
Datum: 12.05.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 22/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0512.8U22.03.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 8 O 565/01

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 31.10.2002 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger macht als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Fa. B GmbH Ansprüche gegen den Beklagten als früheren Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin wegen Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung geltend. Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. Das

1

2

3

Landgericht hat der auf § 64 Abs. 2 GmbHG gestützten Klage stattgegeben, in Höhe von 92.019,02 € lediglich Zug um Zug gegen Abtretung evtl. Ansprüche aus Insolvenzanfechtung. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, die Insolvenzschuldnerin sei per 09.09.1999 zahlungsunfähig und überschuldet gewesen, die anschließend von dem Beklagten veranlaßten Zahlungen habe er an die Masse zu erstatten.	
Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er weiterhin Klageabweisung anstrebt. Er meint, die Schuldnerin sei zu dem vom Landgericht angenommenen Zeitpunkt, dem 09.09.1999, weder zahlungsunfähig noch überschuldet gewesen.	4
Bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit habe das Landgericht zu Unrecht den von der Fa. E GmbH aufgrund des Vergleichs vom 09.09.1999 vor dem Landgericht Heilbronn geschuldeten Teilbetrag von 400.000,00 DM nicht in die Summe der liquiden Mittel eingestellt. Bei der am Stichtag anzustellenden Prognose sei nicht zu erwarten gewesen, daß die Fa. E GmbH die Zahlung verweigern würde. Zudem habe die auf den Vergleichsbetrag entfallende Mehrwertsteuer berücksichtigt werden müssen, so daß sich Aktiva in Höhe von 1.746.322,90 DM ergäben. Dagegen habe die Summe der fälligen Verbindlichkeiten nur 1.411.627,30 DM betragen. Die vom Kläger dargelegte Summe der Verbindlichkeiten von 2.659.151,79 DM sei um die Forderungen der Firmen T und T1 in Höhe von 649.098,90 DM und 598.425,56 DM zu reduzieren, da diesen Ansprüchen Gewährleistungsrechte bzw. Gegenforderungen der Schuldnerin gegenübergestanden hätten.	5
Der Beklagte vertritt weiterhin die Auffassung, die Schuldnerin sei auch nicht überschuldet gewesen. Über die im Rahmen der Zahlungsunfähigkeit dargelegten Aktivposten hätte noch ein Anspruch auf Umsatzsteuerrückerstattung in Höhe von 345.000,00 DM aktiviert werden müssen, da die Schuldnerin durch den Prozeßvergleich vom 09.09.1999 auf Forderungen gegen die Fa. E GmbH in Höhe von ca. 2,6 Mio. DM verzichtet habe; auf diesen Betrag sei aber zuvor Umsatzsteuer gebucht und abgeführt worden. Auf der Passivseite seien die bestrittenen und unberechtigten Forderungen der Subunternehmer T und T1 nicht zu berücksichtigen, so daß sich eine positive Überschuldungsbilanz ergebe. Selbst wenn man die Forderungen der Subunternehmer als Verbindlichkeiten ansetze, ergebe sich kein anderes Ergebnis, weil dann die entsprechenden Leistungen zu aktivieren seien.	6
Der Beklagte beantragt,	7
das am 31.10.2002 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund aufzuheben und die Klage abzuweisen sowie	8
die Schutzanordnung aus § 712 ZPO zu treffen.	9
Der Kläger beantragt,	10
die Berufung zurückzuweisen.	11
Er verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen.	12
II.	13
Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht den geltend gemachten Anspruch des Klägers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für begründet erachtet. Zu dem maßgeblichen Zeitpunkt, dem 09.09.1999, war die Insolvenzschuldnerin zahlungsunfähig. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung bleiben ohne Erfolg.	14
	15

1.

