



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZR 262/06

vom

5. November 2007

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

GmbHG § 64 Abs. 2; ZPO § 138

- a) Der Insolvenzverwalter genügt seiner Darlegungslast zum Merkmal der Überschuldung, wenn er eine Handelsbilanz mit dem Ausweis eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages vorlegt und erläutert, ob und gegebenenfalls welche Abweichungen nach Insolvenzrecht bestehen und dass danach eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne gegeben ist. Dabei hat er auf den Gegenvortrag des beklagten Geschäftsführers einzugehen.
- b) Zahlungen des Geschäftsführers nach Insolvenzreife sind dann mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar i.S. des § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, wenn durch sie größere Nachteile für die Insolvenzmasse abgewendet werden sollen (vgl. BGHZ 146, 264, 274 f. m. Nachw.).

BGH, Beschluss vom 5. November 2007 - II ZR 262/06 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 5. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 6. Oktober 2006 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 48.321,06 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Beschwerde ist begründet und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Zivilsenat des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt.
- 2 Zwar hat es zutreffend angenommen, dass der - insoweit darlegungs- und beweispflichtige (BGHZ 126, 181, 200) - Kläger die Voraussetzungen einer Überschuldung in der Zeit ab dem 16. Februar 2001 schlüssig dargelegt habe

(vgl. Sen.Urt. v. 7. März 2005 - II ZR 138/03, ZIP 2005, 807). Er hat sich nämlich entgegen der Auffassung der Beschwerde nicht darauf beschränkt, lediglich die vorläufige Handelsbilanz zum 31. Dezember 2000 vorzutragen, sondern hat auch die insolvenzrechtlich bedeutsamen Abweichungen mitgeteilt, nämlich den Liquidationswert der beiden Grundstücke i.H.v. zusammen nur 3.581 TDM - im Gegensatz zu 6.637 TDM in der Handelsbilanz.

3 Das Berufungsgericht hat aber den Vortrag der Beklagten zu den anzusetzenden Werten nicht beachtet und damit in entscheidungserheblicher Weise gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstoßen. Nach diesem Vortrag, der für das drittinstanzliche Verfahren als wahr zu unterstellen ist, liegen die Voraussetzungen einer Überschuldung nicht vor. Es bestanden danach nämlich bezüglich der Grundstücke in H. und W. stille Reserven i.H.v. zusammen 3.000 TDM. Diese Grundstücke sind nach dem Vortrag der Beklagten in einem Überschuldungsstatus daher mit dem Buchwert von 6.637 TDM zuzüglich der stillen Reserven, zusammen also mit 9.637 TDM zu bewerten. Mit den übrigen Aktiva ergibt sich damit ein Aktivvermögen nach Liquidationswerten i.H.v. 16.089 TDM. Weiter ist zu berücksichtigen, dass nach dem Vortrag der Beklagten Rangrücktritte erklärt worden sind für die Verbindlichkeiten gegen Gesellschafter i.H.v. 658 TDM, für Bankverbindlichkeiten i.H.v. 800 TDM und für Ansprüche aus Urlaubsgeld i.H.v. 160 TDM. Die nach dem Vortrag des Klägers mit 16.014 TDM zu veranschlagenden Gesamtverbindlichkeiten verringern sich danach um insgesamt 1.618 TDM auf 14.396 TDM. Damit übersteigt das Aktivvermögen die Verbindlichkeiten.

4 II.1. In dem neu eröffneten Berufungsverfahren wird - unter Berücksichtigung des Vortrags der Beklagten - aufzuklären sein, ob in dem Zeitraum ab dem 16. Februar 2001 eine Überschuldung vorgelegen hat. Die rückwärts gerichtete Sicht des Oberlandesgerichts auf eine Insolvenzsituation im Jahre 1997

und die daraus gezogenen Folgerungen für die Darlegungs- und Beweislast sind rechtsfehlerhaft (vgl. BGHZ 164, 50, 58). Weiter wird - gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien - der Frage nachzugehen sein, ob die Schuldnerin in diesem Zeitraum zahlungsunfähig war (vgl. dazu die Revisionsentscheidung in dem Parallelverfahren: BGH, Urt. v. 21. Juni 2007 - IX ZR 231/04, ZIP 2007, 1469).

