



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 394/13

Verkündet am:

26. Januar 2016

Stoll

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

GmbHG § 64 Satz 1

- a) Bei der Beurteilung der Frage, ob gegen die Schuldnerin eine deren Insolvenzreife mit begründende Forderung bestanden hat, erstreckt sich die Rechtskraftwirkung einer späteren Feststellung dieser Forderung zur Insolvenztabelle nach § 178 Abs. 3 InsO nicht auf den Geschäftsführer der Schuldnerin; dessen Verhalten im Anmeldeverfahren kann aber eine im Rahmen der Tatsachenfeststellung (§ 286 Abs. 1 ZPO) zu berücksichtigende Indizwirkung haben.
- b) Wenn eine Zahlung an einen absonderungsberechtigten, durch eine Gesellschaftssicherheit besicherten Gläubiger geleistet wird, liegt ein Aktivtausch vor, soweit infolge der Zahlung die Gesellschaftssicherheit frei wird und der Verwertung zugunsten aller Gläubiger zur Verfügung steht; bei einem solchen Aktivtausch entfällt im wirtschaftlichen Ergebnis eine masseschädliche Zahlung (Anschluss an BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 26).

BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 - II ZR 394/13 - OLG München  
LG München I

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, die Richterin Caliebe und die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 6. November 2013 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 19. Dezember 2013 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte über den Betrag von 50.000 € nebst Zinsen hinaus zur Zahlung verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisions- und des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte war Geschäftsführer der C. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), über deren Vermögen auf Eigenantrag vom 26. März 2009 am 27. Mai 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Der Kläger ist zum Insolvenzverwalter bestellt.

2 Die Schuldnerin unterhielt bei der O. bank AG L. (im Folgenden: O. bank) ein debitorisch geführtes Kontokorrentkreditkonto mit einem Kreditrahmen von 350.000 €. Durch Globalzessionsverträge vom 17. Dezember 2002 und 8. Dezember 2005 trat die Schuldnerin der O. bank zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen ab.

3 Der Kläger begehrt gemäß § 64 Satz 1 GmbHG Ersatz in Höhe von 1.207.809,21 € wegen im Zeitraum vom 12. Januar bis zum 1. April 2009 auf dem debitorischen Kontokorrentkreditkonto eingegangener Zahlungen im Umfang von 728.415,72 € und von dem Konto geleisteter Zahlungen im Umfang von 479.393,49 €. Ferner hat er aus Insolvenzanfechtung die Zahlung weiterer 50.000 € beansprucht. Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner vom Senat insoweit zugelassenen Revision wendet sich der Beklagte gegen die auf § 64 Satz 1 GmbHG gestützte Verurteilung.

#### Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 I. Das Berufungsgericht (OLG München, GmbHR 2014, 139) hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

6 Die Schuldnerin sei, wie das Landgericht zu Recht angenommen habe, (spätestens) ab dem 12. Januar 2009 zahlungsunfähig gewesen. Zu diesem Zeitpunkt sei von einer Zahlungseinstellung der Schuldnerin auszugehen, die die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründe (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO). Das Landgericht habe vier fällige und später zur Insolvenztabelle angemeldete Forderungen festgestellt, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden seien, nämlich die Forderungen der B. GmbH über 89.000 €, der C. M. GmbH über 28.463,64 €, der O. T. S. über 29.812,50 € und der R Ltd. über 84.162,80 €. Gegen den Einwand des Beklagten, die Forderungen der C. M. GmbH und der R Ltd. hätten so nicht existiert, spreche der Umstand, dass der Beklagte als Geschäftsführer der Schuldnerin diesen beiden zur Tabelle angemeldeten Forderungen nicht widersprochen habe. Zum anderen verblieben, selbst wenn man die beiden Forderungen ausblende, am 12. Januar 2009 fällige und bis zur Insolvenzeröffnung nicht getilgte Forderungen in Höhe von über 100.000 €, so dass sich am Ergebnis nichts ändern würde.

