

OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 11. Februar 2010 - 5 U 60/09

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 27. Februar 2009 verkündete Urteil Kammer für Handelssachen I des Landgerichts Kiel wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens nach einem Berufungstreitwert von 234.707,-- Euro.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Der Kläger nimmt in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter betreffend das Vermögen der x. Computer Contor Nord GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) die Beklagte als deren Geschäftsführerin auf Ersatz geleisteter Zahlungen in Anspruch.

Die Beklagte ist Alleingeschäftsführerin und -gesellschafterin der Schuldnerin, deren satzungsmäßiger Gegenstand der Handel mit EDV-Produkten ist. Am 27. Juni 2006 beantragte sie wegen drohender Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin. Sie nahm Bezug auf einen am 26. Juni 2006 vom Steuerberater S. erstellten Jahresabschluss für das Jahr 2005, der bei einem Gesamtumsatz von ca. 510.000,-- Euro einen Verlust aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit von 294.961,17 Euro und einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 56.853,34 Euro ausweist. Wegen der Einzelheiten des Jahresabschlusses wird auf die Anlage K 5 Bezug genommen.

Schon in den vorangegangenen Jahren hatte die Schuldnerin nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge erwirtschaftet, die sich 2002 bei einem Verlust aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit von ca. 35.000,-- Euro auf ca. 4.600,-- Euro und im Jahr 2004 bei einem Verlust aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit von ca. 69.000,-- Euro auf ca. 22.500,-- Euro beliefen.

Die Schuldnerin verfügte über ein Konto bei der y. Bank, die ihr bis zum 07. Februar 2006 einen Kontokorrentkredit über 77.500,-- Euro eingeräumt hatte. Mit Vereinbarung vom 08. Februar 2006 erhöhte sie den Kreditrahmen auf 140.000,-- Euro, wobei ein Teilbetrag von 15.053,92 Euro jedoch bereits durch eine Prozessbürgschaft ausgeschöpft war. Die Beklagte hatte für diesen Kontokorrentkredit eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. Im Zeitraum 01. Januar 2006 bis 27. Juni 2006 gingen Zahlungen Dritter von insgesamt 276.069,61 Euro auf diesem Konto ein, darunter am 16. Juni 2006 eine Einlage des Ehemannes der Beklagten über 100.000,-- Euro. Mit Schreiben vom 29. Juni 2006 kündigte die y. Bank die Geschäftsbeziehung und forderte die Schuldnerin zur Rückzahlung der fällig gestellten Kredit- und Avalforderungen in Höhe von rd. 76.000,-- Euro auf. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 16. August 2006 zahlte die y. Bank nach erfolgter Anfechtung einen Teilbetrag von 78.338,15 Euro an den Kläger. Die verbleibende Differenz von 197.731,46 Euro macht der Kläger mit der Klage geltend.

Die Schuldnerin verfügte über ein weiteres Konto bei der Kieler z. Bank, welches im Haben geführt wurde. Hiervon leistete die Schuldnerin im Zeitraum 01. Januar 2006 bis 27. Juni 2006 Zahlungen an Dritte in Höhe von insgesamt 36.975,54 Euro. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage K 13 Bezug genommen.

