BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 151/09

Verkündet am:
18. Oktober 2010
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Fleischgroßhandel

InsO § 19 aF; GmbHG § 64 Abs. 2 aF

a) Macht der Insolvenzverwalter gegen den Geschäftsführer einer GmbH einen Ersatzanspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF (= § 64 Satz 1 GmbHG nF) geltend und beruft er sich dabei auf eine Überschuldung der Gesellschaft i.S. des § 19 InsO in der bis zum 17. Oktober 2008 geltenden Fassung, hat er lediglich die rechnerische Überschuldung anhand von Liquidationswerten darzulegen. Die Darlegungs- und Beweislast für eine positive Fortführungsprognose - mit der Folge einer Bewertung des Vermögens zu Fortführungswerten - obliegt dem Geschäftsführer (Bestätigung von BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2006 - II ZR 303/05, ZIP 2006, 2171 Rn. 3; BGH, Urteil vom 27. April 2009 - II ZR 253/07, ZIP 2009, 1220 Rn. 11).

b) Die Aktivierung eines Anspruchs auf Rückzahlung einer Mietkaution in der Überschuldungsbilanz setzt voraus, dass der Anspruch einen realisierbaren Vermögenswert darstellt.

BGH, Urteil vom 18. Oktober 2010 - II ZR 151/09 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2010 durch den Richter Dr. Strohn, die Richterin Caliebe und die Richter Dr. Drescher, Dr. Löffler und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 29. Mai 2009 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der D. Fleischgroßhandel GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Der Beklagte ist Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer der Schuldnerin. Das Insolvenzverfahren wurde am 24. Oktober 2007 auf Eigenantrag vom 28. September 2007 eröffnet.

2 Der Kläger begehrt von dem Beklagten gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG aF Ersatz für Zahlungen in einer Gesamthöhe von 118.280,01 € zzgl. Zinsen, die der Beklagte im Zeitraum vom 1. Juli 2007 bis zum 13. September 2007 vom

Geschäftskonto (29.258,72 €) und aus Kassenbeständen (89.021,29 €) der Schuldnerin geleistet hat.

3 Die Parteien streiten um die Frage, ob die Schuldnerin ab dem 1. Juli 2007 überschuldet war. Während Einigkeit darüber besteht, dass die Verbindlichkeiten der Schuldnerin per 1. Juli 2007 jedenfalls 60.967,13 € betrugen, ist umstritten, ob Verbindlichkeiten aus einem langfristigen Mietvertrag der Schuldnerin ebenfalls - zumindest teilweise - zu passivieren sind. Kein Einvernehmen herrscht weiter über die Aktiva der Schuldnerin zum Stichtag 1. Juli 2007, und zwar zum einen über den Umfang der Forderungen aus Lieferung/Leistung sowie zum anderen darüber, ob ein Betriebskostenguthaben in Höhe von 2.436 € sowie eine Mietkaution in Höhe von 9.400 € im Überschuldungsstatus zu aktivieren sind.

4 Das Landgericht hat den Beklagten unter Vorbehalt seiner Rechte im Insolvenzverfahren antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Klägers hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

7 Der insoweit darlegungspflichtige Kläger habe eine Überschuldung zum 1. Juli 2007 nicht dargetan. Auszugehen sei von einem Forderungsbestand der Schuldnerin per 1. Juli 2007 von 39.361,15 € der sich einer vom Kläger nicht hinreichend substantiiert bestrittenen Aufstellung des Beklagten entnehmen lasse. Zu aktivieren sei zudem ein Betriebskostenguthaben i.H.v. 2.436 €, so dass unter Berücksichtigung der weiteren Aktiva wie Bar- und Guthabenvermögen sowie des Wertes der Betriebs- und Geschäftsausstattung eine rechnerische Unterdeckung von nur noch 1.169,98 € gegeben sei. Ob diese verbleibende Deckungslücke objektiv durch die Aktivierung des Mietkautionsguthabens i.H.v. 9.400 € zu schließen sei, könne dahinstehen. Jedenfalls könne dem Beklagten subjektiv nicht vorgeworfen werden, wenn er dieses Kautionsguthaben zumindest zu einem Teil als Vermögen der Schuldnerin angesetzt habe. Eine Passivierung von zukünftigen Mietforderungen komme nicht in Betracht, da der Kläger nicht dargelegt habe, dass zum 1. Juli 2007 keine günstige Fortführungsprognose mehr bestanden habe und deshalb eine Erwirtschaftung der jeweils fälligen Miete aus den Erträgen der Gesellschaft nicht in Betracht gekommen sei.

