf Grund einer Kapitaldeckungszusage für den Wert des übertragenden Rechtsträgers einzustehen haben (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 16). Soweit dies in Abrede gestellt wird, weil es keinen im Verhältnis zum UmwG geltenden höherrangigen Grundsatz gebe, nach dem die Differenzhaftung stets eine Kapitaldeckungszusage des Inferenten voraussetze (Kallmeyer, GmbHR 2007, 1121, 1123), wird verkannt, dass es um die Anwendung eines im Recht der GmbH verankerten Haftungsinstituts geht, dessen maßgeblicher Verpflichtungsgrund in der rechtsgeschäftlichen Übernahme eines Geschäftsanteils zu sehen ist (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 16). Der Verzicht auf eine Kapitaldeckungszusage als Anknüpfungspunkt für eine Haftung kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass § 24 GmbHG die Haftung für fremde Einlageverpflichtungen ohne eigene Mitwirkung an der Begründung der Einlagepflicht kennt (Thoß, NZG 2006, 376, 377; Wälzholz, AG 2006, 469, 471; M. Winter/J. Vetter in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 55 Rn. 42; Moog, Differenzhaftung im Umwandlungsrecht, 2008, S. 95 f.). Die Vorschrift des § 24 GmbHG spricht gerade dafür, dass eine solche (abgeleitete) Haftung einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

18 (4) Die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers geben auch im Fall der GmbH-Verschmelzung keine Kapitaldeckungszusage. Diese lässt sich weder aus dem Verschmelzungsvertrag (§ 4 Abs. 1 Satz 1 UmwG) noch aus dem Verschmelzungsbeschluss gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 UmwG ableiten. Die Lage stellt sich für die GmbH nicht anders als für die Aktiengesellschaft dar (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293

Rn. 7 ff.). Inferent und Bezugsberechtigter fallen in der Regelungstechnik des UmwG auseinander (Sandberger, Festschrift Westermann, 2008, S. 1401, 1413). Besonders deutlich wird dies im Falle der Verschmelzung durch Neugründung, bei der § 36 Abs. 2 Satz 2 UmwG bestimmt, dass die übertragenden Rechtsträger den Gründern gleichstehen (Simon/Nießen in KK-UmwG, § 55 Rn. 25; Veil/Teigelack, WuB II P. § 2 UmwG 1.08). Für eine unterschiedliche Behandlung der Verschmelzung durch Neugründung und derjenigen durch Aufnahme besteht kein sachlicher Grund (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 9). Das UmwG hat diesbezüglich auch nicht nur eine formale Zuordnung vorgenommen (Ihrig, GmbHR 1995, 633, 634; aA Moog, Differenzhaftung im Umwandlungsrecht, 2008, S. 98). Die abweichende Sicht verkennt, dass sich durch den Verschmelzungsvertrag der übertragende Rechtsträger zur Übertragung seines Vermögens verpflichtet, § 4 Abs. 1 Satz 1, § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG, und damit gerade ein materieller Bezug für die Gründer- bzw. Übernehmereigenschaft des übertragenden Rechtsträgers vorhanden ist.

- 19 § 55 Abs. 1 UmwG schließt im Übrigen explizit die Anwendung von § 55 Abs. 1 GmbHG aus, der bei einer Kapitalerhöhung eine Übernahmeerklärung des neuen Gesellschafters fordert (Simon/Nießen in KK-UmwG, § 55 Rn. 24; Nießen in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 9 Rn. 4; Rebmann in Maulbetsch/Klumpp/Rose, UmwG, 2. Aufl., § 55 Rn. 13). An die Stelle der Übernahmeerklärung tritt daher die Verpflichtung des übertragenden Rechtsträgers aus dem Verschmelzungsvertrag. Damit fehlt aber der maßgebliche Anknüpfungspunkt für eine Kapitaldeckungszusage des bezugsberechtigten Gesellschafters (so auch M. Winter/J. Vetter in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 55 Rn. 41).

