



# **Brandenburgisches Oberlandesgericht**

Im Namen des Volkes

## **Urteil**

**In dem Rechtsstreit**

des Herrn Rechtsanwalt ...  
als Insolvenzverwalter

**Kläger und Berufungskläger,**

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

**g e g e n**

Herrn B... S...,

**Beklagter und Berufungsbeklagter,**

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin ...

hat der 7. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Boiczenko,  
den Richter am Oberlandesgericht Hein und  
den Richter am Oberlandesgericht Fischer

auf die mündliche Verhandlung vom 14.5.2008

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird unter teilweiser Abänderung des am 2.11.2007 verkündeten Urteils der Einzelrichterin der 3. Zivilkammer des Landgerichts Neuruppin festgestellt, dass die von der Insolvenzverwalterin Frau Rechtsanwältin E... E... in Höhe von 1.542.175,84 € im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beklagten zum Az.: 105 IN 2391/04 - Amtsgericht Charlottenburg - im nachträglichen Prüfungstermin festgestellte Forderung des Klägers aus „Konkursverschleppung der o... AG“ gegenüber dem Schuldner in Höhe von 1.200.788,44 € besteht und der Widerspruch des Schuldners gegen die von der Insolvenzverwalterin Frau Rechtsanwältin E... E... festgestellte Forderung des Klägers in Höhe dieses Betrages nicht begründet ist.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen der Kläger zu 60 % und der Beklagte zu 40 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beiden Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, sofern die vollstreckende Partei nicht vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

## Gründe

### I.

Der Kläger wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Neuruppin vom 3.2.2003 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der o... AG bestellt. Der Beklagte ist - seit Mai 2002 der alleinige - Vorstand der Schuldnerin.

Über das Vermögen des Beklagten wurde vor dem Amtsgericht Charlottenburg ebenfalls ein Insolvenzverfahren eröffnet. Zur Insolvenzverwalterin wurde Frau Rechtsanwältin E... E... bestellt.

Mit Schreiben vom 12.7.2005 meldete der Kläger in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beklagten eine Forderung von 1.542.175,84 € zur Insolvenztabelle an. Zugleich machte er darauf aufmerksam, dass die Forderung aus einer vorsätzlich unerlaubten Handlung herrühre und gemäß § 302 Nr. 1 InsO an der Restschuldbefreiung nicht teilnehme.

Die Insolvenzverwalterin über das Vermögen des Beklagten stellte die Forderung des Klägers wie angemeldet fest. Der Beklagte widersprach der Forderung dem Grunde und der Höhe nach.

Der Kläger hat daraufhin bei dem Landgericht Neuruppin Klage erhoben auf Feststellung, dass die angemeldete Forderung auch aus vorsätzlich unerlaubter Handlung bestehe und der Widerspruch des Schuldners dem Grunde und der Höhe nach unbegründet sei.

Der Kläger hat zur Begründung vorgetragen, die von ihm repräsentierte Schuldnerin, die o... AG, sei spätestens im Januar 2002 zahlungsunfähig und überschuldet gewesen. So habe die Schuldnerin bereits in ihrem Zwischenstatus per 31.1.2002 eine Überschuldung in Höhe von 833.861,90 € ausgewiesen (Bl. 74 d.A.). Als Beweis hat der Kläger die Zwischenbilanz der Schuldnerin zum 31.1.2002 angeboten, die er als Anlage K 6 zu den Akten gereicht hat (Bl. 74 d.A.). Des Weiteren hat der Kläger einen Liquiditätsstatus der Schuldnerin für den Zeitraum vom 1.1.2002 bis 30.11.2002 vorgetragen (Bl. 74 bis 83 d.A.).

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass die von der Insolvenzverwalterin Frau Rechtsanwältin E... E... in Höhe von 1.542.175,84 € im Insolvenzverfahren des Beklagten zum Az.: 105 IN 2391/04 im nachträglichen Prüfungstermin festgestellte Forderung des Klägers auf „Konkursverschleppung der o... AG" gegenüber dem Kläger auch aus vorsätzlich unerlaubter Handlung besteht und der Widerspruch des Schuldners gegen die Forderung dem Grunde und der Höhe nach unbegründet ist.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat bestritten, dass die Schuldnerin seit dem 1.1.2002 überschuldet und zahlungsunfähig gewesen sei (Bl. 135 f d.A.). Er vertritt außerdem die Rechtsauffassung, dass ein eventueller Ersatzanspruch nach § 93 Abs. 3 AktG der Restschuldbefreiung gemäß §§ 286 f. InsO unterfalle.

