



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 387/18

Verkündet am:
20. April 2021
Stoll
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

GmbHG § 64 Satz 4, § 43 Abs. 3 Satz 2, § 9b Abs. 1 Satz 1 i.d.F. vom
23. Oktober 2008

Eine Vereinbarung über Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG aF unterliegt auch dann dem Verzichts- und Vergleichsverbot, wenn ihr der vorläufige Insolvenzverwalter nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts zugestimmt hat.

BGH, Urteil vom 20. April 2021 - II ZR 387/18 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg sowie die Richter V. Sander und Dr. von Selle

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 18. Oktober 2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung des Klägers in Bezug auf den gegen die Beklagte zu 1 geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von Prozesszinsen zurückgewiesen wurde. Im Übrigen ist der auf die Revision des Klägers in das Revisionsverfahren gelangte Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt.

Die Rücknahme hat den Verlust der Anschlussrevision für die Beklagte zu 1 zur Folge.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens und des Revisionsverfahrens unter Berücksichtigung der im Revisionsverfahren eingetretenen Teilerledigung des Rechtsstreits, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der im Oktober 2013 gegründeten M. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin). Die Beklagte zu 1 war Mehrheitsgesellschafterin der Schuldnerin, in Höhe von 41 % unmittelbar und weiteren 49 % mittelbar über die S. GmbH, ihr Ehemann, der Beklagte zu 2, zunächst ihr Geschäftsführer.

- 2 Die Schuldnerin erwarb im November 2013 den Geschäftsbetrieb der O. GmbH für 267.750 € mit Hilfe eines von der Beklagten zu 1 gewährten Darlehens über 500.000 €. Zur Absicherung des Darlehens vereinbarten die Schuldnerin und die Beklagte zu 1 eine Sicherungsübereignung und die Abtretung von Kundenforderungen. Die Schuldnerin befand sich bereits kurz nach der Übernahme des Geschäftsbetriebs, mit der feste monatliche Kosten in Höhe von 260.637,79 € verbunden waren, in einer angespannten finanziellen Situation, die sie mit kurzfristigen Darlehen der Beklagten zu 1 bzw. der La. GmbH (im Folgenden: La.), deren Alleingesellschafterin die Beklagte zu 1 war, zu überwinden versuchte. Im April 2014 gründete die Schuldnerin mit der L. GmbH & Co. KG (im Folgenden: L.) eine ARGE zur Lieferung und Montage einer Brücke für 1.349.384,59 €. Zur Absicherung eines im Juni 2014 von der La. gewährten Darlehens über 200.000 € trat die Schuldnerin dieser die Forderungen gegen die Auftraggeberin ab. Mit Vertrag vom 25. September 2014 übertrug die Beklagte zu 1 Teile der ihr von der Schuldnerin gewährten Sicherheiten der La. als Ersatzsicherheit.

- 3 Der Beklagte zu 2 wurde am 9. Januar 2015 als Geschäftsführer abberufen und die Beklagte zu 1 als Geschäftsführerin bestellt, wobei der Beklagte zu 2 die Geschäfte der Schuldnerin aufgrund einer Generalvollmacht weiterführte. Am

16. April 2015 stellte der Beklagte zu 2 Insolvenzantrag für die Schuldnerin, woraufhin der Kläger zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt wurde. Die Schuldnerin schloss mit der L. und der Beklagten zu 1 mit Zustimmung des Klägers am 11. Mai 2015 eine Vereinbarung zur Abwicklung bestehender Auftragsverhältnisse, die u.a. folgende Regelungen vorsah:

- "8. Frau S. [Beklagte zu 1] verzichtet hiermit auf jegliche vertragliche oder gesetzliche Sicherungsrechte an den Werklohnforderungen der M., vorhandenem Rohmaterial einschließlich der daraus erstellten Halbfertig- und Fertigprodukte und des Warenbestandes. Dieser Verzicht ist umfassend. Er umfasst auch erworbene Eigentumsvorbehaltsrechte aus der Bezahlung von Material. Das gilt auch, soweit diese Ansprüche erst aus Vollzug dieses Vertrages entstehen.
9. (...)
10. Der mit dieser Vereinbarung erklärte Verzicht umfasst Sicherungsrechte aller Gesellschaften, an denen Frau S. [Beklagte zu 1], ihre Kinder und ihr Ehemann S. allein oder zusammen, direkt oder indirekt, verdeckt oder offen mit 10 % des Eigen- oder Stammkapitals beteiligt sind. Maßgeblich sind insoweit die wirtschaftlichen Verhältnisse. Er erfasst insoweit jegliche Ansprüche auf Aus- und Absonderung, Ersatzaussonderung oder Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche aus der Verletzung solcher Rechte. Soweit diese Erklärung mit Mängeln der Vertretungsmacht behaftet ist, stellt Frau S. die Insolvenzmasse auf erstes Anfordern durch Zahlung frei. (...) Im Gegenzug wird der Betrag, den Frau S. theoretisch wirtschaftlich dadurch verliert, dass sie auf ihre vom vorläufigen Insolvenzverwalter bestrittenen Sicherungsrechte im oben beschriebenen Umfang verzichtet, von möglichen (und genauso streitigen) Haftungsansprüchen der M. aus § 64 GmbHG (Geschäftsführerhaftung wegen Nichtbeachtung des Zahlungsverbots) bei deren Geltendmachung abgezogen. (...)"

