


<b>Anmerkung zu:</b>	BGH 2. Zivilsenat, Urteil vom 24.01.2012 - II ZR 119/10
<b>Autor:</b>	Dr. Martin Heckelmann, LL.M., RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht
<b>Erscheinungsdatum:</b>	25.09.2012
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 6 GmbHG, § 823 BGB, § 15a InsO, § 238 HGB, § 257 HGB ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-HaGesR 9/2012 Anm. 3
<b>Herausgeber:</b>	Dr. Jörn-Christian Schulze, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht
<b>Zitiervorschlag:</b>	Heckelmann, jurisPR-HaGesR 9/2012 Anm. 3

---

## **Feststellung der Zahlungsunfähigkeit bei Verletzung von Buchführungspflichten**

### **Leitsatz**

**Die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung gelten nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung als bewiesen, wenn der Geschäftsführer einer GmbH, der von einem Gesellschaftsgläubiger wegen Insolvenzverschleppung in Anspruch genommen wird, seine Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen verletzt hat und dem Gläubiger deshalb die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich ist.**

### **A. Problemstellung**

Das Insolvenzgericht entscheidet über das Vorliegen von Insolvenzgründen im Zeitpunkt der Antragstellung. Maßgeblich für Schadensersatzpflichten (z.B. § 64 GmbHG), Straftatbestände (etwa § 15a Abs. 4 InsO) und Inhabilitätsgründe (z.B. § 6 Abs. 2 Nr. 2a GmbHG) ist jedoch der Beginn des Zeitraums, in dem der Insolvenzgrund vorliegt, wobei vernünftige Sanierungsaussichten allenfalls einen Aufschub von drei Wochen erlauben (§ 15a InsO). Große Bedeutung hat daher die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem ein Insolvenzgrund vorliegt. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Bücher und Schriften der Gesellschaft keinen Aufschluss über die Entwicklung von Liquidität und Verschuldung zulassen. In diesen Fällen stellt sich die Frage, wer die Darlegungs- und Beweislast für unaufklärbare Sachverhalte trägt.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Schuldnerin, eine inzwischen insolvente GmbH, konnte spätestens am 15.04.2005 bestimmte Verbindlichkeiten nicht mehr bedienen. Streitig ist, welchen Umfang diese Verbindlichkeiten gegenüber den übrigen, weiterhin bezahlten Forderungen einnahmen. Am 18.05.2005 schloss der Kläger mit der Schuldnerin einen Frachtvertrag. Ihr Vergütungsanspruch wurde nicht erfüllt. Vielmehr stellte die Schuldnerin unter dem 14.07.2005 einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ein sich anschließendes Strafverfahren ergab, dass in den Handelsbüchern der Schuldnerin Unterlagen zu einer Reihe von ganz erheblichen Verbindlichkeiten fehlten. Folgerichtig enthielt auch die Ermittlungsakte diese Unterlagen nicht.

Die Klägerin nahm den Geschäftsführer der Schuldnerin anschließend wegen verspäteter Insolvenzantragsstellung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. (= § 15a InsO n.F.)

auf den vollen Betrag ihrer Frachtvergütung in Anspruch. Das Berufungsgericht lehnte den Anspruch ab, weil die Darlegungs- und Beweislast für die Zahlungsunfähigkeit bei der Klägerin liege und die Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht belegt sei. Der Beleg sei der Klägerin auch zumutbar gewesen, weil sie die aus der Ermittlungsakte ersichtlichen Gläubiger persönlich hätte befragen können.

Der BGH kommt unter Berufung auf die Grundsätze zur Beweisvereitelung zum gegenteiligen Ergebnis. Zunächst knüpft er an seine bisherige Rechtsprechung an (zuletzt BGH, Urt. v. 30.06.2011 - IX ZR 134/10 Rn. 12; BGH, Urt. v. 11.02.2010 - IX ZR 104/07 Rn. 42), wonach für die Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten genügt. Dies gelte auch dann, wenn der Schuldner noch beträchtliche Zahlungen leiste, diese aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachten. Auch die Nichtbedienung einer einzigen Verbindlichkeit könne eine Zahlungseinstellung begründen, wenn die Forderung insgesamt von nicht unbeträchtlicher Höhe ist. Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden sind, sei regelmäßig von Zahlungseinstellung auszugehen.

