OLG München, Endurteil v. 17.01.2019 – 23 U 998/18

Titel:

Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen nach Insolvenzreife

Normenketten:

GmbHG § 64 S. 1

HGB § 130a, § 177a

InsO § 19 Abs. 2 S. 1

Leitsätze:

1. Einer Handelsbilanz kommt für die Frage, ob die Gesellschaft überschuldet ist, lediglich indizielle Bedeutung zu; hat der Anspruchsteller jedoch erläutert, ob und ggf. in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus ihr nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden sind, ist es Sache des beklagten Geschäftsführers, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im Einzelnen vorzutragen, welche stillen Reserven oder sonstigen für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet sind. (Rn. 17) (redaktioneller Leitsatz)
2. Eine positive Fortbestehensprognose setzt neben dem Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe auch die objektive - grundsätzlich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept (sog. Ertrags- und Finanzplan) herzuleitende - Überlebensfähigkeit des Unternehmens voraus. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr ausgeglichen wird; die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO sind insoweit nicht entsprechend anwendbar. (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)
4. Zahlungen nach Insolvenzreife können mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein, wenn durch diese in der Insolvenzsituation im Einzelfall größere Nachteile für die Masse abgewendet werden; dies kommt insbesondere bei Zahlungen in Betracht, ohne die der Betrieb im Zweifel sofort hätte eingestellt werden müssen, was jede Chance auf Sanierung oder Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht hätte. (Rn. 40) (redaktioneller Leitsatz)
5. Der Geschäftsführer handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und 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, fachkundig beraten lassen. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Zahlungen nach Insolvenzreife, Geschäftsführer, Überschuldung, Fortbestehensprognose, Masseschmälerung, Ausgleich, Sorgfaltszahlungen, Verschulden, Beratung

Vorinstanz:

LG Traunstein, Endurteil vom 23.02.2018 – 1 HK O 2404/16

Fundstellen:

ZInsO 2019, 447

GmbHR 2019, 236

GmbH-Stpr 2019, 255

NWB 2019, 2769

BeckRS 2019, 152

LSK 2019, 152

NZG 2019, 941

MittBayNot 2020, 274

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 23.02.2018, Az. 1 HK O 2404/16 aufgehoben.

2. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag von € 180.920,97 zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 06.11.2015 zu bezahlen.

3. Dem Beklagten bleibt vorbehalten, nach Erstattung des Verurteilungsbetrags an die Masse seine Gegenansprüche, die sich nach Rang und Höhe mit den Beträgen decken, die die durch die verbotswidrigen Zahlungen begünstigten Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätten, gegen den Kläger als Insolvenzverwalter zu verfolgen.

4. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

6. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

I.

1
Der Kläger macht als Insolvenzverwalter gegen den Beklagten als ehemaligen Geschäftsführer der Komplementärin der Insolvenzschuldnerin Ansprüche nach § 130a HGB geltend.

2
Das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage mangels Insolvenzreife der Schuldnerin abgewiesen.

3
Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, der insbesondere rügt, das Landgericht habe die insolvenzrechtlichen Begriffe der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung verkannt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei der Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft objektiv festzustellen. Das Landgericht habe ferner die schriftliche Zeugenaussage des Zeugen Dr. S. nicht zutreffend erfasst.

4
Der Kläger beantragt,

I. Das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 23.02.2018, Az. 1 HK O 2404/16, wird aufgehoben und dahingehend abgeändert, dass der Beklagte verurteilt wird, an den Kläger einen Betrag von € 180.920,97 zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 06.11.2015 zu bezahlen.

Entscheidungsgründe

II.

5
Dem Beklagten bleibt vorbehalten, nach Erstattung des Verurteilungsbetrags an die Masse seine Gegenansprüche, die sich nach Rang und Höhe mit den Beträgen decken, die die durch die verbotswidrigen Zahlungen begünstigten Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätten, gegen den Kläger als Insolvenzverwalter zu verfolgen.

6
Der Beklagte beantragt,

die Berufung zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen.

„ Er hält die Berufung für rechtsmissbräuchlich und verteidigt das angegriffene Urteil. Die Berufung und die ursprüngliche Klage seien der Versuch der Sporthotel R. GmbH, originär eigene wirtschaftliche Risiken auf den Beklagten abzuwälzen. Es fehle schon am Bedarf der Geltendmachung von Ansprüchen nach § 130a

HGB, deren Voraussetzungen auch nicht vorlägen. Zu keinem Zeitpunkt der willkürlich ausgewählten Zahlungsvorgänge, sei die Schuldnerin zahlungsunfähig oder überschuldet gewesen. Die Zahlungen hätten der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns entsprochen. Den Beklagten treffe kein Verschulden.