4 Der Kläger verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldern Erstattung von zwischen dem 9. Januar 2015 und dem 8. April 2015 geleisteten Zahlungen in Höhe von 570.637,99 € nebst Zinsen mit der Behauptung, die Zahlungen seien nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet worden. Das Landgericht hat der Klage gegenüber den Beklagten als Gesamtschuldern in Höhe von 415.614,06 € und dem Beklagten zu 2 in Höhe von weiteren 114.506,92 € nebst Zinsen mit dem Vorbehalt stattgegeben, dass die Beklagten nach Zahlung ihre Rechte im Insolvenzverfahren verfolgen können. Auf die wechselseitigen Berufungen hat das Berufungsgericht die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 409.606,98 € und den Beklagten zu 2 zur Zahlung weiterer 114.506,92 € nebst Zinsen mit entsprechendem Vorbehalt verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag auf Verurteilung der Beklagten zu 1 zur Zahlung weiterer 114.506,92 € nebst Zinsen als Gesamtschuldner neben dem Beklagten zu 2 abzüglich am 19. Februar 2021 - durch den Beklagten zu 2 - gezahlter 114.506,92 € weiter. Im Übrigen haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt, die Beklagte zu 1 nach Rücknahme ihrer zunächst eingelegten Anschlussrevision.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Klägers hat Erfolg und führt im Umfang des noch rechts-hängig gebliebenen Teils des Rechtsstreits zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, ausgeführt:

- 7 Die Schuldnerin sei seit dem 1. Januar 2015 zahlungsunfähig gewesen. Beide Beklagte hätten die im Zeitraum vom 9. Januar 2015 bis 10. April 2015 geleisteten Zahlungen zu ersetzen. Das Landgericht habe von dem gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Haftungsanspruch zu Recht 114.506,92 € in Abzug gebracht. Die Einwände des Klägers gegen die Auslegung der Vereinbarung griffen nicht durch. Bei sachgerechter Auslegung der Vereinbarung ergebe sich, dass infolge der Freigabe der Sicherungsrechte eine Verringerung des Haftungsanspruchs eintrete. Die Beklagte zu 1 habe endgültig und unabhängig vom Erfolg einer Insolvenzanfechtung eine Rechtsposition aufgegeben und sich diesen Verzicht mit einer teilweisen Haftungsfreistellung "abkaufen" lassen. Dem stehe nicht entgegen, dass die Parteien in der Erklärung ihre wechselseitigen Ansprüche ausdrücklich streitig gestellt hätten. Die Vereinbarung sei - ihrem Vergleichscharakter Rechnung tragend - gerade wegen der differierenden Rechtsauffassungen getroffen worden. Es spreche nichts dafür, dass die Beklagte zu 1 den Verzicht erklärt habe, eine Haftungsbegrenzung aber nur habe erhalten sollen, wenn ihre Rechte nicht anfechtbar wären. In diesem Falle hätte die Beklagte zu 1 im Gegensatz zur Masse von der Vereinbarung keinen Vorteil gehabt. Hinzu trete, dass die Beklagte zu 1 mit der Freistellungserklärung über den Verzicht hinaus ein Haftungsrisiko auf sich genommen habe.
- 8 Der Vereinbarung stehe § 64 Satz 4, § 43 Abs. 3, § 9b GmbHG nicht entgegen. § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG finde vorliegend keine Anwendung. Die Bestimmung gelte nicht für den Insolvenzverwalter, weil das Insolvenzverfahren vom Ziel der bestmöglichen und gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung geprägt werde. Der Insolvenzverwalter solle nicht gezwungen werden, einen unter Umständen mit erheblichen Risiken verbundenen Rechtsstreit führen zu müssen und habe einen weiten Ermessensspielraum, der es ihm auch gestatte, eine notwendige Kooperation mit den Geschäftsführern einzugehen. Der Insolvenzszweck biete den Gläubigern ausreichend Schutz, dessen Verletzung zur Unwirksamkeit

des Geschäfts und zur Haftung des Insolvenzverwalters gemäß § 60 InsO führen könne. Für einen vorläufigen Insolvenzverwalter, der nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 60 InsO in gleicher Weise hafte und dem Insolvenzszweck ebenfalls verpflichtet sei, gelte nichts anderes. Darüber hinaus komme eine Anwendung von § 9b GmbHG nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen des auf § 9b GmbHG Bezug nehmenden § 43 Abs. 3 GmbHG nicht dargetan seien.

9 Die Vereinbarung sei auch nicht insolvenzzweckwidrig. Es komme nicht darauf an, ob die Einigung für die Masse günstig sei. Aus dem in der Vereinbarung genannten Zweck ergebe sich ein berechtigtes Interesse der Masse. Ein Verstoß gegen § 96 InsO liege mangels Aufrechnung eines Insolvenzgläubigers nicht vor.

10 II. Der Rechtsstreit hat in Bezug auf die gegen die Beklagte zu 1 im Revisionsverfahren verfolgte Hauptforderung seine Erledigung gefunden.

11 1. Eine Erledigung der Hauptsache kann auch noch im Revisionsrechtszug erklärt werden (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2011 - IX ZR 244/09, NJW-RR 2012, 688 Rn. 6). Sie führt im Umfang der übereinstimmenden Erledigungserklärungen zur Beendigung der Rechtshängigkeit des Rechtsstreits in der Hauptsache (BGH, Urteil vom 8. Februar 1989 - IVa ZR 98/87, BGHZ 109, 359, 366).

