



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 366/13

Verkündet am:
23. Juni 2015
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

GmbHG § 64

- a) Der Einzug von Forderungen, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, auf einem debitorischen Konto der GmbH und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo ist grundsätzlich keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung im Sinn von § 64 GmbHG, wenn vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist.
- b) Eine Zahlung kann auch ausscheiden, soweit infolge der Verminderung des Debitsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei werden.

BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart, die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Oktober 2013 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte war Geschäftsführerin der S GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), über deren Vermögen am 16. Juni 2009 auf Eigenantrag vom 11. Juni 2008 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Der Kläger ist zum Insolvenzverwalter bestellt.

- 2 Die Schuldnerin unterhielt u.a. bei der Sparkasse N. ein Kontokorrentkonto mit einer Kreditlinie von 150.000 €. Durch Globalzessionsvertrag vom 11. Dezember 2003 trat die Schuldnerin der Sparkasse zur Sicherung aller Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen gegen Dritte mit Ausnahme der Anfangsbuchstaben X und Y sicherungshalber ab.
- 3 Zwischen dem 2. Mai 2008 und dem 10. Juni 2008 wurden auf das Kontokorrentkonto der Schuldnerin, das durchgängig im Soll geführt wurde, Zahlungseingänge in Höhe von insgesamt 41.116,12 € gebucht, davon zwei Rücklastschriften in Höhe von zusammen 1.067,24 €. Die Sparkasse hat nach einer insolvenzrechtlichen Anfechtung 9.979,74 € an den Kläger ausbezahlt.
- 4 Mit der Klage hat der Kläger von der Beklagten Zahlung von 30.069,14 € nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF verlangt, die Summe der auf dem Kontokorrentkonto gebuchten Eingänge in Höhe von 41.116,12 € abzüglich der Rücklastschriften in Höhe von 1.067,24 € und der von der Sparkasse geleisteten 9.979,74 €.
- 5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 30.069,14 € nebst Zinsen verurteilt und ihr vorbehalten, nach Erstattung des Verurteilungsbetrages an die Masse ihre Gegenansprüche, die sich nach Rang und Höhe mit den Beträgen decken, welche die durch die verbotswidrigen Zahlungen begünstigten Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätten, gegen den Kläger als Insolvenzverwalter zu verfolgen. Dagegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 I. Das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf I-15 U 35/13, juris) hat ausgeführt, die Beklagte sei dem Kläger wegen Verletzung ihrer Massesicherungspflicht durch Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife der Schuldnerin gemäß § 64 Abs. 2 S.1 GmbHG aF zum Schadensersatz verpflichtet. Seit Ende März 2008 sei die Schuldnerin zahlungsunfähig und damit insolvenzreif gewesen.

8 Der vom Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH veranlasste Einzug von Forderungen auf ein debitorisches Bankkonto der GmbH sei grundsätzlich als eine ihm zuzurechnende, gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. verbotene Zahlung zu qualifizieren, weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Lasten ihrer Gläubigergesamtheit (und zum Vorteil der Bank) geschmälert werde. Der Geschäftsführer müsse in diesem Stadium, wenn er schon seiner Insolvenzantragspflicht gemäß § 64 Abs. 1 GmbH-Gesetz aF nicht rechtzeitig nachkomme, aufgrund seiner Masseerhaltungspflicht wenigstens dafür sorgen, dass entsprechende Zahlungen als Äquivalent für dadurch erfüllte Gesellschaftsforderungen der Masse zugutekämen. Die primär auf Masseerhaltung zielende Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers gebiete es, in einer derartigen Situation ein neues, kreditorisch geführtes Konto bei einer anderen Bank zu eröffnen und den aktuellen Gesellschaftsschuldnern die geänderte Bankverbindung unverzüglich bekannt zu geben. Die Beklagte habe ein solches Konto nicht eröffnet und hafte deshalb auf Schadensersatz.

