



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 229/11

Verkündet am:  
19. November 2013  
Stoll  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 64; InsO § 19

Hat der Insolvenzverwalter durch Vorlage einer Handelsbilanz und den Vortrag, dass keine stillen Reserven sowie aus der Bilanz nicht ersichtlichen Vermögenswerte vorhanden sind, die Überschuldung einer GmbH dargelegt, genügt der wegen Zahlungen nach Insolvenzzreife in Anspruch genommene Geschäftsführer seiner sekundären Darlegungslast nicht, wenn er lediglich von der Handelsbilanz abweichende Werte behauptet. Der in Anspruch genommene Geschäftsführer hat vielmehr substantiiert zu etwaigen stillen Reserven oder in der Bilanz nicht abgebildeten Werten vorzutragen.

BGH, Urteil vom 19. November 2013 - II ZR 229/11 - OLG Jena  
LG Erfurt

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 22. September 2011 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 Verwalter in dem am 25. März 2009 über das Vermögen der a. GmbH eröffneten Insolvenzverfahren. Die Schuldnerin betrieb in E. eine Modeboutique. Die Beklagte war Geschäftsführerin der Schuldnerin. Die Bilanz der Schuldnerin wies seit Ende des Jahres 2004 bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens stets einen durch Eigenkapital nicht gedeckten Fehlbetrag aus. Nachdem die Schuldnerin erstmals im August 2005 ihre Miete nicht mehr bezahlen konnte, erhöhten sich bis August 2008 die unbezahlten Mietverbindlichkeiten der Schuldnerin auf ca. 30.000 €. Die Vermieterin

kündigte das Mietverhältnis zum 26. September 2008 fristlos. Die Beklagte führte den Geschäftsbetrieb bis 17. Dezember 2008 fort.

- 2 Der Kläger behauptet, die Schuldnerin sei spätestens seit 31. Dezember 2007 überschuldet und zahlungsunfähig gewesen. Gestützt auf § 64 Abs. 2 GmbHG aF verlangt er von der Beklagten in Höhe von 91.038,90 € Ersatz wegen Zahlungen im Jahr 2008. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 88.842,09 € stattgegeben. Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision des Klägers, mit der er die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung begehrt.

#### Entscheidungsgründe:

- 3 Das Rechtsmittel hat Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

- 4 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Verfahren des ersten Rechtszugs leide an einem wesentlichen Fehler, auf dem das Urteil beruhe. Dem Verfahren mangle es insbesondere an der Durchführung der notwendigen Beweiserhebung und einer vollständigen Berücksichtigung des von der Beklagten vorgebrachten Sachvortrags. Aus der Handelsbilanz der Schuldnerin ergebe sich zwar zum 31. Dezember 2007 ein durch Eigenkapital nicht gedeckter Fehlbetrag in Höhe von 47.806,99 € und damit eine rechnerische Überschuldung. Der Kläger habe auch zunächst seiner Darlegungslast dadurch genügt, dass er vorgetragen habe, es seien keine stillen Reserven und auch keine sonstigen aus der Handelsbilanz nicht ersichtlichen Veräußerungswerte bei der

Schuldnerin vorhanden gewesen. Das Landgericht sei aber unzutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht genügt habe. Das habe zur Folge, dass der Kläger nunmehr hätte beweisen müssen, dass keine stillen Reserven bei der Schuldnerin vorhanden gewesen seien. Diesen Beweis habe der Kläger nicht geführt, da das Landgericht keine Feststellungen zu der Höhe des Liquiditätswerts der stillen Reserven getroffen habe. Darin sei ein Verfahrensverstoß des erstinstanzlichen Gerichts zu sehen, da von einer rechnerischen Überschuldung nur ausgegangen werden könne, wenn der Insolvenzverwalter beweise, dass stille Reserven oder sonstige daraus nicht ersichtliche Veräußerungswerte nicht vorhanden gewesen seien.

5 Das Urteil stelle sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Der Erstattungsanspruch könne derzeit nicht darauf gestützt werden, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bestanden hätte. Die Beklagte habe behauptet, dass am 31. Dezember 2007 keine Verbindlichkeiten der Schuldnerin fällig gewesen seien und durch die von der Schuldnerin monatlich erzielten Umsätze in Höhe von 22.000 € sämtliche Verbindlichkeiten innerhalb von drei Wochen hätten beglichen werden können. Diesen Vortrag habe das Landgericht übergegangen, da es keine Feststellungen hierzu getroffen habe.