12 2. Die Erledigung des Rechtsstreits ist in Bezug auf den vom Kläger gegen die Beklagte zu 1 verfolgten Anspruch auf Zahlung weiterer 114.506,92 € eingetreten.

13 a) Die Erledigungserklärung des Klägers, der seinen Anspruch "abzüglich am 19. Februar 2021 gezahlter 114.506,92 € weiterverfolgt", bedarf allerdings der Auslegung, weil diese nicht eindeutig bestimmt, in welchem Umfang die

Hauptforderung und in welchem Umfang geltend gemachte Zinsen weiterverfolgt werden (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juni 1988 - I ZR 148/86, NJW-RR 1988, 1151). Diese Auslegung ergibt vorliegend, dass die Erledigungserklärung sich auf den Hauptanspruch bezieht.

- 14 aa) Für die Auslegung der Erledigungserklärung ist der erklärte Wille maßgeblich, der sich auch aus den Begleitumständen und insbesondere aus der Interessenlage ergeben kann, wobei im Zweifel dasjenige gilt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage entspricht (BGH, Beschluss vom 20. Januar 2016 - I ZB 102/14, WM 2016, 1190 Rn. 15 mwN).
- 15 bb) Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat im Zusammenhang mit seiner Erledigungserklärung zum Ausdruck gebracht, dass die Zahlung nach § 367 Abs. 1 BGB vorrangig auf den Zinsanspruch angerechnet werden solle. Diese Art der Verrechnung entspricht auch dem wirtschaftlichen Interesse des Klägers. Auf den Hinweis des Senats, im vorliegenden Fall sei möglicherweise von einer abweichenden Tilgungsbestimmung gemäß § 366 Abs. 1 BGB auszugehen, hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers die Erledigungserklärung ohne ausdrückliche Bestimmung über den erledigten Teil des Rechtsstreits abgegeben. In dieser Situation entspricht es der recht verstandenen Interessenlage des Klägers, seine Erklärung unter Rückgriff auf die im konkreten Fall anzuwendenden Bestimmungen zur Tilgungsreihenfolge auszulegen (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2018 - VIII ZR 68/17, BGHZ 218, 139 Rn. 27 ff.).
- 16 cc) Die Zahlung des Beklagten zu 2 erfolgte ohne nähere Bestimmung auf die Ansprüche, die dem Kläger im Urteil des Landgerichts unter Ziff. 1 des Urteilsausspruchs zugesprochen wurden. Für eine Tilgungsbestimmung nach § 366 Abs. 1, § 367 Abs. 2 BGB genügt aber, dass bei mehreren unterschiedlich

hohen Forderungen genau der Betrag einer der Forderungen gezahlt wird (BGH, Beschluss vom 14. Juli 2008 - II ZR 204/07, ZIP 2008, 1870 Rn. 16; Urteil vom 21. November 2005 - II ZR 140/04, BGHZ 165, 113, 119; Urteil vom 2. April 1991 - VI ZR 241/90, NJW 1991, 2295, 2296; aA Staudinger/Olzen, BGB, Neubearbeitung 2016, § 367 Rn. 15). Der Beklagte zu 2 hat mit der Zahlung in Höhe von 114.506,92 € danach eben jene Hauptforderungen erfüllt, hinsichtlich derer das Landgericht seine alleinige Haftung angenommen und der Kläger die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten zu 1 weiterverfolgt hat.

17 b) Die Beklagte zu 1 hat sich der Erledigungserklärung des Klägers in diesem Umfang angeschlossen. Dies ergibt sich vorliegend schon daraus, dass die Erledigung der Hauptforderung dem wohlverstandenen Interesse der Beklagten zu 1 entspricht. Ungeachtet dessen ist die Anschlussserklärung, wenn sie zum Umfang der Erledigung keine ausdrückliche Erklärung enthält und auch sonst ein entgegenstehender Wille nicht erkennbar ist, vom Gericht regelmäßig dahin zu verstehen, dass der Rechtsstreit im Umfang der Erledigungserklärung des Gegners beendet werden soll.

18 III. Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts ist nach der Erledigung des Rechtsstreits in Bezug auf die vom Kläger verfolgte Hauptforderung noch für den gegen die Beklagte zu 1 verfolgten Zinsanspruch von Bedeutung und hält der auf die Revision des Klägers noch veranlassten rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

19 1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Auslegung der Vereinbarung vom 11. Mai 2015 durch das Berufungsgericht.

20 a) Die Auslegung von Willenserklärungen ist grundsätzlich Angelegenheit des Tatrichters. Sie kann revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze,

sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht. Ein Verstoß gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze kann dabei gegeben sein, wenn nicht alle für die Auslegung wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 30. Januar 2020 - VII ZR 33/19, BGHZ 224, 328 Rn. 33; Urteil vom 27. Oktober 2020 - II ZR 355/18, ZIP 2020, 2453 Rn. 23, zVb in BGHZ). Zu den anerkannten Auslegungsgrundsätzen gehört auch, dass der Wortlaut einer Individualvereinbarung zwar den Ausgangspunkt der Auslegung bildet, dass jedoch der übereinstimmende Parteiwille dem Wortlaut und jeder anderen Interpretation vorgeht (BGH, Beschluss vom 30. April 2014 - XII ZR 124/12, juris Rn. 17) und der Grundsatz der interessengerechten Auslegung zu beachten ist (BGH, Urteil vom 22. April 2016 - V ZR 189/15, NJW-RR 2017, 210 Rn. 7).