7
Ergänzend wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und das Protokoll vom 22. November 2018 (Bl. 357/359 d.A.) Bezug genommen.

II.

8
Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg.

9
1. Die Berufung ist zulässig. Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte darauf, die sie sei rechtsmissbräuchlich (Seite 5 der Berufungserwiderung, Bl. 311 d.A.). Insoweit wird auf die Ausführungen unter Ziffer 2.1. Bezug genommen.

10
2. Die Berufung ist begründet.

11
2.1. Die Klage ist zulässig. Entgegen der von dem Beklagten vertretenen Ansicht ist sie insbesondere nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil die Sporthotel R. GmbH den Kläger „vorschiebt“ (Seite 6 der Berufungsbegründung, Bl. 312 d.A.). Die erhobene Klage dient der Auffüllung der Insolvenzmasse. Dass der Kläger gegen die Sporthotel R. GmbH keine Anfechtungsansprüche verfolgt, steht der Zulässigkeit der streitgegenständlichen Klage nicht entgegen.

12
2.2. Die Klage ist begründet. Der Kläger hat nach § 130a Abs. 2 Satz 1 2. Alt. i.V.m. § 177a Satz 1 HGB Anspruch auf Erstattung der streitgegenständlichen Zahlungen. Wie bei § 64 Satz 1 GmbHG ist der Anspruch nach § 130a Abs. 2 Satz 1 2. Alt. HGB auf Erstattung solcher Zahlungen gerichtet (BGH, Urteil vom 26. März 2007 - II ZR 310/05 -, juris Rn. 9), die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft entgegen § 130a Abs. 1 HGB geleistet werden, es sei denn, die Zahlungen sind mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar.

13
2.2.1. Bei der Schuldnerin ist kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person. Dass der Beklagte alleiniger Kommanditist der Insolvenzschuldnerin war (Seite 3 des Protokolls vom 22. November 2018, Bl. 359 d.A.), steht der Anwendbarkeit des § 130a HGB nach § 177a HGB nicht entgegen. Der Beklagte war im Zeitraum der streitgegenständlichen Zahlungen vom 2. Oktober 2012 bis 28. November 2014 unstreitig Geschäftsführer der Komplementärin der Schuldnerin.

14
2.2.2. Die Schuldnerin war spätestens seit dem 2. Oktober 2012 im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO überschuldet; ob sie seit diesem Zeitpunkt auch zahlungsunfähig war, kann dahinstehen.

15
Dass die Insolvenzreife danach wieder nachhaltig beseitigt worden wäre, hat der Beklagte nicht behauptet; es ist daher von einer fortdauernden Insolvenzreife auszugehen (Haas in Baumbach/Hueck GmbHG, 21. Aufl., § 64 Rn. 118).

16
2.2.2.1. Der Kläger hat bereits in erster Instanz eine bilanzielle Überschuldung substantiiert behauptet und damit seiner Darlegungslast zunächst genügt, indem er ausgeführt hat, der Jahresabschluss zum 31. Dezember 2011 habe einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von € 75.635,65 aufgewiesen und es existierten keine stille Reserven (Seite 2 f. des Schriftsatzes vom 25. Juli 2017, Bl. 130 f. d.A.). Der vom Beklagten mit Schriftsatz vom 16. August 2017 (Seite 9, Bl. 143 d.A.) vorgelegte Jahresabschluss zum 30. August 2012 weist einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von € 17.928,66 aus.

17
Einer Handelsbilanz kommt für die Frage, ob die Gesellschaft überschuldet ist, lediglich indizielle Bedeutung zu. Hat der Anspruchsteller jedoch - wie hier - erläutert, ob und ggf. in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus ihr nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden sind, ist es Sache des beklagten Geschäftsführers, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im Einzelnen vorzutragen, welche stillen Reserven oder sonstigen für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet sind (BGH, Urteil vom 27. April 2009 - II ZR 253/07 -, Rn. 9, juris; BGH, Beschluss vom 31. Mai 2011 - II ZR 106/10 -, Rn. 4, juris).