6 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat die Sache verfahrensfehlerhaft gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen. Die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung nach dieser Vorschrift an das erstinstanzliche Gericht sind in mehrfacher Hinsicht nicht erfüllt.

7           1. Die Voraussetzungen einer Zurückverweisung liegen schon deshalb nicht vor, weil das Berufungsgericht zu Unrecht einen Verfahrensfehler des Landgerichts angenommen hat.

8           a) Eine Zurückverweisung an das Erstgericht gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO kommt nur dann in Betracht, wenn das erstinstanzliche Verfahren an einem so wesentlichen Mangel leidet, dass es keine Grundlage für eine die Instanz beendende Entscheidung sein kann. Ob ein wesentlicher Verfahrensfehler vorliegt, ist allein aufgrund des materiell-rechtlichen Standpunkts des Erstgerichts zu beurteilen, auch wenn das Berufungsgericht ihn für verfehlt erachtet (BGH, Urteil vom 1. Februar 2010 - II ZR 209/08, ZIP 2010, 776 Rn. 11 mwN).

9           b) Nach diesen - vom Berufungsgericht verkannten - Grundsätzen liegt kein Verfahrensfehler des Erstgerichts vor. Das Berufungsgericht hat dies zu Unrecht angenommen, weil es die Frage, ob dem Erstgericht ein wesentlicher Verfahrensfehler unterlaufen ist, rechtsfehlerhaft nicht aufgrund des allein maßgeblichen materiell-rechtlichen Standpunkts des Erstgerichts beantwortet, sondern dieser Beurteilung seinen eigenen materiell-rechtlichen Rechtsstandpunkt zugrunde gelegt hat. Das Berufungsgericht sieht den Fehler des Landgerichts in dessen Annahme, die Beklagte habe - mangels hinreichender Substantiierung ihres Vortrags - ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt. Es hält demgegenüber das Vorbringen für ausreichend substantiiert und sieht darin, dass das Landgericht deshalb eine noch nicht spruchreife Sachentscheidung getroffen hat, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

10           Dadurch, dass das Landgericht andere Anforderungen an den Grad der Substantiierung gestellt hat, hat es jedoch nicht im Sinne des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO verfahrensfehlerhaft gehandelt. Bewertet das Berufungsgericht - wie hier - das Parteivorbringen materiell-rechtlich anders als das Erstge-

richt, indem es z.B. an die Schlüssigkeit oder die Substantiierungslast andere Anforderungen als das Erstgericht stellt, liegt ein zur Aufhebung und Zurückverweisung berechtigender wesentlicher Verfahrensmangel des Erstgerichts auch dann nicht vor, wenn infolge der abweichenden Beurteilung eine Beweisaufnahme erforderlich wird (BGH, Urteil vom 14. März 1988 - II ZR 302/87, ZIP 1988, 1000, 1001; Urteil vom 7. Juni 1993 - II ZR 141/92, NJW 1993, 2318; Urteil vom 1. Februar 2010 - II ZR 209/08, ZIP 2010, 776 Rn. 14 mwN; Urteil vom 14. Mai 2013 - II ZR 76/12, ZIP 2013, 1642 Rn. 10). Das Landgericht hat auch nicht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 103 Abs. 1 GG). Der Sachvortrag der Beklagten zu den angeblichen stillen Reserven blieb nicht unbeachtet, sondern wurde zur Kenntnis genommen und als nicht ausreichend substantiiert angesehen.

11            2. Die Zurückverweisung durch das Berufungsgericht leidet an einem weiteren Mangel. Es fehlt an einer hinreichenden Begründung im Berufungsurteil, weshalb das Berufungsgericht die nach seiner Auffassung erforderliche Beweisaufnahme nicht selbst durchgeführt, sondern die Sache an das Landgericht zurückverwiesen hat.

