

- b) Der von dem Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH veranlaßte Einzug eines Kundenschecks auf ein debitorisches Bankkonto der GmbH ist grundsätzlich als eine zur Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG führende "Zahlung" (an die Bank) zu qualifizieren.

BGH, Urteil vom 29. November 1999 - II ZR 273/98 - OLG Celle
LG Stade

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhrich, die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Henze, Kraemer und die Richterin Münke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 19. August 1998 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Stade vom 2. Dezember 1997 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem am 14. August 1996 eröffneten Konkurs über das Vermögen der K. GmbH, deren geschäftsführender Mehrheitsgesellschafter der Beklagte war. Er reichte in der Zeit zwischen dem 27. November 1995 und dem 12. Juni 1996 acht Schecks von Kunden der Gemeinschuldnerin in Höhe eines Gesamtbetrages von 68.147,69 DM zur Gutschrift auf das debitorisch geführte Geschäftskonto der Gemeinschuldnerin bei der V. bank B. ein.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger von dem Beklagten aus § 64 Abs. 2 GmbHG Erstattung der auf dem debitorischen Konto verrechneten Scheckbeträge, weil dadurch die Haftungsmasse der - nach seinem Vortrag schon längere Zeit vor Einreichung des ersten der acht Schecks konkursreifen - Gemeinschuldnerin zum Nachteil ihrer übrigen Gläubiger geschmälert worden sei. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht hat sie auf die Berufung des Beklagten abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

I. Da der Beklagte im Verhandlungstermin trotz dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht vertreten war, ist über die Revision des Klägers durch Versäumnisurteil zu entscheiden (§§ 557, 331 ZPO). Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 82).

II. Die Revision ist begründet und führt zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts schuldet der Beklagte dem Kläger Ersatz der auf das debitorische Konto der Gemeinschuldnerin eingezogenen Scheckbeträge gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG.

1. a) Die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß die Gemeinschuldnerin spätestens Anfang November 1995 bei Ansatz von Liquidationswerten (rechnerisch) überschuldet war, der Beklagte die Fortführung ihres Unternehmens rechtfertigende Umstände nicht dargetan hat und er deshalb schon vor Einreichung des ersten der acht Schecks hätte Konkursantrag stellen müssen



(§ 64 Abs. 1 GmbHG; vgl. BGHZ 126, 181, 199 f.), nimmt die Revision als ihr günstig hin. Sie sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Nach diesen Feststellungen befand sich die Gemeinschuldnerin im November 1994 in einer wirtschaftlichen Situation, in der ein GmbH-Geschäftsführer bei Meidung seiner Ersatzpflicht gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich keine masseschmälernden "Zahlungen" mehr leisten darf. Für den Beginn dieses Verbots genügt die bestehende Konkursreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung). Auf eine positive "Feststellung" der Überschuldung durch den Geschäftsführer kommt es nicht an. Die scheinbar anderslautende Formulierung in § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ist nur ein inzwischen überholtes Relikt aus der vor dem 1. August 1986 geltenden Fassung des Absatz 1, wonach es bei der Überschuldung auf deren bilanziellen Ausweis ankam (vgl. OLG Hamburg, ZIP 1995, 913; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 8. Aufl. § 64 Rdn. 25). Für den subjektiven Tatbestand des § 64 Abs. 1 u n d 2 genügt die Erkennbarkeit der Konkursreife für den Geschäftsführer, wobei ein entsprechendes Verschulden zu vermuten ist (vgl. Sen.Urt. v. 1. März 1994 - II ZR 61/92 bzw. II ZR 81/94, WM 1994, 1030, 1031 zu II 2. a; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 14. Aufl. § 64 Rdn. 10; a.A. Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, GmbHG 16. Aufl. § 64 Rdn. 18). Diese Vermutung ist von dem Beklagten nicht widerlegt.