18
Weder der Umstand, dass die bilanzielle Überschuldung zum 31. August 2012 geringer war als zum 31. Dezember 2011, bzw. eine „positive Tendenz“ bestand, noch der Umstand, dass außer der streitigen Pachtzinsforderung alle Verbindlichkeiten beglichen wurden, lassen entgegen der Ansicht des Beklagten (Seite 17 und 20 der Berufungserwiderung, Bl. 323 und 326 d.A.; Seite 9 des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2018, Bl. 386 d.A.) die indizielle Bedeutung der Handelsbilanz entfallen. Soweit der Kläger dies im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 11. Januar 2019 (Seite 4, Bl. 386 d. A.) mit Nichtwissen bestreitet, wurde dies vom Senat nicht berücksichtigt. Es war nicht geboten, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Nicht nachvollzogen werden kann die Argumentation, die bilanzielle Überschuldung wäre ohne die streitige Pachtzinsforderung der Sporthotel R. GmbH mehr als ausglichen gewesen, da die Schuldnerin profitabel gewirtschaftet habe (Seite 9 des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2018, Bl. 368 d.A.). Die streitige Forderung wurde bei der Handelsbilanz nicht berücksichtigt. Hinsichtlich der Frage, ob auch eine positive Fortführungsprognose bestand, wird auf die Ausführungen unter Ziffer 2.2.2.3. verwiesen.

19
2.2.2.2. Welche stillen Reserven oder sonstigen für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz seiner Meinung nach nicht abgebildet sind, hat der Beklagte nicht konkret vorgetragen, so dass es einer Einvernahme der Zeugin H. (Seite 19 der Berufungserwiderung, Bl. 325 d.A.) nicht bedurfte.

2.2.2.2.1. Der Beklagte ist der Behauptung, es existierten keine stillen Reserven in erster Instanz nicht entgegen getreten. In der Berufungserwiderung (Seite 19, Bl. 325 d.A.) bestreitet er dies zwar, bezieht sich aber weder konkret auf sein Vorbringen in erster Instanz, noch führt er aus, worin die stillen Reserven bestehen sollen.

2.2.2.2.2. In welcher Höhe seiner Ansicht nach der Buchungsbestand zu aktivieren gewesen wäre, lässt sich dem Vortrag des Beklagten nicht konkret entnehmen. Er behauptete lediglich, der Buchungsbestand habe zum 31. August 2012 im sechsstelligen Bereich gelegen (Seite 19 der Berufungserwiderung, Bl. 325 d.A.). Damit ist er seiner sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen.

20
Wenn sich der Beklagte im Schriftsatz vom 6. Dezember 2018 (Seite 18, Bl. 377 d.A.) darauf beruft, im Überschuldungsstatus seien abweichend von der Handelsbilanz (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 2 HGB) bereits Forderungen aus schwebenden Geschäften auszuweisen, soweit mit ihrer Erfüllung zu rechnen ist (K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl., vor § 64, Rn. 54; Müller in Jaeger, InsO, § 19 Überschuldung, Rn. 63), blendet er aus, dass abweichend von der Jahresbilanz auch Verbindlichkeiten aus schwebenden Geschäften und Dauerschuldverhältnissen zu passivieren sind (Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., vor § 64 Rn. 49; Müller a.a.O., Rn. 71), worauf der Kläger zu Recht hingewiesen hat (Seite 9 des Schriftsatzes vom 13. November 2018, Bl. 352 d.A.).

2.2.2.2.3. Nicht nachvollzogen werden kann der Einwand, die rechnerische Überschuldung im Jahresabschluss zum 31. August 2012 sei beseitigt, wenn man die Verbindlichkeiten gegenüber dem Beklagten bzw. dessen Gesellschaften eliminiere (Seite 18 der Berufungserwiderung, Bl. 324 d.A.). Nachrangige Gesellschafterdarlehen im Sinne § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO behauptet der Beklagte nicht.

2.2.2.2.4. Ob für die streitigen Pachtzinsforderungen oder Instandhaltungsmaßnahmen Rückstellungen hätten gebildet werden müssen, bedarf keiner Entscheidung.

21
Entgegen der Ansicht des Beklagten „entzündet sich die Frage nach der Insolvenzreife nicht an einer einzigen (angeblichen) Forderung“ (Seite 13 des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2018, Bl. 372 d.A.), denn die Handelsbilanz zum 31. August 2012 wies auch ohne Rückstellungen für weitere Pachtzinszahlungen

einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag aus. Im Übrigen ist es in der Literatur umstritten, ob man im Überschuldungsstatus von einer Passivierung der streitigen, den Insolvenzgrund ausmachenden Verbindlichkeit abgesehen werden kann (in diese Richtung Mock in Uhlenbruck, InsO § 19, Rn. 155; a.A. K. Schmidt InsO/ InsO, 19. Aufl. § 19 Rn. 40).