8 II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 Das Berufungsgericht ist sowohl bei der Verneinung einer Überschuldung i.S. des § 19 InsO in der bis zum 17. Oktober 2008 geltenden Fassung (nachfolgend: InsO aF; zur Anwendbarkeit auf Altfälle vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 Rn. 10) als auch bei den Feststellungen zum Verschulden des Beklagten von einer unzutreffenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ausgegangen.

10 1. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Kläger habe die Überschuldung zum 1. Juli 2007 nicht dargetan.

11 a) Gemäß § 19 Abs. 2 InsO aF liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Aus dem Aufbau des § 19 Abs. 2 InsO aF folgt ohne weiteres, dass die Überschuldungsprüfung nach Liquidationswerten in Satz 1 den Regelfall und die nach Fortführungswerten in Satz 2, der eine positive Fortführungsprognose voraussetzt, den Ausnahmefall darstellt. Im Haftungsprozess wegen verbotener Zahlungen nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF hat die Geschäftsleitung daher die Umstände darzulegen und notfalls zu beweisen, aus denen sich eine günstige Prognose für den fraglichen Zeitraum ergibt (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2006 - II ZR 303/05, ZIP 2006, 2171 Rn. 3; zur Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG aF vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2009 - II ZR 253/07, ZIP 2009, 1220 Rn. 11).

12 b) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft die Darlegungs- und Beweislast insoweit dem Kläger auferlegt. Zwar ist es im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass es von der Fortführungsprognose abhängen kann, ob Verbindlichkeiten aus schwebenden - d.h. zum Stichtag der Überschuldungsbilanz noch von keiner Vertragspartei vollständig erfüllten - Verträgen, zu denen insbesondere auch Mietverträge gehören können (Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 19 Rn. 98; K. Schmidt/Bitter in Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., Vor § 64 Rn. 43), im Überschuldungsstatus zu passivieren sind (vgl. K. Schmidt/Bitter in Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., Vor § 64 Rn. 43; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 19 Rn. 125, Temme, Die Er-

öffnungsgründe der Insolvenzordnung, 1997, S. 173 f. mwN; Hachenburg/ Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 63 Rn. 45). Das Berufungsgericht ist jedoch der Frage, ob die noch nicht fälligen Verbindlichkeiten aus dem laufenden Mietvertrag der Schuldnerin in einer Höhe von insgesamt 196.800 € zumindest teilweise zu passivieren seien, mit der unzutreffenden Begründung nicht weiter nachgegangen, der Kläger habe nicht dargelegt, dass zum 1. Juli 2007 keine günstige Fortführungsprognose mehr bestanden habe.

13 c) Der darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat bislang nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, dass per 1. Juli 2007 eine positive Fortführungsprognose bestand, so dass die Entscheidung des Berufungsgerichts sich insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO). Dem Vorbringen des Beklagten ist nicht zu entnehmen, dass er subjektiv den Willen zur Fortführung des Unternehmens der Schuldnerin hatte und objektiv einen Ertrags- und Finanzplan mit einem schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzept für einen angemessenen Prognosezeitraum aufgestellt hatte (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2006 - II ZR 303/05, ZIP 2006, 2171 Rn. 3; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 64 Rn. 44 ff. mwN). Es sind auch im Übrigen keine Umstände vorgetragen oder sonst ersichtlich, die in Bezug auf den Stichtag eine positive Fortführungsprognose rechtfertigen könnten. Vielmehr hat der Kläger vorgetragen, dass die Schuldnerin im gesamten Zeitraum seit jedenfalls dem 1. Juli 2007 "von der Hand in den Mund" gelebt, d.h. die nur geringen Umsatzerlöse sofort dazu verwendet habe, neue Waren zu kaufen und einen Teil ihrer drängendsten Verbindlichkeiten zu bezahlen. Es habe weder einen Liquiditätsplan noch eine Gewinn- und Verlustrechnung noch ein Sanierungskonzept gegeben, auch keine Sanierungsbemühungen oder Sanierungsaussichten. Dem ist der Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Er hat vielmehr konkludent zugestanden, keinen Sanierungsplan gehabt zu haben, indem er geltend gemacht hat, solche Pläne würden von Wirtschaftsprü-

