

**Leitsatz**

1. Wird in die Bilanz einer Ein-Mann-GmbH eine Forderung der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter aufgenommen, ist darin ein starkes Beweisindiz für die Existenz der Forderung zu sehen, so dass dahingestellt bleiben kann, ob die Bilanzfeststellung auch bei dieser Gesellschaftsform rechtsgeschäftlichen Charakter hat.
2. Die Geltendmachung der Gesellschaftsforderung scheitert trotz fehlender Gegenleistung der Gesellschaft nicht am Einwand schenkungsrechtlicher Formnichtigkeit, wenn der Gesellschafter seine Verpflichtung im Hinblick auf seine Mitgliedschaft (causa societatis) eingegangen ist.
3. Ein Gesellschafter haftet gem. § 826 BGB, wenn er seiner GmbH als deren Geschäftsführer eigennützig die gegen ihn selbst gerichtete Forderung entzieht, indem er - auf beiden Prozessseiten agierend - gegen die Gesellschaft ein klagabweisendes Versäumnisurteil erwirkt und damit das Liquidationsvermögen vernichtet, das zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist.
4. Die rechtliche Fehlbewertung des eigenen, sittenwidrigen Verhaltens durch den Gesellschafter lässt den Schädigungsvorsatz nicht entfallen.
5. Führt ein Vollstreckungsgläubiger der Gesellschaft als deren Nebenintervenient den Prozess gegen den Gesellschafter allein fort und setzt er sich damit in Widerspruch zu einem zwischenzeitlich bestellten, pflichtwidrig handelnden Notliquidator der Hauptpartei, unterbricht diese Prozessführung trotz der Regelung des § 67 ZPO nicht den Zurechnungszusammenhang mit dem vorangegangenen prozessualen Schädigungsverhalten des Gesellschafters; der Gesellschafter haftet auch für die weiteren aufgrund der Prozessfortsetzung entstandenen Kosten.

**Tenor**

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Verden vom 26. Oktober 2006 abgeändert und der Beklagte verurteilt,
  - a) an die vom Kläger verwaltete Konkursmasse der ... m ... GmbH ... 554.229,56 Euro nebst 4 % Zinsen auf 538.668,81 Euro seit dem 19.04.1994 und auf 15.560,75 Euro seit dem 13.09.2006 zu zahlen;
  - b) die vom Kläger verwaltete Konkursmasse der ... m ... GmbH ... von sämtlichen Kosten freizustellen, die ihr in dem Rechtsstreit ... S GmbH ... – 4 O 137/94 LG Verden / 16 U 314/05 OLG Celle – oder im Zusammenhang mit diesem Rechtsstreit entstanden sind oder noch entstehen werden, soweit diese Kosten nicht schon Gegenstand des vorstehenden Zahlungsausspruchs (lit. a) sind.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Dem Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern der Kläger nicht seinerseits zuvor Sicherheit in Höhe von 115 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages geleistet hat.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

I.

Der Kläger macht als Konkursverwalter Ansprüche geltend, die einem Schwesterunternehmen der Konkurschuldnerin gegen den Beklagten als deren Gesellschafter-Geschäftsführer zustehen sollen und auf die der Kläger durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zugegriffen hat. Erhoben wird der Vorwurf vorsätzlicher Vernichtung von Liquidationsvermögen des Schwesterunternehmens, also der Vollstreckungsschuldnerin, durch eine prozessuale Manipulation in einem von der Schwestergesellschaft gegen den Beklagten betriebenen Vorprozess.

Der Kläger ist Verwalter der 1992 in Konkurs gefallenen ... m ... GmbH. Der Beklagte war deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer. Im Jahre 1994 war der Kläger zugleich Konkursverwalter über das Vermögen der ... S ... GmbH, deren Gesellschafter-Geschäftsführer und Liquidator der Beklagte ebenfalls war.

Der Senat hat das klagabweisende Urteil des LG Verden durch sein erstes Berufungsurteil vom 20. Juni 2007 bestätigt. Auf die zugelassene Revision hin hat der BGH durch Urteil vom 9. Februar 2009 (II ZR 292/07) das Berufungsurteil des Senats aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, soweit ein Anspruch aus existenzvernichtendem Eingriff in das Vermögen der ... S GmbH gem. § 826 BGB und damit in eine vom Kläger gepfändete Forderung seiner Konkurschuldnerin aus Rechtsgründen verneint worden ist. Hinsichtlich des Vorbringens der Parteien bis zum ersten Berufungsurteil des Senats und der Klageabweisungsgründe wird auf das Urteil des Senats vom 20.06.2007 und die bis dahin gewechselten Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.