12            a) Voraussetzung der Zurückverweisung ist, dass aufgrund des Verfahrensmangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist (§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO; vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2013 - II ZR 76/12, ZIP 2013, 1642 Rn. 9). Das Berufungsgericht ist gehalten, nachprüfbar darzulegen, inwieweit eine noch ausstehende Beweisaufnahme so aufwändig oder umfangreich ist, dass sie eine Zurückverweisung rechtfertigt. Dabei hat es eine Abwägung zwischen der mit einer Zurückverweisung verbundenen Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens auf der einen und dem Interesse an der Wahrung des vollen Instanzenzuges auf der anderen Seite vorzu-

nehmen (BGH, Urteil vom 1. Februar 2010 - II ZR 209/08, ZIP 2010, 776 Rn. 16; Urteil vom 20. Juli 2011 - IV ZR 291/10, VersR 2011, 1392 Rn. 23).

13           b) Das Berufungsgericht hat angenommen, eine Beweisaufnahme wäre umfangreich und würde zu einer mit der Neukonzeption des Berufungsverfahrens unvereinbaren, erstmaligen Beweisaufnahme an Stelle der ersten Instanz führen. Eine hinreichende Darlegung des Berufungsgerichts, warum die nach seiner Auffassung erforderliche Beweisaufnahme umfangreich sein werde, sowie eine darauf gestützte Abwägung fehlen jedoch. Eine Beweisaufnahme kann aufgrund der Zahl der Zeugen oder Sachverständigen oder des Umfangs der Fragen umfangreich sein (BGH, Urteil vom 1. März 2011 - II ZR 83/09, ZIP 2011, 806 Rn. 15). Allein der Umstand, dass nach Auffassung des Berufungsgerichts ein Sachverständigengutachten einzuholen ist, rechtfertigt die Annahme einer umfangreichen oder aufwändigen Beweisaufnahme nicht (BGH, Urteil vom 1. Februar 2010 - II ZR 209/08, ZIP 2010, 776 Rn. 16).

14           Eine Beweisaufnahme auf der Grundlage der Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei ihrer sekundären Darlegungslast nachgekommen, und eines nach einem Hinweis auf die insoweit gegenüber dem Landgericht geänderte Einschätzung gegebenenfalls ergänzten und unter Beweis gestellten Vorbringens des Klägers zum Fehlen stiller Reserven betreffe allein die Bewertung von zwei Bilanzposten, nämlich der Ladeneinrichtung und des Warenbestands, dessen Einkaufswert bekannt ist. Es ist nicht ersichtlich, dass der Liquidationswert dieser Vermögensgegenstände sich bei dieser Ausgangslage durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht leicht klären ließe, sondern insoweit eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme erforderlich würde.

15            III. Aufgrund der aufgezeigten Rechtsfehler unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Da das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner fehlerhaften Rechtsauffassung folgerichtig keine tatrichterlichen Feststellungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 64 Abs. 2 GmbHG aF getroffen hat, wird es dies nachzuholen haben. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

16            1. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts im Rahmen der Überschuldungsprüfung rechtfertigen nicht die Annahme, die Beklagte sei ihrer sekundären Darlegungslast nachgekommen.

17            a) Im Ausgangspunkt richtig hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass bei der Prüfung, ob eine Überschuldung nach § 19 InsO gegeben ist, einer vom Insolvenzverwalter vorgelegten Handelsbilanz lediglich indizielle Bedeutung zukommt. Legt der Anspruchsteller für seine Behauptung, die Gesellschaft sei überschuldet gewesen, nur eine Handelsbilanz vor, aus der sich ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergibt, hat er jedenfalls die Ansätze dieser Bilanz darauf zu überprüfen und zu erläutern, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus ihr nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden sind. Dabei muss er nicht jede denkbare Möglichkeit ausschließen, sondern nur naheliegende Anhaltspunkte - beispielsweise stille Reserven bei Grundvermögen - und die von dem Geschäftsführer insoweit aufgestellten Behauptungen widerlegen (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 Rn. 10; Urteil vom 27. April 2009 - II ZR 253/07, ZIP 2009, 1220 Rn. 9; Beschluss vom 26. April 2010 - II ZR 60/09, ZIP 2010, 1443 Rn. 11; Urteil vom 15. März 2011 - II ZR 204/09, ZIP 2011, 1007 Rn. 33; Beschluss vom 31. Mai 2011 - II ZR 106/10, ZIP 2011, 1410 Rn. 4). Nach der



Feststellung des Berufungsgerichts weist die vom Kläger vorgelegte Handelsbilanz der Schuldnerin zum 31. Dezember 2007 einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 47.806,99 € auf. Das Berufungsgericht geht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon aus, dass der Kläger seiner Darlegungslast durch den Vortrag genügt habe, es seien keine stillen Reserven und auch keine sonstigen aus der Handelsbilanz nicht ersichtlichen Vermögenswerte bei der Schuldnerin vorhanden gewesen.