Am 24. August 2005 verurteilte das LG Dortmund die Schuldnerin zur Zahlung von 17.872,71 Euro an die Firma P. Franchise AG. Hiergegen legte die Schuldnerin Berufung ein. Das Berufungsverfahren ist infolge der Insolvenzeröffnung unterbrochen. Die Schuldnerin wurde weiter durch Urteil des LG Bielefeld vom 06. September 2005 zur Zahlung von 10.130,19 Euro an dieselbe Gläubigerin verurteilt. Die hiergegen eingelegte Berufung wies das OLG Hamm mit Urteil vom 12. Juli 2006 zurück.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte schulde die Rückzahlung sowohl des Betrages von 197.731,46 Euro als auch des weiteren Betrages von 36.975,54 Euro nach § 64 GmbHG. Aus der Jahresbilanz zum 31. Dezember 2005 ergebe sich, dass die Schuldnerin schon zu diesem Stichtag überschuldet gewesen sei, so dass sie ab diesem Zeitpunkt keine Zahlungen mehr hätte leisten und keine Zahlungen ihrer Schuldner auf das debitorisch geführte Konto hätte zulassen dürfen. Das Sachanlagevermögen habe sich unter Zugrundelegung von Zerschlagungs-werten statt auf 33.564,50 Euro nur auf 19.335,- Euro belaufen, das Vorratsvermögen sei statt mit 59.628,99 Euro mit 40.000,- Euro anzusetzen. Den in der Bilanz aktivierten Ansprüchen aus den Verlust-Sonderkonten der stillen Gesellschafter, der Beklagten und ihres Ehemannes, komme kein Wert zu, weil die stillen Gesellschafter nicht nachschusspflichtig seien. So kommt er - der Kläger - im Rahmen einer Überschuldungsbeurteilung zu einem Aktivwert von 106.343,64 Euro. Auf der Passivseite setzt er Rückstellungen mit 61.900,- Euro und Verbindlichkeiten mit 483.418,70 Euro an und gelangt so zu einer Überschuldung von rd. 440.000,- Euro.

Die Schuldnerin sei darüber hinaus zum 31. Dezember 2005 auch zahlungsunfähig gewesen. Die zu diesem Zeitpunkt fälligen und ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten hätten sich entsprechend den oben dargestellten ausgeurteilten Beträgen auf mindestens 28.002,90 Euro belaufen. Er nimmt Bezug auf eine Übersicht über die Liquidität der Schuldnerin (Anlage K 10) und führt aus, hieraus ergebe sich, dass die Summe der liquiden Mittel bis zum 16. Juni 2006, dem Tag der Einzahlung der 100.000,- Euro durch den Ehemann der Beklagten, nie über 10 % des Betrages von 28.002,90 Euro betragen habe.

Soweit der Kontokorrentkredit durch Einzahlungen auf das Geschäftskonto bei der y. Bank zurückgeführt worden sei, ergebe sich der Anspruch auf Rückzahlung zudem aus § 32b GmbHG.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 234.707,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.10.2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, der Klage fehle jedenfalls in Höhe eines Betrages von 99.000,- Euro das Rechtsschutzbedürfnis, weil sich die angemeldeten Forderungen auf rd. 218.000,- Euro beliefen und der Kläger bereits 107.000,- Euro zur Masse gezogen habe. Auch unter Hinzurechnung der Insolvenzverwaltervergütung mit ca. 25.000,- Euro verbliebe daher bei Einziehung des gesamten mit der Klage geltend gemachten Betrages eine Differenz zugunsten der Schuldnerin, die dieser und damit letztlich ihr, der Beklagten, als Alleingesellschafterin nach Beendigung des Insolvenzverfahrens zu erstatten wäre.

Ferner hat sie das Vorliegen einer Überschuldung zum 31. Dezember 2005 bestritten. Nach der Neuregelung des § 19 InsO liege Überschuldung dann nicht vor, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich sei. Dies sei hier der Fall gewesen. Denn Anfang 2006 sei mit der y. Bank ein Konzept zur Konsolidierung besprochen worden. Der Umstand, dass die Bank der Schuldnerin noch einen erweiterten Kontokorrentkredit eingeräumt habe, spreche für eine positive Fortführungsprognose. Von einer Überschuldung könne auch deswegen nicht ausgegangen werden, weil sie und ihr Ehemann im Rahmen der Verträge über die stillen Beteiligungen jeweils Rangrücktrittserklärungen abgegeben hätten, so dass die stillen Einlagen nicht zu passivieren seien. Schließlich sei eine Überschuldung für sie zum 31. Dezember 2005 jedenfalls nicht erkennbar gewesen. Der Geschäftsbetrieb habe problemlos fortgesetzt werden können. Ihr Ehemann habe bereits im Januar 2006 ein der Schuldnerin von der y. Bank gewährtes Darlehen von ca. 60.000,- Euro übernommen. Es habe auch keine Zahlungsunfähigkeit vorgelegen. Bei den titulierten Forderungen habe es sich nicht um fällige und ernsthaft eingeforderte Forderungen gehandelt.

derte Verbindlichkeiten gehandelt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Parteivortrages erster Instanz wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung einschließlich dort enthaltener Verweisungen und Bezugnahmen verwiesen.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil der Klage vollumfänglich stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klage sei zulässig, insbesondere fehle dieser nicht zum Teil das Rechtsschutzbedürfnis. Es sei nicht sicher feststellbar, dass in jedem Fall an die Beklagte auszukehrende Überschüsse verblieben.