2.2.2.2.5. Soweit der Beklagte im Schriftsatz vom 6. Dezember 2018 (Seite 9, Bl. 368 d.A.) ausführt, es müsse vor dem Urteil des Landgerichts Passau einen Zeitpunkt gegeben haben, zu dem die Insolvenzreife entfallen sei, denn sonst gäbe es jetzt weitere Gläubiger, wird der Vortrag dahingehend verstanden, dass auf den 28. November 2014 abgestellt wird (vgl. Seite 21 der Klageerwiderung, Bl. 53 d.A.).

22
Die streitgegenständlichen Zahlungen erfolgten vorher.

23
Die Argumentation des Beklagten zielt jedoch nicht darauf, dass zum Zeitpunkt der Zahlungen keine Insolvenzreife mehr bestand, sondern darauf, dass der Verstoß durch „wirtschaftliche Gesundung“ für den zurückliegenden Zeitraum erloschen ist (vgl. Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. § 64, Rn. 84; Schmidt-Leithoff / Schneider in Rowedder / Schmidt-Leithoff/M., GmbHG, 6. Aufl. § 64 Rn. 19).

24
Dass die Überschuldung nachhaltig beseitigt und damit die Antragspflicht - wieder - entfallen ist (BGH, Versäumnisurteil vom 12. März 2007 - II ZR 315/05 -, Rn. 15, juris), hat der Beklagte mit seiner pauschalen Behauptung indes nicht dargetan. Er blendet insoweit auch völlig aus, dass die Schuldnerin die streitigen Pachtzinszahlungen nicht beglichen hat.

25
Zutreffend geht das Landgericht vom Bestehen weiterer Pachtzinsforderungen aus. Die Einwendungen des Beklagten dagegen (Seite 10 ff. der Berufungserwiderung, Bl. 316 ff.) greifen nicht durch.

26
Ab dem 1. April 2012 bestimmten sich sowohl die Höhe der Pacht als auch der monatlichen Vorauszahlungen wieder nach § 4 der 1. Nachtragsvereinbarung (Anlage K 4), da eine Herabsetzung nach § 2 des 3. Nachtrages (Anlage K 5) nur bis zum 31. März 2012 erfolgte und für den Zeitraum danach in § 3 nur Verhandlungen über eine Reduzierung der Vorauszahlungen vorgesehen waren. Eine Anpassung der Vorauszahlungen oder der Pacht wurde von der Schuldnerin gegenüber der Verpächterin nicht gerichtlich geltend gemacht. Eine Anpassung nach § 313 BGB erfolgt nicht kraft Gesetzes (Grüneberg in Palandt, BGB, 78. Aufl., § 131, Rn. 41).

27
Soweit der Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz einwendet, die 1. Nachtragsvereinbarung sei mangels Genehmigung der Gesellschafterversammlung der Sporthotel R. GmbH unwirksam, übersieht er, dass diese nicht Vertragspartnerin des 1. Nachtrags war, sondern erst mit dem 2. Nachtrag in das Pachtverhältnis eingetreten ist (Vorbemerkung der 3. Nachtragsvereinbarung).

28
Die Schuldnerin war somit ab 1. April 2012 zu monatlichen Vorauszahlungen in Höhe € 12.000,00 verpflichtet. Tatsächlich gezahlt hat sie monatlich nur € 6.000,00. Insgesamt war nach § 4 Ziffer 2 lit. a des 1. Nachtrags eine „ergebnisabhängige Pacht von 8,7,% des erzielten Nettoumsatzes“ geschuldet. Für eine Auslegung dahingehend, dass zwar zunächst anhand des Nettoumsatzes gerechnet wird, dann aber eine Begrenzung auf das Ergebnis stattfinde (Seite 11 der Berufungserwiderung, Bl. 319 d.A.), enthält der Wortlaut keine Anhaltspunkte. Nach welchen Kriterien diese Begrenzung erfolgen soll, lässt sich dem Vorbringen des Beklagten nicht entnehmen. Schließlich hat er auch die Voraussetzungen einer sittenwidrigen Pachtzinsvereinbarung nicht dargelegt (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 1999 - XII ZR 150/97 -, BGHZ 141, 257/263, juris Rn. 35).