Die Parteien verfolgen ihre in der vorangegangenen Berufungsinstanz gestellten Anträge – Verhandlung vom 9. Mai 2007, Band II, Bl. 287 d. A. – weiter. Der Kläger trägt ergänzend vor, dass kausal für das Unterliegen des Klägers in dem Vorprozess 16 U 314/05 OLG Celle allein das sittenwidrige Verhalten des Beklagten gewesen sei. Der hiesige 16. Zivilsenat habe in seinem Beschluss vom 12. Mai 2006, mit dem die Berufung gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen worden ist, die Frage, ob die ... S GmbH nach der Pfändung noch auf die gepfändete Forderung habe einwirken dürfen, ausdrücklich dahingestellt sein lassen und sich zur Begründung seiner Entscheidung ausschließlich auf einen angeblichen Verzicht des Beklagten im Jahre 1994 gestützt. Das Verhalten des Notliquidators, der mit seinem Schriftsatz vom 06.04.2006 dem Vorbringen des Beklagten beigetreten sei, sei für den Ausgang des Vorprozesses nicht ursächlich geworden.

Soweit der BGH in seinem Urteil vom 9. Februar 2009 auf das Fehlen von Feststellungen zum Schadensvorsatz hinsichtlich der nach dem 13.10.1994 entstandenen Prozesskosten hingewiesen habe, sei für die Vorsatzfeststellung maßgebend, dass der Beklagte sich seiner sittenwidrigen Aktion vom Oktober 1994 zu Lasten der ... S GmbH und deren Auswirkung zu Lasten der vom Kläger verwalteten Konkursmasse als Gläubigerin der ... S GmbH bewusst gewesen sei. Der Beklagte habe gewusst, dass der Kläger die Einziehung der später titulierten Forderung der ... m GmbH gegen die ... S GmbH betrieb und dass die Forderung der ... S GmbH gegen ihn selbst der wichtigste realisierbare Vermögenswert für die Gläubiger der ... S GmbH, insbesondere für den Kläger war. Der Beklagte habe somit für möglich gehalten und in Kauf genommen, dass es wegen seiner Aktion vom Oktober 1994 zu Prozesskosten kommen konnte, die mittelbar den Regressanspruch des Klägers betreffen und dem Kläger einen Kostenschaden zufügen konnten.

Der Beklagte verneint einen Anspruch wegen Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB. Die Herbeiführung eines Versäumnisurteils zu Lasten der ... S GmbH habe nicht zu einem Vermögensentzug bei dieser Gesellschaft geführt; folglich sei dem Kläger auch kein Schaden entstanden.

Zwischen der ... S GmbH und dem Beklagten habe weder ein Kontokorrentverhältnis noch eine sonstige sich aus dem Jahresabschluss dieser Gesellschaft ergebende Verpflichtung des Beklagten bestanden. Ein Kontokorrentverhältnis sei weder mündlich noch schriftlich noch konkludent vereinbart worden. Die Führung von Verrechnungskonten in der internen Buchführung der ... S GmbH sei nicht geeignet gewesen, ein rechtswirksames Kontokorrentverhältnis mit dem Beklagten zu begründen. Es fehle nicht nur an einem Rechtsbindungswillen; einer internen Buchführung komme im Außenverhältnis auch kein Erklärungswert zu. Die Bilanz der ... S GmbH weise per 31.12.1990 einen Betrag in Höhe von 890.042,218 DM aus, ohne dass die Formulierung "Kontokorrentverhältnis" verwendet worden sei. Auch die Gewinn- und Verlustrechnung sowie der Anhang zur Bilanz enthielten keine Anhaltspunkte für die Vereinbarung eines Kontokorrents.

Aus der Bilanz ergebe sich auch unabhängig von dem Bestehen eines Kontokorrentverhältnisses nicht, dass gegen den Beklagten eine durchsetzbare Forderung in Höhe von 827.735,72 DM bestanden habe. Wenn man in der Bilanzfeststellung im Innenverhältnis zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft einen rechtsgeschäftlichen Vorgang,

nämlich ein abstraktes Schuldanerkenntnis sehen wolle, scheitere dessen Wirksamkeit an Formnichtigkeit gem. §§ 518 Abs. 1 S. 1 und 2, 125 BGB.

Nach dem Klägervortrag und dem Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft habe die angebliche Forderung gegenüber dem Beklagten ihre Grundlage in einem sog. "verlorenen Zuschuss". Das Versprechen der Gewährung eines Zuschusses sei nach dem übereinstimmenden Willen des Beklagten und der ... S GmbH unentgeltlich erfolgt. Die angebliche Zusage sei nicht notariell beurkundet worden. Eine Abhängigkeit von einer Gegenleistung habe nach dem übereinstimmenden Willen der Gesellschaft und des Beklagten ebensowenig bestanden wie eine von dem Beklagten zu tilgende Verbindlichkeit. Dies habe der Kläger in seiner Eigenschaft als zwischenzeitiger Konkursverwalter über das Vermögen der Vollstreckungsschuldnerin selbst erkannt und im Rahmen des Konkursverfahrens über das Vermögen des Beklagten von einer fristgemäßen Anmeldung der angeblichen Forderung zur Tabelle abgesehen.