9 An dieser Rechtsfolge vermöge der Umstand nichts zu ändern, dass die Einzahlungen auf das debitorisch geführte Konto der Schuldnerin bei der Sparkasse im Rahmen einer bereits am 11. Dezember 2003 erfolgten Globalabtret-

tung aller der Schuldnerin gegenwärtig und zukünftig zustehenden Forderungen an die Bank erfolgt seien. Ob zugelassene Gutschriften auf einem debitorischen Konto für den Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH im Falle einer Globalzession ausnahmsweise unschädlich seien, könne offengelassen werden, weil die Sparkasse bei Eingang der Zahlungen auf das bei ihr debitorisch geführte Konto und deren Verrechnung mit ihren Kontokorrentforderungen im Sinne des § 130 Abs. 2 InsO Kenntnis von den Umständen gehabt habe, die auf eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zumindest ab Mai 2008 schließen ließen, und damit jedenfalls der Tatbestand einer (weitergehenden) Insolvenzanfechtung nach Maßgabe des § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO gegeben wäre. Die Sparkasse habe kein anfechtungsfestes Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 1 InsO) erworben. Sie habe anlässlich eines Bankgesprächs im März 2008 aus einem Kurzgutachten gewusst, dass die Schuldnerin bereits zu diesem Zeitpunkt faktisch infolge Zahlungsunfähigkeit insolvenzreif gewesen sei, weil die Kontokorrentkredite ausgelastet gewesen seien, die bestehenden Liquiditätsengpässe aus den Einkünften aus dem operativen Geschäft kurzfristig nicht hätten beseitigt werden können und die Sparkasse ihrerseits zu einer Ausweitung der Kreditlinie oder Umschuldung der Kreditvolumina nicht bereit gewesen sei.

10 II. Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Einzug von Forderungen einer insolvenzreifen GmbH auf ein debitorisches Konto grundsätzlich eine masseschmälernde Zahlung im Sinn von § 64 Abs. 2 GmbHG aF (§ 64 Satz 1 GmbHG nF) ist, weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Gunsten der Bank geschmälert wird (BGH, Urteil vom 3. Juni 2014 - II ZR 100/13, ZIP 2014, 1523 Rn. 16; Urteil vom 26. März 2007 - II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006 Rn. 12; Urteil vom 29. November 1999

- II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 187 f.). Der auf das debitorische Konto eingezahlte Betrag wird aufgrund der Kontokorrentabrede mit dem Sollsaldo bzw. mit dem Kreditrückzahlungsanspruch der Bank verrechnet und damit mit Gesellschaftsmitteln an einen Gläubiger, hier die Bank, gezahlt. Insoweit liegt der Fall im Ergebnis nicht anders als wenn die GmbH mit Barmitteln, die von einem ihrer Schuldner in ihre Kasse gelangt sind, einen Gläubiger durch Barzahlung befriedigt.

12 2. Der Einzug von Forderungen, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, auf einem debitorischen Konto der GmbH und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo stellen aber keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung im Sinn von § 64 Abs. 2 GmbHG aF (§ 64 Satz 1 GmbHG nF) dar, wenn vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist.

13 a) Der Einzug von Forderungen auf einem debitorischen Konto, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, ist grundsätzlich keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung im Sinn von § 64 Abs. 2 GmbHG aF (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.). § 64 Abs. 2 GmbHG aF meint mit „Zahlung“ eine Leistung der Schuldnerin, durch welche die den Gläubigern zur Verfügung stehende Vermögensmasse geschmälert wird. Soweit durch einen Vorgang die den Gläubigern zur Verwertung zur Verfügung stehende Masse nicht geschmälert wird, liegt keine Zahlung vor. § 64 Abs. 2 GmbHG aF soll wie die Parallelvorschrift § 130a Abs. 1 HGB im Interesse einer Gleichbehandlung der Gläubiger lediglich eine Schmälerung der Masse nach Eintritt der Insolvenzreife ausgleichen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 Rn. 9, z.V.b. in BGHZ mwN).