29
Auch dass die Schuldnerin bezüglich der weiteren Pachtzinsforderungen tatsächlich nur zahlungsunwillig gewesen wäre, hat der Beklagte nicht dargetan. Auf dem als Anlage B 8 vorgelegten Schreiben vom 13. Februar 2012 ergibt sich das Gegenteil. Die Behauptung des Beklagten, die Schuldnerin wäre jederzeit in der Lage gewesen, die zur Begleichung der vermeintlichen Forderung liquiden Mittel aufzubringen, weil sie

Stundungs- oder Verzichtsabreden hätte abschießen können oder den Beklagten um ein Darlehen oder eine Einlage hätte bitten können (Seite 15 der Berufungserwiderung, Bl. 321 d.A.), genügt insoweit nicht.

30
2.2.2.3. Dass für die Gesellschaft im streitgegenständlichen Zeitraum eine die Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO ausschließende positive Fortführungsprognose bestand, hat der Beklagte trotz des Hinweises vom 22. August 2018 (Bl. 292 d.A.) nicht dargetan. Entgegen der Ansicht des Beklagten (Seite 17 der Berufungserwiderung, Bl. 323), genügt ein entsprechender Hinweis im Jahresabschluss insoweit nicht.

31
Eine günstige Fortbestehensprognose setzt neben dem Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe auch die objektive - grundsätzlich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept (sog. Ertrags- und Finanzplan) herzuleitende - Überlebensfähigkeit des Unternehmens voraus (Gehrlein, WM 2018, 1, 10). Die Maßnahmen müssen auf eine durchgreifende Sanierung der Gesellschaft gerichtet sein, denn die Unternehmensfortführung darf nicht die Risiken für die Gläubiger erhöhen (Gehrlein a.a.O. S. 7).

32
Dass ein umsetzbarer Finanzplan und ein schlüssiges und realisierbares Unternehmenskonzept für die Zukunft vorlagen, hat der Beklagte nicht dargelegt. Er behauptet vielmehr, der Pachtgegenstand sei von Anfang an ein Sanierungsbetrieb gewesen. Sein allgemeiner Vortrag, er und sein Sanierungsteam seien jederzeit fähig gewesen, ein striktes Kostenmanagement zu betreiben, und die Schuldnerin sei durch ihren Gesellschafter-Geschäftsführer für jeden denkbaren Liquiditätsbedarf gerüstet gewesen, vermag eine positive Fortführungsprognose nicht zu begründen.

2.2.2.4. Der Beklagte hat als alleiniger Geschäftsführer im Zeitraum vom 2. Oktober 2012 bis 28. November 2014 entgegen § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB die streitgegenständlichen Zahlungen in Höhe von € 180.920,97 (Bl. 12 der Klage) vorgenommen.

33
Die Veranlassung dieser Zahlungen durch den Beklagten ist unstreitig. Soweit der Beklagte einwendet, die Empfänger der Leistungen seien teilweise unzutreffend bzw. verkürzt dargestellt (Seite 1 ff. des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2017, Bl. 213 ff. d.A.), ist dies ohne Relevanz.

34
Ebenso unerheblich ist der Einwand, der Kläger habe die Zahlungsvorgänge willkürlich „herausgepickt“ (Seite 8 der Berufungserwiderung, Bl. 314 d.A., Seite 7 des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2018, Bl. 366). Der Streitgegenstand wird vom Kläger bestimmt.

35
2.2.2.5. Einen Ausgleich der durch die Zahlungen verursachten Masseschmälerung hat der Beklagte nicht substantiiert behauptet.

36
Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung entfällt die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife nach § 130a Abs. 1 HGB i.V.m. § 177a Satz 1 HGB, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr ausgeglichen wird. § 130a Abs. 1 HGB soll im Interesse einer Gleichbehandlung der Gläubiger eine Schmälerung der Masse nach Eintritt der Insolvenzreife ausgleichen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13 -, BGHZ 203, 218-224, Rn. 9 m.w.N.), wobei die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO aF entgegen der von dem Beklagten vertretenen Ansicht (Seite 21 f. der Klageerwiderung, Bl. 53 f. d.A.) insoweit nicht entsprechend anwendbar sind (BGH, Urteil vom 04. Juli 2017 - II ZR 319/15 -, Rn. 12, juris).