Selbst bei Bejahung eines verbindlichen Schuldanerkenntnisses auf der Grundlage des festgestellten Jahresabschlusses sei die angebliche Forderung noch vor Klageerhebung im Jahre 1994 durch eine entsprechende Erklärung des Klägers in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter der ... S GmbH und als zwischenzeitiger Konkursverwalter über das Vermögen des Beklagten untergegangen. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Beklagten habe dem Kläger in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermögen der ... S GmbH bereits der Jahresabschluss der Gesellschaft per 31.12.1990 vorgelegen. Zudem hätten dem Kläger die Buchführungsunterlagen für den Zeitraum zwischen dem 31.12.1990 und dem Tag der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der ... S GmbH vorgelegen. Dem Kläger sei damit im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Beklagten bekannt gewesen, dass die Bilanz eine angebliche Forderung gegenüber dem Beklagten auswies. Zudem sei ihm aufgrund der vorliegenden Buchführungsunterlagen eine angebliche Entwicklung der angeblichen Forderung bis zum Tag der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Beklagten bekannt gewesen. Gleichwohl habe er den in der Bilanz ausgewiesenen Anspruch als Konkursverwalter über das Vermögen der ... S GmbH nicht innerhalb der Frist des § 138 KO im Konkurs des Beklagten angemeldet. Der Kläger habe mit Schreiben vom 23.09.1992 dem Amtsgericht Verden eine Aufstellung der Debitoren und Kreditoren zugeleitet; in dieser Liste sei der Beklagte nicht erwähnt. Da der Kläger als Konkursverwalter die Pflicht gehabt habe, in seiner Eigenschaft als Konkursgläubiger des Beklagten Forderungen fristgemäß zur Tabelle anzumelden, wenn die Befriedigung der Forderung nicht mit Sicherheit ausgeschlossen sei, habe das Unterbleiben der Anmeldung rechtsgeschäftlichen Erklärungswert. Dahingestellt bleiben könne, ob es sich um einen Forderungsverzicht oder um eine deklaratorische Vereinbarung im Hinblick auf das Nichtbestehen der Forderung handele.

Unabhängig vom Fehlen eines Schadens sei auch kein Schädigungsvorsatz gegeben. Für die Feststellung eines Vorsatzes im Sinne des § 826 BGB komme es insbesondere auf die Motivationslage des Schädigers an; ein erheblicher Tatbestandsirrtum lasse den Vorsatz entfallen. Der Beklagte sei aufgrund der Erwägung, mit der der Eintritt eines Schadens verneint werde, zu Recht davon ausgegangen, dass ihm gegenüber kein rechtlich wirksamer Anspruch bestanden habe. Er habe die maßgebliche Vermögens- und Ertragslage seiner Unternehmensgruppe im Ergebnis ausschließlich auf der Ebene der konsolidierten Bilanz gesehen.

Angeblichen Forderungen der Einzelgesellschaften gegenüber dem Einzelunternehmen des Beklagten, denen kein tatsächlicher Austausch von Leistung und Gegenleistung oder ein Fluss von Barmitteln zugrunde gelegen habe, habe der Beklagte keinen rechtlich bindenden Erklärungswert zugemessen. In dieser Einschätzung sei der Beklagte dadurch bestätigt worden, dass der Kläger die angebliche Forderung der ... S GmbH ihm gegenüber nicht innerhalb der Frist des § 138 KO angemeldet habe. Trotz umfangreicher Intervention des Klägers und deren gerichtlicher Überprüfung und obwohl sich der Kläger in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter anderer Gruppenunternehmen verschiedener, von ihm ebenfalls nicht fristgerecht zur Tabelle angemeldeter Forderungen berührt habe, habe der Beklagte die Einstellung des Konkursverfahrens über sein eigenes Vermögen gem. § 202 KO erreicht. Im Zuge der Aufhebung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Beklagten habe der Kläger vergeblich versucht, die ihm missliche Aufhebung damit zu verhindern, dass er die angebliche Forderung aus dem angeblichen Kontokorrentverhältnis nachträglich angemeldet habe. Da der Kläger mit diesem Ansinnen in mehreren Instanzen gescheitert sei, habe der Beklagte davon ausgehen dürfen, dass die Geltendmachung der nachgemeldeten Ansprüche zu Unrecht erfolgt sei. In dem Verfahren 4 O 9/94 LG Verden sei eine ähnliche angebliche Forderung der ... m GmbH gegenüber dem Beklagten Gegenstand eines Rechtsstreits zwischen dem Kläger in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermögen der ... m GmbH und dem Beklagten gewesen. Auch diese Forderung habe der Kläger aus einem angeblichen Kontokorrent-Verrechnungskonto bzw. aus dem Jahresabschluss der ... m GmbH hergeleitet. Der Vorsitzende Richter der 4. Zivilkammer habe in der mündlichen Verhandlung zu erkennen gegeben, dass die Kammer des LG Verden nach dem Sach- und Streitstand vom 05.05.1994 von der Nichtexistenz der Forderung ausgegangen sei. Die Prozessvertreter des Beklagten hätten damals gegenüber dem Beklagten die Auf-