7 Der Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass die vom Landgericht herangezogenen Forderungen nicht im Sinne von § 17 InsO fällig gewesen seien, weil insofern (faktische) Stundungsabreden mit den Gläubigern bestanden hätten. Konkrete Stundungsabreden habe der Beklagte nicht vorgetragen. Aus seinem Vortrag ergebe sich vielmehr, dass die Gläubiger mit der Geltendmachung ihrer Ansprüche in der Regel zugewartet hätten, bis die Schuldnerin Einnahmen erzielt habe und Forderungen - oft durch Teilleistung - habe begleichen können. Dies stelle eine dauerhaft schleppende Zahlungsweise dar, die zum Vorsichherschleppen eines Zahlungsrückstands am Rande des finanzwirtschaftlichen Abgrunds führe und ihrerseits ein Indiz für die Zahlungseinstellung sei.

- 8            Beim Vorliegen derartiger Indizien bedürfe es keiner darüber hinausgehenden Darlegung und Feststellung der genauen Höhe der gegen die Schuldnerin bestehenden Verbindlichkeiten oder gar einer Unterdeckung in Höhe von mindestens 10 %. Damit werde dem Beklagten zwar nicht der Beweis abgeschnitten, dass aufgrund kurzfristig realisierbarer Vermögenswerte tatsächlich keine Zahlungsunfähigkeit vorgelegen habe. Eine diesbezügliche pauschale Behauptung, die unter Sachverständigenbeweis gestellt werde, genüge aber nicht. Vielmehr hätte der Beklagte konkret vortragen müssen, welche kurzfristig realisierbaren Vermögenswerte vorgelegen hätten.
- 9            An dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ändere es nichts, wenn die Gesellschafter der Schuldnerin anlässlich einer Gesellschafterversammlung Anfang Dezember 2008 noch von einer gesicherten Liquidität der Schuldnerin bis Juni 2009 ausgegangen und bereit gewesen seien, gegebenenfalls Kapital nachzuschießen, bzw. die O. bank die Kreditlinien weiter habe offenhalten wollen. Denn als die Insolvenz angestanden habe, hätten sich entsprechende Erwartungen als Trugschluss erwiesen. Auch sei die Aktivierung angeblicher Forderungen von über einer Million Euro, insbesondere eines Darlehensrückzahlungsanspruchs gegen eine US-Tochtergesellschaft, nicht gelungen.
- 10           Die subjektiven Haftungsvoraussetzungen lägen ebenfalls vor. Dem Beklagten sei es jedenfalls nicht gelungen, die Vermutung fahrlässiger Unkenntnis der Insolvenzreife auszuräumen. Spätestens das auf dem Datenstand 5. Januar 2009 basierende Monatsreporting des Streithelfers für November 2008 hätte den Beklagten veranlassen müssen, sein besonderes Augenmerk auf die Liquiditätslage der Schuldnerin zu richten und sich, etwa durch Aufstellen eines Vermögensstatus, die erforderlichen Informationen und Kenntnisse zu verschaffen oder sich gegebenenfalls fachkundig beraten zu lassen. Ergänzend könne auf das Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 28. Januar 2009 verwie-

sen werden, in dem ausgeführt werde, dass die Liquidität sehr angespannt sei, ein unvermindertes Anhalten der Krise sich schnell auswirken werde und Reserven nicht vorhanden seien. Die Behauptung des Beklagten, der Streithelfer habe ein System installiert, mit dem Tag genau die Liquidität der Schuldnerin überprüft werden könne, sei zum einen zu pauschal und besage nichts darüber, welche konkreten Maßnahmen getroffen worden seien. Zum anderen werde nicht behauptet, dass ein solches System auch zweckentsprechend eingesetzt worden sei. Mit der Prüfung der Insolvenzreife sei der Streithelfer nicht beauftragt gewesen.

11           Der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG bestehe auch in der geltend gemachten Höhe. Der Beklagte habe zum einen die im Zeitraum vom 12. Januar bis zum 1. April 2009 geleisteten Auszahlungen von dem Konto der Schuldnerin bei der O. bank zu erstatten. Dass sich das Konto im Soll befunden habe, ändere nichts, weil der Kontokorrentsaldo durch Globalzessionen zugunsten der Bank besichert gewesen sei. Durch die vom Konto geleisteten Zahlungen habe sich folglich der Umfang der der Sicherungsabrede unterfallenden Forderungen zu Lasten der anderen Gläubiger erhöht.

