



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 112/21

Verkündet am:  
28. Juni 2022  
Stoll  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 64 aF; InsO § 17 Abs. 2 Satz 1

Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO muss nicht durch Aufstellung einer Liquiditätsbilanz, sondern kann auch mit anderen Mitteln dargelegt werden.

BGH, Urteil vom 28. Juni 2022 - II ZR 112/21 - OLG Schleswig  
LG Lübeck

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 2022 durch die Richter Born, Wöstmann, Dr. Bernau, Dr. von Selle sowie die Richterin Dr. C. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 9. Juni 2021 in der Fassung der Berichtigungsbeschlüsse vom 13. Juli 2021 und vom 27. August 2021 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem am 1. Mai 2014 über das Vermögen der E. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) eröffneten Insolvenzverfahren. Der Beklagte war Geschäftsführer der Schuldnerin. Gesellschafter der Schuldnerin waren die M. GmbH zu 90 % und der Beklagte zu 10 %. Am 6. Oktober 2009 schloss die Schuldnerin

mit der M. GmbH einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, dem die Gesellschafterversammlung der Schuldnerin am 14. Oktober 2009 zustimmte.

- 2 Die Schuldnerin gehörte der M. -Unternehmensgruppe an. Die M. GmbH als Muttergesellschaft war unter anderem zu 100 % an der M. W. & T. GmbH, zu 100 % an der E. E. GmbH und zu 90 % an der E. S. GmbH beteiligt. Die Gesellschaften der M. -Gruppe, darunter die Schuldnerin und die M. GmbH, schlossen im April 2010 mit der C. bank AG einen Cash-Concentratingvertrag zur Einrichtung eines Cash-Pools, bei dem das Masterkonto bei der C. bank für die M. GmbH geführt wurde. Dabei wurde das Clearing-Verfahren taggenau durchgeführt, das heißt Guthaben der Tochtergesellschaften wurden am Ende eines jeden Arbeitstags an das Masterkonto übertragen (Upstream-Loan) und ein Soll der Tochterunternehmen wurde vom Masterkonto ausgeglichen (Downstream-Loan). Die Kündigungsfrist für den Cash-Concentratingvertrag betrug zwanzig Tage. Ergänzend hierzu schlossen die Unternehmen der M. -Gruppe eine Vereinbarung, nach der die Umsätze der abgebenden Konten an das Master-Konto als kurzfristige verzinsliche Darlehen angesehen wurden; die Zinsen wurden quartalsweise berechnet.

- 3 Am 13. November 2013 wurden vom Konto der Schuldnerin 1.680.019,51 € auf das Konto der M. GmbH und von diesem Konto 168.587,10 € auf das Konto der Schuldnerin übertragen. Am 30. Dezember 2013 wurden weitere 1.628.695,22 € vom Konto der Schuldnerin auf das Konto der Muttergesellschaft übertragen.

4            Der Kläger behauptet, die Schuldnerin sei bereits am 31. Dezember 2012 zahlungsunfähig gewesen und begehrt vom Beklagten Ersatz der Zahlungen vom 13. November 2013 und 30. Dezember 2013 abzüglich der Gutschrift vom 13. November 2013 in Höhe von insgesamt 3.140.127,63 € nebst Zinsen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

5            Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6            I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, ausgeführt:

7            Der Kläger habe gegen den Beklagten keinen Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG in der bis zum 31. Dezember 2020 geltenden Fassung (im Folgenden: aF). Er habe den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zum 31. Dezember 2012 nicht geführt. Zahlungsansprüche der einem Cash-Pool angeschlossenen Gesellschaft gegen die den Cash-Pool führende Gesellschaft seien nicht als flüssige Mittel im Finanzstatus, sondern mit ihren Fälligkeiten im Finanzplan zu berücksichtigen. Zur Feststellung der im Beurteilungszeitraum im Cash-Pool vorhandenen Liquidität bedürfe es einer konsolidierten Gesamtbeurteilung (Gesamtliquiditätsplanung der Unternehmensgruppe). Darlehensforderungen der Schuldnerin aus dem Cash-Pool, die innerhalb von drei Wochen fällig würden oder fällig gestellt werden könnten, müssten in den Finanzplan auf-