In der Sache stünde dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Rückerstattung eines Betrages in Höhe von 234.707,- Euro aus § 64 GmbHG zu. Die Gesellschaft sei zum 31. Dezember 2005 überschuldet gewesen. Abzustellen sei insoweit auf § 19 InsO in der bis zum 17. Oktober 2008 geltenden Fassung. Denn die Frage, ob die Voraussetzungen, unter denen ein Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen, vorlagen, könne nur nach den damals geltenden Vorschriften beurteilt werden.

Auf Grundlage der vorgelegten Jahresbilanz 2005 habe der Kläger substantiiert dargelegt, dass sich das für eine Überschuldungsbilanz zugrunde zu legende Aktivvermögen der Schuldnerin unter Berücksichtigung von Liquidationswerten auf insgesamt 106.343,64 Euro belaufen habe. Erhebliche Einwendungen hiergegen habe die Beklagte nicht vorgebracht. Zu Recht habe der Kläger bei der Ermittlung der Aktiva den in der Bilanz aktivierten Sonderkonten der stillen Gesellschafter keinen Wert zugemessen, da die stillen Gesellschafter nicht nachschusspflichtig gewesen seien. Diesen Aktiva hätten Passiva mit 348.054,11 Euro gegenüber gestanden, sodass ein Fehlbetrag von über 240.000,- Euro bestanden habe.

Für eine positive Fortführungsprognose, die zu einer Bewertung der Aktiva mit Fortführungswerten führen könnte, habe die Beklagte nicht ausreichend vorgetragen. Eine solche ergebe sich nicht aus dem von ihr - der Beklagten - als Anlage B 5 eingereichten "Konzept zur Konsolidierung von x. und C.". Dass eine positive Fortführungsprognose nicht bestanden habe, zeige sich insbesondere auch daran, dass die Beklagte unverzüglich nach Erhalt des Jahresabschlusses für 2005 wegen drohender Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit Insolvenzantrag gestellt habe. Vor diesem Hintergrund habe die Beklagte die Vornahme von Zahlungen auf das debitorisch geführte Konto der Schuldnerin nicht zulassen dürfen.

Die Beklagte habe auch schuldhaft gehandelt. Sie habe nicht darzulegen und zu beweisen vermocht, dass sie die Insolvenzreife trotz entsprechender organisatorischer Vorkehrungen nicht habe erkennen können.

Hinsichtlich der vom Kläger zurückgeforderten Einzahlungen auf das Konto bei der y. Bank ergebe sich der Anspruch zudem aus § 32 b GmbHG a.F.

Dagegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten, im Wesentlichen mit folgenden Angriffen:

Der Klage fehle entgegen der Auffassung des Landgerichts - jedenfalls teilweise - das Rechtsschutzbedürfnis. Das Landgericht habe schlicht unzutreffend gerechnet.

Für die Beurteilung einer Masseschmälerungshaftung aus § 64 GmbHG komme es nicht auf die im Jahr 2006 geltende Rechtslage, sondern vielmehr auf die mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) am 18. Oktober 2008 in Kraft getretenen neuen Regelungen an. Für die anzuwendenden Rechtsnormen entscheide der Zeitpunkt der Urteilsverkündung. Folglich habe das Landgericht die Überschuldungssituation der Schuldnerin auf unzutreffender rechtlicher Grundlage festgestellt.

Es sei nicht zu beanstanden, dass ihr Steuerberater die Sonderkonten der stillen Gesellschafter aktiviert habe. Vor

diesem Hintergrund sei für sie - die bilanzrechtlich nicht sachkundig sei - die Überschuldung der Schuldnerin auch nicht zu erkennen gewesen.