12           Des Weiteren habe der Beklagte die ab Eintritt der Insolvenzreife auf dem Konto der Schuldnerin eingegangenen Zahlungen zu erstatten. Der Zahlungsbegriff des § 64 GmbHG erfasse auch Einzahlungen von Drittschuldnern auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft. In diesem Fall habe der Geschäftsführer dafür Sorge zu tragen, dass die Zahlungen auf ein neu einzurichtendes, im Haben befindliches Konto erfolgen. Der Einwand des Beklagten, angesichts der Sicherungsabtretung an die O. bank fehle es an einer Gläubigerbenachteiligung, greife letztlich nicht durch. Denn unstrittig sei die Schuldnerin weiterhin berechtigt gewesen, die abgetretenen Forderungen einzuziehen. Hätte sie diese auf ein anderes Konto eingezogen, wäre dies der O. bank gegen-

über wirksam und die zur Verteilung an die Gläubiger bereit stehende Masse größer gewesen.

13 II. Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Schuldnerin sei ab dem 12. Januar 2009 zahlungsunfähig und damit insolvenzreif gewesen, ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

14 1. Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz entbehrlich ist, wenn eine Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO) die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründet (BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 - II ZR 54/12, GmbHR 2013, 482 Rn. 6; Urteil vom 12. Februar 2015 - IX ZR 180/12, ZIP 2015 Rn. 18, jew. mwN). Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten 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 unbedeutlicher 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 (BGH, Urteil vom 19. November 2013 - II ZR 229/11, ZIP 2014, 168 Rn. 21; Urteil vom 20. November 2001 - IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178, 185; Urteil vom 30. Juni 2011 - IX ZR 134/10, ZIP 2011, 1416 Rn. 12; Urteil vom 18. Juli 2013 - IX ZR 143/12, ZIP 2013, 2015 Rn. 9).

- 15            2. Verfahrensfehlerhaft ist aber die in Anwendung dieser rechtlichen Grundsätze getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, am 12. Januar 2009 hätten fällige Verbindlichkeiten der Schuldnerin zumindest in Höhe von über 100.000 € bestanden, die bis zur Insolvenzeröffnung nicht beglichen worden seien.
- 16            a) Das Berufungsgericht hat letztlich offengelassen, ob zur fraglichen Zeit auch fällige Forderungen der C.            M.            GmbH in Höhe von 28.463,64 € und der R            Ltd. über 84.162,80 € gegen die Schuldnerin bestanden, da auch bei Nichtberücksichtigung dieser beiden Forderungen ein zur Annahme der Zahlungseinstellung ausreichender Gesamtbetrag von bis zur Insolvenzeröffnung unbeglichenen Verbindlichkeiten zu bejahen sei.
- 17            Allerdings hat das Berufungsgericht erwogen, das - unter Zeugenbeweis gestellte - Bestreiten der beiden Forderungen durch den Beklagten für unerheblich zu halten, weil der Beklagte als Geschäftsführer der Schuldnerin der Feststellung der betreffenden Forderungen zur Insolvenztabelle nicht widersprochen habe. In dem unterbliebenen Widerspruch hat das Berufungsgericht ein gewisses Indiz dafür gesehen, dass das nunmehrige Bestreiten eher ins Blaue hinein erfolge. Diese Erwägungen sind indes im Ergebnis nicht tragfähig.
- 18            aa) Der Beklagte hat, worauf die Revision zu Recht hinweist, unter Darlegung der hierzu getroffenen Absprachen eingewandt, dass die Forderung der C.            M.            GmbH am 12. Januar 2009 nicht fällig gewesen sei. Die Erheblichkeit dieses Vorbringens kann ersichtlich nicht schon deshalb verneint werden, weil der Beklagte es einige Monate später - nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens - unterlassen hat, die zur Tabelle angemeldete Forderung als Geschäftsführer der Schuldnerin zu bestreiten.