genommen werden, wenn die M. GmbH sie bedienen könne. Ansprüche der dem Cash-Pool angeschlossenen Gesellschaften gegen die Cash-Pool-Führerin auf Darlehensgewährung seien in den Finanzplan einzustellen, wenn die Cash-Pool-Vereinbarung einen rechtsverbindlichen Anspruch begründe und dieser werthaltig erscheine. Der vom Kläger vorgelegte Bericht der P. Wirtschaftsprüfung GmbH sei ungenügend, weil er keine konsolidierte Gesamtliquiditätsbetrachtung der Unternehmensgruppe enthalte und die Forderungen aus dem Cash-Pooling nicht berücksichtige. Dass der Kläger den vollen freien Kreditrahmen auf dem Masterkonto in Ansatz gebracht habe, genüge nicht, weil der freie Kreditrahmen die Downstream-Loans im fraglichen Zeitraum unterschreite.

8 Der Beklagte hafte aber selbst bei unterstellter Zahlungsunfähigkeit nicht gemäß § 64 GmbHG aF. Die Ersatzpflicht des Beklagten entfalle, weil der Schuldnerin in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Zahlungen Vermögen zugeflossen sei. Der Beklagte habe unwidersprochen dargelegt, dass der Schuldnerin nach den Zahlungen vom 13. November und 30. Dezember 2013 im Rahmen des Cash-Pooling durch die Downstream-Loans mehr zugeflossen sei, als die Schuldnerin im Wege der Upstream-Loans an die M.

GmbH gezahlt habe. Sämtliche Kontobewegungen im Rahmen des täglichen Kontenclearings stünden in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang, weil die Upstream-Loans allein mit Blick auf die Verpflichtung der M.

GmbH erfolgt seien, der Schuldnerin im Bedarfsfalle Liquidität zu verschaffen.

9 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

10           1. Das Berufungsgericht hat die Anforderungen an den Vortrag des Klägers zur Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO überspannt. Die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zum 31. Dezember 2012 kann nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht ausgeschlossen werden.

11           a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt eine Partei ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Genügt das Parteivorbringen diesen Anforderungen an die Substantiierung, so kann der Vortrag weiterer Einzeltatsachen nicht verlangt werden (vgl. BGH, Urteil vom 21. Mai 2007 - II ZR 266/04, ZIP 2007, 1524 Rn. 8; Urteil vom 15. März 2016 - II ZR 114/15, ZIP 2016, 1376 Rn. 18; Urteil vom 19. Dezember 2017 - II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 Rn. 9).

12           Von einer Zahlungsunfähigkeit ist regelmäßig auszugehen, wenn die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr beträgt, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, 145; Beschluss vom 27. Juli 2006 - IX ZB 204/04, BGHZ 169, 17 Rn. 16; Urteil vom 12. Oktober 2006 - IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222 Rn. 27 f.; Urteil vom 21. Juni 2007 - IX ZR 231/04, ZIP 2007, 1469 Rn. 37; Urteil vom 6. Dezember 2012 - IX ZR 3/12, ZIP 2013, 228 Rn. 19; Urteil vom 19. Dezember 2017 - II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 Rn. 10, 32).

13           b) Der Kläger hat eine erhebliche Liquiditätslücke für einen Zeitraum von drei Wochen ab dem 31. Dezember 2012 und damit die Zahlungsunfähigkeit der

Schuldnerin zum Stichtag dargetan. Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO muss nicht durch Aufstellung einer Liquiditätsbilanz, sondern kann auch mit anderen Mitteln dargelegt werden.