- 14 Die Verrechnung des infolge der Einzahlung auf dem Konto gutgeschriebenen Betrags schmälert die Masse nicht, weil die zur Sicherheit an die Bank abgetretene und eingezogene Forderung den Gläubigern nicht zur Verwertung zur Verfügung steht und der Geschäftsführer die Verwertung zugunsten der Bank als ordentlicher Geschäftsmann nicht verhindern muss.
- 15 aa) Sicherungsabgetretene Forderungen eines Schuldners zählen zwar zur Insolvenzmasse im Sinn von § 35 InsO, die der Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterliegen. Sie stehen aber nicht als freie Masse den Gläubigern zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung, sondern nur dem Zessionar. Der Zessionar hat ein Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 1 InsO). Auch der Insolvenzverwalter muss nach einer Verwertung den absonderungsberechtigten Gläubiger befriedigen (§ 170 Abs. 1 Satz 2 InsO). Dass die Kosten der Feststellung und der Verwertung vorweg zu entnehmen sind (§ 170 Abs. 1 Satz 1 InsO), führt nicht zu einer Teilverwertung zugunsten aller Gläubiger, weil damit nur die durch die Verwertung verursachten Kosten gedeckt werden sollen.
- 16 bb) Der Geschäftsführer einer GmbH muss die sicherungsabgetretene Forderung auch nicht durch Einziehung auf ein neu eröffnetes, kreditorisch geführtes Konto bei einer anderen Bank der Einziehung und Verrechnung auf dem debitorischen Konto entziehen (vgl. Strohn, NZG 2011, 1161, 1166). Besteht keine Globalzession zugunsten der Bank, muss der Geschäftsführer einer GmbH nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings dafür Sorge tragen, dass Schuldner nicht auf ein debitorisches Bankkonto einzahlen, und obliegt es ihm, eine Zahlung im Sinn von § 64 Abs. 2 GmbHG aF an die Bank etwa durch Eröffnung eines kreditorisch geführten Bankkontos oder Vereinbarung von Barzahlung zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2007

- II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006 Rn. 12; Urteil vom 29. November 1999 - II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 188).

17 Ist die Forderung im Rahmen einer Globalzession an die Bank abgetreten, kann der Geschäftsführer die Zahlung zugunsten der Bank zwar ebenfalls durch Vereinbarung einer Barzahlung oder Eröffnung eines Kontos bei einer anderen Bank und Umleitung der Zahlung auf dieses Konto verhindern. Durch Umleitung der Zahlung des jeweiligen Kunden auf die sicherungsbedingte Forderung auf ein Konto bei einer anderen Bank wäre die Forderung der Schuldnerin auch mit Wirkung gegenüber der Zessionarin erloschen, zugleich das an der Forderung bestehende Absonderungsrecht. Die Sicherungsnehmerin hätte kein Ersatzabsonderungsrecht entsprechend § 48 InsO erworben, da der Einzug aufgrund der Einzugsermächtigung berechtigt gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2006 - IX ZR 185/04, ZIP 2006, 1009 Rn. 17 f. mwN; Urteil vom 12. Februar 2015 - IX ZR 180/12, ZIP 2015, 585 Rn. 12 f.). Die Schuldnerin war nach 9.1. der Globalabtretungsvereinbarung zur Einziehung im ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebe berechtigt, wie dies regelmäßig bei der Sicherungszedession vereinbart wird. Unberechtigt kann der Forderungseinzug auf anderem Wege zwar sein, wenn das Konto bei der Zessionarin als Zielkonto vereinbart ist (vgl. MünchKomm InsO/Ganter, 3. Aufl., Vorbemerkungen vor §§ 49 bis 52 Rn. 171 und 173a); eine solche Vereinbarung über einen Forderungseinzug nur auf das Konto der Bank enthält die Globalabtretungsvereinbarung aber nicht.

18 Die Umleitung der Zahlungen auf ein anderes Konto entspräche aber nicht einem ordentlichen Geschäftsgebaren. Wenn der Gegenwert der abgetretenen Forderung nicht bei der Zessionarin, sondern unmittelbar beim Zedenten eingeht, ist die Schuldnerin meist jedenfalls auf Verlangen der Bank zur Weiterleitung verpflichtet, wie hier auch in 9.2. der Globalabtretungsvereinbarung vorgesehen ist. Die Weiterleitung ist dem Geschäftsführer nicht nach § 64 Abs. 2

Satz 2 GmbHG aF/§ 64 Satz 2 GmbHG nF verboten, weil bereits die Einziehung mit der Verpflichtung zur Weiterleitung verbunden ist und er insoweit jedenfalls mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns handelt (vgl. auch BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 38/07, ZIP 2008, 1229 Rn. 12 ff.). Da die eingezogene Forderung infolge der Sicherungsabtretung nicht mehr als freie Masse den Gläubigern zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung stand, verlangt auch der Zweck des Zahlungsverbots, die vorhandene Masse zu sichern, nicht, die Zahlung einzubehalten. Die Masse würde durch den Einzug von sicherungsabgetretenen Forderungen ohne Weiterleitung nicht nur erhalten, sondern vergrößert.