Wie das Oberlandesgericht ordnet der BGH die Darlegungs- und Beweislast für die Zahlungseinstellung grundsätzlich der Klägerin als derjenigen zu, die für sich Rechte aus der Zahlungseinstellung herleiten will. Die Besonderheit dieses Falles liege jedoch darin, dass es die Schuldnerin durch Vernichtung der Bücher und Schriften der Klägerin unmöglich gemacht habe, die Zahlungseinstellung zu belegen. Bei einer solchen Verletzung der Pflichten aus den §§ 238, 257 HGB, § 41 GmbHG gelten die Voraussetzungen der Insolvenzreife nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung als bewiesen.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Bei der Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit müssen Gesetz und Rechtsprechung einen teleologischen Kompromiss schließen. Einerseits soll die Zahlungsunfähigkeit möglichst früh festgestellt werden, um einer Masseschmälerung entgegenzuwirken. Andererseits ist dem Schuldner – auch im Sinne der Gläubiger – noch ausreichend Gelegenheit zur Aufnahme aussichtsreicher Sanierungsbemühungen einzuräumen. In diesem Sinne besteht auch ein Bedürfnis, Zahlungsunfähigkeit nicht bei bloßen Druckanträgen anzunehmen, die Gläubiger mit dem Ziel der Zahlung oder zu anderen insolvenzfremden Zwecken stellen (Bußhardt in: Braun, InsO, 5. Aufl. 2012, § 17 Rn. 30).

Entscheidend ist zunächst, dass der Schuldner objektiv zahlungsunfähig ist. Weder kommt es auf die Vorstellungen des Schuldners noch auf seinen Zahlungswillen an (BGH, Urt. v. 11.02.2010 - IX ZR 104/07 Rn. 13; Bußhardt in: Braun, InsO, § 17 Rn. 31; Mönning in: Nerlich/Römermann, InsO, 22. Erg.-Lfg. 2011, § 17 Rn. 13). Auch die Widerlegung der Zahlungsunfähigkeit folgt objektiven Grundsätzen, wie jüngst vom BGH (Urt. v. 15.03.2012 - IX ZR 239/09) betont wurde: Die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit kann nicht durch den Nachweis der Zahlungsunwilligkeit des Schuldners, sondern nur durch den Nachweis der Zahlungsfähigkeit ausgeräumt werden.

Geringfügige Liquiditätslücken bleiben bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit außen vor (BGH, Urt. v. 24.05.2005 - IX ZR 123/04 Rn. 29; Mönning in: Nerlich/Römermann, InsO, § 17 Rn. 16 ff.). Zudem hat der Schuldner im Regelfall eine Frist von drei Wochen für die Beseitigung einer dann angenommenen Zahlungsstockung (BGH, Urt. v. 24.05.2005 - IX ZR 123/04 Rn. 13, 30 f.; Mönning in: Nerlich/Römermann, InsO, § 17 Rn. 21).

Zugunsten der Gläubiger verzichtet das Gesetz auf das Merkmal der Dauerhaftigkeit der Zahlungsunfähigkeit, um das Ziel einer rechtzeitigen Verfahrenseröffnung nicht zu gefährden (Bußhardt in: Braun, InsO, § 17 Rn. 5). Weiter sind nach der Rechtsprechung bei der Ermittlung der

Zahlungsfähigkeit bereits solche unerfüllte Forderungen zu berücksichtigen, die mit Fälligkeitsdatum in Rechnung gestellt worden sind (BGH, Beschl. v. 19.07.2007 - IX ZB 36/07 Rn. 18; BGH, Urt. v. 14.05.2009 - IX ZR 63/08 Rn. 22); eine Wiederholung des Zahlungsverlangens oder eine Mahnung sind nicht erforderlich (BGH, Urt. v. 14.05.2009 - IX ZR 63/08 Rn. 26).