2. Das Berufungsgericht meint indessen, der Beklagte hafte deshalb nicht gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG auf Erstattung der Scheckbeträge, weil mit der Einreichung von Kundenschecks auf ein debitorisches Konto der GmbH deren Vermögen nicht geschmälert, sondern ihr finanzielle Mittel zugeführt würden. Zwar werde durch den Scheckeinzug und die Gutschrift auf dem Konto der GmbH auch ihre Schuld gegenüber der Bank vermindert, was aber bei dem

vorliegenden Kontokorrentkonto nur vorübergehend sei, weil die GmbH bzw. ihr Geschäftsführer über den zugeflossenen Betrag im Rahmen des ihr eingeräumten Kreditlimits sogleich wieder verfügen und damit z.B. gemäß § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG erlaubte, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns in Einklang stehende Zahlungen leisten könne.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand, wie die Revision mit Recht rügt.

a) Sinn und Zweck des mit der Ersatzpflicht des Geschäftsführers bewehrten Zahlungsverbots gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG ist es, die verteilungsfähige Vermögensmasse einer konkursreifen GmbH im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern (vgl. Sen.Urt. v. 18. März 1974 - II ZR 2/72, WM 1974, 412 = NJW 1974, 1088; Fleck, GmbHR 1974, 224, 230; Scholz/K. Schmidt aaO, § 64 Rdn. 35). Diesem Normzweck wird die Ansicht des Berufungsgerichts nicht gerecht, weil der auf das debitorische Konto eingezogene Scheckbetrag aufgrund der Kontokorrentabrede mit dem Sollsaldo bzw. mit dem Kreditrückzahlungsanspruch der Bank verrechnet wird und damit im Ergebnis ebenso an einen Gläubiger, hier die Bank, gezahlt wird wie in dem Fall, daß der Geschäftsführer mit dem von einem Schuldner der GmbH erhaltenen Barbetrag die Forderung eines ihrer Gläubiger begleicht. Da der Begriff der "Zahlungen" i.S.v. § 64 Abs. 2 GmbHG - dem Zweck der Vorschrift entsprechend - weit auszulegen ist (vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 64 Rdn. 40), besteht kein rechtserheblicher Unterschied zwischen diesen beiden Zahlungsvorgängen. In beiden Fällen wird der Insolvenzmasse zugunsten der Befriedigung eines Gläubigers ein Betrag entzogen, der anderenfalls zur (teilweisen) Befriedigung aller Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde. Dement-

sprechend wird in Rechtsprechung und Schrifttum, soweit dort zu der vorliegenden Frage Stellung genommen wird, durchweg der Scheckeinzug auf ein debitorisches Konto als "Zahlung" i.S.v. § 64 Abs. 2 GmbHG angesehen (vgl. OLG Hamburg ZIP 1995, 913 mit zustimmender Anm. Bähr EWiR 1995, 587; vgl. auch LG Itzehoe ZIP 1996, 797; Baumbach/Hueck aaO, § 64 Rdn. 13; v. Gerkan in: Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB § 130 a Rdn. 10; Roth/Altmeppen, GmbHG 3. Aufl. § 64 Rdn. 25).

b) Gegenteiliges ergibt sich auch nicht daraus, daß die Verminderung des Debets infolge der Scheckeinzahlung eventuell nur vorübergehend ist, weil dadurch der Spielraum des Kontokorrentkredits wieder erweitert und der GmbH die Möglichkeit gegeben wird, über den zugeflossenen Betrag sogleich - bis zur Höhe ihres Kreditlimits - wieder verfügen zu können. Denn dies ändert nichts daran, daß der Scheckbetrag im Ergebnis zum Nachteil der Gläubigersamtheit in der Masse fehlt, der ihr ohne die Verrechnung mit dem Debet - sei es als offene Forderung gegenüber dem Schuldner, sei es als vom Geschäftsführer unmittelbar eingezogener und von ihm zu thesaurierender Betrag - zur Verfügung stünde, worauf es für § 64 Abs. 2 GmbHG entscheidend ankommt (vgl. Sen.Urt. v. 18. März 1974 aaO). Auf die Möglichkeit weiterer Kreditschöpfung mit Mitteln des debitorischen Kontos kann zumindest nach Entstehung der Konkursantragspflicht gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG schon deshalb nicht abgestellt werden, weil das dem Zweck dieser Pflicht widerspräche. Die durch den Scheckeinzug eventuell ermöglichte Befriedigung anderer Gläubiger mit Mitteln des debitorischen Kontos ist zwar ihrerseits nicht als erneute "Zahlung" i.S.v. § 64 Abs. 2 GmbHG zu qualifizieren, weil dies lediglich zu einem Gläubigeraustausch bzw. zu einer Umschuldung führt, durch die weder die Masse noch die Quote der Gläubiger berührt werden, abgesehen von der dadurch entstehenden Zinsschuld gegenüber der Bank, deren Begründung keine