20 (5) Für eine Erstreckung der Differenzhaftung auf die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ist weder im Hinblick auf deren Anteilserwerb noch deswegen Raum, weil der übertragende Rechtsträger mit der Eintragung im Handelsregister erlischt (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 9 ff.). Auch für die GmbH-Verschmelzung gilt, dass der übertragende Rechtsträger nach dem Verschmelzungsvertrag nur die Übertragung seines ganzen Vermögens schuldet und dessen Gesellschafter gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG originär Anteile am übernehmenden Rechtsträger erwerben (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 12). Das GmbH-Recht kennt wie das Recht der AG keinen zwingenden Zusammenhang zwischen originärem Anteilserwerb und Differenzhaftung, weil auch im Falle einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§ 57c GmbHG) keine haftungsbegründende Übernahmeverpflichtung besteht (Ulmer/Casper, GmbHG, 2. Aufl., § 57i Rn. 30; Schnorbus in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 57i Rn. 12; Zöllner/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 57d Rn. 9; Lutter/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 57i Rn. 15; Gummert in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 57i Rn. 12; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 57i Rn. 3; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 57i Rn. 13; aA Priester, DB 1980, 236, 238 f.; Heinze, GmbHR 2016, 292, 293; Scholz/Priester, GmbHG, 12. Aufl., § 57i Rn. 21; MünchKommGmbHG/Lieder, § 57i Rn. 31 f.; Kowalski in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 57i Rn. 22; Michalski/Hermanns, GmbHG, 3. Aufl., § 57i Rn. 21). Der Senat vermag sich der Gegenansicht nicht anzuschließen, weil diese, anders als oben unter (3) ausgeführt, den maßgeblichen Haftungsgrund nicht in der rechtsgeschäftlichen Übernahme eines Geschäftsanteils, sondern allein in dem Gebot realer Kapitalaufbringung sieht.

21 Es ist ferner zu berücksichtigen, dass die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers nur im Rahmen der diesem gegenüber abgegebenen Kapi-

taldeckungszusage einzustehen haben und nicht durch Mehrheitsbeschluss (§ 50 Abs. 1 Satz 1 UmwG) zu weiteren Leistungen verpflichtet werden können (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 11). Das Umwandlungsgesetz differenziert zwischen dem Vermögen der übertragenden Gesellschaft und dem ihrer Anteilseigner, die die neuen Anteile nach dem Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) zwar als Ausgleich für die Vermögensübertragung erhalten (Schröder in Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl., § 5 Rn. 25), diese aber vom übertragenden Rechtsträger geschuldet ist und die Anteile am übernehmenden Rechtsträger an die Stelle der Anteile am übertragenden Rechtsträger treten (Weiß, GmbHR 2017, 1017, 1022).

22 (6) Eine Differenzhaftung der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers kann auch nicht damit begründet werden, dass die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers im Falle der Überbewertung des übertragenden Rechtsträgers nicht ausreichend geschützt seien (so Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 01.05.2009, § 55 UmwG Rn. 80; M. Winter/J. Vetter in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 55 Rn. 42; Kocher in Kallmeyer, UmwG, 6. Aufl., § 55 Rn. 13; Thoß, NZG 2006, 376, 378; Kallmeyer, GmbHR 2007, 1121, 1123).

23 (a) Die Differenzhaftung nach § 56 Abs. 2, § 9 Abs. 1 GmbHG sichert das Gebot der realen Kapitalaufbringung in erster Linie im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und des Rechtsverkehrs (MünchKommGmbHG/Lieder, 2. Aufl., § 56 Rn. 1). Der Senat hat zudem bereits ausgesprochen, dass die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers keineswegs stets einen ihrer Differenzhaftung entsprechenden Wertzuwachs erhalten (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 14). Entsprechend ist der Differenzhaftungsanspruch nur bedingt geeignet, das Äquivalenzinteresse der Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger zu schützen.

24 (b) Die Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers können sich vor einer Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers zunächst präventiv dadurch schützen, dass sie gemäß §§ 48, 9 ff. UmwG die Durchführung einer Verschmelzungsprüfung verlangen. Daneben können sie innerhalb der Frist nach § 14 Abs. 1 UmwG den Verschmelzungsbeschluss auch mit der Begründung anfechten, dass der Verschmelzung infolge einer Unterbewertung des übertragenden Rechtsträgers ein fehlerhaftes Umtauschverhältnis zu Grunde liegt (BGH, Beschluss vom 21. Mai 2007 - II ZR 266/04, ZIP 2007, 1524 Rn. 5). Zwar stehen ihnen gegenüber den Organen des übernehmenden Rechtsträgers keine Ansprüche nach § 43 Abs. 2 GmbHG zu (Pöllath/Philipp, DB 2003, 1503, 1508; Schnorbus, ZHR 167 [2003], 666, 675 f.). Den Anteilsinhabern des übernehmenden Rechtsträgers sind bei einer fehlerhaften Bewertung des Vermögens der übertragenden Rechtsträger aber die Verschmelzungsprüfer nach § 11 Abs. 2 UmwG, § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB verantwortlich. Darüber hinaus werden die Anteilseigner bei Pflichtverletzungen der Organe im Zusammenhang mit der Bewertung des übernehmenden Rechtsträgers durch den der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG zustehenden Anspruch mittelbar geschützt (Stratz in Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwG, UmwStG, 7. Aufl., § 27 UmwG Rn. 5 f.). Die unterschiedliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes der Anteilseigner der an einer Verschmelzung beteiligten Rechtsträger beruht - wie § 25 UmwG zeigt - zudem auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers (Schnorbus, ZHR 167 [2003], 666, 675 f.).