Nach § 17 Abs. 2 InsO ist Zahlungsunfähigkeit dann gegeben, wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Diese Voraussetzungen lagen am 09.09.1999 vor, da die Schuldnerin aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden liquiden Mittel nicht mehr in der Lage war, die fälligen Forderungen zu begleichen. 16

a) 17

Bei der im Rahmen der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit aufzustellenden Liquiditätsbilanz sind auf der Aktivseite diejenigen Zahlungsmittel einzustellen, die dem Schuldner unmittelbar zur Verfügung stehen, das sind Bar- und Buchgeld sowie abrufbare Kredite (Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. § 17 Rdn. 6), oder die er sich kurzfristig wieder beschaffen kann und damit in die Lage versetzt wird, die fälligen Zahlungen zu erfüllen. Im letztgenannten Fall liegt in der aktuellen Unfähigkeit, fällige Zahlungen zu erfüllen, eine bloße Zahlungsstockung vor, die nach allgemeiner Ansicht Zahlungsunfähigkeit noch nicht begründet (Uhlenbruck, a.a.O.; Hess in Hess/Weis/Wiesenberg, InsO 2. Aufl. § 17 Rdn. 2; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, GmbHG, 17. Aufl. § 64 Rdn. 5). Die Frist, innerhalb derer die Liquidität wieder beschafft werden muß, um Zahlungsunfähigkeit auszuschließen, ist nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung kürzer als einen Monat anzusetzen (vgl. BGH NJW 2002, 515, 517 unter Hinweis auf die Begründung zu §§ 20, 21 InsOE, BTDr 12/2443, S. 114); nach verbreiteter Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ist nach Ablauf von zwei bis drei Wochen nicht mehr von einer bloßen Zahlungsstockung auszugehen (vgl. Uhlenbruck, a.a.O. § 17 Rdn. 9). Hiervon geht auch der Beklagte aus, der in seine im Berufungsverfahren vorgelegte Liquiditätsbilanz auf einen Zeitraum von 20 Tagen abstellt. 18

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist per 09.09.1999 von folgenden liquiden Mitteln der Insolvenzschuldnerin auszugehen: 19

Bankguthaben 32.245,58 DM 20

Forderung gegen Fa. E netto 1.000.000,00 DM 21

Mehrwertsteuer auf diesen Betrag 116.000,00 DM 22

Steuererstattungsanspruch 88.442,46 DM 23

Erstattungsforderung gegen Arbeitsamt 1.635,00 DM 24

1.282.323,04 DM. 25

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist in die Liquiditätsbilanz per 09.09.1999 nicht die gesamte Forderung gegen die Fa. E aus dem Vergleich vom selben Tage aufzunehmen. Zwar konnte die Schuldnerin nach dem Vergleich vor dem Landgericht Heilbronn vom 09.09.1999 mit großer Sicherheit davon ausgehen, daß bis zum 30.09.1999 zumindest 1 Mio. DM nebst Mehrwertsteuer gezahlt würde. Es handelt sich dabei um die erste Teilzahlung in Höhe von netto 700.000,00 DM sowie um einen Teil der zweiten Teilzahlung in Höhe von 300.000,00 DM, und zwar beide Beträge zuzüglich Mehrwertsteuer. Die Fa. E GmbH hatte sich insoweit unbedingt zur Zahlung zu den genannten Terminen verpflichtet. Solvenzprobleme waren nicht zu berücksichtigen, so daß von der Zahlung bis zum 30.09.1999 auszugehen war. Der Senat teilt indes die Auffassung des Landgerichts, daß bei einer objektiven Prognose am 09.09.1999 nicht erwartet werden konnte, daß die Fa. E auch den weiteren Teilbetrag von 400.000,00 DM nebst Mehrwertsteuer zum Fälligkeitszeitpunkt 26

am 30.09.1999 zahlen würde. Insoweit war die Fa. E GmbH zur Zurückhaltung berechtigt, wenn die von der Schuldnerin zu liefernde Dokumentation für einen Auftrag der Fa. Audi nicht den Anforderungen der Audi-Spezifikation entsprach und E eine qualifizierte Rüge vorgenommen hatte. Bei der von dem Beklagten vorzunehmenden Prognose mußte er berücksichtigen, daß die Auftraggeberin E in erheblichem Umfang Zahlungen zurückhielt, die die Schuldnerin zuvor beansprucht hatte. Dies führte zu dem einstweiligen Verfügungsverfahren vor dem Landgericht Heilbronn, in dem der für die Schuldnerin nach zwischen den Parteien übereinstimmender Auffassung ungünstige Vergleich geschlossen wurde. Die Schuldnerin hatte in jenem Verfahren selbst vorgetragen, die Fa. E GmbH habe beabsichtigt, sie "an die Wand zu drücken" (Bl. 157 GA). Diese Einschätzung korrespondiert mit der Erklärung des Beklagten in einem Vermerk über ein Gespräch mit einem Gläubiger vom 24.09.1999 (Bl. 160 GA), wonach er den Eindruck habe, die Fa. E habe die Schuldnerin "über Einbehaltung von großen Summen ... in die Knie zwingen" wollen.