fern oder Wirtschaftsberatern erstellt, kosteten mindestens zwischen zehn- und zwanzigtausend Euro und seien nicht auf Knopfdruck innerhalb von drei Wochen zu haben gewesen. Der Beklagte hat im Übrigen ohne Angabe von Einzelheiten nur pauschal behauptet, ab Mitte August, als ihm die Erkenntnis gekommen sei, "dass es nicht mehr weitergehe", Verhandlungen mit Gläubigern geführt zu haben, um eine Zahlungsvereinbarung zustande zu bringen. Außerdem habe er eine Darlehenszusage aus dem Kreise der Familie über 30.000 € unter der Voraussetzung erhalten, dass auch die Gläubiger in einen teilweisen Forderungsverzicht einwilligen würden. In der Berufungsverhandlung hat er dagegen geltend gemacht, es sei bereits im Mai oder Juni klar gewesen, dass es nicht zu einem Vergleich mit einem Großgläubiger kommen würde. Aus dem Schreiben der G. GmbH & Co. KG ergibt sich lediglich, dass dieser Gläubiger (erst) am 1. Oktober 2007 einem Vergleichsvorschlag zugestimmt hat. Im Übrigen hat der Beklagte lediglich "bestritten", dass "keine Sanierungsbemühungen stattgefunden hätten".

14 2. Das Berufungsgericht hat weiter zu Unrecht offengelassen, ob die nach seinen Feststellungen per 1. Juli 2007 bestehende rechnerische Unterdeckung in Höhe von 1.169,98 € bei zutreffender Bewertung des Mietkautionsguthabens beseitigt wird. Die Begründung, es könne dem Beklagten jedenfalls nicht vorgeworfen werden, wenn er die von ihm geleistete Mietsicherheit in Höhe von 9.400 € jedenfalls mit einem geringen Teil als Vermögen der Schuldnerin angesetzt habe, weil er am 1. Juli 2007 nicht damit habe rechnen müssen, dass "die Insolvenz in Zukunft wegen einer unbefriedigenden Geschäftslage unabänderlich eintreten und das Kautionsguthaben dann durch Verrechnung mit offenen Mieten vollständig aufgezehrt werden würde", verkennt wiederum die Darlegungs- und Beweislast. So genügt für den subjektiven Tatbestand des § 64 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG aF die Erkennbarkeit der Insolvenzreife für den Geschäftsführer, wobei ein Verschulden vermutet wird (BGH, Urteil vom

20. November 1999 - II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 185 mwN; BGH, Urteil vom 14. Mai 2007 - II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Rn. 15). Entsprechende Feststellungen, die eine Widerlegung der Verschuldensvermutung rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es hat vielmehr seiner Entscheidung den unzutreffenden Rechtssatz zugrunde gelegt, der klagende Insolvenzverwalter müsse darlegen und beweisen, dass der Beklagte mit dem unabänderlichen Eintritt der Insolvenz wegen einer unbefriedigenden Geschäftslage, mithin mit einer negativen Fortführungsprognose habe rechnen müssen.