Überdies habe das Landgericht zu Unrecht eine positive Fortführungsprognose verneint.

Erstmalig in der Berufungsinstanz behauptet die Beklagte mit Schriftsatz vom 11. August 2009, dass sie in der Bilanzbesprechung Anfang Februar 2006 ihren Steuerberater S. ausdrücklich die Frage gestellt habe, ob bereits Überschuldung bestehe und/oder ob diese durch die erfolgte Übernahme des Betriebsmitteldarlehens durch ihren Ehemann überwunden werden könne. Ihr Steuerberater habe die Frage dahingehend beantwortet, dass keine Insolvenzantragspflicht bestünde. Auch ihr in der Bilanzbesprechung anwesende Ehemann hätte an Herrn S. dieselbe Frage gestellt und verneint erhalten.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Kiels vom 27. Februar 2009 – Az.: 14 O 71/08 – aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung erstinstanzlichen Vorbringens.

Mit Schriftsatz vom 27. August 2009 hat die Beklagte ihrem Steuerberater Joachim S. den Streit verkündet.

Hinsichtlich der Einzelheiten und des weiteren Parteivorbringens zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 09. Februar 2010, auf den hinsichtlich der näheren Einzelheiten verwiesen wird, hat die Beklagte unter anderem ergänzend zur positiven Beurteilung der unternehmerischen Zukunft der x. GmbH Anfang 2006 sowie zum Verschuldenserfordernis vorgetragen.

II.

Der zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten Berufung der Beklagten ist der Erfolg zu versagen.

Die Klage ist zulässig und begründet.

Das Landgericht hat die Klageforderung zutreffend auf Grund von §§ 64 Abs. 2, 32 b GmbHG a.F. zugesprochen und der Beklagten vorbehalten, nach Rückzahlung des von dem Konto der Schuldnerin bei der Kieler z. Bank e.G., Konto-Nr. 90723201, in dem Zeitraum 01. Januar 2006 bis 27. Juni 2006 geleisteten Betrages von insgesamt 36.975,54 Euro an den Kläger von diesem nach Rang und Höhe den Betrag zu fordern, den die Gläubiger der x. Computer Contor Nord GmbH im Insolvenzverfahren erhalten hätten, wenn sie nicht durch die von der Beklagten veranlassten Zahlungen begünstigt worden wären.

1. Für die Klage besteht in voller Höhe ein Rechtsschutzbedürfnis.

Der Erstattungsanspruch geht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung als "Ersatzanspruch eigener Art" auf

unverkürzte Rückerstattung jeder einzelnen verbotenen Zahlung, unabhängig von der Entstehung eines deckungsgleichen Gesamtgläubigerschadens (vgl. BGHZ 146, 264 ff). Die Behauptung der Beklagten, dass der Gesamtgläubigerschaden geringer sei als die nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. eingeforderte Summe, ist danach unbeachtlich.

2. Für das Schuldverhältnis gelten - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - das GmbHG in der bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Fassung sowie die InsO in der bis zum 17. Oktober 2008 geltenden Fassung.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist für den vorliegenden "Altfall" nicht etwa das neue Recht "rückwirkend" anwendbar. Die Anwendbarkeit des alten Rechts ergibt sich bereits aus der Überleitungsvorschrift in Art. 103 d EGInsO, der auf die vor dem Inkrafttreten des MoMiG am 01. November 2008 eröffneten Insolvenzverfahren die weitere Anwendung der "bis dahin geltenden gesetzlichen Vorschriften" anordnet. Dessen ungeachtet folgt die Anwendbarkeit aber auch aus den allgemeinen Grundsätzen intertemporalen Rechts. Danach untersteht ein Schuldverhältnis nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seinen Wirkungen dem Recht, das zur Zeit seiner Entstehung galt (vgl. BGH NJW 2009, 1277-1279 und NJW 2009, 2454-2457).