Bei dieser Ausgangslage konnte es der Fa. E GmbH nicht schwerfallen, von dem ihr eingeräumten Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen. Bereits eine nur teilweise Abweichung der zu liefernden Dokumentation von der Audi-Spezifikation berechtigte zur Zurückbehaltung des gesamten Betrages von 400.000,00 DM. Daß eine qualifizierte Mängelrüge vorausgehen mußte, machte den Anspruch nicht wesentlich sicherer. Selbst eine objektiv unberechtigte Rüge würde zunächst dazu führen, daß hierüber gestritten würde, das Geld indes einbehalten blieb.

27

Zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses am 09.09.1999 mußte der Beklagte zudem bei realistischer Einschätzung der Gegebenheiten davon ausgehen, daß die Fa. E GmbH zu Recht jedenfalls vorübergehend von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen würde. Voraussetzung für die Zahlung war nämlich die Erstellung der Dokumentation, die nach Ziffer 1) des Vergleichs bis zum 14.09.1999 vollständig zur Verfügung gestellt sein mußte. Die Einhaltung dieser überaus kurzen Frist von nur fünf Tagen, die zudem über ein Wochenende lief, konnte nicht erwartet werden, wie der spätere Verlauf eindrucksvoll dokumentiert. So hat der Beklagte selbst in einem Schreiben an seinen Anwalt vom 28.09.1999 (Bl. 50 GA) darauf hingewiesen, daß in großem Umfang Teile der Dokumentation erst am 23., 24. und 27.09.1999 übergeben worden seien. Die Ablieferung weiterer Unterlagen wurde für den 28. und 29.09.1999 angekündigt. Erst dann sollte die komplette Dokumentation vorliegen und nach Auffassung des Beklagten kein Grund mehr bestehen, die Zahlung zurückzuhalten.

28

Angesichts der tatsächlichen Verzögerung um mehr als zwei Wochen mußte der Beklagte davon ausgehen, daß die Auftraggeberin ihrerseits einen entsprechenden Prüfungszeitraum in Anspruch nehmen würde, so daß frühestens Mitte Oktober eine Entscheidung über die Zahlung erwartet werden konnte. Dabei war weiterhin in die Überlegung einzubeziehen, daß die Fa. E GmbH aus der sich abzeichnenden Fristüberschreitung ihrerseits Gegenforderungen etwa aus Verzug herleiten könnte und diese der Vergleichsforderung entgegenhalten würde.

29

Daß die tatsächlich eingetretenen erheblichen Verzögerungen bei der Erstellung der Dokumentation zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses unvorhersehbar waren, erscheint fernliegend. Unstreitig war dem Beklagten bekannt, daß der in die Erstellung der Dokumentation eingebundene Subunternehmer T im Vorfeld nur unzureichend gearbeitet hatte und seine Vorarbeiten später nachgebessert werden mußten. Bereits aus dem von der Beklagten vorgelegten Vermerk der Fa. E vom 18.08.1999 (Bl. 118 GA) ergeben sich erhebliche Mängel und Verzögerungen, die nach Auffassung des Beklagten der

30

Subunternehmer T zu vertreten hatte. Selbst wenn der Beklagte eine intensivere Mitarbeit des Subunternehmers Schulz bei der Erstellung der Dokumentation nach dem 09.09.1999 erwartet haben sollte, als diese tatsächlich eingetreten ist, läßt sich dadurch die gravierende Überschreitung des überaus knappen Zeitplans nicht plausibel begründen.

Unter diesen Umständen hätte ein sorgfältiger Geschäftsmann die Forderung in Höhe von 400.000,00 DM nebst Mehrwertsteuer am 09.09.1999 nicht in die Summe der kurzfristig liquidierbaren Vermögenswerte eingestellt. 31

b) 32

Den danach lediglich zu berücksichtigenden liquiden Mitteln von 1.282.323,04 DM standen nach eigener Darstellung des Beklagten fällige Verbindlichkeiten in Höhe von 1.411.627,33 DM gegenüber, so daß eine Unterdeckung in Höhe von 129.304,29 DM bestand. 33