15 III. Aufgrund der aufgezeigten Rechtsfehler ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 ZPO).

16 In dem neu eröffneten Berufungsverfahren werden - nach ergänzendem Vortrag der Parteien - die noch fehlenden Feststellungen zur Fortführungsprognose und den dementsprechend im Überschuldungsstatus zu aktivierenden und zu passivierenden Positionen, zum Verschulden des Beklagten sowie - soweit erheblich - zur noch zwischen den Parteien als Zahlung umstrittenen Position in Höhe von 694,45 € zu treffen sein.

17 Für das weitere Berufungsverfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

18 1. Im Hinblick auf das Mietkautionsguthaben ist zu beachten, dass die Aktivierung einer Forderung in der Überschuldungsbilanz voraussetzt, dass diese durchsetzbar ist, sie muss einen realisierbaren Vermögenswert darstellen (Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 19 Rn. 77, 80). Daran fehlt es jedenfalls - wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt richtig erkannt hat -, wenn eine positive Fortführungsprognose nicht besteht. Das hat der Beklagte, wie oben ausgeführt, nicht dargelegt.

19 2. Wenn im weiteren Berufungsverfahren von einer negativen Fortführungsprognose auszugehen ist, stellt sich die Frage, in welcher Höhe die zukünftig fällig werdenden Mietforderungen zu passivieren sind. In diesem Zusammenhang wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die bis zum Ende der festen Laufzeit des Mietvertrages (30. Juni 2011) anfallende Miete anzusetzen ist oder aber - wie es der Kläger selbst vertritt - nur eine Rückstellung mit einem Teilwert angemessen ist. Für die Erforderlichkeit eines Abschlags könnte sprechen, dass wegen einer ggf. fehlenden Fortführungsmöglichkeit letztlich nur eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO realistisch war, mithin Rückstellungen für einen Schadensersatzanspruch des Vermieters zu bilden waren. Insoweit wäre zu prüfen, ob damit gerechnet werden konnte, dass der Vermieter einen Nachmieter gefunden hätte (vgl. auch Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 109 Rn. 11).

20 3. Soweit die Revision als Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO rügt, dass das Berufungsgericht die vom Beklagten handschriftlich erstellte Forderungsaufstellung als genügende Darlegung des Forderungsbestandes der Schuldnerin angesehen hat, sind Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht ersichtlich. Es hat zutreffend ausgeführt, dass die Aufstellung jedenfalls hinreichend substantiiert ist, um den grundsätzlich für den Nachweis einer Überschuldung darlegungs- und beweisbelasteten Kläger in die Lage zu versetzen, seinerseits die bei ihm befindlichen Geschäftsunterlagen durchzusehen und zu den Angaben des Beklagten im Einzelnen Stellung zu nehmen. Der Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, dass die Aufstellung nach einer Einsichtnahme in die beim Kläger befindlichen Bank- und Kassenunterlagen gefertigt wurde. Dies hat auch das Berufungsgericht festgestellt. Es obliegt deshalb dem Kläger, diese Geschäftsunterlagen zu sichten und substantiiert vorzutragen, welche von dem Beklagten aufgelisteten Forderungen keine Grundlage in den Geschäftsunterlagen haben.

21 4. Zu Recht hat das Berufungsgericht erkannt, dass eine teleologische Korrektur des Zahlungsbegriffs des § 64 Abs. 2 GmbHG aF dahingehend, dass es auf einen Vergleich des Vermögens der Schuldnerin bei Eintritt der Insolvenzverschleppung und deren Ende ankommt, nicht der Rechtsprechung des Senats entspricht. Allenfalls dann, wenn mit den vom Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt und dort verblieben ist, kann erwogen werden, eine Massekürzung und damit einen Erstattungsanspruch gegen das Organmitglied zu verneinen, weil dann der Sache nach lediglich ein Aktiventausch vorliegt (BGH, Urteil vom 31. März 2003 - II ZR 150/02, ZIP 2003, 1005, 1006 mwN). Dass diese Voraussetzungen, insbesondere der Verbleib eines Gegenwerts im Vermögen der Schuldnerin hier gegeben sind, ist nicht festgestellt.

Strohn Caliebe Drescher

Löffler Born

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 26.01.2009 - 419 O 35/08 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 29.05.2009 - 11 U 40/09 -