3. Der Anspruch des Klägers auf Rückerstattung des zuerkannten Betrages von 234.707,00 Euro ergibt sich aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. sowie hinsichtlich eines anteiligen Betrages von 197.731,46 Euro zudem aus § 32b GmbHG a.F..

Die Erstattungspflicht des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. setzt voraus, dass nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Eintritt ihrer Überschuldung Zahlungen geleistet wurden. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

a. Der Begriff der "Zahlungen" ist untechnisch gemeint und weit auszulegen (BGH NJW 2009, 1598). Gemeint sind masseschmälernde Vermögensleistungen aus dem Gesellschaftsvermögen. Hierzu zählen nach ständiger Rechtsprechung auch Überweisungen Dritter auf ein debitorisches Bankkonto der Gesellschaft (BGH ZIP 2007, 1006).

b. Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass die Schuldnerin am 31. Dezember 2005 überschuldet und damit insolvenzreif war. Ob sie auch zahlungsunfähig war, kann damit offen bleiben.

Eine Überschuldung i.S. des § 19 Abs. 2 InsO - in der bis zum Inkrafttreten des Finanzmarkstabilisierungsgesetzes vom 17. Oktober 2008 geltenden Fassung - liegt dann vor, wenn durch das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr gedeckt sind. Gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 InsO sind bei der Bewertung des schuldnerischen Vermögens die Fortführungswerte des Unternehmens (anstelle der Liquidationswerte) zu Grunde zu legen, wenn eine Fortführung nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Darlegungs- und beweispflichtig im Hinblick auf eine rechnerische Überschuldung ist dabei der Kläger. Die aus damaliger Sicht für eine positive Fortführungsprognose sprechenden Umstände muss dagegen die Beklagte darlegen (vgl. BGHZ 126, 181 ff).

aa. Für die Feststellung, dass die Gesellschaft insolvenzrechtlich überschuldet ist, bedarf es nach höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich der Aufstellung einer Überschuldungsbilanz, in der die Vermögenswerte der Gesellschaft mit ihren aktuellen Verkehrs- oder Liquidationswerten auszuweisen sind. Hingegen kommt einer Handelsbilanz für die Frage, ob die Gesellschaft überschuldet ist, lediglich indizielle Bedeutung zu. Legt der Anspruchsteller für seine Behauptung, die Gesellschaft sei überschuldet gewesen, nur eine Handelsbilanz vor, aus der sich ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergibt, hat er jedenfalls die Ansätze dieser Bilanz daraufhin zu überprüfen und zu erläutern, ob und ggf. in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus ihr nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden sind (BGHZ 146, 264, 267f). Ist der Anspruchsteller diesen Anforderungen nachgekommen, 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.

bb. Nach diesen Maßstäben hat das Landgericht mit Recht angenommen, dass die Schuldnerin bereits am 31. Dezember 2005 überschuldet war. Der Kläger hat die Überschuldung der Schuldnerin ausreichend dargelegt. Auf Grundlage seiner Ausführungen belief sich das Aktivvermögen der Schuldnerin am 31. Dezember 2005 auf 106.343,64 Euro. Erhebliche Einwendungen hat die Beklagte hiergegen nicht vorgebracht. Mit dem Landgericht ist

der Senat der Auffassung, dass bei der Ermittlung der Aktiva die in der Bilanz aktivierten Verlust-Sonderkonten der stillen Gesellschafter keine Berücksichtigung finden können, da diesen kein Wert zukommt. Unstreitig sind die stillen Gesellschafter der Schuldnerin nicht nachschusspflichtig mit der Folge, dass hinter diesen in der Bilanz aktivierten Positionen in Höhe von insgesamt 346.686,79 Euro tatsächlich keine vermögenswerten Ansprüche der Schuldnerin stehen. Aufgrund des Vorsichtsprinzips dürfen Ansprüche z.B. auf Schadensersatz oder auf Rückerstattung erst dann aktiviert werden, wenn diese rechtskräftig tituliert oder anerkannt sind (BGH ZIP 2002, 802). Sind dem stillen Gesellschafter - wie vorliegend - Verluste zuzurechnen, so müssen diese offen von der Einlage auf der Passivseite der Bilanz abgesetzt werden; zulässig ist auch ein Ausweis auf der Aktivseite der Bilanz im Rahmen eines Verlustvortragskontos. Treten Verluste auf, die höher als die vereinbarte Einlage sind, so sind diese in einem negativen Kapitalkonto in der Bilanz anzugeben, um damit letztlich auch das fehlende Eigenkapital nach außen hin zu dokumentieren. Dieses Konto ist in der Bilanz als nicht durch Einlagen gedeckter Verlustanteil des stillen Gesellschafters am Ende der Aktivseite von den Vermögenswerten abgesetzt auszuweisen (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, § 18 StG, Rdnr. 13/14).