- 19 b) Eine masseschmälernde Leistung durch die Zahlung liegt aber vor, wenn die zur Sicherheit abgetretene Forderung erst nach Eintritt der Insolvenzreife entstanden ist oder zwar vor Eintritt der Insolvenzreife entstanden, aber erst danach werthaltig geworden ist und der Geschäftsführer dies verhindern konnte. Der Geschäftsführer kann zwar nach Insolvenzreife nicht verhindern, dass der Zessionar die ihm zur Sicherheit abgetretene Forderung verwertet. Er darf aber nicht bewirken, dass der Zessionar zu Lasten der Masse nach Insolvenzreife noch eine werthaltige Forderung erwirbt, § 64 Abs. 2 GmbHG aF.
- 20 aa) Die Bewirkung einer masseschmälernden Leistung kann bereits darin liegen, dass die Gesellschaft eine Forderung an einen ihrer Gläubiger abtritt und so die Forderung aus ihrem Vermögen absondert. Eine Sicherungszession, die erst nach Eintritt der Insolvenzreife vereinbart wird, steht daher einer Bewertung der dadurch verursachten Einziehungen von Forderungen auf ein debitorisches Konto als masseschmälernde Leistung nicht entgegen. Die Masseschmälerung tritt endgültig zwar erst mit dem Einzug der Forderung zugunsten des Zessionars ein, wenn der Schuldner zahlt und der Zessionar die Zahlung verrechnet. Die Verkürzung der Masse ist aber bereits unwiderruflich mit der

Abtretung veranlasst. Die masseschmälernde Leistung durch den Geschäftsführer liegt in diesem Fall bereits in der Abtretungsvereinbarung, für die der Geschäftsführer danach gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG aF haftet, wenn die Forderung später zugunsten des Gläubigers eingezogen wird.

21 bb) Eine masseschmälernde Leistung wird dem entsprechend auch an die Bank als Zessionar bewirkt, wenn die Sicherungsabtretung zwar bereits vor Insolvenzreife vereinbart worden ist, die Forderung aber erst nach Insolvenzreife entsteht oder werthaltig gemacht wird.

22 Im Falle der Abtretung einer künftigen Forderung ist der Verfügungstatbestand mit dem Zustandekommen des Abtretungsvertrages abgeschlossen. Der Rechtsübergang auf den Gläubiger vollzieht sich jedoch erst mit dem Entstehen der Forderung (BGH, Urteil vom 19. September 1983 - II ZR 12/83, BGHZ 88, 205, 206; Urteil vom 20. September 2012 - IX ZR 208/11, ZIP 2012, 2358 Rn. 13). Wenn - wie hier - die Abtretung bereits vor der Insolvenzreife für künftige Forderungen vereinbart ist, liegt die Ursache für die Masseschmälerung nicht in der Abtretungsvereinbarung, sondern darin, dass die sicherungsabgetretene Forderung nicht mehr zugunsten des Vermögens der GmbH, sondern zugunsten des Zessionars entsteht. Wenn der Geschäftsführer der GmbH die Zession - etwa durch die Kündigung des Kontokorrentvertrages - oder das Entstehen der Forderung nach Eintritt der Insolvenzreife verhindern kann, liegt daher im Ergebnis eine von ihm veranlasste Leistung an die Bank vor, wenn die Forderung nach der Sicherungsabtretung an die Bank entsteht und von ihr verwertet wird. Das betrifft vor allem Verträge, die die Schuldnerin nach Eintritt der Insolvenzreife eingeht und bei denen der Anspruch auf die Gegenleistung für eine Leistung der Schuldnerin aufgrund der Sicherungsabtretung der Bank zusteht.