19                    bb) Zur Forderung der R                    Ltd. hat der Beklagte, wie die Revision aufzeigt, im Einzelnen unter Beweisantritt vorgetragen, dass diese Forderung nach der Verrechnung eines Garantiemängelanspruchs und weiterer Ansprüche, die sich unter Einbeziehung einer US-amerikanischen Tochtergesellschaft der Schuldnerin ergeben hätten, Anfang 2009 nicht (mehr) bestanden habe. Bei der Würdigung dieses Vorbringens kann der unterbliebene Widerspruch der Schuldnerin nach Anmeldung der Forderung zur Insolvenztabelle zwar im Ergebnis berücksichtigt werden. Denn wenngleich sich die nach § 178 Abs. 3 InsO bestehende Rechtskraftwirkung der Feststellung zur Insolvenztabelle nicht auf Dritte wie den Geschäftsführer der Schuldnerin erstreckt (vgl. MünchKomm-InsO/Schumacher, 3. Aufl., § 178 Rn. 72), kann das Verhalten des Geschäftsführers im Anmeldeverfahren doch eine indizielle Bedeutung haben, wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend erkennt. Diese (mögliche) Indizwirkung ist jedoch erst im Rahmen der Tatsachenfeststellung (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO) - nach Durchführung einer gebotenen Beweiserhebung - zu würdigen.

20                    Ein unbeachtlicher Vortrag „ins Blaue hinein“, wie ihn das Berufungsgericht hier in Betracht zieht, kann anzunehmen sein, wenn eine Partei, gestützt auf bloße Vermutungen, ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen aufstellt (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 1991 - II ZR 90/90, WM 1991, 942, 946 f.; Urteil vom 29. Juli 2014 - II ZR 353/12, BGHZ 202, 180 Rn. 60; Urteil vom 9. Dezember 2015 - IV ZR 272/15, VersR 2016, 177 Rn. 24; Urteil vom 22. Dezember 2015 - VI ZR 101/14, juris Rn. 41; Urteil vom 22. Januar 2016 - V ZR 27/14, juris Rn. 48). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Beklagte hat aufgrund eigener (behaupteter) Kenntnis konkreten Vortrag gehalten. In der auf entgegenstehende Indizien gestützten Bewertung dieses Vortrags als unerheb-

lich ohne Erhebung der angebotenen Beweise läge eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung.

- 21 Im Übrigen kann die Annahme einer Zahlungseinstellung auf die unterbliebene Begleichung bestehender Verbindlichkeiten erheblichen Umfangs nicht gestützt werden, wenn der Schuldner die Zahlungen verweigert hat, weil er die Forderungen für unbegründet hielt (BGH, Urteil vom 17. Mai 2001 - IX ZR 188/98, ZIP 2001, 1155, 1156; Urteil vom 11. Februar 2010 - IX ZR 104/07, ZIP 2010, 682 Rn. 42).
- 22 b) Für das Revisionsverfahren ist danach allein auf die beiden weiteren Verbindlichkeiten der Schuldnerin abzustellen, die das Berufungsgericht angeführt hat, nämlich die Forderungen der B. GmbH über 89.000 € und der O. T. S. über 29.812,50 €, deren Existenz der Beklagte nicht in Abrede gestellt hat und die bis zur Insolvenzeröffnung nicht getilgt worden sind.
- 23 Insoweit hat der Beklagte eingewandt, dass die Forderungen nicht gemäß § 17 Abs. 2 InsO fällig gewesen seien, und er hat hierzu, wie die Revision aufzeigt, behauptet, die Schuldnerin habe (u.a.) mit der B. GmbH und der O. T. S. Absprachen getroffen, nach denen die Schuldnerin deren Forderungen erst dann habe bezahlen müssen, wenn sie ihrerseits Geld von ihren Kunden erhalten habe. Für diese Behauptung hat der Beklagte Zeugenbeweis u.a. durch Benennung der für den jeweiligen Vertragspartner handelnden Personen angetreten.
- 24 Diesen Beweisangeboten hätte das Berufungsgericht nachgehen müssen. Soweit das Berufungsgericht dem Beklagten entgegengehalten hat, er habe keine konkreten Stundungsabreden vorzutragen vermocht, hat es entweder das Vorbringen des Beklagten nicht vollständig zur Kenntnis genommen oder