21

b) Derartige Rechtsfehler liegen nicht vor. Die Auslegung durch das Berufungsgericht, Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG in der Fassung vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I 2026, nachstehend GmbHG aF) gegen die Beklagte zu 1 verringerten sich unabhängig von der Anfechtbarkeit ihrer Sicherungsrechte, ist vom Wortlaut der Vereinbarung gedeckt. Zwar kann der Wortlaut der Regelung, der Haftungsanspruch aus § 64 GmbHG aF verringere sich um den Betrag, "den Frau S. theoretisch wirtschaftlich dadurch verliert, dass sie auf ihre vom vorläufigen Insolvenzverwalter bestrittenen Sicherungsrechte im oben beschriebenen Umfang verzichtet" im Sinne der Revision verstanden werden, eine Anrechnung solle nur bei unanfechtbaren und mithin werthaltigen Sicherungsrechten erfolgen. Genauso gut kann die Verwendung des Wortes "theoretisch" aber die Ungewissheit des Verlusts andeuten, weil mit dem Verzicht der Beklagten zu 1 bei Unanfechtbarkeit der Sicherungsrechte ein tatsächlicher Verlust verbunden gewesen wäre. Die der Vereinbarung zugrundeliegenden Parteiinteressen hat das Berufungsgericht ebenfalls vertretbar berücksichtigt. Da die Beklagte ihre Rechtsposition endgültig aufgab, obwohl nach dem ausdrücklichen Wortlaut der

Vereinbarung die Anfechtbarkeit der Sicherheiten streitig war, ist die Annahme des Berufungsgerichts, diesen Verzicht habe sie sich durch eine teilweise Haftungsfreistellung "abkaufen" lassen, nicht zu beanstanden. Dass auch die Beklagte zu 1 ein Interesse an der Fortführung des Geschäftsbetriebs der Schuldnerin hatte, steht dem nicht entgegen. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

22 2. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Vereinbarung vom 11. Mai 2015 nicht wegen eines Verstoßes gegen den Verfahrenszweck unwirksam ist.

23 a) Dem Insolvenzverwalter steht wegen der mit seinem Amt verbundenen vielfältigen und schwierigen Aufgaben bei der Ausübung seiner Tätigkeit grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu. Unwirksam sind aber Verfügungen des Insolvenzverwalters, welche dem Insolvenzszweck der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung (vgl. § 1 Satz 1 InsO) klar und eindeutig zuwiderlaufen, bei denen der Verstoß also für einen verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich ist. Wirksam sind dagegen Verfügungen des Insolvenzverwalters, die nur unzumutbar oder sogar unrichtig sind (BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 360; Urteil vom 25. Oktober 2007 - IX ZR 217/06, BGHZ 174, 84 Rn. 42; Beschluss vom 20. März 2008 - IX ZR 68/06, ZIP 2008, 884 Rn. 4; Urteil vom 14. Juni 2018 - IX ZR 232/17, BGHZ 219, 98 Rn. 13). Dies gilt auch, wenn durch Vergleich auf Ansprüche der Masse (teilweise) verzichtet wird. Für die Frage, ob ein solcher Verzicht dem Insolvenzszweck klar und eindeutig zuwiderläuft, kommt es maßgeblich auf eine Gesamtbetrachtung der sich für die Masse ergebenden Auswirkungen des Vergleichs an (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2018 - IX ZR 232/17, BGHZ 219, 98 Rn. 14, 18).

24 Ob diese Grundsätze bezogen auf den Sicherungszweck gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO entsprechend für Rechtshandlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters gelten, hat der Bundesgerichtshof bislang offengelassen (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2005 - IX ZR 156/04, BGHZ 165, 283, 289; Urteil vom 11. Juni 1992 - IX ZR 255/91, BGHZ 118, 374, 379 für den Sequester; bejahend BAGE 116, 168 Rn. 16; OLG Dresden, OLGR 2005, 564, 565; Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 129 Rn. 152 f.; Sander/Reichelt in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 4. Aufl., § 22 Rn. 50; BeckOK InsO/Windau/Kopp, Stand: 15. Oktober 2020, § 22 Rn. 8; Jäger/Gerhardt, InsO, § 22 Rn. 26; MünchKommInsO/Haarmeyer/Schildt, 4. Aufl., § 22 Rn. 27; HambKommInsO/Schröder, 8. Aufl., § 22 Rn. 21; Pape, ZInsO 2016, 2149, 2152 f.).

25 b) Einer Entscheidung hierüber bedarf es auch im Streitfall nicht, weil die Revision nicht aufzeigt, dass die Vereinbarung vom 11. Mai 2015 dem Sicherungszweck nach § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO klar und eindeutig zuwiderläuft.

26 aa) Das Berufungsgericht hat seine Würdigung maßgeblich darauf gestützt, dass die Anfechtbarkeit der der Beklagten zu 1 gewährten Sicherheiten zwischen den Parteien streitig war und aus der Sicht des vorläufigen Insolvenzverwalters die Einnahmen aus den sicherungshalber abgetretenen Forderungen für die Betriebsfortführung benötigt wurden, um eine sofortige Betriebsstilllegung zu vermeiden. Überdies sollte von vornherein verhindert werden, dass die Masse später aus den behaupteten Sicherungsrechten in Anspruch genommen wird.