fassung vertreten, die angebliche Forderung bestünde nicht und werde vom Kläger nur deshalb geltend gemacht, weil dieser im eigenen Interesse versuche, die Einstellung des Konkursverfahrens zu verhindern. Auf diese Einschätzung seiner Anwälte habe sich der Beklagte verlassen dürfen.

Zu dem Versäumnisurteil sei es gekommen, ohne dass der Beklagte als juristischer Laie die Prozessrechtliche Situation und die Vielzahl der zwischendurch geführten Prozesse in den Einzelheiten habe erfassen können. In einer anderen Sache sei es nach der Einstellung des Konkursverfahrens über das Vermögen der ... S GmbH zu einem telefonischen Streitgespräch zwischen dem Beklagten und seinen persönlichen Beratern gekommen, das das Vertrauensverhältnis zu den Beratern nachhaltig belastet habe. Wegen der jahrelangen emotionalen Belastung, die mit den Konkursverfahren über das Vermögen des Beklagten und das Vermögen seiner Gesellschaften verbunden gewesen sei, habe sich eine von Widersprüchen und Gemütschwankungen geprägte emotionale Extremsituation des Beklagten entladen, der das Gefühl gehabt habe, die ganze Welt habe sich gegen ihn und seine Gesellschaften verschworen. In der Folgezeit habe der Beklagte in irrationaler, unter dem Gesichtspunkt der Vorsatzschuld nicht vorwerfbarer Weise gehandelt. In diesem emotionalen Zustand habe er die Geschäftsbeziehungen sowohl zu den Rechtsanwälten N und ... G als auch zu Rechtsanwalt T als Anwalt der ... S GmbH beendet. Nur infolge eines Zufalls sei der vom Beklagten zum Prozessbevollmächtigten im Ursprungsprozess bestellte Rechtsanwalt P von den emotionalen Entladungen des Beklagten und der Beendigung des Auftragsverhältnisses verschont geblieben; der Beklagte habe diesen Anwalt, der bis dahin nur am Rande ihm gegenüber in Erscheinung getreten sei, schlichtweg nicht in seinem Bewusstsein gehabt, weil etwaige Korrespondenz im wesentlichen über die Rechtsanwälte N und ... G erfolgt sei. Der Beklagte habe keinen Kontakt zu Rechtsanwalt P aufgenommen und diesen auch nicht im Hinblick auf den Mandatsentzug für Rechtsanwalt T informiert. Ihm sei nicht einmal im Ansatz bewusst gewesen, dass er mit Entziehung des Mandats gegenüber Rechtsanwalt T eine mittelbare Ursache für ein späteres Versäumnisurteil zu Lasten der ... S GmbH setzen konnte. Der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils sei von dem Prozessbevollmächtigten gestellt worden. Das Versäumnisurteil habe der Beklagte erst einige Zeit später erhalten und habe erst dadurch Kenntnis von den Folgen des Mandatsentzugs für Rechtsanwalt T erhalten.

Aus den dargelegten Umständen, die zu dem fraglichen Versäumnisurteil geführt hätten, ergebe sich, dass der Beklagte in einer von Dauerstress geprägten emotionalen Entladungsphase nicht sittenwidrig gehandelt habe. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit sei u. a. aus verfassungsrechtlichen Gründen zu berücksichtigen, dass ein Unterlassen nur tatbestandsrelevant sei, wenn die unterlassene Handlung sittlich geboten gewesen sei; hingegen reiche nicht jede Nichterfüllung einer rechtlichen Pflicht. Für den Beklagten habe keinerlei Pflicht bestanden, gegen sich selbst vorzugehen bzw. gegen sich selbst einen Prozess zu führen. Dem Beklagten werde ein Unterlassen vorgeworfen, nämlich der Vorwurf erhoben, nicht für eine ordnungsgemäße Vertretung in dem damaligen Verfahren vor dem LG Verden gesorgt zu haben. Die bloße Nichterfüllung einer rechtlichen Pflicht zu einem Handeln gegen sich selbst genüge nicht, um eine unterlassene Handlung als sittenwidrig erscheinen zu lassen. Es sei verfassungsrechtlich anerkannt, dass niemand gezwungen sei, gegen sich selbst vorzugehen. Auch der Senat habe in seinem Urteil vom 20.06.2007 den Standpunkt eingenommen, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Ein-Mann-GmbH nicht verpflichtet sei, gegen sich selbst eine etwaige Forderung der GmbH gerichtlich durchzusetzen. Da der BGH in seinem Revisionsurteil die dargestellte Problematik unberücksichtigt gelassen habe, müsse erneut die Revision zugelassen werden, wenn es auf das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit ankommen sollte.