37
Eine erfolgreiche Anfechtung einzelner Leistungen (vgl. BGH, Urteil vom 03. Juni 2014 - II ZR 100/13 -, Rn. 14, juris), hat der Beklagte nicht behauptet. Er ist vielmehr der Ansicht, der Kläger könnte Anfechtungsansprüche erheben (Seite 22 der Klageerwiderung, Bl. 54 d.A.).

38

2.2.2.6. Dass einzelne Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar waren, hat der nach § 130a Abs. 2 Satz 2 HGB insoweit darlegungs- und beweispflichtigte Beklagte (zu § 64 GmbHG: BGH, Urteil vom 08. Januar 2001 - II ZR 88/99 -, BGHZ 146, 264/274, juris Rn. 22), nicht dargetan.

39
Der hierfür anzulegende Maßstab bestimmt sich nicht allein nach den allgemeinen Verhaltenspflichten eines Geschäftsführers, der bei seiner Amtsführung Recht und Gesetz zu wahren hat; er ist vielmehr an dem besonderen Zweck des § 130a HGB auszurichten. Dies verkennt der Beklagte, wenn er meint, kein Insolvenzverwalter hätte ein besseres Ergebnis für alle Gläubiger erzielt als es dem Beklagten durch sein umsichtiges und besonnenes Verhalten gelungen sei (Seite 14 des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2018, Bl. 373 d.A.). Insoweit blendet er auch aus, dass er die Pachtzinsforderungen der Sporthotel R. GmbH nur zum Teil beglichen hat.

40
Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann das Verschulden ausnahmsweise insbesondere dann zu verneinen sein, soweit durch Leistungen des Geschäftsführers in der Insolvenzsituation im Einzelfall größere Nachteile für die Masse abgewendet werden (BGH a.a.O. zu § 64 GmbHG). Dies kommt insbesondere bei Zahlungen in Betracht, ohne die der Betrieb im Zweifel sofort hätte eingestellt werden müssen, was jede Chance auf Sanierung oder Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht hätte (BGH, Beschluss vom 5. November 2007 - II ZR 262/06 -, Rn. 6, juris).

41
Zahlungen zur Erhaltung der Sanierungschancen sind jedoch nur für einen kurzfristigen Zeitraum privilegiert (Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 64, Rn. 91). In der Regel wird von einer Dauer von drei Wochen auszugehen sein, innerhalb derer die Sanierungsbemühungen abgeschlossen sein müssen (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 25. Juni 2010 - 11 U 133/06 -, Rn. 54, juris). Dies setzt jedoch ein tragfähiges Sanierungskonzept voraus.

42
Dass ein solches Sanierungskonzept vorgelegen hätte, hat der Beklagte trotz des entsprechendes Hinweises in der Ladung (Bl. 293 d.A.) nicht dargetan, sondern lediglich auf die Klageerwiderung Bezug genommen (Seite 12 ff, Bl. 44 d.A.), wonach die Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebs wichtig gewesen sei, um die zur Bedienung der Mitarbeiter und Lieferanten notwendigen Mittel zu erwirtschaften und den verbleibenden Überschuss als Pacht zahlen zu können.

2.2.2.7. Der Beklagte konnte die gegen ihn streitende Vermutung, er habe schuldhaft gehandelt, nicht dadurch widerlegen, dass er sich darauf beruft, er sei während des gesamten Zeitraum von den Zeugen K. und Dr. S. beraten worden.

2.2.2.7.1. Der Geschäftsführer handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und Kenntnisse verschafft, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß Insolvenzantrag stellen muss. Dabei muss er sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt, gegebenenfalls fachkundig beraten lassen. 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 26. Januar 2016 - II ZR 394/13 -, Rn. 34, juris; BGH, Urteil vom 27. März 2012 - II ZR 171/10- Rn. 15 ff., juris).

2.2.2.7.2. Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte pauschal darauf, zu den Aufgaben des Rechtsanwalts Dr. S. habe insbesondere die insolvenzrechtliche Beratung gehört (Seite 26 des Schriftsatzes vom 12. Oktober 2018, Bl. 332 d.A.).