25 2. Einer rechtlichen Prüfung nicht stand hält dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass eine Haftung der Beklagten gemäß § 826 BGB unter dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtungshaftung nicht in Betracht komme, weil kein Eingriff in das Vermögen der Schuldnerin vorliege. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann dies nicht verneint werden.

- 26 a) Nach der Senatsrechtsprechung liegt ein zum Schadensersatz nach § 826 BGB verpflichtender existenzvernichtender Eingriff dann vor, wenn der Gesellschaft von ihren Gesellschaftern in sittenwidriger Weise das zur Tilgung ihrer Schulden erforderliche Vermögen entzogen und damit eine Insolvenz verursacht oder vertieft wird. Dabei müssen die Gesellschafter mit zumindest bedingtem Vorsatz handeln. Die Darlegungs- und Beweislast trägt die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 41 - Trihotel; Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 252/10, BGHZ 193, 96 Rn. 13). Ob im Einzelfall diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat der Tatrichter festzustellen. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob der Tatrichter von unzutreffenden Rechtsbegriffen ausgegangen ist, ob er den Sachvortrag der Parteien nicht umfassend berücksichtigt hat oder ob seine Wertung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 252/10, BGHZ 193, 96 Rn. 13).
- 27 b) Das Berufungsgericht hat den Rechtsbegriff des Vermögensentzugs verkannt, weil dieser keinen Abfluss von Vermögenswerten aus dem Gesellschaftsvermögen voraussetzt. Der Entzug des Gesellschaftsvermögens kann auch durch die Erhöhung der Verbindlichkeiten bewirkt werden, wenn hierdurch zielgerichtet und betriebsfremden Zwecken dienend die den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse verkürzt wird.
- 28 aa) Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist für das Revisionsverfahren zu Gunsten des Klägers zu unterstellen, dass die G. GmbH zum Zeitpunkt der Verschmelzung auf die Schuldnerin entsprechend dem Vortrag des Klägers zahlungsunfähig und überschuldet war und es von Anfang an feststand, dass die Schuldnerin nicht in der Lage sein würde, die durch die Verschmelzung anwachsenden Verbindlichkeiten auch nur ansatzweise zu erfüllen.

29           bb) Ob ein existenzvernichtender Eingriff auch darin liegen kann, dass der betreffenden Gesellschaft der den Gläubigern dienende Haftungsfonds nicht durch einen Zugriff auf ihr Aktivvermögen, sondern durch die Vermehrung von Schulden mittelbar entzogen wird, hat der Senat nach der Änderung des Haftungskonzepts im Jahr 2007 (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 - Trihotel) bislang nicht entschieden. Anders als das Berufungsgericht meint, ist diese Frage zu bejahen.

30           (1) Der Senat hat in seiner früheren Rechtsprechung die Übernahme von Verbindlichkeiten im Rahmen einer Haftungsübernahme als möglichen Anknüpfungspunkt für eine Haftung wegen eines objektiven Missbrauchs einer beherrschenden Gesellschafterstellung angesehen (BGH, Urteil vom 29. März 1992 - II ZR 265/91, BGHZ 122, 123, 128 ff.). Als der Senat eine Haftung der Gesellschaft wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs noch unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Rechtsform angenommen hat, hat er ausgesprochen, dass ein bloßes Anwachsenlassen von Forderungen gegen ein verbundenes Unternehmen auch dann, wenn es nicht mehr als "kaufmännisch vernünftiges Wirtschaften" anzusehen sei, nicht als Eingriff in diesem Sinne anzusehen sei. Der Haftungstatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs beziehe sich nicht auf Managementfehler im Rahmen des Betriebs des Unternehmens im weitesten Sinne, sondern setze den gezielten, betriebsfremden Zwecken dienenden Entzug von Vermögenswerten voraus, welche die Gesellschaft zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten benötige (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 256/02, ZIP 2005, 250, 252). Mit der Veränderung des Haftungskonzepts hat der Senat am Entwicklungsstand der Rechtsprechung betreffend den Eingriffstatbestand und den diesen näher eingrenzenden Merkmalen festgehalten (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 16 - Trihotel). Die Mehrung von Schulden stellt nach dieser Rechtsprechung einen Entzug von Gesellschaftsvermögen dar. Der Tatbestand des exis-

tenzvernichtenden Eingriffs wird in Fällen dieser Art durch die Merkmale der Finalität und der Betriebsfremdheit des Vermögensentzugs eingegrenzt und auf diese Weise von unternehmerischen Fehlleistungen, die den Eingriffstatbestand nicht erfüllen, abgegrenzt (Lieder, DZWIR 2005, 309, 311 f.; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 13 Rn. 35).

