



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IX ZR 32/06

vom

13. Dezember 2007

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer und die Richter Dr. Ganter, Dr. Kayser, Prof. Dr. Gehrlein und Dr. Detlev Fischer

am 13. Dezember 2007

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 6. Januar 2006 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Der Streitwert wird auf 23.617,64 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 Die zulässige, insbesondere statthafte Nichtzulassungsbeschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

I.

- 2 Die auf eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG gestützten Rügen sind nicht begründet.

- 3           1. Zu Unrecht macht der Kläger geltend, das Oberlandesgericht habe eine Überraschungsentscheidung getroffen, weil es die für einen kundigen Prozessbeteiligten nicht voraussehbare Rechtsauffassung vertrete, dass das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit Kenntnis des Schuldners von seiner Vermögenslage voraussetze.
- 4           a) Das Oberlandesgericht hat ausdrücklich ausgeführt, dass die Anfechtung an dem Erfordernis der "objektiven Zahlungsunfähigkeit" des Schuldners scheitere. Die Beweisaufnahme rechtfertige nicht die Feststellung, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung am 10. Juni 2003 nicht mehr in der Lage gewesen sei, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Damit hat das Berufungsgericht im Blick auf das Merkmal der Zahlungsunfähigkeit ersichtlich nicht auf subjektive Erfordernisse abgestellt.
- 5           b) Das Oberlandesgericht hat weiter erwogen, ob die Zahlungsunfähigkeit aus einer Zahlungseinstellung des Schuldners hergeleitet werden könne, dies aber abgelehnt, weil dem Schuldner eine etwaige, sich aus Kapitalerhaltungsregeln (§§ 43a, 30, 31 GmbHG) ergebende Verbindlichkeit gegenüber der Grundstücksgesellschaft E.                                   mbH (nachfolgend: GmbH) nicht bekannt gewesen sei. Forderungen, hinsichtlich derer kein Wille des Gläubigers erkennbar ist, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, sind nicht geeignet, die Zahlungsunfähigkeit zu begründen (BGH, Beschl. v. 19. Juli 2007 - IX ZB 36/07, NZI 2007, 579 ff; z.V.b. in BGHZ).
- 6           2. Vergeblich rügt der Kläger, das Oberlandesgericht habe sein Vorbringen zum Umfang der Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüber der GmbH nicht berücksichtigt.

7 Tatsächlich hat das Berufungsgericht entsprechend dem Sachvortrag des Klägers Darlehensansprüche der GmbH gegen den Schuldner in Höhe von 4 Mio. € zugrunde gelegt, aber mangels Darlegung einer Kündigung deren Fälligkeit nicht feststellen können. Eine kündigungsunabhängige, auf der Verletzung von §§ 43a, 30, 31 GmbHG beruhende Fälligkeit hat das Oberlandesgericht verneint, weil es eine nähere Konkretisierung eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften vermisst hat. Entgegen der Auffassung des Klägers handelt es sich dabei nicht um "eine Frage der Rechtssubsumtion"; vielmehr hätte es substantiierten Tatsachenvortrages bedurft, dass sich die GmbH am 10. Juni 2003 im Stadium der Unterbilanz oder Überschuldung befand. Soweit der Kläger in diesem Punkt außerdem die Notwendigkeit eines gerichtlichen Hinweises anführt, fehlt es jedenfalls an der gebotenen Darlegung, welchen Vortrag er bei dessen Erteilung gehalten hätte (BGH, Urt. v. 6. Mai 1999 - IX ZR 430/97, NJW 1999, 2113 f). Davon abgesehen setzt sich die Nichtzulassungsbeschwerde mit der weiteren, für sich tragenden Begründung des Berufungsgerichts nicht auseinander, dass auch im Falle eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften und der dadurch begründeten Fälligkeit des Darlehens mangels Kenntnis des Schuldners von dieser Rechtsfolge nicht von einer Zahlungseinstellung ausgegangen werden könne.

8 3. Vergeblich rügt die Nichtzulassungsbeschwerde, dass das Oberlandesgericht im Blick auf die von dem Kläger in der Beweisaufnahme dem Schuldner vorgehaltenen zusätzlichen Verbindlichkeiten zu der von der Aussage des Schuldners nicht getragenen Schlussfolgerung gelangt sei, es bleibe offen, ob der Schuldner oder die GmbH hierfür einzustehen habe.

9 Denn das Berufungsgericht hat zu Recht bereits eine nähere Substantiierung der von dem Kläger anlässlich der Beweisaufnahme in den Raum gestell-

ten, nur schlagwortartig bezeichneten Verbindlichkeiten beanstandet, so dass es nicht darauf ankommt, wer - der Schuldner selbst oder die GmbH - als Verpflichteter anzusehen ist. Da es an der gebotenen Substantiierung der vermeintlichen Verbindlichkeiten fehlt, ist die von der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffene weitere Erwägung des Berufungsgerichts, der Schuldner habe auch über eigene Forderungen verfügt, ebenfalls nicht entscheidungserheblich.

## II.

10 Die von dem Kläger unter dem Aspekt der Grundsätzlichkeit zur Prüfung gestellte Rechtsfrage, ob wegen des hier eingreifenden Zurechnungsdurchgriffs für den Lauf der Frist des § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf die zeitlich früher bei der GmbH eingetretene Zahlungsunfähigkeit abgestellt werden kann, entbehrt der gebotenen Begründung. Es fehlen Ausführungen darüber, aus welchen Gründen, in welchem Umfang und von welcher Seite die Rechtsfrage umstritten ist (BGHZ 152, 182, 191). Die Frage, ob die Erwirkung der einstweiligen Verfügung eine kongruente oder inkongruente Rechtshandlung ist, wird nicht ent-

scheidungserheblich ebenso wie die weiteren von der Nichtzulassungsbeschwerde erörterten Rechtsfragen.

Dr. Gero Fischer

Dr. Ganter

Dr. Kayser

Prof. Dr. Gehrlein

Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 18.08.2004 - 329 O 153/04 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 06.01.2006 - 11 U 202/04 -