43
Der Zeuge Dr. S. hat eine insolvenzrechtliche Beratung zur Frage der Überschuldung nicht bestätigt. Er hat vielmehr bekundet, er habe den Beklagten jahrelang anwaltlich beraten, dabei sei es insbesondere um Vertragsgestaltung gegangen. Bei einer Besprechung mit dem Beklagten und dem Zeugen K. sei auch die Frage erörtert worden, ob die eingeklagten Pachtzinsteile in eine Überschuldungsbilanz eingestellt werden

müssten. Er habe dazu erklärt, er könne dies nicht beurteilen, dafür sei entweder der Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer oder ein im Insolvenzrecht kundiger Berater zuständig. Ob und welche Empfehlung der Steuerberater dazu abgegeben habe, wisse er nicht. Er erinnere sich nur, dass der Beklagte ihm bis zuletzt erklärt habe, eine Überschuldung liege nur vor, wenn der strittige Pachtzins bilanziert werde. Er sei Anfang März 2013 von dem Beklagten und Frau H. gebeten worden, für die Schuldnerin einen Insolvenzantrag zu formulieren. Völlig überraschend habe er von der Rücknahme des Antrags erfahren. Er wisse nicht, was dem Beklagten bewogen habe, im März 2013 Insolvenzantrag zu stellen und ihn wieder zurückzunehmen (schriftliche Zeugenaussage vom 30. August 2017, Bl. 153 ff. d.A.). Eine fachkundige Beratung zu der Frage, ob die Schuldnerin ab dem Oktober 2012 insolvenzrechtlich überschuldet war oder ob eine die Überschuldung ausschließende positive Fortführungsprognose bestand, lässt sich dieser Aussage nicht entnehmen.

44
Der Zeuge K. hat vor dem Landgericht zwar ausgesagt, er habe in seinen Akten folgenden Vermerk über eine Besprechung am 28. Juni 2012: „Herr RA S. überprüft mit Herrn St. laufend die Liquiditätslage der KG, sowie den Überschuldungsstatus mit Vorausschau. Besprechungen werden mit RA Schropp und der KG geführt. Wir haben keinen Auftrag zur Erstellung eines Überschuldungsstatus.“ (S. 4 des Protokolls vom 7. Juni 2017, Bl. 115 d.A.).

45
Einer erneuten Einvernahme des Zeugen Dr. S. durch den Senat bedurfte es jedoch nicht, da der Beklagte trotz des Hinweises in der Ladung (Bl. 293 d.A.) weder eine Beratung durch den Zeugen Dr. S. zur Frage der Überschuldung noch eine dahingehende Plausibilitätskontrolle behauptet hat. Sein Vortrag beschränkt sich auf eine Beratung und Plausibilitätskontrolle zur Frage, ob die damals streitigen Pachtzinsforderungen zu passivieren gewesen wären (Seite 28 f. des Schriftsatzes vom 12. Oktober 2018, Bl. 334 f. d.A.). Dass der Beklagte „völlig selbstverständlich“ davon ausging, der beratende Rechtsanwalt werde ihn auf den Eintritt der Insolvenzlage hinweisen, genügt für den Entlastungsbeweis nicht.

46
Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte schließlich darauf, er habe angesichts der Aussage des Zeugen K. darauf vertrauen dürfen, der Zeuge Dr. S. werde sich um die Frage „Überschuldungsstatus mit Vorausschau“ kümmern (Seite 16 des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2018, Bl. 375 d.A.). Der Beklagte verkennt dabei, dass er nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung verpflichtet gewesen wäre, sich nach dem Prüfergebnis zu erkundigen und es einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.

2.2.2.7.3. Auch hinsichtlich einer Beratung durch den Steuerberater K. hat der Beklagte eine Plausibilitätskontrolle nicht behauptet.

47
Er beruft ich lediglich darauf, der Zeuge K. sei „ohne weiteres“ dazu verpflichtet gewesen, insolvenzrechtliche Sachverhalte zu identifizieren und ihn zu beraten (Seite 27 f der Berufungserwiderung, Bl. 333 f. d.A.), habe allerdings vor dem Landgericht irrigerweise erklärt, insolvenzrechtliche Fragen seien nicht sein Thema gewesen (Seite 13 des Schriftsatzes vom 16. August 2017, Bl. 147 d.A.). Die Frage, ob der Steuerberater wegen Verletzung einer Hinweispflicht zum Schadensersatz verpflichtet ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - IX ZR 285/14 -, BGHZ 213, 374-394, Rn. 44 ff.), ist im Übrigen für die Frage, ob der Beklagte zur Erstattung von Zahlungen verpflichtet ist, unerheblich.

2.2.2.7.4. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist das Verschulden auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die allein entscheidende Forderung der Sporthotel R. GmbH nach höheren Pachtzinszahlungen unbegründet gewesen war (Seite 16 des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2018, Bl. 375 d.A.). Die Überschuldung bestand auch ohne Berücksichtigung der bestehenden weiteren Pachtzinsforderungen (s.o. Ziffer 2.2.2.2.5.).