14           aa) Es ist unerheblich, dass sich der Kläger zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit nicht auf eine Liquiditätsbilanz bezieht und deshalb Liquiditätslücke und Liquiditätsdeckungsgrad nicht unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Summe von Aktiva I und Aktiva II zur Summe von Passiva I und Passiva II errechnet (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 - II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 Rn. 62). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die Zahlungsunfähigkeit auch auf andere Weise dargelegt werden kann als durch eine solche Zeitrumbetrachtung. So wird es für zulässig erachtet, die Zahlungsunfähigkeit durch einen Liquiditätsstatus auf den Stichtag in Verbindung mit einem Finanzplan für die auf den Stichtag folgenden drei Wochen, in dem tagesgenau Einzahlungen und Auszahlungen gegenübergestellt werden, darzutun (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 2022 - IX ZR 48/21, WM 2022, 1287 Rn. 18). Es spricht auch nichts dagegen, zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit mehrere tagesgenaue Liquiditätsstatus in aussagekräftiger Anzahl aufzustellen, in denen ausgehend von dem am Stichtag eine erhebliche Unterdeckung ausweisenden Status an keinem der im Prognosezeitraum liegenden bilanzierten Tag die Liquiditätslücke in relevanter Weise geschlossen werden kann (vgl. HambKomInsO/Schröder, 9. Aufl., § 17 Rn. 51).

15           Dies vorausgesetzt, hat der Kläger seiner Darlegungslast genügt. Er hat für die nach seiner Behauptung am Stichtag verfügbaren Mittel und fälligen Verbindlichkeiten in der Klageschrift auf einen als Anlage K 4 vorgelegten Bericht der P. Wirtschaftsprüfung GmbH Bezug genommen und diesen erläutert. Er hat vorgetragen, dass am 31. Dezember 2012 verfügbaren Geldmitteln der Schuldnerin in Höhe von 551.665,63 € fällige Verbindlichkeiten in Höhe von

1.220.727,93 € gegenübergestanden und eine Unterdeckung in Höhe von 54,8 % bestanden habe. Weiter hat er vorgetragen, dass am 7. Januar 2013 den liquiden Mitteln in Höhe von 932.364,14 € Verbindlichkeiten in Höhe von 1.672.901,29 € gegenübergestanden und eine Unterdeckung in Höhe von 44,3 % bestanden habe, dass am 16. Januar 2013 den liquiden Mitteln in Höhe von 470.688,22 € Verbindlichkeiten in Höhe von 1.260.385,48 € gegenübergestanden und eine Unterdeckung in Höhe von 62,7 % bestanden habe, sowie, dass am 21. Januar 2013 den liquiden Mitteln in Höhe von 321.490,42 € fällige Verbindlichkeiten in Höhe von 591.986,37 € gegenübergestanden und eine Unterdeckung in Höhe von 45,7 % bestanden habe. Dazu hat der Kläger unter Bezugnahme auf den Bericht der P. Wirtschaftsprüfung GmbH ausgeführt, dass er dabei jeweils die volle nicht ausgeschöpfte Kreditlinie der Poolführerin gegenüber der den Cash-Pool verwaltenden C. bank zugunsten der Schuldnerin als deren verfügbare Liquidität berücksichtigt habe. Auf der Grundlage dieser von ihm über einen Zeitraum von drei Wochen vorgelegten vier Liquiditätsstatus hat der Kläger behauptet, dass am 31. Dezember 2012 eine nicht nur unerhebliche, sondern 54,8 % betragende Liquiditätslücke bestanden und auch nicht nur eine Zahlungsstockung vorgelegen habe, weil diese Lücke auch innerhalb der nächsten drei Wochen nicht so weit habe zurückgeführt werden können, dass nur noch eine unerhebliche Lücke bestanden habe, sondern diese am 21. Januar 2013 immer noch 45,7 % betragen habe.