18            b) In dieser Situation ist es Sache des beklagten Geschäftsführers, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im Einzelnen vorzutragen, welche stillen Reserven oder sonstigen für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet sind (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 Rn. 10; Urteil vom 27. April 2009 - II ZR 253/07, ZIP 2009, 1220 Rn. 9; Urteil vom 15. März 2011 - II ZR 204/09, ZIP 2011, 1007 Rn. 33; Beschluss vom 31. Mai 2011 - II ZR 106/10, ZIP 2011, 1410 Rn. 4). Hierzu reicht es indes nicht aus, lediglich von der Handelsbilanz abweichende Werte zu behaupten. Der in Anspruch genommene Geschäftsführer hat vielmehr substantiiert zu stillen Reserven oder sonstigen in der Handelsbilanz nicht abgebildeten Werten vorzutragen.

19            Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts lassen ausreichend substantiierten Vortrag der Beklagten nicht erkennen. Das Berufungsgericht hat es ausreichen lassen, dass die Beklagte behauptet hat, den aus der Handelsbilanz ersichtlichen Verbindlichkeiten in Höhe von 28.555,06 € hätten Waren (Kleidungsstücke) in einem Gesamteinkaufswert in Höhe von 38.816,44 € gegenübergestanden. Der bilanzierte Einkaufswert der Ware lag indes bei 34.026,30 €, so dass sich insoweit nur eine für die Feststellung der Überschuldung unerhebliche Differenz von 4.790,44 € ergibt. Sollte das Berufungsgericht an dieser Stelle - was sich seiner Begründung nicht entnehmen lässt - den von

der Revisionserwiderung aufgezeigten Vortrag der Beklagten im Blick gehabt haben, der wahre Wert der Kleidungsstücke habe bei 83.364 € gelegen, hätte es näherer Erläuterung bedurft, wie ein der allgemeinen Lebenserfahrung widersprechender Aufschlag von 145 % auf den bilanzierten Wareneinkaufswert als Liquidationswert hätte realisiert werden sollen. Soweit das Berufungsgericht die Behauptung der Beklagten, hinsichtlich des Werts der Ladeneinrichtung habe eine weitere stille Reserve in Höhe von 20.000 € bestanden, als ausreichend substantiiert angesehen hat, ist dies nicht nachvollziehbar. Insbesondere angesichts des Umstands, dass die Einrichtungsgegenstände unter Verantwortung der Beklagten letztlich für 500 € veräußert wurden, wäre eine nähere Darlegung zu deren Zeitwert erforderlich gewesen. Der Beklagten wird Gelegenheit gegeben werden müssen, hierzu ergänzend vorzutragen.

20            2. Sollte das Berufungsgericht eine Überschuldung verneinen, wird es sich mit den Ausführungen der Parteien in der Revisionsinstanz zur Zahlungsunfähigkeit auseinandersetzen haben. Der Senat weist vorsorglich auf Folgendes hin:

21            Nachdem die Schuldnerin erstmals im August 2005 ihre Miete nicht mehr hat bezahlen können, waren bis August 2008 offene Mietverbindlichkeiten in Höhe von 30.000 € aufgelaufen. Der Entwicklung dieser Außenstände wird gegebenenfalls Beachtung zu schenken sein, da die Anwendung des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO in Betracht kommen kann. Danach ist Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Dafür reicht ein nach außen hervortretendes Verhalten, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus, auch wenn noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen

Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen. Sogar die Nichtzahlung einer einzigen Verbindlichkeit kann eine Zahlungseinstellung begründen, wenn die Forderung von insgesamt nicht unbeträchtlicher Höhe ist. Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten erheblichen Umfangs bestanden, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden sind, ist regelmäßig von einer Zahlungseinstellung auszugehen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juni 2012 - II ZR 243/11, ZIP 2012, 1557 Rn. 24; Urteil vom 18. Juli 2013 - IX ZR 143/12, ZIP 2013, 2015 Rn. 9).

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Erfurt, Entscheidung vom 07.01.2011 - 9 O 924/10 -

OLG Jena, Entscheidung vom 22.09.2011 - 1 U 41/11 -