überzogene Substantiierungsanforderungen gestellt. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Vortrag einer Partei bereits dann hinreichend substantiiert, wenn sie Tatsachen anführt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Der Pflicht zur Substantiierung ist nur dann nicht genügt, wenn das Gericht aufgrund der Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolgen erfüllt sind (BGH, Beschluss vom 10. Juli 2012 - II ZR 212/10, ZIP 2012, 1857 Rn. 4 mwN). Danach genügte hier die Darlegung der Vereinbarungen und ihres Inhalts; weitere Einzelheiten zum Abschluss der Vereinbarungen musste der Beklagte nicht vortragen.

25            Das Berufungsgericht hat den Vortrag des Beklagten zu den mit den Lieferanten getroffenen Absprachen übergangen, indem es seinem Vorbringen nur entnommen hat, dass die Gläubiger mit der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche in der Regel zugewartet hätten, bis die Schuldnerin Einnahmen erzielte. Der Beklagte hat zwar auch auf das tatsächliche Verhalten der Lieferanten in der Vergangenheit verwiesen, die über längere Zeit offenstehende Forderungen nicht zum Anlass für Mahnungen oder Liefereinschränkungen genommen hätten. Wenn das Berufungsgericht daraus kein überzeugendes Indiz für die vom Beklagten behaupteten Fälligkeitsabsprachen entnehmen wollte, so war es damit aber nicht der Verpflichtung enthoben, die für die Absprachen unmittelbar angebotenen Beweise zu erheben.

26            Erwiese sich der Vortrag des Beklagten als zutreffend, könnte die Annahme einer Zahlungseinstellung ab dem 12. Januar 2009 nicht auf die unterbliebene Bezahlung der Forderungen der B.            GmbH und der O. T.            S.            gestützt werden, da diese Forderungen dann noch nicht fällig (§ 17 Abs. 2 InsO) gewesen wären (vgl. nur BGH, Urteil vom

20. Dezember 2007 - IX ZR 93/06, ZIP 2008, 420 Rn. 25 mwN). Es handelte sich hier auch nicht um eine „erzwungene Stundung“ (vgl. dazu BGH, Urteil vom 14. Februar 2008 - IX ZR 38/04, ZIP 2008, 706 Rn. 20 ff.; Urteil vom 8. Januar 2015 - IX ZR 203/12, ZIP 2015, 437 Rn. 20), sondern - von der Behauptung des Beklagten ausgehend - um eine unabhängig von konkreten Liquiditätsproblemen für die Auftragsabwicklung allgemein getroffene Fälligkeitsvereinbarung.

27                    III. Die Berufungsentscheidung ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und 3 ZPO).

28                    Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

29                    1. Wenn auf der Grundlage der noch zu treffenden Feststellungen anzunehmen ist, dass die Schuldnerin im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten erheblichen Umfangs hatte, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden sind, wird sich das Berufungsgericht vor Feststellung der Insolvenzreife gegebenenfalls noch mit dem Vorbringen des Beklagten zu einer damals in Aussicht stehenden Verbesserung der Liquiditätsslage zu befassen haben. Dieses Vorbringen erweist sich nicht - jedenfalls nicht in vollem Umfang für den hier insgesamt betroffenen Zeitraum - schon deshalb ohne weiteres als unerheblich, weil sich entsprechende Erwartungen später „als Trugschluss erwiesen“ haben. Zwar führt die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortdauernde Nichtbegleichung erheblicher Verbindlichkeiten regelmäßig zur Annahme der Zahlungseinstellung und daraus folgend der Zahlungsunfähigkeit. Etwas anderes gilt aber dann, wenn zum fraglichen Zeitpunkt aufgrund konkreter Umstände, die sich nachträglich geändert haben, angenommen wer-

den konnte, der Schuldner werde rechtzeitig in der Lage sein, die Verbindlichkeiten zu erfüllen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 - IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222 Rn. 28; MünchKomm-InsO/Eilenberger, 3. Aufl., § 17 Rn. 27b).