Nach den - von der Berufung nicht substantiiert angegriffenen - Feststellungen des Landgerichts beliefen sich die Passiva auf insgesamt 348.054,11 Euro. Es bestand mithin per 31. Dezember 2005 ein Fehlbetrag von über 240.000,-- Euro, sodass eine rechnerische Überschuldung zu diesem Zeitpunkt zu bejahen ist.

cc. Hinsichtlich einer positiven Fortführungsprognose, die zu einer Bewertung der Aktiva mit Fortführungswerten führen könnte, ist das Vorbringen der insoweit darlegungspflichtigen Beklagten ohne Substanz.

Eine günstige Fortführungsprognose setzt sowohl den Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe als auch die objektive Überlebensfähigkeit des Unternehmens voraus (BGH ZIP 2006, 2171). Dies ist dann der Fall, wenn der in Anspruch genommene Geschäftsführer dartun kann, dass mittelfristig nicht mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu rechnen war (OLF Frankfurt NZG 2001, 173, 174). Die Prognose ist dann positiv, wenn sich die überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, dass die Gesellschaft mittelfristig (in einem betriebswirtschaftlich überschaubaren Zeitraum) Einnahmeüberschüsse erzielen werde, aus denen die gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten gedeckt werden können (OLG Naumburg GmbH 2004, 361 ff, 362).

Bei dieser positiven Fortbestehensprognose ist dem Geschäftsführer ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen (BGHZ 126, 181 ff, 199; OLG Naumburg NZG 2001, 136 f, 137; OLG Koblenz NJW-RR 2003, 1198 f, 1199; OLG Naumburg GmbH 2004, 361 ff, 363). Insofern reichen bereits begründete Anhaltspunkte für das Bestehen einer solchen Prognose aus, um zulässigerweise den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten (OLG Frankfurt NZG 2001, 173 f, 174). Daher kommt es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse (ex post), sondern auf die damalige Sicht (ex ante) eines ordentlichen Geschäftsmannes an (BGHZ 126, 181 ff, 199; OLG Koblenz NJW-RR 2003, 1198 f, 1199; OLG Naumburg GmbH 2004, 361 ff, 363).

Mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass dem von der Beklagten vorgelegten Konzept zur Konsolidierung der x. und CKK (Anlage B 5) die Prognose der Überlebensfähigkeit der Schuldnerin nicht entnommen werden kann. Ein tragfähiges Sanierungskonzept kann hierin nicht gesehen werden.

Grundsätzlich verlangt die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH ZIP 2006, 2171) in Bezug auf die positive Fortbestehensprognose die Aufstellung eines dokumentierten Ertrags- und Finanzplanes. Diesen Anforderungen genügt das hier vorgelegte Konzept nicht. Dieses enthält - wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat - lediglich eine Reihe von - aus Sicht der Ersteller - möglichen Einsparpotentialen. Die wirtschaftliche Tragfähigkeit erscheint zweifelhaft, da nicht erkennbar ist, dass die Schuldnerin nach dem Modell 2 (Modell 1 = Einstellung der Verkaufstätigkeit) in Lage gewesen wäre, aus eigener Kraft zu überleben. So basiert dieses Modell zum einen auf einer privaten monatlichen Kapitalhilfe von 2.820,-- Euro und zum anderen auf gleichbleibenden Umsätzen. Die Annahme, dass die Umsätze der Schuldnerin jedenfalls im Jahr 2006 wenigstens wieder die Höhe des Jahres 2005 erreichen würden, bewegt sich im rein spekulativen Raum. Es ist regelmäßig nicht möglich, derartige hypothetische Geschäftsentwicklungen verlässlich zu beurteilen, zumal vorliegend nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass die Schuldnerin bereits seit 2002 stetig ansteigende Verluste zu verzeichnen hatte, die Geschäftsentwicklung mithin insgesamt rückläufig war (2002 nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag von 4.647,01 Euro; 2003 von 9.755,95 Euro und 2004 von 22.356,79 Euro) und sich diese negative Entwicklung auch in 2005 weiter fortsetzte (zahlreiche Bestellungen von Privatfirmen blieben aus).