27 bb) Die Revision zeigt schon nicht auf, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zum Zeitpunkt der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zur Vereinbarung zweifelsfrei von der Anfechtbarkeit der Sicherungsrechte auszugehen war. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Bundesgerichts-

hof die bei Abschluss der Vereinbarung im Mai 2015 nicht einheitlich beantwortete Frage, ob das Bargeschäftsprivileg (§ 142 InsO) bei der Anfechtung der Besicherung eines Gesellschafterdarlehens gilt, erst im Jahr 2019 geklärt hat (BGH, Urteil vom 14. Februar 2019 - IX ZR 149/16, BGHZ 220, 100 Rn. 40 ff.). Unbeschadet dessen kann nicht davon die Rede sein, dass keine wirtschaftlichen Vorteile für die Masse angestrebt wurden, die der vorläufige Insolvenzverwalter in der Realisierung der Betriebsfortführung und der rechtssicheren Erledigung der Sicherungsrechte gesehen hat. Soweit die Revision auf die vollständige Realisierung der Sicherungsrechte abstellt, berücksichtigt sie zudem nicht, dass lediglich eine Anrechnung auf ebenfalls streitige Ansprüche gegen die Beklagte zu 1 aus § 64 GmbHG vereinbart wurde. Dass eine solche Anrechnung unter Berücksichtigung der Aussichten, solche Ansprüche in vollem Umfang zu Gunsten der Masse zu realisieren, der Masse offensichtlich Schaden zufügen würde, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

28 3. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht dagegen angenommen, die Vereinbarung vom 11. Mai 2015 sei nicht gemäß § 64 Satz 4, § 43 Abs. 3 Satz 2, § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG aF unwirksam. Eine Vereinbarung zwischen der späteren Insolvenzschuldnerin und einem Geschäftsführer über Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG aF unterliegt auch dann dem Verzichts- und Vergleichsverbot, wenn ihr der vorläufige Insolvenzverwalter nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) zugestimmt hat. Ob dies auch dann gilt, wenn bereits im Eröffnungsverfahren die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO übergeht, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung.

29 a) Nach § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche nach § 9a GmbHG oder ein Vergleich der Gesellschaft über

diese Ansprüche unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. Dies gilt gemäß § 64 Satz 4, § 43 Abs. 3 Satz 2 GmbHG aF entsprechend für Ersatzansprüche nach § 64 Satz 1 GmbHG aF.

30 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht für den Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft. Dies beruht maßgeblich darauf, dass sich aus dem Wortlaut und der Begründung des Gesetzes nicht ergibt, dass der Gesetzgeber insolvenzrechtliche Sachverhalte die Gesellschaft betreffend in den Blick genommen hat, der Gläubigerschutz, dem § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG ausschließlich dient, im eröffneten Verfahren durch die Regelungen der Insolvenzordnung verwirklicht wird und einer Geltung der Vorschrift die Aufgaben und Stellung des Insolvenzverwalters entgegenstehen (BGH, Urteil vom 14. Juni 2018 - IX ZR 232/17, BGHZ 219, 98 Rn. 21 ff.). In § 15b Abs. 4 Satz 5 InsO ist nunmehr ausdrücklich geregelt, dass das Verzichts- und Vergleichsverbot nach § 15b Abs. 4 Satz 4 InsO unter anderem dann nicht gilt, wenn ein Insolvenzverwalter für die juristische Person handelt. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll mit der Regelung in Übernahme der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Einschränkung des Verzichts- und Vergleichsverbots für den Insolvenzverwalter klargestellt werden (Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts [SanInsFoG], BT-Drucks. 19/24181, S. 195).

31 c) Die vom Berufungsgericht verneinte Anwendbarkeit von § 64 Satz 4, § 43 Abs. 3 Satz 2, § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG aF auf einen von der Gesellschaft mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters geschlossenen Vergleich ist - soweit ersichtlich - bislang in der Rechtsprechung nicht erwogen worden und wird auch im Schrifttum nicht diskutiert. In der hier vorliegenden Fallgestaltung,

in der der vorläufige Insolvenzverwalter nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO einer Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und ihrer Geschäftsführerin über den Umfang der Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG aF zugestimmt hat, ist entgegen der Sicht des Berufungsgerichts das Verzichts- und Vergleichsverbot entsprechend seinem Wortlaut anwendbar.

32 aa) Das gesellschaftsrechtliche Verzichts- und Vergleichsverbot wird erst durch den mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundenen Beschlag des Schuldnervermögens zu Gunsten der Gläubiger durch die insolvenzrechtlichen Bestimmungen überlagert (BGH, Urteil vom 14. Juni 2018 - IX ZR 232/17, BGHZ 219, 98 Rn. 26; Jaeger/Windel, InsO, § 80 Rn. 86). Die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts bewirken hingegen nur, dass der vorläufige Insolvenzverwalter wirksame rechtsgeschäftliche Verfügungen des Schuldners verhindern kann (BGH, Urteil vom 18. Juli 2002 - IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353, 361 f.). Der mitbestimmende vorläufige Insolvenzverwalter ist daher auf die Kontrolle des Schuldners beschränkt, dessen Handlungen weiterhin gesellschaftsrechtlichen Bindungen unterliegen.