Aus §§ 30, 31 GmbHG oder analog §§ 73 Abs. 1, 31 GmbHG ergebe sich kein Anspruch. Derartige Ansprüche, soweit sie nicht schon aus anderen Gründen scheiterten, seien verjährt. Die Verjährungsfrist betrage fünf Jahre. Die Frist habe mit Ablauf des Tages zu laufen begonnen, an dem die vom Kläger behauptete vermeintliche Handlung bzw. Zahlung geleistet worden sei. Eine böswillige Handlungsweise könne dem Beklagten nicht zur Last gelegt werden.

Ein Anspruch des Klägers auf Ersatz der auf den Einspruch im Jahre 2004 hin entstandenen Prozesskosten bestehe nicht. Der Einspruch des Klägers sei erfolglos geblieben, weil der Kläger sich damit in Widerspruch zu dem prozessualen Verhalten des Notliquidators gesetzt habe. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der Kläger prozessual falsch vorgegangen sei. Im übrigen fehle es an einem vorsätzlichen Verhalten des Beklagten. Der Vorsatz müsse sich im Rahmen des § 826 BGB auf die gesamten Schadensfolgen beziehen. Da der Beklagte davon ausgegangen sei, dass eine Forderung gegen ihn nicht bestanden habe, habe er nicht davon ausgehen müssen, dass in Zukunft ein Prozess gegen ihn geführt bzw. wieder aufgenommen werde.

Wegen des weitergehenden Vorbringens der Parteien im fortgesetzten Berufungsverfahren wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist begründet, da dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche zustehen. Der Senat hat seiner erneuten Entscheidung die Rechtsauffassung des BGH zugrunde zu legen, dass aus der Sicht der ... S GmbH wegen der Herbeiführung des Versäumnisurteils oder wegen unterlassenen Einspruchs gegen das Versäumnisurteil ein Existenzvernichtungsanspruch gegen

den Beklagten aus § 826 BGB zu prüfen ist. Dieser Anspruch ist auch unter Berücksichtigung des Verteidigungsvorbringens des Beklagten zu bejahen.

Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob auch konkurrierende Ansprüche aus §§ 30, 31 GmbHG a. F. oder analog §§ 73 Abs. 1, 31 GmbHG a. F. gegeben sind, oder ob deren Realisierung aus Verjährungsgründen an fehlender Bösgläubigkeit des Beklagten scheitert, was indes zu verneinen sein dürfte. Die Entgegennahme einer Auszahlung in Kenntnis des unzulässigen Angriffs auf das Stammkapital reicht für die Anwendung des § 31 GmbHG aus (BGHZ 110, 342, 352; 136, 125, 131; BGH ZIP 2008, 2217 Tz. 23), was umgeformt auf den Streitfall Verringerung des Liquidationsvermögens durch prozessuales Fallenlassen einer Gesellschaftsforderung in Kenntnis der Unzulässigkeit bedeuten würde.

1. Der Anspruch über 554.229,56 Euro ist aus § 826 BGB wegen Vernichtung von Liquidationsvermögen der ... S GmbH (Vollstreckungsschuldnerin) gegeben.

a) Schaden

Ein Schaden der ... S GmbH ist gegeben, weil dieser Gesellschaft gegen den Beklagten (Drittschuldner) eine Forderung in der gepfändeten Höhe zustand.

Auf die Erwägungen des Beklagten zum Kontokorrent kommt es nicht an, soweit die Forderung per 31.12.1990 in Höhe von 827.735,72 DM im Anhang zur Bilanz

ausgewiesen ist (GA III/116). Unerheblich ist, ob die Bilanz auf ein Kontokorrentverhältnis als Entstehungsgrund Bezug nimmt.