30 Ist von einer Zahlungseinstellung auszugehen, bleibt dem Beklagten die Möglichkeit, die nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO bestehende Vermutung der Zahlungsunfähigkeit zu widerlegen, indem er konkret vorträgt und gegebenenfalls beweist, dass eine Liquiditätsbilanz im maßgebenden Zeitraum für die Schuldnerin eine Deckungslücke von weniger als 10 % ausweist (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 - II ZR 54/12, GmbHR 2013, 482 Rn. 12 mwN). Die bloße, unter Sachverständigenbeweis gestellte Behauptung genügt insoweit allerdings nicht, wie das Berufungsgericht zutreffend sieht. Der Geschäftsführer, der mit den finanziellen Verhältnissen der insolvent gewordenen GmbH aufgrund seiner Tätigkeit vertraut ist, ist vielmehr gehalten, zu einer Liquiditätsbilanz, die Zahlungsfähigkeit belegen soll, konkret vorzutragen.

31 In eine etwaige Liquiditätsbilanz sind auf der Aktivseite neben den verfügbaren Zahlungsmitteln auch die innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel einzubeziehen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, 138; Urteil vom 12. Februar 2015 - IX ZR 180/12, ZIP 2015, 585 Rn. 18), wobei auch kurzfristig verfügbare Kreditmittel zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Januar 2011 - IX ZR 32/10, juris Rn. 4; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 64 Rn. 38). Auch mit Hilfe einer Zahlungszusage der Gesellschafter, die sich gegenüber ihrer GmbH verpflichten, die zur Erfüllung der jeweils fälligen Verbindlichkeiten benötigten Mittel zur Verfügung zu stellen, kann die Zahlungsunfähigkeit der GmbH vermieden werden. Dies setzt jedoch voraus, dass der GmbH ein ungehinderter Zugriff auf die Mittel eröffnet wird oder die Gesellschafter ihrer Ausstattungsverpflichtung tatsächlich nachkommen (BGH, Urteil vom

19. Mai 2011 - IX ZR 9/10, ZIP 2011, 1111 Rn. 21; Beschluss vom 19. September 2013 - IX ZR 232/12, WM 2013, 1995 Rn. 7). Ergibt die Liquiditätsbilanz eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Unterdeckung von 10 % oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen. Das gilt nur dann nicht, wenn ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke zwar erst mehr als drei Wochen später, aber in absehbarer Zeit vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, 145 f.; Urteil vom 12. Oktober 2006 - IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222 Rn. 27; Urteil vom 27. März 2012 - II ZR 171/10, ZIP 2012, 1174 Rn. 10; Urteil vom 9. Oktober 2012 - II ZR 298/11, BGHZ 195, 42 Rn. 8 mwN).

32            2. War die Schuldnerin im fraglichen Zeitraum zahlungsunfähig und damit insolvenzreif, haftet der Beklagte für die von ihm veranlassten Zahlungen, sofern er die gegen ihn streitende Vermutung, er habe schuldhaft gehandelt, nicht widerlegt.

33            Von dem Geschäftsführer einer GmbH wird erwartet, dass er sich über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets vergewissert. Hierzu gehört insbesondere die Prüfung der Insolvenzreife. Wenn der Geschäftsführer erkennt, dass die GmbH zu einem bestimmten Stichtag nicht in der Lage ist, ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, hat er die Zahlungsfähigkeit der GmbH anhand einer Liquiditätsbilanz zu überprüfen. Erweisen sich hierbei angestellte Prognosen trotz Aufwendung der gebotenen Sorgfalt nach Ablauf des maßgebenden Zeitraums von drei Wochen als unzutreffend mit dem Ergebnis, dass statt einer angenommenen Zahlungsstockung bereits Zahlungsunfähigkeit besteht, können zwischenzeitlich in der vertretbaren An-

nahme fortbestehender Zahlungsfähigkeit geleistete Zahlungen unverschuldet sein (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, 141).