31 (2) Die Gleichstellung der Übertragung von Verbindlichkeiten bzw. der Einbringung eines nicht überlebensfähigen Unternehmens mit einem Entzug von Aktivvermögen wird auch im Schrifttum und in der obergerichtlichen Rechtsprechung befürwortet (OLG Jena, ZIP 2002, 631, 633; MünchKomm GmbHG/Liebscher, 3. Aufl., Anh. § 13 Rn. 537, 557; Michalski/Lieder, GmbHG, 3. Aufl., § 13 Rn. 443; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 13 Rn. 35; Ulmer/Raiser, GmbHG, 2. Aufl., § 13 Rn. 164; Verse in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 13 GmbHG Rn. 53; Henrichs, Festschrift Uwe H. Schneider, 2011, S. 489, 503; Wahl, GmbHR 2004, 994, 996; MünchHdBGesR VIII/Brünkmanns, 5. Aufl., § 45 Rn. 29). Es wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die Mehrung von Schulden sich aus der Sicht der betroffenen Gläubiger nicht anders darstellt als der Entzug von Aktivvermögen (Michalski/Lieder, GmbHG, 3. Aufl., § 13 Rn. 443; Wahl, GmbHR 2004, 994, 996) und es gerade bei Unternehmenstransaktionen eine Frage der Gestaltung ist, ob ein rentabler Geschäftsbereich entzogen oder ein unrentabler Geschäftsbereich ausgelagert wird (vgl. Henrichs, Festschrift Uwe H. Schneider, 2011, S. 489, 503; Ihrig, DStR 2007, 1170, 1173). Auch sonst wird jedenfalls nicht allgemein der Schluss gezogen, dass ein Entzug von Vermögen nicht (mittelbar) durch die Mehrung von Schulden erfolgen könne (Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 13 Rn. 64; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl., § 13 Rn. 82 ff.; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, 6. Aufl., § 13 Rn. 114; Ulmer/Casper, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 77 Rn. 133, § 64 Rn. 90; Goette, DStR 2007, 1593, 1594; J. Vetter, BB 2007,



1965, 1970; Strohn, ZinsO 2008, 706, 708; Weller, ZIP 2007, 1681, 1684; Gehrlein, WM 2008, 761, 762 f.).

32 (3) Das Erfordernis eines „realen Vermögensabflusses“ kann auch nicht aus dem Verhältnis des Eingriffstatbestands zum Zahlungsbegriff der §§ 30 f. GmbHG abgeleitet werden. Ob, wie das Berufungsgericht meint, existenzvernichtende Eingriffe nur solche Vorgänge sein können, die bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine Auszahlung im Sinne von § 30 Abs. 1 GmbHG darstellen, hat der Senat bislang nicht allgemein beantwortet (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 2000 - II ZR 189/99, ZIP 2000, 493, 494). Einer allgemeinen Antwort bedarf es auch im Streitfall nicht, weil Auszahlung gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG auch die Begründung oder Übernahme einer Verbindlichkeit sein kann.

33 (a) Das Auszahlungsverbot gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG betrifft nicht nur Geldleistungen an Gesellschafter, sondern Leistungen aller Art (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1959 - II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 276; Urteil vom 1. Dezember 1986 - II ZR 306/85, ZIP 1987, 575, 576; Urteil vom 21. März 2017 - II ZR 93/16, ZIP 2017, 971 Rn. 14 z.V.b. in BGHZ 214, 258). Soweit der Senat entschieden hat, dass die bloße Belastung des Gesellschaftsvermögens mit Ansprüchen Dritter keine Auszahlung an den Gesellschafter ist (BGH, Urteil vom 31. Januar 2000 - II ZR 189/99, ZIP 2000, 493, 494), steht nicht die Einordnung dieses Vorgangs als Leistung, sondern der Zufluss an den Gesellschafter in Frage (vgl. OLG Rostock, GmbHR 1998, 329, 330; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 30 Rn. 25; MünchKommGmbHG/Ekkenga, 2. Aufl., § 30 Rn. 132; Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., § 30 Rn. 52).