Sieht man in der Bilanzfeststellung durch die Gesellschafter ein abstraktes Schuldanerkenntnis (so Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 781 Rdnr. 7), kommt es auf den Entstehungsgrund der ursprünglichen Forderung nicht an. Seine etwaige Nichtigkeit – der Beklagte beruft sich auf Formunwirksamkeit – berührt die Gültigkeit des Schuldanerkenntnisses nicht (Palandt/Sprau § 780 Rdnr. 9), ermöglicht allerdings eine Bereicherungseinrede. Sieht man in der Bilanzfeststellung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis, also einen kausalen Feststellungsvertrag (so Münch-KommBGB/Hüffer, 4. Aufl., § 781 Rdnr. 22 f., davon abrückend Münch-KommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 781 Rdnr. 22), ist dieses Rechtsgeschäft von möglichen Einwendungen gegen die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts befreit, sofern Nichtigkeitsgründe nicht fortbestehen (vgl. BGHZ 104, 18, 24 = NJW 1988, 1781; BGH NJW 2005, 2991, 2993). Auch kann das deklaratorische Anerkenntnis nicht kondiziert werden (BGH NJW 2005, 2991, 2993; Palandt/Sprau § 781 Rdnr. 4).

Der BGH hat in seiner Entscheidung II ZR 264/07 vom 2. März 2009 (ZIP 2009, 1111 Tz. 15) der Feststellung des Jahresabschlusses der GmbH im Hinblick auf §§ 42 a Abs. 2, 46 Nr. 1 GmbHG rechtsgeschäftlichen Charakter beigemessen, weil damit die Rechtsgrundlage für das Folgejahr fixiert und Ansprüche und Verbindlichkeiten gegenüber der GmbH zum Bilanzstichtag festgelegt würden.

Selbst wenn man nicht der Auffassung folgen wollte, in der Bilanzfeststellung über den korporationsrechtlichen Akt hinausgehend ein rechtsgeschäftliches abstraktes oder deklaratorisches Anerkenntnis der in der Bilanz oder ihrem Anhang aufgeführten Forderungen gegen einen Gesellschafter zu sehen, weil für die Abgabe konkludenter Willenserklärungen in der Ein-Mann-GmbH kein Anlass bestanden haben könnte, wäre gleichwohl von dem Bestand der festgestellten Forderung auszugehen. In der Bilanzfeststellung ist jedenfalls ein Beweisindiz für den Bestand

der Forderung zu sehen, das sogar besonders stark ist, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH – wie hier der Beklagte – sich selbst als Schuldner einer außerordentlich hohen Summe bezeichnet.

Bestärkt wird das Indiz durch die Aufnahme der zugrunde liegenden Forderung in interne Verrechnungskonten der GmbH (vgl. dazu GA I 59). Die Annahme eines Kontokorrents wird darin mangels Außenwirkung der Buchhaltungssachkonten zwar nicht zu sehen sein; insofern ist die Auffassung des Beklagten nicht von der Hand zu weisen. Jedoch hätte der Beklagte als Geschäftsführer der GmbH dafür gesorgt, dass in die Buchhaltung keine gegen ihn gerichteten, zu saldierenden Forderungen aufgenommen werden, von deren Bestand er selbst nicht überzeugt war.

Die Fortschreibung der Sachkonten bis zur Konkursöffnungsbilanz vom 10.09.1992 (GA I 60 f.) wird vom Beklagten in ihrer rechnerischen Zusammensetzung nicht substantiiert bestritten.

Anhaltspunkte für eine unentgeltliche Zuwendung sind nicht vorhanden. Sie folgt – entgegen der Ansicht des Beklagten – nicht schon daraus, dass eine Gegenleistung nicht gewährt worden sein soll. An der Unentgeltlichkeit fehlt es bei freiwilligen Finanzierungszusagen durch einen Gesellschafter für die Gesellschaft (BGH NZG 2006, 543 = ZIP 2006, 1199 Tz. 11; Münch/Komm/Koch, BGB, 5. Aufl., § 516, Rdnr. 98). Diese Verpflichtung ist im Hinblick auf die Mitgliedschaft, also causa societatis eingegangen.

Die Existenz der Forderung und damit ein Schaden wird nicht durch einen angeblichen Verzicht des Klägers während seiner vorübergehenden Tätigkeit als Konkursverwalter der ... S GmbH ausgeschlossen. Selbst wenn der Kläger die Forderung nicht zur Tabelle im Konkurs des Beklagten angemeldet hat, ist in dem Unterlassen kein Verzicht zu sehen; das Verhalten hat keinen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert. Zur Annahme eines rechtsgeschäftlichen Verzichts gehört ein Erklärungsbewusstsein. Dass der Kläger – dann pflichtwidrig handelnd – einen Verzicht auf eine ihm bewusste Forderung der Konkursmasse erklären wollte, ist völlig fernliegend. Diesen Eindruck durfte auch der Beklagte dem Verhalten des Klägers nicht entnehmen.