- 23 Das gleiche gilt, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung rechtlich zwar bereits entstanden ist, zulasten des Vermögens der Schuldnerin aber erst nach Eintritt der Insolvenzreife werthaltig gemacht wird, etwa indem die Schuldnerin die von ihr vertraglich zugesagte Leistung erbringt. Die Masseschmälerung liegt in diesen Fällen darin, dass die abgetretene Forderung zugunsten des Gläubigers werthaltig gemacht worden ist. Die Wertschöpfung geschieht dann zu Lasten der Gläubigergesamtheit bzw. der Masse und zugunsten des gesicherten Gläubigers (vgl. zur Werthaltigmachung bei der Insolvenzanfechtung BGH, Urteil vom 29. November 2007 - IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297 Rn. 36).
- 24 Dass der Geschäftsführer durch das „Zahlungsverbot“ des § 64 Abs. 2 GmbHG aF daran gehindert wird, das Unternehmen nach Insolvenzreife fortzuführen, ist ein Reflex dieser Vorschrift. § 64 Abs. 2 GmbHG aF soll in erster Linie im Interesse einer Gleichbehandlung der Gläubiger eine Schmälerung der Masse nach Eintritt der Insolvenzreife ausgleichen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 Rn. 9, z.V.b. in BGHZ mwN; Beschluss vom 2. Dezember 2014 - II ZR 119/14, ZIP 2015, 68 Rn. 8). Damit wird der Geschäftsführer angehalten, nach Insolvenzreife die Masse zur Verwertung durch die Gläubiger zu erhalten (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 275). Das verbietet es ihm, das Unternehmen auf Kosten und Gefahr der Gläubigergesamtheit mit dem Risiko weiterer Masseminderungen fortzuführen. Soweit ausnahmsweise eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht werden würde, wenn der Betrieb ohne Begründung neuer Forderungen oder ihrer Werthaltigmachung eingestellt werden müsste, können Zahlungen zur Vermeidung noch größerer Nachteile mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein und damit das Verschulden entfallen lassen (§ 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG aF; vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 274 f.; Beschluss vom 5. November 2007 - II ZR 262/06, ZIP 2008, 72 Rn. 6).

- 25 3. Eine Zahlung kann zwar auch ausscheiden, soweit infolge der Verminderung des Debetsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei geworden sind. Auf das Freiwerden von Sicherheiten hat sich die Beklagte aber nicht berufen.
- 26 Wenn eine Zahlung an einen absonderungsberechtigten, durch eine Gesellschaftssicherheit besicherten Gläubiger geleistet wird, liegt ein Aktiventausch vor, soweit infolge der Zahlung die Gesellschaftssicherheit frei wird und der Verwertung zugunsten aller Gläubiger zur Verfügung steht. Bei einem solchen Aktiventausch entfällt im wirtschaftlichen Ergebnis eine masseschädliche Zahlung (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 Rn. 9, z.V.b. in BGHZ mwN). Wenn die Sicherheit in der Abtretung von Forderungen besteht, bewirkt eine Zahlung an den Zessionar einen solchen Aktiventausch, soweit infolge dieses Vorgangs sicherungsabgetretene werthaltige Forderungen frei werden und in das zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger bestimmte Vermögen der Gesellschaft gelangen (vgl. auch zum umgekehrten Fall BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 196/09, ZIP 2011, 422 Rn. 26). Dafür, dass infolge der Einzahlungen auf das debitorisch geführte Konto von der Globalzession erfasste Forderungen der Schuldnerin frei geworden wären, bestehen keine Anhaltspunkte.
- 27 4. Soweit danach infolge des Bestehens eines Absonderungsrechts der Bank im Einzug der Forderungen auf das debitorisch geführte Konto keine masseschmälernde Leistung liegt, ändert sich am Fehlen eines Anspruchs nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nichts, wenn die Bank kein anfechtungsfestes Absonderungsrecht erworben hat.