33 bb) Der Geltungsanspruch des Verzichts- und Vergleichsverbots nach § 64 Satz 4, § 43 Abs. 3 Satz 2, § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG aF wird nicht dadurch geschmälert, dass der vorläufige Insolvenzverwalter durch die Verweigerung der Zustimmung eine Verfügung über die der Gesellschaft zustehenden Ansprüche nach § 64 Satz 1 GmbHG aF verhindern kann. Die Anordnung des Zustimmungsvorbehalts weist zwar dieselbe Schutzrichtung auf, wie das auf die Sicherung der Durchsetzbarkeit der Haftungsansprüche gegen die Geschäftsführer zielende Verzichts- und Vergleichsverbot, weil sie als Maßnahme des Insolvenzgerichts

im Eröffnungsverfahren nach § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO der Verhütung einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag dient. Dies rechtfertigt die vom Berufungsgericht angenommene Einschränkung des Anwendungsbereichs jedoch nicht.

34 (1) Die Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters und die mit ihr einhergehenden Befugnisse unterscheiden sich grundlegend von denen des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren. Die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters beschränken sich im Wesentlichen auf die Massesicherung (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO; RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 117). Er hat grundsätzlich nicht die Aufgabe, das Schuldnervermögen zu verwerten (BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2000 - IX ZB 105/00, BGHZ 146, 165, 176 mwN; Beschluss vom 18. Dezember 2003 - IX ZB 28/03, NZI 2004, 381, 382; Urteil vom 15. März 2012 - IX ZR 249/09, ZIP 2012, 365 Rn. 11).

35 Damit soll zum einen der Schuldner vor unwiederbringlichen Vermögensseinbußen geschützt werden, solange die Insolvenzeröffnung nicht feststeht. Zum anderen soll auch Entscheidungen der Gläubiger nach der Verfahrenseröffnung (§ 157 InsO), etwa nach § 160 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 InsO, nicht vorgegriffen werden (BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2000 - IX ZB 105/00, BGHZ 146, 165, 172).

36 (2) Ausgehend von der beschriebenen Aufgabenstellung muss im Eröffnungsverfahren typischerweise keine Entscheidung darüber getroffen werden, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG aF gegen die Geschäftsführer verfolgt werden. Dementsprechend bedarf es auch nicht der Abwägung, ob die Verfolgung der Ansprüche unter Berücksichtigung der Prozess- und Kostenrisiken dem Ziel der bestmöglichen und gleichmäßigen

Gläubigerbefriedigung entspricht. Allerdings hat der Bundesgerichtshof auch angeführt, dass dem Insolvenzverwalter ein Ermessensspielraum auch insoweit einzuräumen ist, als er eine notwendige, über §§ 97, 101 InsO hinausgehende Kooperation mit dem Geschäftsführer durch eine zwingende Verfolgung der Ansprüche nach § 64 GmbHG aF nicht gefährden will (BGH, Urteil vom 14. Juni 2018 - IX ZR 232/17, BGHZ 219, 98 Rn. 29). Diese Situation mag, wie der Streitfall zeigt, auch bereits im Eröffnungsverfahren eintreten können, wenn die Fortführung des Geschäftsbetriebs im Rahmen des Sicherungszwecks von einer solchen Kooperation abhängig ist. Da im Eröffnungsverfahren jedoch keine Entscheidung über die Anspruchsverfolgung getroffen werden muss, erscheint es nicht zwingend geboten, bereits in diesem Verfahrensstadium bindende Vereinbarungen über einen Vergleich oder Verzicht zu ermöglichen. Hinzu kommt, dass die Handlungsmöglichkeiten des vorläufigen Insolvenzverwalters faktisch hinter denen des endgültigen Insolvenzverwalters zurückbleiben und die absolut wirkenden Verbote in § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG geeignet sind, einen notwendigen Schutz gegen eine Verfügung über gläubigerschützende Haftungsansprüche allein aus wirtschaftlichen Zwängen heraus zu bieten (BGH, Urteil vom 10. Januar 2013 - IX ZR 161/11, ZIP 2013, 528 Rn. 21). Angesichts der hier in Betracht kommenden Fallgestaltungen bietet die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 21 Abs. 2 Nr. 1, § 60 InsO keinen gleichwertigen Schutz.

37 cc) Der durch das Anfechtungsrecht nach §§ 129 ff. InsO gewährleistete Schutz der Gläubiger rechtfertigt ebenfalls kein anderes Ergebnis. Zwar unterliegen auch Rechtshandlungen des Schuldners, denen der vorläufige Insolvenzverwalter zugestimmt hat, der Insolvenzanfechtung, es sei denn, der Leistungsempfänger hat auf die Rechtsbeständigkeit des Verhaltens des vorläufigen Insolvenzverwalters tatsächlich vertraut und dieses Vertrauen ist schutzwürdig (BGH, Urteil vom 13. März 2003 - IX ZR 64/02, BGHZ 154, 190, 194; Urteil vom 9. Dezember 2004 - IX ZR 108/04, BGHZ 161, 315, 318; Urteil vom