#### b) Sittenwidrigkeit

Entgegen der Auffassung des Beklagten kommt es für die Bewertung des manipulierten Forderungsentzugs mit prozessualen Mitteln nicht auf die Motivlage des Beklagten an, sondern nur auf den entgegen der Wertung des § 73 Abs. 1 GmbHG eigennützig herbeigeführten Entzug von Liquidationsvermögen der ... S GmbH durch Ausnutzung der Organstellung als deren Liquidator. Insoweit ist auf Tz. 20 f. der Revisionsentscheidung zu verweisen.

Der Beklagte verkennt den Charakter des Unrechtsvorwurfs, wenn er meint, er sei – grundrechtlich geschützt – nicht verpflichtet gewesen, gegen sich selbst vorzugehen. Der Akzent des Vorwurfs liegt auf der Ausnutzung seiner Stellung als Liquidator nach Ablösung des Klägers als Konkursverwalter der ... S GmbH.

#### c) Vorsatz

aa) Der Vorsatz des Beklagten braucht sich nach herrschender Ansicht nur auf den Schaden zu beziehen, nicht hingegen auf die Sittenwidrigkeit. Für die Sittenwidrigkeit genügt als subjektives Erfordernis die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die das Unwerturteil stützen (Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Rdnr. 308). Bedingter Vorsatz ist ausreichend.

bb) Es ist davon auszugehen, dass dem Beklagten als Unternehmer die negative Wirkung einer Abweisung der gegen ihn gerichteten Klage der ... S GmbH auf den Vermögensstatus der GmbH bekannt war, gerade wenn er, wie er selbst vorträgt, mit großem emotionalen Engagement um die Aufhebung des Konkurses gekämpft hat.

cc) Der Vorsatz muss sich ferner auf die Kausalität des eigenen vorwerfbaren Verhaltens beziehen, ohne dass eine genaue Vorstellung von dem zu erwartenden Kausalverlauf erforderlich ist (BGHZ 108, 134, 143 = NJW 1989, 3277, 3279; BGH NJW 2004, 446, 448; 2004, 3706, 3710; MünchKommBGB/Wagner, 5. Aufl., § 826 Rdnr. 24). Wenn man als wahr unterstellt, dass sich der Beklagte in einer emotionalen Stresssituation befand, als er das

Mandat für den Prozessvertreter der ... S GmbH kündigte, ändert dies nichts daran, dass ihm als Unternehmer bewusst gewesen sein muss und deshalb auch gewesen ist, dass der gegen ihn gerichtete Prozess ohne Neumandatierung nicht erfolgreich fortgeführt werden konnte. Dafür kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte den technischen Weg zur Klagabweisung durch Erlass eines Versäumnisurteils vorhergesehen hat. Im Übrigen war der Beklagte in dem Termin, in dem sein Anwalt dieses Urteil beantragt hat, persönlich anwesend, wie der Kläger mit Schriftsatz vom 14. September 2009 (S. 16) unwidersprochen vorgetragen hat.

Die Fortsetzung fand das Verhalten im Unterlassen eines Einspruchs gegen das Versäumnisurteil (siehe bereits Senatsurteil vom 20. Juni 2007, S. 12). Der Beklagte schweigt sich bezeichnenderweise dazu aus, wann ihm sein eigener Prozessbevollmächtigter den aus seiner Sicht günstigen Prozessverlauf mitgeteilt hat und warum er dieses Ergebnis nicht im Hinblick auf die Vermögenslage der ... S GmbH für die GmbH durch Erhebung eines Einspruchs angegriffen hat oder dazu jedenfalls einen anwaltlichen Prüfungsauftrag erteilt hat. Dies spricht dafür, dass der Beklagte bewußt seinen eigenen Kopf hatte retten wollen und die Interessen der ... S GmbH im Liquidationsstadium vernachlässigte.

Dem Beklagten kann die herausragende Bedeutung der gegen ihn gerichteten Forderung der ... S GmbH nicht verborgen geblieben sein. Würde man die Forderung aus der Bilanz dieser Gesellschaft per 31.12.1990 herausrechnen, wäre die Gesellschaft bereits zu diesem Bilanzstichtag bilanziell überschuldet und mangels stiller Reserven konkursreif gewesen. Deren Weiterexistenz hing somit an der Forderung gegen den Beklagten als Gesellschafter.

dd) Unerheblich ist, ob der Beklagte die Vorstellung hatte, die Forderung der ... S GmbH sei nicht begründet; unerheblich ist auch, ob er sich in dieser Ansicht durch die unterbliebene Forderungsanmeldung des Klägers als Konkursverwalter über das Vermögen der ... S GmbH bestärkt sehen durfte. Insoweit beruft sich der Beklagte ohne Erfolg auf einen Bewertungsirrtum.

Der Annahme eines Bewertungsirrtums stehen in tatsächlicher Hinsicht schon die obigen Erwägungen (zuvor cc) zur Bedeutung der Forderung im Hinblick auf den Fortbestand der Gesellschaft entgegen. Auch in rechtlicher Hinsicht ergibt sich kein anderer Befund.