Das Landgericht Neuruppin hat die Klage mit dem am 2.11.2007 verkündeten Urteil abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die zulässige Feststellungsklage nach § 184 InsO könne keinen Erfolg haben, weil die vom Kläger angemeldete Forderung keine solche aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung im Sinne des § 302 Nr. 1 InsO sei.

Das Urteil des Landgerichts ist dem Kläger am 30.11.2007 zugestellt worden. Er hat hiergegen am 7.12.2007 Berufung eingelegt, die er am 28.1.2008 begründet hat. Mit der Berufung verfolgt der Kläger seine Feststellungsklage weiter.

Der Kläger macht im Wesentlichen geltend, das Landgericht habe verkannt, dass sich der Widerspruch des Beklagten gegen die streitbefangene Insolvenzforderung nicht nur gegen deren Qualifizierung als Verbindlichkeit aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung richte, sondern ebenso gegen den Bestand und die Höhe der Forderung.

Das Landgericht habe außerdem zu Unrecht die Auffassung vertreten, ein Anspruch gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG stelle sich nicht als solcher aus unerlaubter Handlung dar.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Neuruppin zum Az.: 3 O 5/07 vom 2. November 2007

1.

festzustellen, dass die von der Insolvenzverwalterin Frau Rechtsanwältin E... E... in Höhe von 1.542.175,84 € im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beklagten zum Az.: 105 IN 2391/04 im nachträglichen Prüfungstermin festgestellte Forderung des Klägers auf „Konkursverschleppung der o... AG“ gegenüber dem Kläger auch aus vorsätzlich unerlaubter Handlung besteht und der Widerspruch des Schuldners gegen die Forderung dem Grunde und der Höhe nach unbegründet ist,

hilfsweise,

2.

den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Neuruppin zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Beide Parteien haben je eine Kopie des Berichtes der A... Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbH vom 18.3.2002 über die Prüfung des Jahresabschlusses der Schuldnerin vom 31.12.2001 zu den Akten gereicht (der Beklagte als Anlage B 1, Bl. 148 bis 182 d.A.; der Kläger als Anlage K 8, die Bestandteil des gesondert bei den Akten befindlichen Anlagenkonvolutes ist).

In der mündlichen Verhandlung am 14.5.2008 hat der Senat darauf hingewiesen, dass die Schuldnerin zum 31.12.2001 ausweislich der mit dem Prüfbericht zum Jahresabschluss der Schuldnerin zum 31.12.2001 vorgelegten Bilanz in Höhe von 743.382,64 € überschuldet gewesen sei. Diese Überschuldung werde von den Abschlussprüfern auf

Seite 2 der Anlage 3 des Berichts ausdrücklich attestiert. Zugleich werde dort ausgeführt, das Vermögen der Schuldnerin habe keine stillen Reserven aufgewiesen.

## II.

Die zulässige Berufung hat insoweit Erfolg, als sie auf Feststellung der Unbegründetheit des Widerspruchs des Beklagten gegen die Feststellung einer Forderung des Klägers aus "Konkursverschleppung der o... AG" durch die Insolvenzverwalterin über das Vermögen des Beklagten in Höhe von 1.200.788,44 € anträgt. Die weitergehende Berufung bleibt ohne Erfolg.

### 1.

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG in Höhe von 1.200.788,44 €.

Nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG sind Vorstandsmitglieder zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen den Bestimmungen des Aktiengesetzes Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat.

Die vorgenannten Voraussetzungen eines Ersatzanspruches des Klägers ergeben sich hier für die vom Kläger vorgetragene Zahlungen der o... AG in der Zeit von Januar 2002 bis November 2002, soweit es sich nicht um Zahlungen auf Sozialabgaben und Steuern handelte.

Die Aktivlegitimation des Klägers für die von ihm verfolgte Ersatzforderung nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG beruht auf seiner Stellung als Insolvenzverwalter über das Vermögen der o... AG.

Die Passivlegitimation des Beklagten folgt aus seiner Stellung als Vorstand bzw. – ab Mai 2002 - (Allein-)Vorstand der Schuldnerin.

Der Beklagte hat in dem vorgenannten Zeitraum gegen das Verbot des § 92 Abs. 3 AktG verstoßen. Danach darf der Vorstand keine Zahlungen leisten, nachdem die Zah-

lungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat. Dies gilt allerdings nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes vereinbart sind.

Hier ist für die Zeit ab 1.1.2002 davon auszugehen, dass die o... AG und spätere Schuldnerin bereits überschuldet war. Das ergibt sich aus der vorliegenden Bilanz der Schuldnerin für den 31.12.2001 i.V.m. dem Prüfbericht vom 18.3.2002 zum Jahresabschluss 2001.