34 Der Geschäftsführer handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und die Kenntnisse verschafft, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß Insolvenzantrag stellen muss. Dabei muss er sich, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt, gegebenenfalls fachkundig beraten lassen (BGH, Urteil vom 27. März 2012 - II ZR 171/10, ZIP 2012, 1174 Rn. 15; Urteil vom 19. Juni 2012 - II ZR 243/11, ZIP 2012, 1557 Rn. 11 ff., jew. mwN). Der selbst nicht hinreichend sachkundige Geschäftsführer ist nur dann entschuldigt, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person hat beraten lassen und danach keine Insolvenzreife festzustellen war. Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebietet es zudem, das Prüfergebnis einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen (BGH, Urteil vom 27. März 2012 - II ZR 171/10, ZIP 2012, 1174 Rn. 16 ff. mwN).

35 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Streithelfer nicht (ausdrücklich) mit der Prüfung der Insolvenzreife der Schuldnerin beauftragt. Hieraus folgt aber nicht notwendig, dass die (behauptete) fortdauernde Überprüfung der Liquiditätslage durch den Streithelfer einen geringeren Erkenntniswert gehabt habe als die bei Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit an sich gebotene Aufstellung einer Liquiditätsbilanz. Der Beklagte hat, worauf die Revision hinweist, exemplarisch ein Monatsreporting vorgelegt und hierzu im Einzelnen vorgetragen. Hiermit wird sich das Berufungsgericht in der neu eröffneten Verhandlung gegebenenfalls näher zu befassen haben. Dem vom Berufungsgericht als wesentlich angesehenen Umstand, dass der Beklagte unmittelbar vor dem

(behaupteten) Eintritt der Zahlungsunfähigkeit im Urlaub gewesen sei, kommt in diesem Zusammenhang keine nachvollziehbare Bedeutung zu.

- 36            Im Übrigen kann der Geschäftsführer auch durch eine nicht ausdrücklich auf die Prüfung der Insolvenzreife bezogene Auftragserteilung an einen sachkundigen Dritten entlastet werden, wenn er sich nach den Umständen der Auftragserteilung unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt darauf verlassen durfte, die Fachperson werde im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung auch die Frage der Insolvenzreife rechtzeitig prüfen und ihn gegebenenfalls unterrichten (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2012 - II ZR 171/10, ZIP 2012, 1174 Rn. 22; Urteil vom 28. April 2015 - II ZR 63/14, ZIP 2015, 1220 Rn. 30).
- 37            3. Sollte das Berufungsgericht erneut zu dem Ergebnis kommen, dass der Beklagte gemäß § 64 Satz 1 GmbHG zum Ersatz der ab dem 12. Januar 2009 geleisteten Zahlungen verpflichtet ist, kann die Klageforderung nicht mit der bisherigen Begründung in voller Höhe zugesprochen werden.
- 38            a) Soweit die Auszahlungen von dem bei der O. bank geführten Konto der Schuldnerin betroffen sind, ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Zahlung von einem debitorisch geführten Bankkonto keinen bloßen, für die Gemeinschaft der Gläubiger unschädlichen Gläubigertausch bewirkt, wenn die Bank über freie Sicherheiten verfügt, die sie zu einer abgesonderten Befriedigung nach §§ 50 f. InsO berechtigen (BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 196/09, ZIP 2011, 422 Rn. 26 mwN). Hiergegen erinnert die Revision auch nichts.
- 39            b) Demgegenüber sind die auf dem Konto eingegangenen Zahlungen nicht ohne weiteres als Zahlungen im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG zu werten. Der Einzug von Forderungen einer insolvenzreifen GmbH auf ein debitorisches Konto ist zwar, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, grundsätzlich



eine masseschmälernde Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG, weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Gunsten der Bank geschmälert wird (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 mwN). Die zwischen der Schuldnerin und der O. bank abgeschlossenen Globalabtretungsverträge können die Annahme masseschmälernder Zahlungen durch die Einziehung von Forderungen auf das debitorisch geführte Konto jedoch ausschließen.

40           aa) Wie der Senat nach der Entscheidung des Berufungsgerichts mit Urteil vom 23. Juni 2015 (II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 12 ff.) entschieden hat, stellen 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 keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlassete masseschmälernde Zahlung im Sinn von § 64 Satz 1 GmbHG dar, wenn vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist.