Das Gesetz versucht eine weitere Konkretisierung durch Anordnung in § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO, dass die Zahlungseinstellung eine widerlegliche Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit begründet. Doch auch der Begriff der Zahlungseinstellung ist noch dehnbar. Die Rechtsprechung engt daher den verbleibenden Spielraum durch Entwicklung von Fallgruppen ein (BGH, Urt. v. 20.11.2001 - IX ZR 48/01 Rn. 32; BGH, Urt. v. 30.06.2011 - IX ZR 134/10 Rn. 12 f.).

Als Indizien für die Zahlungseinstellung sind bereits gewertet worden die Nichtzahlung einer Verbindlichkeit von beträchtlicher Höhe (BGH, Urt. v. 20.11.2001 - IX ZR 48/01 Rn. 32), Informationen in der Presse (BGH, Urt. v. 22.11.1990 - IX ZR 103/90 Rn. 18), Korrespondenz des Schuldners mit Hinweisen auf eine bestehende Zahlungsunfähigkeit (BGH, Urt. v. 10.01.1985 - IX ZR 4/84 Rn. 15), die Kündigung von Krediten und ihre Androhung (BGH, Urt. v. 27.04.1995 - IX ZR 147/94 Rn. 22 ff.), Zahlungsrückstände bei Löhnen und Gehältern (BGH, Urt. v. 14.02.2008 - IX ZR 38/04 Rn. 20), die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen (BGH, Beschl. v. 13.06.2006 - IX ZB 238/05 Rn. 6 f.; OLG Rostock, Urt. v. 10.07.2006 - 3 U 158/05 Rn. 23 ff.) und Steuern (LG München, Beschl. v. 08.03.2010 - 7 T 479/09 Rn. 16), Pfändungen durch den Gerichtsvollzieher (BGH, Urt. v. 15.11.1990 - IX ZR 92/90 Rn. 6 ff.), die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, die Schließung eines Geschäftslokals, Lastschriftrückgaben, die Hingabe ungedeckter Schecks und rechtshängige Wechselprozesse (Bußhardt in: Braun, InsO, § 17 Rn. 29; Mönning in: Nerlich/Römermann, InsO, § 17 Rn. 27).

Während materiell-rechtlich der Begriff der Zahlungseinstellung auf diese Weise an Kontur gewonnen hat, ist zur Beweisverteilung noch wenig bekannt. Zum Insolvenzgrund der Überschuldung urteilte der BGH etwa, dass der Beweis für das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Konkursantragspflicht vom Gläubiger zu erbringen ist. Steht fest, dass die Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt rechnerisch überschuldet war, so sei es allerdings Sache des Geschäftsführers, Umstände der Rechtfertigung einer Unternehmensfortführung darzulegen (BGH, Urt. v. 06.06.1994 - II ZR 292/91 Rn. 33). In einer jüngeren Entscheidung nahm der BGH eine Geschäftsführerhaftung an, weil der Nachweis der Überschuldung allein daran scheiterte, dass die hierfür erforderlichen Unterlagen im Zuge der Auflösung „verschwunden“ waren (BGH, Urt. v. 12.03.2007 - II ZR 315/05 Rn. 14). Nichts anderes kann gelten, wenn die Insolvenzreife auf Zahlungsunfähigkeit beruht. Die Entscheidung des BGH verdient daher vorbehaltlose Zustimmung.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Nach Angaben von Staatsanwälten ereignen sich kleinere Brände besonders häufig in den Büros von insolventen Gesellschaften. Auch legitime Anliegen wie intensive Sanierungsbemühungen lassen das Bewusstsein für eine geordnete Finanzbuchhaltung in den Hintergrund rücken. Auf der zivilrechtlichen Ebene laufen Organmitglieder dadurch Gefahr, persönlich und in voller Höhe der Außenstände von den Gläubigern der Gesellschaft in Anspruch genommen zu werden. Erschwerend kommt hinzu, dass die „Neugläubiger“ selbst bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens aktiv legitimiert sind. Auch den Insolvenzverwaltern kommt die Entscheidung des BGH zugute, erleichtert sie ihnen doch die Durchsetzung von Ansprüchen gemäß § 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG und § 130a Abs. 1 HGB. Geschäftsführer und Vorstände sind daher gut beraten, ihre Buchführungspflichten auch in Krise und Insolvenz sorgfältig zu beachten und eine jederzeitige Bestimmung der Ertrags- und Liquiditätssituation zu ermöglichen.