30. September 2010 - IX ZR 177/07, WM 2010, 2167 Rn. 10; Urteil vom 21. Oktober 2010 - IX ZR 240/09, ZInsO 2010, 2293 Rn. 11; Urteil vom 10. Januar 2013 - IX ZR 161/11, ZInsO 2013, 551 Rn. 16; Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 164/13, BGHZ 200, 210 Rn. 11 f.). Das Verzichts- und Vergleichsverbot bietet aber einen gegenüber dem Anfechtungsrecht weitergehenden Schutz, der dem Insolvenzverfahren vorgelagert ist (BGH, Urteil vom 14. Juni 2018 - IX ZR 232/17, BGHZ 219, 98 Rn. 25). Insbesondere werden durch das Verzichts- und Vergleichsverbot auch Fälle erfasst, in denen das Insolvenzverfahren nicht zur Eröffnung gelangt. Wenn es auch fernliegen mag, dass ein vorläufiger Insolvenzverwalter in solchen Fällen einer die Haftung beschränkenden Vereinbarung zustimmt, wäre die Möglichkeit des Zugriffs der Gläubiger auf die ungeschmälernten Ansprüche gegen den Geschäftsführer gerade dann von besonderer Bedeutung.

38

dd) Die Neuregelung der Geschäftsführerhaftung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I 3256) gibt keine Veranlassung, die Anwendung des Verzichts- und Vergleichsverbots auf Vereinbarungen, die im Eröffnungsverfahren mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters geschlossen wurden, in Zweifel zu ziehen. Das Vergleichs- und Verzichtsverbot in § 15b Abs. 4 Satz 4 InsO gilt nach seinem Wortlaut nur dann nicht, wenn ein Insolvenzverwalter für die juristische Person handelt. Soweit nach § 15b Abs. 2 Satz 3 InsO Zahlungen, die im Zeitraum zwischen der Antragstellung und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geleistet werden, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar gelten, wenn diese mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters vorgenommen wurden, beruht dies nach der Begründung des Regierungsentwurfs darauf, dass für eine Anwendung des Zahlungsverbots mit Blick auf die Verantwortlichkeit des vorläu-

figen Insolvenzverwalters, der bei seiner Zustimmungsentscheidung eigenständig das Interesse der Gläubiger an einer bestmöglichen Massesicherung zu wahren habe, kein Raum bleibe (Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts [SanInsFoG], BT-Drucks. 19/24181, S. 195). Diese, die Entlastung des Geschäftsführers für Zahlungen nach Antragstellung betreffende Bestimmung regelt aber die besondere Situation der auch im Eröffnungsverfahren grundsätzlich fortbestehenden Haftung des Geschäftsführers. Selbst wenn in ihr zum Ausdruck kommen sollte, dass der Geschäftsführer bei Vornahme einer Zahlung im Eröffnungsverfahren auf die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters vertrauen dürfen soll, soll der Geschäftsführer Rechtssicherheit lediglich für die Vornahme von Zahlungen bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag erhalten (Brinkmann, ZIP 2020, 2361, 2366; Bitter, ZIP 2021, 321, 326). Das Verzichts- und Vergleichsverbot betrifft demgegenüber den Erhalt bereits entstandener gläubigerschützender Ansprüche.

39 4. Ebenfalls rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht davon aus, die Anwendbarkeit von § 64 Satz 4, § 43 Abs. 3 Satz 2, § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG aF sei von den Voraussetzungen des § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, dem Vorliegen einer Unterbilanz, abhängig. Die Verweisung auf § 43 Abs. 3 und 4 GmbHG in § 64 Satz 4 GmbHG aF bezieht sich auf die Ersatzansprüche nach § 64 Satz 1 und 3 GmbHG aF (Arnold in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 64 GmbHG Rn. 39; BeckOK GmbHG/Mätzig, Stand: 1. November 2020, § 64 Rn. 93; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 64 Rn. 40). Dass die Verweisung nach dem Gesetzeswortlaut auch § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG umfasst, besagt nicht, dass die Anwendung von § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG von den in § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG genannten Voraussetzungen abhängt.

40 5. Schließlich hat das Berufungsgericht auch rechtsfehlerhaft angenommen, der Kläger könne nicht die Anfechtbarkeit der Vereinbarung vom 11. Mai

2015 einwenden. Selbst wenn der Anwendungsbereich von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO nicht eröffnet sein sollte, weil die vereinbarte Anrechnung der Beklagten zu 1 nicht als Insolvenzgläubigerin zu Gute gekommen ist, kommt in Betracht, dass die Vereinbarung nach § 132 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar ist. Insoweit genügt es, dass der Kläger im wirtschaftlichen Ergebnis eine der Anfechtung entsprechende Rechtsfolge anstrebt und sein Begehren auf einen Sachverhalt stützt, der geeignet sein kann, die Voraussetzungen einer Anfechtungsnorm zu erfüllen (BGH, Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 55/15, ZIP 2016, 30 Rn. 17). Dies ist hier der Fall, zumal der Kläger gegenüber der Beklagten zu 1 geltend gemacht hat, dass die Sicherheiten, auf die sich die Vereinbarung bezieht, anfechtbar waren. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Vereinbarung vom 11. Mai 2015 ein die Schuldnerin unmittelbar benachteiligendes Rechtsgeschäft war.

41 6. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar, § 561 ZPO.

42 a) Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts begründen nicht den Einwand der Beklagten zu 1, dass der Kläger sich auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 11. Mai 2015 nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht berufen kann.