16                    Damit hat der Kläger die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin dargelegt. Die vom Kläger für einen Zeitraum von drei Wochen vorgetragene, 40 % nicht unterschreitende Unterdeckung der liquiden Mittel zu den fälligen Forderungen ist weder unerheblich noch vorübergehend.

17                    bb) Der vom Berufungsgericht geforderten Darlegung "der im Beurteilungszeitraum vorhandenen Liquidität des Cash-Pool-Systems im Sinne einer



konsolidierten Gesamtbetrachtung (Gesamtliquiditätsplanung der Unternehmensgruppe)" bedarf es für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auf Grundlage des klägerischen Vortrags nicht. Der Kläger hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den vollen freien Kreditrahmen auf dem Masterkonto gegenüber der kontoführenden C. bank als liquide Mittel der Schuldnerin in Ansatz gebracht. Mehr als alle im Cash-Pool verfügbaren Mittel konnte die Schuldnerin zur Tilgung der fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten aus diesem nicht erlangen. Dass im Cash-Pool im "streitgegenständlichen Zeitraum", also offenbar innerhalb der dem Stichtag folgenden drei Wochen, Liquidität generiert wurde, wie das Berufungsgericht aus den folgenden, die Kreditlinie überschreitenden Downstream-Loans geschlossen hat, hat der Kläger im Rahmen der drei Liquiditätsstatus zum 7., 16. und 21. Januar 2013 berücksichtigt und vortragen, dass die tatsächlich zugeführte Liquidität die Liquiditätslücke nicht beseitigt habe. Einer Hochrechnung der innerhalb der dem Stichtag folgenden drei Wochen aus dem Cash-Pool zu erwartenden Liquidität bedurfte es dafür nicht, weil der Kläger die Abgrenzung zur Zahlungsstockung nicht anhand einer Liquiditätsbilanz vorgenommen hat, sondern unter Darlegung der in den dem Stichtag folgenden drei Wochen vorhandenen Liquidität.

18            2. Rechtsfehlerhaft ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Ersatzpflicht des Beklagten für die vom Kläger geltend gemachten Zahlungen sei wegen der Zuflüsse vom Masterkonto entfallen.

19            Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife gemäß § 64 Satz 1 GmbHG aF entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr ausgeglichen wird (BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rn. 9 mwN; Urteil vom 27. Oktober 2020 - II ZR 355/18, BGHZ 227, 221 Rn. 33).

- 20 Ein solcher Aktivtausch liegt nicht vor. Nach den Feststellungen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht zur Darstellung der näheren Einzelheiten Bezug genommen hat, wurde durch das Downstream-Loan jeweils ein Soll der Tochterunternehmen ausgeglichen. Durch die Rückführung von Sollständen im Wege des Downstream-Loan kann die Überweisung von Guthaben vom Konto der Schuldnerin auf das Masterkonto im Wege des Upstream-Loan bereits deshalb nicht ausgeglichen werden, weil die verteilungsfähige Vermögensmasse der Schuldnerin durch die Rückführung des Debets auf ihrem Konto nicht gemehrt wird (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; Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 32 f.).
- 21 III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat sich, von seinem Rechtsstandpunkt aus betrachtet folgerichtig, nicht mit den Einwänden des Beklagten gegen die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin befasst.
- 22 Weiter wird sich das Berufungsgericht mit dem Einwand des Beklagten auseinanderzusetzen haben, dass in den geltend gemachten Upstream-Loans keine Zahlung liege, weil durch sie globalzedierte Forderungen der Schuldnerin gegenüber der C. bank zur Verwertung durch die Gläubiger frei geworden

seien (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 26;  
Urteil vom 27. Oktober 2020 - II ZR 355/18, BGHZ 227, 221 Rn. 33 mwN).

Born

Wöstmann

Bernau

von Selle

C. Fischer

Vorinstanzen:

LG Lübeck, Entscheidung vom 22.10.2019 - 13 HKO 67/18 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 09.06.2021 - 9 U 243/19 -