- 5                    2. Sollte danach eine Insolvenzzreife bestanden haben, wird das Berufungsgericht dem Vortrag der Beklagten nachzugehen haben, die "Scheckzahlungen an unbekannte Empfänger" hätten nur dazu gedient, Geld vom Bankkonto in die Barkasse zu transferieren. Sollte sich dieser Vortrag als richtig erweisen, sind das keine Zahlungen i.S. des § 64 Abs. 2 GmbHG.
- 6                    3. a) Weiter wird zu prüfen sein, ob die etwaigen Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar waren i.S. des § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Dazu ist festzustellen, ob durch die Zahlungen größere Nachteile für die Insolvenzmasse abgewendet werden sollten (BGHZ 146, 264, 274 f.). Das kommt hier insbesondere bei den Zahlungen auf die Wasser-, Strom- und Heizrechnungen in Betracht. Ohne diese Zahlungen hätte der Betrieb im Zweifel sofort eingestellt werden müssen, was jede Chance auf Sanierung oder Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht hätte.
- 7                    b) Der Einwand der Beschwerde, die Beklagten träfe jedenfalls kein Verschulden, weil ein Kollegialgericht, nämlich das Oberlandesgericht Stuttgart in dem Parallelprozess, angenommen habe, dass keine Insolvenzzreife vorgelegen habe, bleibt dagegen ohne Erfolg.
- 8                    Allerdings geht der Bundesgerichtshof im Rahmen der Amtshaftung davon aus, dass einen Beamten in der Regel kein Verschulden trifft, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Gericht die Amtstätigkeit als objektiv

rechtmäßig angesehen hat (BGHZ 97, 97, 107; 150, 172, 184; Urt. v. 19. Dezember 1991 - III ZR 9/91, ZIP 1992, 947, 948 f.; v. 16. Oktober 1997 - III ZR 23/96, WM 1998, 187, 188; v. 3. März 2005 - III ZR 353/04, WM 2005, 1328, 1329). Diese sog. Kollegialgerichtsrichtlinie ist aber bisher nur auf Amtshaftungsansprüche, nicht dagegen auf sonstige zivilrechtliche Ersatzansprüche angewandt worden (BGH, Urt. v. 31. Oktober 1985 - IX ZR 175/84, WM 1986, 199, 202 f.; offen gelassen in Urt. v. 21. Oktober 2003 - XI ZR 453/02, ZIP 2003, 2242, 2246). Ob sie über die Amtshaftung hinaus gilt, kann auch hier offen bleiben. Denn sie greift jedenfalls dann nicht ein, wenn sich das Gericht seine Überzeugung von der Rechtmäßigkeit des Handelns aufgrund eines verfahrensfehlerhaft festgestellten Sachverhalts gebildet hat (BGHZ 117, 240, 250; Urt. v. 5. Juli 1990 - IX ZR 10/90, WM 1990, 1549, 1551; v. 21. Oktober 2003 - XI ZR 453/02, ZIP 2003, 2242, 2246). So liegt es hier. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat den maßgeblichen Sachverhalt nur unzureichend aufgeklärt. Das ergibt sich aus der das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart aufhebenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21. Juni 2007 (IX ZR 231/04, ZIP 2007, 1469). Danach hat das Oberlandesgericht Stuttgart nicht geprüft, ob die Schuldnerin mit der Kreditkündigung durch die Bank im Juni 1997 zahlungsunfähig geworden ist, ob sie danach ihre Zahlungen allgemein wieder aufgenommen hat und ob im Hinblick auf die fälligen Zinszahlungen für November und Dezember 2000, die die Schuldnerin nicht erbringen konnte, erneut Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist.

9

4. Schließlich wird das Berufungsgericht den Beklagten ggf. vorzubehalten haben, nach Erstattung an die Masse Gegenansprüche, die sich nach Rang

und Höhe mit den Beträgen decken, die die begünstigten Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätten, gegen den Kläger geltend zu machen (BGHZ 146, 264, 278 f.).

Goette

Kraemer

Strohn

Caliebe

Reichart

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 05.10.2005 - 401 O 76/05 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 06.10.2006 - 11 U 256/05 -