- 34 (b) Für die Verschmelzung einer Muttergesellschaft auf deren Tochtergesellschaft (sog. "down-stream-merger") wird hieran anknüpfend angenommen, dass bei einem Schuldenüberhang der Muttergesellschaft die verschmelzungsbedingte Vereinigung der Vermögensmassen zu einer Auszahlung an die Gesellschafter der Muttergesellschaft führe (Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 01.04.2013, § 5 Rn. 40.1; Priester in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 24 Rn. 62; Moszka in Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl., § 24 Rn. 48; MünchKommGmbHG/Ekkenga, 2. Aufl., § 30 Rn. 193; Michalski/Heidinger, GmbHG, 3. Aufl., § 30 Rn. 107; Klein/Stephanblome, ZGR 2007, 351, 376 f.; ausdrücklich für einen sog. "side-stream-merger": MünchHbGesR VIII/Brüinkmanns, 5. Aufl., § 45 Rn. 28; Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1222; Schwetlik, GmbHR 2011, 130, 133; auch bei Teilidentität der Gesellschafter: Rubner/Leuering, NJW-Spezial 2012, 719 f.), weil die Gesellschaft den Anteilserwerb des hinzutretenden Gesellschafters letztlich mit Mitteln aus ihrem gebundenen Vermögen finanziere (MünchKommGmbHG/Ekkenga, 2. Aufl., § 30 Rn. 193; Kuntz in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 30 Rn. 52, 82; Klein/Stephanblome, ZGR 2007, 351, 383 f.). Dem wird entgegengehalten, dass die übernehmende Gesellschaft nichts an den hinzuzutretenden Gesellschafter leiste (Bock, GmbHR 2005, 1023, 1028; Enneking/Heckschen, DB 2006, 1099, 1100; Heckschen, GmbHR 2008, 802, 803 f.) bzw. die Gesellschafter der Muttergesellschaft nicht mehr erhielten, als sie vorher bereits gehabt hätten (Widmann in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 01.01.1997, § 24 Rn. 388 Fn. 4). Ob dem zuzustimmen ist, bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung, weil letztlich nur der Vermögenstransfer an den Gesellschafter bezweifelt wird, nicht aber die durch die Übernahme von Schulden bewirkte Vermögensminderung bei der übernehmenden Gesellschaft.
- 35 c) Das Berufungsurteil hält auch mit der weiteren Begründung, dass es im vorliegenden Fall an der Sittenwidrigkeit des Vermögensentzugs fehle, weil

die Maßnahme weder für die Gesellschafter der Schuldnerin noch für Dritte vorteilhaft gewesen sei, einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

36           aa) Mit Recht ist das Berufungsgericht aber davon ausgegangen, dass der Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs als typisierter Fall einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung gemäß § 826 BGB durch eine bloße Schädigung des Gesellschaftsvermögens nicht verwirklicht werden kann.

37           (1) Der Senat hat zur Charakterisierung eines existenzvernichtenden Eingriffs in seinen bisherigen Entscheidungen von der insolvenzverursachenden oder -vertiefenden "Selbstbedienung" des Gesellschafters gesprochen (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 28 - Trihotel; Urteil vom 28. April 2008 - II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 Rn. 13 - Gamma; Beschluss vom 2. Juni 2008 - II ZR 104/07, ZIP 2008, 1329 Rn. 10; Urteil vom 9. Februar 2009 - II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 Rn. 21 - Sanitary; Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 252/10, BGHZ 193, 96 Rn. 18). Damit wurde der Vorwurf der Sittenwidrigkeit eines planmäßigen Entzugs von Gesellschaftsvermögen angesprochen, der daraus abgeleitet werden kann, dass dieser zum eigenen Vorteil des Gesellschafters erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2002 - II ZR 300/00, BGHZ 151, 181, 185; Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, 117, 118 f.; Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 22 - Trihotel; Beschluss vom 2. Juni 2008 - II ZR 104/07, ZIP 2008, 1329 Rn. 10; Urteil vom 9. Februar 2009 - II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 Rn. 21 - Sanitary). Daneben hat der Senat auch die Entziehung des haftenden Vermögens unmittelbar oder mittelbar zu Gunsten eines Dritten als mögliche Fallgruppe der Existenzvernichtungshaftung angesehen (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 30 - Trihotel). Im damaligen Streitfall wurde durch den möglichen Eingriff eine vom Haftungsadressaten zunächst faktisch und später als Alleingesellschafter beherrschte Gesellschaft

begünstigt (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 45 - Trihotel). Von der Begünstigung eines Gesellschafters oder eines Dritten zu trennen ist die Haftung als Beteiligter gemäß § 830 BGB, die zwar nicht zwingend dessen eigene Begünstigung voraussetzt, aber vom Vorliegen eines als sittenwidrig zu kennzeichnenden Vermögensentzugs abhängt (BGH, Urteil vom 24. Juni 2002 - II ZR 300/00, BGHZ 151, 181, 185, 188; BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 46 - Trihotel).