2.2.2.7.5. Der Einwand, die Sporthotel R. GmbH treffe ein Mitverschulden, weil sie es unterlassen habe, Insolvenzantrag zu stellen (Seite 16 des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2018, Bl. 375 d.A.), greift nicht durch. Der Insolvenzverwalter macht keinen Schadensersatzanspruch geltend. Eine Obliegenheit der Sporthotel R. GmbH, einen Antrag nach § 14 InsO zu stellen, ist im Übrigen nicht ersichtlich.

48

2.2.2.8. Der Kläger hat bei seiner Antragstellung in der Berufungsinstanz berücksichtigt, dass dem Beklagten zur Vermeidung einer Bereicherung der Masse im Urteil vorzubehalten ist, seinen Gegenanspruch, der sich nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte, nach Erstattung an die Masse gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 2005 - II ZR 235/03 -, juris Tz. 14).

49
Der Zug um Zug Einwand des Beklagten greift dagegen nicht durch.

50
Der Geschäftsführer kann zwar vom Insolvenzverwalter in entsprechender Anwendung von § 255 BGB ggfs. Abtretung der gegen die Leistungsempfänger gerichteten Erstattungsansprüche Zug um Zug gegen Erfüllung des geltend gemachten Ersatzanspruchs verlangen (BGH, Urteil vom 08. Januar 2001 - II ZR 88/99 -, BGHZ 146, 264-280, juris Rn. 32; Gehrlein ZInsO 2015, 477, 480). Gegen wen der Schuldnerin aus welchem Grund Ansprüche zustehen sollen, legt der Beklagte indes nicht dar.

51
Seinem Vortrag lässt sich nur entnehmen, dass die Abtretung zumindest alle Ansprüche gegen die Sporthotel R. GmbH umfassen müsste, insbesondere unter dem Aspekt der Vorsatzanfechtung (Seite 30 der Berufungserwiderung, Bl. 336 d.A.; Seite 22 der Klageerwiderung, Bl. 54 d.A.), wobei er sich vermutlich auf die in der Anlage B 11 genannten Zahlungen bezieht (vgl. Seite 17 der Klageerwiderung, Bl. 49 d.A.; Seite 7 der Berufungserwiderung, Bl. 313 d.A.).

52
Dass unerlaubte Zahlungen im Wege der Insolvenzanfechtung vom Empfänger hätten zurückverlangt werden können, kann der haftende Geschäftsführer nicht einwenden (BGH, Urteil vom 18. Dezember 1995 - II ZR 277/94 -, BGHZ 131, 325/328, juris Rn. 7; K. Schmidt in Scholz GmbHG, § 64 Rn. 66). Ob ihm ein aufschiebendes Leistungsverweigerungsrecht zuzubilligen, solange die Insolvenzmasse neben dem gegen ihn gerichteten Ersatzanspruch noch realisierbare und erfolgversprechende Anfechtungsmöglichkeiten gegenüber den Leistungsempfängern besitzt (BGH a.a.O. Rn. 6), bedarf keiner Entscheidung, da der Beklagte dies nicht dargelegt hat.

53
Schadensersatzansprüche des Beklagten gegen den Kläger, weil dieser es versäumt habe, aussichtsreiche Anfechtungsansprüche geltend zu machen, kommen im Übrigen nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 14. April 2016 - IX ZR 161/15 -, Rn. 15, juris).

54
2.2.2.9. Soweit der Beklagte meint, es sei sinnwidrig, der Gesellschaft einen Anspruch einzuräumen, wenn es gar keine Gläubiger gebe, die Anspruch auf die eingezahlten Gelder haben könnten, übersieht er, dass der Sporthotel R. GmbH aus den unter Ziffer 2.2.2.2.5 dargelegten Gründen weitere Pachtzinszahlungen zustehen, was zwischen der Schuldnerin und der Sporthotel R. GmbH auch rechtskräftig feststeht (vgl. Anlage K 11).

55
2.2.2.10. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280, 286, 288 Abs. 1 BGB.

56
Der Beklagte wurde mit Schreiben vom 15. Oktober 2015 (Anlage K 15) in Verzug gesetzt.

57
3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 Abs. 2, § 708 Nr. 10, § 711 und § 543 Abs. 2 ZPO.

Verkündet am 17.01.2019