Die vom Landgericht als "zweifelhafte Forderungen" in Abzug gebrachten weiteren 252.450,00 DM hat der Beklagte im Berufungsverfahren nicht mehr in die Liquiditätsbilanz aufgenommen. Dies geschah auch zu Recht, da es sich hierbei nicht um vom Beklagten bestrittene Verbindlichkeiten der Schuldnerin per 09.09.1999 gehandelt hat, sondern um zur Insolvenztabelle angemeldete Forderungen, die der Kläger nach erstinstanzlich vertretener Auffassung des Beklagten zu Unrecht anerkannt hat. Für die Beurteilung der hier in Rede stehenden Situation spielen sie keine Rolle, was der Beklagte auch erkannt und diese Forderungen nicht von den fälligen Verbindlichkeiten abgezogen hat. Ob das Landgericht die Forderungen der Firmen T1 und T als weitere Verbindlichkeiten der Schuldnerin hätte berücksichtigen müssen, wie der Kläger meint, kann auch in zweiter Instanz dahingestellt bleiben, da auch die entsprechend reduzierten Verbindlichkeiten eine Unterdeckung zur Folge haben. 34

c) 35

Die Liquiditätslücke von 129.304,29 DM, das sind 9,2 % der Verbindlichkeiten, ist auch nicht unerheblich. Zwar ist allgemein anerkannt, daß lediglich ganz geringfügige Liquiditätslücken bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit unberücksichtigt bleiben müssen (vgl. Uhlenbruck, a.a.O. Rdn. 10; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, § 64 Rdn. 5). Ebenfalls anerkannt ist jedoch, daß nach dem gesetzgeberischen Willen unter der Geltung der Insolvenzordnung der Schuldner auch dann als zahlungsunfähig anzusehen ist, wenn er nur einen kleinen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht zu berichtigen vermag (Uhlenbruck, a.a.O.). Es kann dahingestellt bleiben, ob die unbeachtliche ganz geringfügige Liquiditätslücke nur bei einer Unterdeckung von weniger als 5 % anzusetzen ist, wie bisweilen vertreten wird (vgl. AG Köln, NZI 2000, 89; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 17 Rdnr. 18), da jedenfalls die hier in Rede stehende Deckungslücke nicht mehr als ganz geringfügig beurteilt werden kann. Mit dem Wegfall des Merkmals der Wesentlichkeit bei der Definition der Zahlungsunfähigkeit in § 17 II 1 InsO ist gegenüber der Rechtslage nach der Konkursordnung eine Verschärfung des Eröffnungsgrundes bezweckt und realisiert worden. Dieser gesetzgeberischen Intention würde die Einschätzung einer Deckungslücke von fast 10 % als unbeachtlich nicht gerecht. Soweit z.T. in der Literatur die Grenze für die Unwesentlichkeit der Unterdeckung bei 10 % gesehen wird (Kirchhof in Heidelberger Kommentar zur InsO, 3. Aufl. § 17 Rdnr. 20), vermag der Senat dem deshalb nicht zu folgen. 36

Das Landgericht hat somit zu Recht Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschuldnerin per 09.09.1999 angenommen. 37

2.	38
Nach § 64 Abs. 2 GmbHG hat der Beklagte die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit veranlaßten Zahlungen in Höhe von unstreitig 1.175.076,68 DM, das sind 600.807,17 €, an den Kläger zu erstatten. Daß diese Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns noch vereinbar gewesen wären, hat das Landgericht verneint, ohne daß der Beklagte dies mit der Berufung angegriffen hat. Ebenfalls nicht angegriffen worden ist die Feststellung des Landgerichts, daß der Beklagte die Zahlungen in vollem Umfang zu leisten hat und hiervon nicht etwa die Konkursquote abzuziehen ist. Lediglich soweit Forderungen der Insolvenzanfechtung unterliegen, hat das Landgericht eine Zug-um-Zug-Verurteilung ausgesprochen, die weiterhin Bestand hat.	39
3.	40
Die Berufung des Beklagten erweist sich nach alledem als unbegründet und war mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	41
Dem Schutzantrag nach § 712 ZPO war nicht zu entsprechen, da der Beklagte die Voraussetzungen nicht dargelegt hat.	42
Der Senat hat die Revision zugelassen, weil die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, wann eine Deckungslücke für die Annahme von Zahlungsunfähigkeit unbeachtlich ist, von grundsätzlicher Bedeutung und höchstrichterlich bisher nicht entschieden worden ist.	43