38           (2) Ob von der Sittenwidrigkeit des Vermögensentzugs auch dann die Rede sein kann, wenn die Begünstigung eines Gesellschafters oder eines Dritten nicht vorliegt, sondern vielmehr eine bloße Schädigung des zweckgebundenen Vermögens im Raum steht, wird unterschiedlich beantwortet. Teilweise wird eine Verringerung der Zugriffsmasse zum Vorteil des Gesellschafters bzw. ein Vermögenstransfer in seine Sphäre für erforderlich erachtet (Röhricht, Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, S. 83, 103, 106 f.; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 13 Rn. 116; Weller, ZIP 2007, 1681, 1685; Dauner-Lieb, DStR 2006, 2034, 2037). Demgegenüber wird vertreten, es komme lediglich auf den Vermögensentzug und nicht auf eine Verlagerung von Vermögen bzw. eine (mittelbare) Begünstigung des Gesellschafters an (Michalski/Lieder, GmbHG, 3. Aufl., § 13 Rn. 443; Ulmer/Casper, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 77 Rn. 130, 132; MünchKommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl., Anh. zu § 13 Rn. 545 f., 567 f.; Strohn, ZInsO 2008, 706, 708 f.; Wiedemann, ZGR 2003, 283, 294; Keßler, GmbHR 2002, 945, 950; Osterloh-Konrad, ZHR 172 [2008], 274, 283; Kroh, Der existenzvernichtende Eingriff, 2013, 68). Der Senat geht mit der zuerst genannten Auffassung davon aus, dass jedenfalls durch eine bloße Schädigung des Gesellschaftsvermögens das den spezifischen Eingriffstatbestand kennzeichnende Merkmal der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt ist.

39 Der Hinweis, die deliktische Haftung des Gesellschafters setze nicht dessen Bereicherung (bzw. die Bereicherung eines Dritten) voraus (Münch-KommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl., Anh. zu § 13 Rn. 545 f.; Ulmer/Casper, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 77 Rn. 132), trifft vom Tatbestand des § 826 BGB aus betrachtet zu. Um diesen Gesichtspunkt geht es aber vorliegend nicht, weil der Senat aus dem Vermögenstransfer ein die Sittenwidrigkeit des Zugriffs auf das Gesellschaftsvermögen kennzeichnendes Merkmal ableitet (vgl. vorstehend [1]). Diese Eingrenzung beruht auf dem Gedanken, dass die Existenzvernichtungshaftung sich aus der Missachtung des Prinzips der Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Gesellschaftervermögen und der strikten Bindung des ersteren zur - vorrangigen - Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erklärt, wie dies auch den §§ 30, 31 GmbHG zu Grunde liegt (BGH, Urteil vom 24. Juni 2002 - II ZR 300/00, BGHZ 151, 181, 186 f.). Die Existenzvernichtungshaftung stellt daher eine das Kapitalschutzsystem der GmbH ergänzende Fallgruppe des § 826 BGB dar (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2007 - II ZR 239/05, BGHZ 175, 12 Rn. 27- Kolpingwerk). Entsprechend lässt sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit des Vermögensentzugs nur aus solchen Umständen ableiten, die Ausdruck einer Missachtung des Prinzips der Vermögenstrennung und der Kapitalbindung sind (weitergehend: Strohn, ZInsO 2008, 706, 708 f.; Wiedemann, ZGR 2003, 283, 294; Kroh, Der existenzvernichtende Eingriff, 2013, 68). Diese Voraussetzungen liegen bei einer bloßen Schädigung des Gesellschaftsvermögens nicht vor. In solchen Fällen ist allenfalls der allgemeine Tatbestand des § 826 BGB in Betracht zu ziehen, dessen Voraussetzungen unabhängig vom Vorliegen eines existenzvernichtenden Eingriffs erfüllt sein können (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2007 - II ZR 239/05, BGHZ 175, 12 Rn. 28 - Kolpingwerk).

40 bb) Einer rechtlichen Prüfung nicht stand hält aber die Erwägung des Berufungsgerichts, dass von der Sittenwidrigkeit des Eingriffs deswegen nicht

ausgegangen werden könne, weil die Verschmelzung weder bei den Gesellschaftern der Schuldnerin noch bei einem Dritten zu einer Vermögensmehrung geführt habe.