Die Bilanz weist einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 743.382,64 € aus (Bl. 169 d.A.).

Im vorliegenden Falle folgt aus dem ausgewiesenen Fehlbetrag für den Jahresabschluss 2001 eine Überschuldung der Schuldnerin in gleicher Höhe.

Der Heranziehung der vorliegenden Bilanz zur Ermittlung der Überschuldung steht nicht entgegen, dass die herangezogene Bilanz eine Handelsbilanz ist.

Die Überschuldung einer Handelsgesellschaft ist zwar grundsätzlich durch einen Überschuldungsstatus darzulegen. Dieser kann nicht ohne weiteres durch Handelsbilanzen ersetzt werden.

Die Handelsbilanz ist wegen ihrer abweichenden, auf periodengerechte Gewinnermittlung abzielenden Funktion zur Überschuldungsmessung ungeeignet (BGHZ 146, 264, 267 f.). Der Ausweis eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages in der Handelsbilanz hat allerdings indizielle Bedeutung (BGH WM 2008, 27, 28; BGH WM 2008, 252). Deshalb reicht es zur Ermittlung einer Überschuldung, wenn die Handelsbilanz eine rechnerische Überschuldung ausweist und stille Reserven nicht vorhanden sind (BGH WM 2008, 252). Dies ist hier der Fall. Auf Seite 2 Anlage 3 des Prüfberichtes teilen die Abschlussprüfer ausdrücklich mit, dass die Aktiva der Schuldnerin zum Stichtag keine stillen Reserven aufwiesen.

Die Überschuldung ist nach dem 31.12.2001 auch nicht beseitigt worden, sondern stieg gemäß Zwischenabschluss zum 31.1.2002 sogar noch auf 833.861,90 € an (Bl. 95 d.A.). Der Feststellung einer Überschuldung anhand der Bilanz der Schuldnerin zum 31.12.2001 steht ferner nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt des Jahresabschlusses be-

reits 1.275.000,00 € auf die am 17.8.2001 beschlossene Kapitalerhöhung gezahlt worden waren. Diese Mittel waren zum Bilanzstichtag noch kein Eigenkapital der Schuldnerin und sind deshalb in der vorliegenden Bilanz auch nicht als Eigenkapital ausgewiesen. Sie werden dort vielmehr auf der Passivseite der Bilanz unter der Bezeichnung „Zur Durchführung beschlossener Kapitalerhöhungen geleistete Einlagen,“ genannt. Als solche sind sie im Rahmen der Handelsbilanz nicht zum Eigenkapital der Schuldnerin zum Stichtag zu rechnen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister zum Zeitpunkt der Erstellung der Bilanz noch nicht erfolgt war (Wiedemann in Hopt/Wiedemann, Aktiengesetz Kommentar 4. Auflage, § 189, Rn. 7). Hier ist es zu einer Eintragung der Kapitalerhöhung und erst recht zur Eintragung der Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals nicht gekommen.

Die zur Durchführung der beschlossenen Kapitalerhöhung geleisteten Einlagen waren deshalb in die Bilanz zum 31.12.2001 auf der Passivseite der Bilanz als Sonderposten einzustellen. Der Sonderposten ist auch bei der Prüfung der Überschuldung nicht als Eigenkapital zu behandeln, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass dieses Kapital der Gesellschaft im Insolvenzfall als Haftkapital zur Verfügung steht. Ebenso kann die Kapitalerhöhung bis zur Eintragung durch einen Beschluss der Hauptversammlung wieder aufgehoben werden (Wiedemann, a.a.O.).

Nachdem die Überschuldung der Schuldnerin somit jedenfalls seit dem 01.01.2002 vorlag, durfte ihr Vorstand seitdem nur noch solche Zahlungen vornehmen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar waren, § 92 Abs. 3 AktG. Das ist jedoch lediglich hinsichtlich der abgeführten Sozialversicherungsbeiträge und Steuern der Fall.

Ein organschaftlicher Vertreter einer Handelsgesellschaft, der bei Insolvenzreife der Gesellschaft den sozial- und steuerrechtlichen Vorschriften folgend Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherung oder Lohnsteuer abführt, handelt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (BGH NJW 2007, 2118, 2120). Da der Kläger dem entsprechenden Einwand des Beklagten nicht entgegengetreten ist, ist davon auszugehen, dass die in der Forderungsaufstellung (Anlage K 3) angeführten Sozialabgaben Arbeitnehmeranteile zum Gegenstand haben, sodass die Frage, ob die Abführung von



Arbeitgeberanteilen für Sozialversicherung die gleiche Privilegierung genießt, dahinstehen kann.