"Zahlung" darstellt (vgl. BGHZ 138, 211, 217). Auch das ändert aber nichts daran, daß die in das debitorische Konto eingegangene Schecksumme am Ende in der Masse fehlt und dies auf die von dem Geschäftsführer veranlaßte Scheckeinziehung als "Zahlung" i.S.v. § 64 Abs. 2 GmbHG zurückzuführen ist. Das gilt unabhängig davon, ob die Verrechnung mit dem Debet jeweils sofort im Sinne eines Tagessaldo oder erst nach einer längeren Abrechnungsperiode erfolgt (vgl. dazu Heymann/Horn, HGB 2. Aufl. § 355 Rdn. 31).

Ebensowenig kommt es - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - darauf an, ob das Kreditlimit der Gemeinschuldnerin zur Zeit der jeweiligen Scheckeinzahlungen noch unterschritten oder - wie die Revision unter Hinweis auf den vorinstanzlichen Vortrag des Klägers geltend macht - bereits überzogen war. Die Rechtsprechung des Senats (Urt. v. 3. Dezember 1990 - II ZR 215/89, ZIP 1991, 445 m.w.N.), wonach die Einzahlung einer Bareinlage auf ein debitorisches Konto der GmbH dann zulässig ist, wenn die Gesellschaft über den Betrag im Rahmen ihres Kreditlimits frei verfügen kann (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), weist keinen Bezug zu der vorliegenden Problematik des § 64 Abs. 2 GmbHG auf. Denn hier geht es nicht um die Kapitalaufbringung und das Interesse der GmbH an der freien Verfügbarkeit des betreffenden Betrages, sondern - im Gegensatz dazu - um die Masseerhaltung der nicht mehr überlebensfähigen Gesellschaft.

c) Nicht stichhaltig ist auch das eher pragmatische Argument des Berufungsgerichts, von dem Geschäftsführer könne nicht verlangt werden, zum Zwecke der Scheckeinziehung ein neues Konto bei einer anderen Bank einzurichten, weil sich dies namentlich in kleineren Gemeinden "herumsprechen" könne und dadurch die finanzielle Situation der Gesellschaft noch weiter verschlechtert werde. Eine derartige Rücksichtnahme liefe darauf hinaus, dem

Geschäftsführer - im Widerspruch zu § 64 Abs. 1 GmbHG - eine weitere Konkursverschleppung zu ermöglichen. Was für den - in § 64 Abs. 2 GmbHG miterfaßten - Zeitraum von höchstens drei Wochen zwischen dem Eintritt der Konkursreife und dem Entstehen der Konkursantragspflicht (§ 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) gilt, kann im vorliegenden Fall offenbleiben, weil der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts schon vor Einreichung des ersten Schecks zur Konkursantragstellung verpflichtet gewesen wäre. Zumindest für die Zeit von da an hatte er der Masseerhaltung Priorität einzuräumen und deshalb den Scheckeinzug auf das debitorische Konto zu unterlassen. Da sonach schon die von dem Beklagten durch den Scheckeinzug bewirkte Zahlung an die Bank der Gemeinschuldnerin mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht mehr vereinbar war (§ 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), hat auch die - vom Berufungsgericht nur abstrakt und ohne konkrete Feststellungen erörterte - Möglichkeit, den durch den Scheckeinzug erweiterten Kreditspielraum zu gemäß § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG privilegierten Zahlungen an andere Gläubiger der Gemeinschuldnerin zu nutzen, außer Betracht zu bleiben.

3. Nach allem schuldet der Beklagte dem Kläger Ersatz der eingezogenen Scheckbeträge gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Ein Abzug einer fiktiven Konkursquote, die auf die Bank der Gemeinschuldnerin ohne die Scheckeinzüge entfallen wäre (vgl. Sen.Urt. v. 1. März 1994 aaO zu II 2. a; Roth/Altmeppen aaO, § 64 Rdn. 26 m.w.N.), kommt hier nicht in Betracht, weil die Bank nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wegen bevorrechtigter Gläubiger ohnehin keine Aussicht auf eine Quote hat.

III. Da der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist, hatte der Senat gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden und auf die Revision des Klägers das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen.

Röhrich

Hesselberger

Henze

Kraemer

Münke