Auch die behauptete Aufstockung des Kontokorrentkredites durch die y. Bank rechtfertigt für sich genommen nicht

die Annahme einer positiven Fortführungsprognose. Dies zeigt sich schon daran, dass die Beklagte unverzüglich nach Erhalt des Jahresabschlusses für 2005 wegen drohender Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit Insolvenzantrag gestellt hat.

Aber selbst wenn der Senat davon ausginge, dass das erstellte Sanierungskonzept tragfähig und zur Überlebensfähigkeit der Gesellschaft geeignet, es von dem Sanierungswillen der Beklagten und den tatsächlichen Möglichkeiten der Umsetzung getragen war, so dass die Beklagte von der Fortsetzbarkeit des Unternehmens, also auch von der Maßgeblichkeit von Fortführungswerten, habe ausgehen dürfen, lag eine Überschuldung zum 31. Dezember 2005 vor. Denn der Differenzbetrag zwischen den Liquidations- und den Fortführungswerten beträgt lediglich 33.858,49 Euro, so dass am 31. Dezember 2005 den Aktiva in Höhe von 106.343,65 Euro Passiva mit 314.195,62 Euro gegenüber standen, also immer noch ein Fehlbetrag von 207.851,97 Euro bestand.

dd. Hinsichtlich der Überschuldung ist jedenfalls Fahrlässigkeit der Beklagten zu bejahen. Maßstab ist die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers, zu dessen Pflichten es gehört, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten, bei Anzeichen für eine wirtschaftliche Krise einen Vermögensstatus zu erstellen und bei einer rechnerischen Überschuldung zu prüfen, ob eine positive Fortbestehensprognose zu rechtfertigen ist. Entlasten muss sich insoweit hier die Beklagte (vgl. BGHZ 126, 181 ff). Diesen Entlastungsbeweis hat die Beklagte - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht zu führen vermocht. Auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen. Zu ergänzen ist, dass auch der Vortrag der Beklagten zur Aktivierbarkeit der Verlust-Sonderkonten der stillen Gesellschafter der Rechtsverteidigung nicht zum Erfolg zu verhelfen vermag. Un-erheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Beklagte hätte erkennen können bzw. müssen, dass die durch ihren Steuerberater vorgenommene Aktivierung der Verlust-Sonderkonten bilanzrechtlich zumindest zweifelhaft war. Entscheidend ist, dass die Beklagte wusste, dass die stillen Gesellschafter nicht nachschusspflichtig waren, mit-hin diesen Positionen tatsächlich kein Vermögenswert zukommt und infolgedessen die aktivierten Beträge in Höhe von 222.321,34 Euro und 123.365,45 Euro im Rahmen der Ermittlung der rechnerischen bzw. insolvenzrechtlichen Überschuldung als sonstige Vermögensgegenstände außer Betracht zu bleiben haben.

Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Beauftragung des Steuerberaters S. lasse die Schuldhaftigkeit einer möglichen Pflichtverletzung entfallen.