Mithin sind die Zahlungen an die Sozialversicherungsträger und das Finanzamt in den ersten 11 Monaten 2002 mit einer Summe von insgesamt 341.387,40 € (Berechnung wie im Schriftsatz des Beklagten vom 27.9.2007, Bl. 251 d.A.) mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

Hinsichtlich der weiteren Zahlungen im entscheidungserheblichen Zeitraum mit einer Summe von 1.200.788,44 € hat der Beklagte nicht dargelegt, dass diese der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters entsprachen. Nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG liegt die Beweislast für die Wahrung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters jedoch bei diesem. Entsprechendes gilt für die dieser vorausgehende Darlegungslast (Hüffer AktG, 8. Aufl., § 93 Rn. 16).

Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beklagte entgegen seiner Verpflichtung aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zur Wahrung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bei ihrer Geschäftsführung verstieß, indem er die streitgegenständliche Zahlung veranlasste oder ihnen als (Mit-) Vorstand der Schuldnerin nicht entgegnetrat.

2.

Die Klage ist insoweit nicht begründet, als der Kläger auf die Feststellung anträgt, der Widerspruch des Beklagten gegen die Feststellung der Forderung des Klägers aus "Konkursverschleppung der o... AG" mit dem Attribut "Forderung aus vorsätzlich unerlaubter Handlung" sei unbegründet.

Der Beklagte wendet sich zu Recht gegen die Feststellung der streitigen Forderung des Klägers als Verbindlichkeit aus einer vorsätzlich unerlaubten Handlung im Sinne des § 302 Nr. 1 InsO.

Die Parteien streiten darum, ob dem Kläger im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Beklagten die Privilegierung des § 302 Nr. 1 InsO zugute kommt. Danach werden von der vom Beklagten im Rahmen seines Insolvenzverfahrens beantragten Restschuldbefreiung Verbindlichkeiten aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht berührt, sofern der Gläubiger die entsprechende Forderung unter Angabe des Rechtsgrundes nach § 174 Abs. 2 InsO angemeldet hatte.

Dies ist hier geschehen. Die Voraussetzungen für eine dem Antrag des Klägers entsprechende Feststellung der Forderung des Klägers liegen jedoch nicht vor.

Von der Restschuldbefreiung werden gemäß § 302 Nr. 1 InsO nur solche Verbindlichkeiten ausgenommen, die sich aus einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823 f. BGB ergeben (Uhlenbruck/Vallender, InsO, 12. Aufl., § 302, Rn. 2; Hess, InsO 2007, § 302, Rn. 2; Lanfermann in HeidelbKomm. zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., § 302, Rn. 6). § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG ist jedoch kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Dies hat der Bundesgerichtshof schon im Jahre 1979 mit überzeugender Begründung entschieden (BGH NJW 1979, 1829). Der Senat sieht keinen Anlass, von dieser rechtlichen Bewertung der Haftungstatbestände des § 93 Abs. 2 und 3 AktG abzuweichen.

3.

Anlass zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils des Verfahrens und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht, wie vom Kläger hilfsweise beantragt, sieht der Senat nicht.

Der Berufung mag zwar darin zu folgen sein, dass das Landgericht verkannt hat, dass Gegenstand des Rechtsstreits nicht nur der Widerspruch des Beklagten gegen die Qualifizierung der Forderung des Klägers als aus vorsätzlich unerlaubter Handlung stammend, sondern auch die Forderung selbst gewesen ist. Hierin liegt ein wesentlicher Verfahrensfehler. Dieser führte jedoch nicht zu einer Zurückverweisung des Verfahrens gemäß § 538 Abs. 2 ZPO.

Das angefochtene Urteil hat nicht lediglich die Zulässigkeit der Klage im Sinne des § 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zum Gegenstand. Es ist vielmehr als Sachurteil ergangen. Hieran ändert es nichts, dass das Landgericht den Gegenstand des Rechtsstreits teilweise nicht erkannt hat. Soweit hierin ein Verfahrensmangel im Sinne des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegt, fehlt es bereits an der weiteren Voraussetzung, dass aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme notwendig ist. Der Rechtsstreit ist entscheidungsreif.

4.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Anlass zur Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO besteht nicht.

5.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß §§ 47 Abs. 1, 63 Abs. 2 GKG auf 500.000 € festgesetzt.

**Boiczenko**

**Fischer**

**Hein**