28 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Verrechnung auf dem Konto nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig, wenn die Bank die Möglichkeit zu der Verrechnung anfechtbar erworben hat. Bei der Einziehung einer Forderung auf ein Bankkonto, die von einer Globalzession zugunsten der Bank erfasst wird, ist die erforderliche objektive Gläubigerbenachteiligung gegeben, wenn die Bank an vor dem Eingang des Eröffnungsantrags entstandenen oder werthaltig gewordenen Forderungen kein anfechtungsfestes Absonderungsrecht erworben hat (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 2007 - IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297 Rn. 13). Der anfechtbare Erwerb der Verrechnungslage hat zur Folge, dass eine vor Insolvenzeröffnung erfolgte Verrechnung des Sollsaldo mit dem gutzuschreibenden Betrag nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO mit der Verfahrenseröffnung insolvenzrechtlich unwirksam ist (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2003 - IX ZR 28/03, ZIP 2003, 2370, 2371; Urteil vom 22. Juli 2004 - IX ZR 270/03, ZIP 2004, 1912, 1913; Beschluss vom 2. Juni 2005 - IX ZB 235/04, ZIP 2005, 1334, 1335; Urteil vom 28. September 2006 - IX ZR 136/05, BGHZ 169, 158 Rn. 11; Urteil vom 14. Februar 2013 - IX ZR 94/12, ZIP 2013, 588 Rn. 8). Der Insolvenzverwalter kann den Hauptanspruch - den aus der Gutschrift folgenden Herausgabeanspruch nach § 667 BGB gegen die Bank - geltend machen und den Aufrechnungs- oder Verrechnungseinwand mit der Gegeneinrede der Anfechtbarkeit abwehren (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2004 - IX ZR 195/03, BGHZ 159, 388, 393; Urteil vom 28. September 2006 - IX ZR 136/05, BGHZ 169, 158 Rn. 16; Urteil vom 14. Februar 2013 - IX ZR 94/12, ZIP 2013, 588 Rn. 8).

29 b) Dass der Insolvenzverwalter aufgrund der Anfechtbarkeit des Absonderungsrechts den Hauptanspruch auf Auskehr des erlangten Betrags gegen die Bank so geltend machen kann, als sei keine Verrechnung erfolgt, führt aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zum rückwirkenden Entstehen eines Anspruchs nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF. Ein Vorgang, der keine

masseschmälernde Zahlung ist, kann nicht nachträglich durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu einer masseschmälernden Zahlung werden, und aus einem entschuldigtem Verhalten (§ 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG aF) kann kein schuldhaftes Verhalten werden. Der Anspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF setzt im Gegensatz zur Insolvenzanfechtung nicht eine Insolvenzeröffnung, sondern nur Insolvenzreife voraus (vgl. BGH, Urteil vom 11. September 2000 - II ZR 370/99, ZIP 2000, 1896, 1897 f.; Beschluss vom 23. September 2010 - IX ZB 204/09, ZIP 2010, 2107 Rn. 13 ff.; Beschluss vom 2. Dezember 2014 - II ZR 119/14, ZIP 2015, 68 Rn. 8).

30 c) Im Übrigen würde die erfolgreiche Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch den Insolvenzverwalter gegen die Bank dazu führen, dass ein gegebenenfalls zuvor bestehender Anspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF entfällt. Der Erstattungsanspruch gegen das Organ entfällt, wenn es dem Insolvenzverwalter gelingt, durch eine Insolvenzanfechtung eine Rückerstattung der Zahlung zu erreichen und so die Masseschmälerung wettzumachen (BGH, Urteil vom 18. Dezember 1995 - II ZR 277/94, BGHZ 131, 325, 327; Urteil vom 3. Juni 2014 - II ZR 100/13, ZIP 2014, 1523 Rn. 14; Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 Rn. 9 z.V.b. in BGHZ). Soweit der Kläger Anfechtungserlöse erzielt hat, hat er sie auch von der errechneten Forderung in Abzug gebracht.

31 5. Soweit nach dem Vorstehenden trotz der Globalzession die Zahlungen auf das debitorische Konto zu einer Masseschmälerung geführt haben können, entfällt der Ersatzanspruch entgegen der Rechtsauffassung der Revision nicht schon dadurch teilweise, dass die Bank nach den Zahlungseingängen Verfügungen über das Konto zugelassen hat und zulasten des Kontos Zahlungen an Gläubiger der Gesellschaft geleistet wurden.