Ein Bewertungsirrtum schließt den Schädigungsvorsatz nicht aus. Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ist nach ständiger Rechtsprechung keine Haftungsvoraussetzung (MünchKommBGB/Wagner, § 826 Rdnr. 26 m. w. Nachw.). Bei der Feststellung des Vorsatzes bleibt es auch, wenn man den in dieser Ansicht liegenden dogmatischen Widerspruch zur im Zivilrecht herrschenden Vorsatztheorie durch einen Übergang zur strafrechtlichen (eingeschränkten) Schuldtheorie lösen und die Ergebnisse der Rechtsprechung damit erklären würde. Der Schädiger handelt danach nur dann unvorsätzlich, wenn er sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befindet. Hingegen entlastet es ihn nicht, wenn er zwar von der Redlichkeit seines Verhaltens überzeugt ist, die Sittenwidrigkeit des eigenen Verhaltens bei Aufbietung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aber hätte erkennen können (MünchKommBGB/Wagner § 826 Rdnr. 27); dann ändert sich am Vorsatzvorwurf nichts. Der Beklagte musste sich darüber im Klaren sein, dass er als Geschäftsführer Liquidationsinteressen der ... S GmbH nicht zugunsten eigener Interessen vernachlässigen durfte.

d) Gegen das Zinsbegehren erhebt der Beklagte dem Grunde und der Höhe nach keine Einwendungen. Der Zinschaden ist Teil des Gesamtschadens. Die Forderung zur Zahlung von Zinsen auf den Kostenschaden in Höhe von 15.560,75 Euro war am 13.9.2006 mit Zustellung des Schriftsatzes vom 11.09.2006 rechtshängig.

## 2. Freistellung von den Kosten des Vorprozesses

Das Freistellungsbegehren ist durch § 826 BGB gedeckt; der Beklagte macht auch nicht geltend, dass der Kläger den entstandenen Zahlungsbetrag inzwischen überblicken könne und daher zu einem Leistungsantrag übergehen müsse.

Der Vorsatz ist in Bezug auf den Kostenschaden zu bejahen. Bei § 826 BGB muss sich der Vorsatz zwar auf die gesamten Schadensfolgen beziehen, nicht aber auf den genauen Kausalverlauf und den Umfang des Schadens (BGH VersR 2008, 495 Tz. 16; s. ferner MünchKommBGB/Wagner § 826 Rdnr. 25). Da der Beklagte in seiner Ei-

genschaft als Geschäftsführer die gerichtliche Geltendmachung der GmbH-Forderung vorsätzlich manipulativ unterdrückt hat, hat er auch für die daraus unmittelbar erwachsenen Folgen des Versuchs einer "Prozessrettung" seitens des Klägers einzustehen. Deren Einzelheiten brauchte der Beklagte nicht in seinen Vorsatz aufzunehmen.

Das Fortführen des Vorprozesses durch den Kläger als Nebenintervenient ist dem Beklagten zuzurechnen, weil er die darauf bezogene Prozessentschließung des Klägers im Sinne einer psychisch vermittelten Kausalität herausgefordert hat. Der Kläger hat nicht unvernünftig gehandelt – was den Zurechnungszusammenhang unterbrechen würde –, als er den Versuch unternahm, das Verfahren entgegen dem Prozessverhalten der durch den Notliquidator vertretenen Hauptpartei fortzusetzen. Das Verhalten des Notliquidators war objektiv grob fehlerhaft, auch wenn Anhaltspunkte für eine Kollusion mit dem Beklagten nicht erkennbar sind. Er durfte die Forderungseinziehung für die Vollstreckungsschuldnerin angesichts der bestehenden positiven Prozessaussichten bei zutreffender Beurteilung der Rechtslage nicht vereiteln, so dass jedenfalls trotz § 67 ZPO vertretbar so argumentiert werden konnte, wie es der Kläger in seinem Schriftsatz vom 28.04.2006 (GA I 104) gegen die angekündigte Anwendung des § 522 Abs. 2 ZPO durch den 16. Zivilsenat getan hat. Der Notliquidator hat objektiv dasjenige Verhalten des Beklagten fortgesetzt, das die Revisionsentscheidung wegen des offenkundigen Verstoßes gegen § 73 Abs. 1 GmbHG als sittenwidriges Verhalten im Sinne des § 826 BGB und im Zusammenhang mit dem Ausschluss der eventuellen Rechthängigkeitseinrede als prozessual treuwidrig (BGH-Urteil Tz. 28) gewertet hat.

3. Die Nebenentscheidungen folgen hinsichtlich der Kosten aller Instanzen aus § 91 ZPO und hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.