43 aa) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Anfechtung einer Rechtshandlung ausgeschlossen ist, wenn der vorläufige Verwalter durch sein Handeln einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand gesetzt hat und der Empfänger der Leistung demzufolge nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) damit rechnen durfte, ein auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr entziehbares Recht erhalten zu haben. Dies ist bei Rechtshandlungen eines mitbestimmenden vorläufigen Insolvenzverwalters, wenn seine Mitwirkung nicht zu

einer Masseschuld führt, nur dann der Fall, wenn der Leistungsempfänger auf die Rechtsbeständigkeit des Verhaltens des vorläufigen Verwalters tatsächlich vertraut hat und dieses Vertrauen schutzwürdig ist (BGH, Urteil vom 13. März 2003 - IX ZR 64/02, BGHZ 154, 190, 199; Urteil vom 9. Dezember 2004 - IX ZR 108/04, BGHZ 161, 315, 320 ff.; Urteil vom 15. Dezember 2005 - IX ZR 156/04, BGHZ 165, 283, 286 f.; Urteil vom 10. Januar 2013 - IX ZR 161/11, ZIP 2013, 528 Rn. 17; Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 164/13, BGHZ 200, 210 Rn. 12).

44 Einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand begründet der vorläufige Verwalter in der Regel dann, wenn er Verträgen vorbehaltlos zustimmt, die der Schuldner mit einem Gläubiger nach Anordnung von Sicherungsmaßnahmen geschlossen und in denen er im Zusammenhang mit an das Schuldnerunternehmen zu erbringenden Leistungen des Gläubigers Erfüllungszusagen für Altverbindlichkeiten gegeben hat. Diese Rechtsfolge beruht auf einer sachgerechten Wertung der beiderseitigen Interessen und entspricht allgemeinen im Vertragsrecht anerkannten Maßstäben, nach denen bei einem widersprüchlichen Verhalten der Einwand der Treuwidrigkeit gemäß § 242 BGB eröffnet sein kann (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2005 - IX ZR 156/04, BGHZ 165, 283, 286; Urteil vom 10. Januar 2013 - IX ZR 161/11, ZIP 2013, 528 Rn. 18). Ein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand kann auch darauf beruhen, dass der Insolvenzverwalter den Anfechtungsgegner zur Aufgabe von Sicherheiten veranlasst (BGH, Beschluss vom 9. Februar 2012 - IX ZR 147/09, juris Rn. 2).

45 bb) Entsprechend kann auch die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu einer gegen das Verzichts- und Vergleichsverbots verstoßenden Vereinbarung dazu führen, dass sich der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren nicht auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung berufen kann (zur Anwendung von § 242 BGB auf nichtige Rechtsgeschäfte BGH, Urteil vom 24. April

2008 - VII ZR 42/07, BGHZ 176, 198 Rn. 12 mwN; Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 Rn. 28). § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG schützt allein die Interessen der Gesellschaftsgläubiger, die der vorläufige Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren bei der Entscheidung über die Zustimmung zu einer Verfügung des künftigen Insolvenzschuldners zu berücksichtigen hat. Entsprechend tritt die Folge der Unwirksamkeit nur ein, wenn der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Das Vertrauen des Geschäftsführers in den Bestand einer Vereinbarung, die gegen das Verzichts- und Vergleichsverbot verstößt, ist jedoch nur dann schutzwürdig, wenn dieser im Vertrauen auf den Bestand des Vergleichs oder Verzichts seinerseits tatsächlich eine Leistung zu Gunsten der Masse erbringt.

46 cc) Das Berufungsgericht hat - von seinem Rechtsstandpunkt ausgehend folgerichtig - hierzu keine Feststellungen getroffen. Es hat weder die Umstände näher aufgeklärt, die zur Vereinbarung vom 11. Mai 2015 geführt haben noch hat es sich mit der Frage befasst, ob die Beklagte zu 1 im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Vereinbarung tatsächlich eine Leistung zu Gunsten der Masse erbracht hat. Dies wäre hinsichtlich der Sicherungsrechte, auf die sich der Verzicht bezieht, nur dann der Fall, soweit diese nicht der Anfechtung unterlegen hätten.

47 b) Der Vortrag der Beklagten zu 1 im Revisionsverfahren, der Anspruch auf Prozesszinsen sei durch Aufrechnung erloschen, unterliegt gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht der Beurteilung des Revisionsgerichts. Aus § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ergibt sich, dass das Revisionsgericht grundsätzlich den Sach- und Streitstand der letzten mündlichen Verhandlung zweiter Instanz zugrunde zu legen hat. Ausnahmsweise hat es auch materiell-rechtlich relevante Tatsachen zu berücksichtigen, die nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht entstanden sind, wenn sie unstreitig sind und schützenswerte Belange der Gegenpartei nicht entgegenstehen. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier

nicht vor, weil der Berücksichtigung des Aufrechnungseinwands im Streitfall der von § 555 Abs. 3 ZPO geschützte Belang des Klägers entgegensteht, ein mit einer Begründung versehenes streitiges Revisionsurteil zu erhalten (vgl. BGH, Urteil vom 14. August 2019 - IV ZR 279/17, BGHZ 223, 57 Rn. 34 f.).

48 IV. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, soweit der Kläger gegen die Beklagte zu 1 in Höhe einer Geldschuld von 114.506,92 € einen Anspruch auf Prozesszinsen bis zum 19. Februar 2021 verfolgt (§ 562 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

LG Koblenz, Entscheidung vom 16.01.2018 - 4 HKO 41/16 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 18.10.2018 - 6 U 161/18 -