Zwar haftet ein Geschäftsführer grundsätzlich nur für eigenes Verschulden. Dies gilt auch dann, wenn er sich zur Erfüllung der ihm als Vertreter der Gesellschaft auferlegten Pflichten fremder Hilfe bedient. Der Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft kann sich indes nicht mit schuldbefreiender Wirkung darauf berufen, dass er nicht die erforderlichen Kenntnisse zur Ausführung des Geschäftsführeramtes besessen und sich deshalb auf die Richtigkeit von Dritten erstellter Steuererklärungen / Bilanzen verlassen habe. Ein GmbH-Geschäftsführer muss sich bereits bei Übernahme des Geschäftsführeramtes zunächst in eigener Person die notwendigen steuerlichen und handelsrechtlichen Kenntnisse verschaffen und entsprechende Informationen einholen (vgl. BFH-Beschluss vom 13. Februar 1996 - VII B 245/95 -, zitiert nach juris). Darüber hinaus ist einem Geschäftsführer natürlich nicht verwehrt, fremde Hilfe durch einen Angehörigen eines rechts- oder steuerberatenden Berufes in Anspruch zu nehmen und sich dieser für die Erfüllung der steuerlichen und handelsrechtlichen Pflichten der vertretenen Gesellschaft zu bedienen. Dadurch befreit er sich indes nicht von den ihm obliegenden Pflichten. Vielmehr trifft ihn dann zumindest die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und zur Überwachung dieser Hilfsperson, sodass ein Fehlverhalten rechtzeitig erkannt werden kann. Insoweit muss von einem Geschäftsführer auch erwartet werden, dass er die von ihm selbst nicht erstellte Jahresbilanz zumindest einer gewissen Plausibilitätsprüfung unterzieht. Dies hat die Beklagte nach eigenem Vortrag nicht getan, obwohl sie hierzu als Volkswirtin und langjährige Geschäftsführerin der Schuldnerin angesichts der nicht sehr umfänglichen Jahresbilanz durchaus in der Lage gewesen wäre. So hat die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt, dass sie sich nur für das Ergebnis der Bilanz interessiert habe - nicht mehr. Die Einzelpositionen habe sie auf ihre Richtigkeit nicht überprüft. Sie könne eine Bilanz weder lesen noch selbst erstellen. Insoweit habe sie sich auf ihren Steuerberater verlassen. Ein solches Verhalten ist zur Erfüllung der einem Geschäftsführer einer Gesellschaft auferlegten Pflichten unzureichend.

Soweit die Beklagte erstmalig in der Berufungsinstanz unter Beweisantritt behauptet, dass sie in der Bilanzbesprechung Anfang Februar 2006 ihren Steuerberater S. ausdrücklich die Frage gestellt habe, ob nach der vorgelegten Bilanz bereits Überschuldung bestehe und/oder ob diese durch die erfolgte Übernahme des Betriebsmitteldarlehens durch ihren Ehemann überwunden werden könne und dieser die Frage dahingehend beantwortet habe, dass keine Insolvenzantragspflicht bestehe, ist ihr diesbezügliche Vortrag nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigungsfähig. Es hätte der Beklagten freigestanden, im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht - nach Erörterung der Sach- und Rechtslage - Schriftsatznachlass zu beantragen. Dies hat sie ausweislich des Protokolls nicht getan. Überdies ist nicht nachvollziehbar, warum sich die in der Sitzung persönlich anwesende Beklagte nicht so-

gleich zu den Hinweisen der Kammer geäußert hat. Jedenfalls hätte die Beklagte in irgendeiner Form auf den Hinweis der Kammer zur Bilanzierung der atypisch stillen Beteiligung reagieren müssen.

ee. Eine Ersatzpflicht der Beklagten scheitert auch nicht an § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F.. Danach wird vermutet, dass die nach Insolvenzreife erfolgten Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht vereinbar sind (vgl. BGH WM 2008, 1227). Diese Vermutung hat die Beklagte nicht zu widerlegen vermocht.

4. Der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung eines anteiligen Betrages in Höhe von 197.731,46 Euro ergibt sich darüber hinaus auch aus § 32b GmbHG a.F. Auf die zutreffenden und mit der Berufung nicht angegriffenen Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711, 97 ZPO.

Die Revision war nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern. Der vorliegende Rechtsstreit betrifft eine Einzelfallentscheidung, die ihre Grundlage in den tatsächlichen Feststellungen und deren Würdigung hat.