41 (1) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein durch den Erwerb eines Geschäftsanteils bewirkter Vermögensvorteil des Beklagten zu 1 zu Lasten der Schuldnerin nicht verneint werden. Das Berufungsgericht lehnt die Annahme einer Vermögensverschiebung von der Gesellschaft auf den Gesellschafter durch den Erwerb von Geschäftsanteilen mit der Begründung ab, dass es für das Vermögen der Gesellschaft, die keine eigenen Geschäftsanteile halte, keine Rolle spiele, mit welchem Anteil welcher Gesellschafter beteiligt sei, sich durch die Verschmelzung aber nur das Verhältnis der Beteiligung auf Gesellschafterebene verschoben habe. Diese Begründung erfasst die verschmelzungsbedingten Vermögensverlagerungen indes nicht vollständig. Richtig an der Argumentation ist, dass die Anteilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers in dem Fall, in dem der Wert der gewährten Anteile nicht dem Wert der untergegangenen Anteile am übertragenden Rechtsträger entspricht, im Ergebnis zu einer Vermögensverlagerung auf der Ebene der Gesellschafter führt. Dies rechtfertigt aber nicht die Schlussfolgerung, dass etwaige Vermögensvorteile der Gesellschafter nicht auf einer durch die Gesamtrechtsnachfolge bewirkten Vermögensminderung des übernehmenden Rechtsträgers beruhen. Die Anteilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erfolgt nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG als Ausgleich für die Übertragung seines Vermögens (vgl. bereits oben 1. b] cc] [5]). Eine etwaige Vermögensverschiebung auf Gesellschafterebene wird daher aus dem Vermögen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger finanziert (vgl. auch Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, 7. Aufl., § 24 UmwG Rn. 52; MünchKommGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl., § 30 Rn. 193; Kuntz in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., Rn. 82; Klein/Stephanblome,

ZGR 2007, 351, 384 f.). Entspricht das auf den übernehmenden Rechtsträger übergehende Vermögen daher nicht dem Wert der hierfür gewährten Anteile, stammt ein daraus resultierender Vermögensvorteil aus dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft.

42 (2) Nach dem Vortrag des Klägers, von dem mangels gegenteiliger Feststellungen für das Revisionsverfahren auszugehen ist, liegt ein die Sittenwidrigkeit des Eingriffs kennzeichnendes Element zudem darin, dass die Beklagten unter Missachtung des Prinzips der Vermögenstrennung die Verbindlichkeiten der G. GmbH außerhalb eines geordneten Liquidationsverfahrens auf die Schuldnerin verlagert und hierdurch deren Insolvenz herbeigeführt haben. Der Kläger behauptet, die Beklagten hätten mit der Verschmelzung einzig das Ziel verfolgt, dass der Beklagte zu 1 sich der Anteile an der G. GmbH entledigt, weil deren Geschäftszweck endgültig gescheitert gewesen und hierdurch die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der Schuldnerin herbeigeführt worden sei. Dies zu Grunde gelegt ist das Prinzip der Vermögenstrennung und die Bindung des Vermögens der Schuldnerin zur vorrangigen Befriedung ihrer Gläubiger dadurch missachtet worden, dass die Beklagten die Verschmelzung als Gestaltungsmittel eingesetzt haben, um die Verbindlichkeiten der G. GmbH als übertragenden Rechtsträger auf die Schuldnerin zu verlagern (vgl. Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 01.04.2013, § 5 Rn. 41.1; M. Winter/J. Vetter in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 54 Rn. 83; Enneking/Heckschen, DB 2006, 1099, 1100 ff.; Priester, Festschrift Spiegelberger, 2009, S. 890, 896; Schwetlik, GmbHR 2011, 130, 134).

43 Für die Liquidation der zahlungsunfähigen und/oder überschuldeten juristischen Person sieht das Gesetz das Insolvenzverfahren vor (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO). Dies hindert zwar die Durchführung einer (sanierenden) Verschmelzung nicht, wenn der Fortbestand des übernehmenden Rechtsträgers

hierdurch nicht in Frage gestellt wird (vgl. OLG Stuttgart, ZIP 2005, 2066, 2067; Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1223). Ebenso wie die Gesellschafter den Fortbestand der Gesellschaft dadurch sicherstellen können, dass sie ihr in der Krise neues Kapital zuführen, kann auch die Verschmelzung eines in die Krise geratenen Rechtsträgers dazu dienen, einen zur Befriedigung der Gläubiger ausreichenden Haftungsfonds bereitzustellen. Dabei muss im vorliegenden Fall durch den Senat nicht beantwortet werden, ob allein der Umstand, dass die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers gezwungen sind, einen gegen diesen erstrittenen Titel umschreiben zu lassen, eine Erschwerung des Vermögenszugriffs darstellt, der - bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen - eine Strafbarkeit gemäß § 283 Abs. 2 StGB begründen kann (so Heckschen, NotBZ 2018, 352, 353).

44 Führt aber die verschmelzungsbedingte Vereinigung der Vermögensmassen praktisch unausweichlich zur Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers, ist die Verschmelzung nicht nur aus der Perspektive des übertragenden Rechtsträgers eine Umgehung des vom Gesetz vorgesehenen Liquidationsverfahrens. Eine solche Umgehung liegt vor, wenn der Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH seine beherrschende Stellung im übernehmenden Rechtsträger für eine liquidationslose Abwicklung des insolventen Rechtsträgers ausnutzt. Daneben wird das Prinzip der Vermögenstrennung beim übernehmenden Rechtsträger verletzt, wenn dessen Gesellschafter ihr Interesse an der liquidationslosen Abwicklung des übertragenden Rechtsträgers zu Lasten des zweckgebundenen Vermögens des übernehmenden Rechtsträgers durchsetzen.