32 Wenn mit der Zahlung auf das debitorische Konto zugleich ermöglicht wird, andere Gläubiger mit den Mitteln dieses debitorischen Kontos zu befriedigen, ändert das nichts daran, dass die auf das debitorische Konto gelangte Zahlung am Ende in der Masse fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 1999 - II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 187 f.; Urteil vom 3. Juni 2014 - II ZR 100/13, ZIP 2014, 1523 Rn. 17). Die Masseschmälerung durch die Verrechnung wird nicht durch einen Massezufluss ausgeglichen. Die Möglichkeit, aufgrund der Einzahlungen auf dem Konto einen zuvor ausgeschöpften Kreditrahmen in Anspruch zu nehmen, bewirkt noch keinen Zufluss von Vermögensmitteln (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 Rn. 16 f. z.V.b. in BGHZ). Wird die Kreditlinie später dadurch in Anspruch genommen, dass an Gläubiger der Gesellschaft Zahlungen geleistet werden, liegt ein Gläubigertausch, aber kein Massezufluss vor (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juni 2014 - II ZR 100/13, ZIP 2014, 1523 Rn. 15). Wenn aus einem debitorisch geführten Bankkonto eine Gesellschaftsschuld beglichen wird, wird lediglich der befriedigte Gläubiger durch die Bank als Gläubigerin ersetzt. An die Stelle der mit Kreditmitteln erfüllten Forderungen des Gesellschaftsgläubigers tritt eine entsprechend höhere Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüber der Bank. Die verteilungsfähige Vermögensmasse wird davon grundsätzlich nicht berührt (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 1999 - II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 187 f.; Urteil vom 26. März 2007 - II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006 Rn. 8). Nur wenn die Bank über freie Sicherheiten verfügt, die sie zu einer abgesonderten Befriedigung nach §§ 50 f. InsO berechtigen, wird die Masse vermindert (BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 196/09, ZIP 2011, 422 Rn. 26).

33 Zu einem Ausgleich für die vorangegangene Masseschmälerung durch die Einzahlung auf das debitorische Konto kommt es dagegen, wenn die Mittel nicht für Zahlungen an einzelne Gläubiger verwendet werden, sondern für die Masse gesichert werden, etwa durch Abhebung zugunsten der Barkasse oder

Überweisung auf ein kreditorisch geführtes Konto der Gesellschaft. Dann fehlt der in der Zahlung auf das debitorische Konto liegende Vermögenszufluss der Masse im wirtschaftlichen Endergebnis nicht. Das gleiche gilt, wenn die eröffnete Kreditlinie zwar zur Zahlung an einen (Neu)-Gläubiger verwendet wird, damit aber im Gegenzug ein werthaltiger Gegenstand in die Masse gelangt, etwa durch einen mit den Kreditmitteln finanzierten Kauf. Wenn ein solcher Massezufluss mit dem Zahlungseingang auf dem debitorischen Konto noch in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang steht, kann der Ersatzanspruch wegen eines Aktivtausches entfallen (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71 Rn. 9 z.V.b. in BGHZ). Wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit der Zahlung auf ein debitorisches Konto aus der neu eröffneten Kreditlinie ein werthaltiger Gegenstand für die Masse erworben wird, fehlt der mit der Zahlung verbundene Vermögenszufluss der Masse am Ende des Vorgangs ebensowenig wie bei dem Erwerb des Gegenstands mit Mitteln, die ein Gesellschaftsschuldner zuvor bar in die Gesellschaftskasse eingezahlt hat.

34

III. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist. Das Berufungsgericht muss nach ergänzendem Vortrag der Parteien die erforderlichen Feststellungen zu den Zahlungseingängen treffen. Da Zahlungseingänge auf dem debitorischen Konto grundsätzlich als masseschmälernde Zahlungen anzusehen sind, liegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die eingezogenen Forderungen von der Globalzession erfasst sind und vor Insolvenzreife entstanden

sind bzw. werthaltig wurden, bei der beklagten Geschäftsführerin.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Kleve, Entscheidung vom 21.12.2012 - 8 O 42/12 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 16.10.2013 - I-15 U 35/13 -