41           Der Geschäftsführer muss in solchen Fällen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die sicherungsabgetretene Forderung ungeachtet der bestehenden Einziehungsermächtigung nicht durch Einziehung auf ein neu eröffnetes, kreditorisch geführtes Konto bei einer anderen Bank der Einziehung und Verrechnung auf dem debitorischen Konto entziehen, da eine solche Umleitung der Zahlungen auf ein anderes Konto nicht einem ordentlichen Geschäftsgebaren entspräche (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 16 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 (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 18).

42           bb) Wenn allerdings die vor Insolvenzreife zur Sicherheit abgetretene zukünftige Forderung erst nach Eintritt der Insolvenzreife entstanden ist oder wenn sie zwar vor Eintritt der Insolvenzreife entstanden, aber erst danach werthaltig geworden ist und der Geschäftsführer die Entstehung der Forderung oder deren Werthaltigwerden hätte verhindern können, liegt eine masseschmälernde Leistung durch die der Bank zugutekommende Zahlung grundsätzlich vor. Der Geschäftsführer kann zwar nicht verhindern, dass der Zessionar die ihm zur Sicherheit abgetretene Forderung nach Insolvenzreife verwertet. Er darf aber nicht bewirken, dass der Zessionar zu Lasten der Masse nach Insolvenzreife noch eine werthaltige Forderung erwirbt, § 64 Satz 1 GmbHG (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 19).

43           (1) 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. Wenn - wie hier - die Abtretung bereits vor der Insolvenzreife für künftige Forderungen vereinbart wurde, kann gleichwohl eine Masseschmälerung eintreten, deren Ursache nicht in der Abtretungsvereinbarung, sondern darin liegt, dass die sicherungsabgetretene Forderung nicht mehr zugunsten des Vermögens der GmbH, sondern zugunsten des Zessionars entsteht. Wenn der Geschäftsführer 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 (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 22 mwN).

44 (2) 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 (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 23).

45 (3) Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die auf das Kontokorrentkonto eingezogenen Forderungen von der Globalzession erfasst und vor dem (vom Kläger zu beweisenden) Eintritt der Insolvenzreife entstanden bzw. werthaltig gemacht worden sind, liegt bei dem beklagten Geschäftsführer (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 34).

46 cc) Soweit danach eine masseschmälernde Leistung durch die der Bank zugutekommende Zahlung in Betracht kommt, wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass eine Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG auch ausscheidet, soweit infolge der Verminderung des Debetsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei geworden sind (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 25).

47 Wenn eine Zahlung an einen absonderungsberechtigten, durch eine Gesellschaftssicherheit besicherten Gläubiger geleistet wird, liegt ein Aktiven-

tausch 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. 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 (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 26 mwN).

48 Im Streitfall liegt die Annahme eines Aktiventauschs in der eben beschriebenen Form nahe. Denn das Freiwerden sicherungsabgetretener Forderungen infolge von auf das Konto bei der O. bank geleisteten Zahlungen entspricht spiegelbildlich der durch Auszahlungen von dem Konto nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bewirkten Inanspruchnahme freier Sicherheiten in Gestalt globalziedierter Forderungen bzw. - so die Formulierung des Berufungsgerichts - der Erhöhung des Umfangs der der Sicherungsabrede unterfallenden Forderungen.

49 4. Schließlich wird gegebenenfalls zu beachten sein, dass dem Beklagten, wenn er aus § 64 Satz 1 GmbHG haften sollte, in dem Urteil vorzubehalten ist, nach Erstattung an die Masse seine Rechte gegen den Kläger zu verfolgen; dabei deckt sich der ihm zustehende Anspruch nach Rang und Höhe mit dem Betrag, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 196/09, ZIP 2011,

422 Rn. 30; Beschluss vom 5. November 2007 - II ZR 262/06, WM 2008, 27 Rn. 9; Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 279).

Bergmann

Caliebe

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 07.01.2013 - 15 HKO 6647/12 -

OLG München, Entscheidung vom 06.11.2013 - 7 U 571/13 -