45 cc) Die Entscheidung erweist sich in diesem Punkt auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).



- 46 (1) Das Berufungsgericht hat zwar ausgeführt, dass die Anteile des Beklagten zu 1 am übertragenden Rechtsträger schon vor der Verschmelzung ihren wesentlichen Wert verloren und die neu entstandenen Anteile im Hinblick auf die Insolvenz der Schuldnerin keinen oder nur einen geringen Wert gehabt haben dürften. Damit ist aber nicht festgestellt, dass der Beklagte zu 1 keinen wirtschaftlichen Vorteil durch die Gewährung von Anteilen an der Schuldnerin erlangt hat. Solche Vorteile müssten den Nachteilen der Gesellschaft im Übrigen auch weder ihrer Art noch der Höhe nach entsprechen (vgl. zu § 30 GmbHG: Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., § 30 Rn. 57; Kuntz in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 30 Rn. 82; enger MünchKommGmbHG/Ekkenga, 3. Aufl., § 30 Rn. 194). Unabhängig davon liegen nach dem Vorbringen des Klägers im vorliegenden Fall auch weitere die Sittenwidrigkeit des Eingriffs kennzeichnende Merkmale vor (vgl. vorstehend b) [2]).
- 47 (2) Entgegen der Meinung der Revisionserwiderung kann ein existenzvernichtender Eingriff auch nicht mit der Begründung verneint werden, dass mit der Eintragung der Verschmelzung nur ein Rechtsträger vorhanden ist, dessen Haftungsfonds den Gläubigern beider vormaligen Rechtsträger gleichermaßen diene und dieser (gemeinsame) Haftungsfonds nicht beeinträchtigt sei. Diese Sicht blendet aus, dass der Eingriff durch die Wirkungen der Verschmelzung beim übernehmenden Rechtsträger, namentlich der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwG, begründet ist.
- 48 (3) Eine Haftung gemäß § 826 BGB ist entgegen der Revisionserwiderung nicht wegen eines Verstoßes gegen das im Schadensrecht herrschende Bereicherungsverbot abzulehnen, weil eine Schadensersatzleistung der Beklagten nicht nur den Gläubigern des übernehmenden Rechtsträgers zu Gute käme. Ein Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot liegt schon deswegen nicht vor, weil über die Existenzvernichtungshaftung der Schaden

der Gesellschaft liquidiert wird (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 - II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 33 - Trihotel).

49 III. Das Berufungsurteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Sache ist nicht entscheidungsreif. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - bislang keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob der Beklagte zu 1 durch die Gewährung von Anteilen an der Schuldnerin einen Vermögensvorteil erlangt hat oder ob ein existenzvernichtender Eingriff im vorliegenden Fall deswegen zu bejahen ist, weil der Beklagte zu 1 unter Beteiligung des Beklagten zu 2 sein Interesse an der liquidationslosen Abwicklung der G. GmbH zu Lasten des zweckgebundenen Vermögens der Schuldnerin durchgesetzt und hierdurch deren Insolvenz herbeigeführt hat.

50 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass entgegen der Sicht der Revision eine Haftung des Beklagten zu 1 gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 UmwG nicht in Betracht kommt, so dass offen bleiben kann, ob ein solcher Anspruch vom Kläger in den Vorinstanzen überhaupt verfolgt wurde. Die Vorschrift eröffnet nach ihrem Wortlaut nur den Ersatz von Schäden, die dem übertragenden Rechtsträger, seinen Anteilshabern oder seinen Gläubigern durch die Verschmelzung zugefügt werden. Der übernehmende Rechtsträger, dessen Anteilshaber und Gläubiger werden von der Vorschrift nicht erfasst (Leonard in Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl., § 25 Rn. 12; Moog, Differenzhaftung im Umwandlungsrecht, 2008, S. 66).

51 IV. Gegen das Versäumnisurteil kann die säumige Partei innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung des Versäumnisurteils beginnt, schriftlich Einspruch durch eine von einer beim Bundesgerichtshof zuge-

lassenen Rechtsanwältin oder einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnete Einspruchsschrift beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45a, 76133 Karlsruhe (Postanschrift: 76125 Karlsruhe) einlegen.

Drescher

Born

Sunder

B. Grüneberg

V. Sander

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 02.09.2015 - 11 O 1394/13 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 26.10.2016 - 13 U 1493/15 -