
Datum: 04.07.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 76/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0704.9U76.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 16 O 316/98

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 05.05.1999 verkündete Urteil der 16.Zivilkammer des Landgerichts Köln - 16 O 316/98 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 10.465,64 DM nebst 4% Zinsen aus 9.226,14 DM seit dem 11.05.1998 sowie aus weiteren 1.239,50 DM seit dem 08.10.1998 zu zahlen; im übrigen wird die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 22% und die Beklagte zu 78%. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe:

1

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Beklagten hat in der Sache nur teilweise Erfolg.

2

Dem Kläger steht gegen die Beklagte gem. § 64 Abs.2 S.1 GmbHG ein Anspruch auf Zahlung von 10.465,64 DM zu, denn in dieser Höhe ist das Vermögen der GmbH in der Zeit zwischen Eintritt der Insolvenz und der Eröffnung des Konkursverfahrens durch die von der Beklagten getätigten Einzahlungen und Überweisungen auf die debitorischen Konten bei der Stadtparkasse K. und der Kreissparkasse D. geschmälert worden.

3

Die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gem. § 64 Abs.2 S.1 GmbHG sind in der Person der Beklagten gegeben, denn sie ist wie eine bestellte Geschäftsführerin der Gemeinschuldnerin zu behandeln. Außerdem war zum Zeitpunkt der getätigten Zahlungen, also ab 16.06.1997, Konkursreife der GmbH bereits eingetreten.

4

Die Antragspflichten des § 64 GmbHG und damit die Haftung gemäß § 64 Abs.2 GmbHG treffen grundsätzlich auch den faktischen Geschäftsführer (Scholz-K.Schmidt, GmbHG, 8. Auflage, § 64 RN. 7 m. w. N.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Auflage, § 64 RN. 26 m. w. N.) und damit auch die Beklagte.	5
Faktischer Geschäftsführer einer Gesellschaft ist derjenige, der ohne hierzu wirksam bestellt zu sein, rein tatsächlich die Stellung und Befugnisse eines Geschäftsführers inne hat (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Auflage, § 64 RN. 26 m. w. N.; Scholz-K.Schmidt, GmbHG, 8. Auflage, § 64 RN. 7).	6
In diesem Sinne war die Beklagte spätestens seit dem 12.05.1997 bis zur Konkursantragstellung faktische Geschäftsführerin der Gemeinschuldnerin. Dies folgt aus dem Ergebnis der in 1. Instanz durchgeführten Beweisaufnahme sowie aus dem unstreitigen Sachverhalt.	7
Nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme hatte der Zeuge R. seit seiner Bestellung zum Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin durch Gesellschafterbeschluss vom 12.05.1997 nur die formale Position des Geschäftsführers inne, während tatsächlich die Beklagte die Geschicke der Gemeinschuldnerin bestimmte.	8
Der Zeuge R. hat nach Überzeugung des Landgerichts	9
- auch angesichts eines persönlichen Interesses am Ausgang des Rechtsstreits - glaubhaft ausgesagt, er habe mit der Beklagten anlässlich seiner Bestellung zum Geschäftsführer zum 12.05.1997 mündlich ein Abkommen dahingehend getroffen, "dass er darauf sehe, dass die Läden liefen", während die Beklagte die kaufmännischen Angelegenheiten erledigen sollte, insoweit sei er nicht begabt. Er habe als Geschäftsführer das Personal eingeteilt und habe darauf geachtet, dass Umsätze gemacht wurden, für alles habe er jedoch die Genehmigung der Beklagten gebraucht. Anhand von Beispielsfällen hat der Zeuge R. dargestellt, dass die Beklagte neben der betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Planung den gesamten Zahlungsverkehr und Schriftverkehr faktisch abgewickelt hat, indem sie ihm vorgefertigte Überweisungen und Schriftstücke -bis hin zur Einladung zur Gesellschafterversammlung zur finanziellen Lage der Gesellschaft vor Konkursantragstellung- ohne vorherige Absprache zur Unterschrift vorgelegt habe. Auch die Menüvorschläge seien teilweise von der Beklagten erstellt worden.	10
Der Inhalt der Aussage des Zeugen R. findet Bestätigung in den Bekundungen der übrigen in 1. Instanz vernommenen Zeugen.	11
Der Zeuge H., der vor dem Zeugen R. Geschäftsführer und im übrigen neben der Beklagten auch Mitgesellschafter der Gemeinschuldnerin war, hat geschildert, dass die Beklagte bereits zu der Zeit, als er noch Geschäftsführer gewesen sei, viele der ihm obliegenden Aufgaben übernommen habe. Sämtliche eingehende Post habe die Beklagte abgeholt und bearbeitet. Überweisungen und Schecks, die er unterschrieben habe, habe sie vorgefertigt. Menüvorschläge seien von der Köchin gemacht und unmittelbar mit der Beklagten abgestimmt worden. Er sei dann im Frühjahr 1997 aus der Gesellschaft ausgeschieden und habe auch seine Geschäftsführertätigkeit tatsächlich eingestellt, obwohl er formell noch länger Geschäftsführer gewesen sei. Er sei dabei davon ausgegangen, dass die Beklagte als Steuerberaterin mehr Ahnung von der Geschäftsführung habe als er.	12
Hieraus folgt, dass der Zeuge H. zur Zeit der Bestellung des Zeugen R. zum Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin Geschäftsführertätigkeiten und entsprechenden Einfluß nicht mehr	13

ausübte, und zwar weder als Geschäftsführer noch als Gesellschafter, sondern die Beklagte diese Aufgaben übernommen hatte. Der Einfluss der Beklagten auf die Geschicke der Gesellschaft war so stark, dass der Zeuge H. sich ihr gegenüber nicht in der Lage sah, seine Vorschläge und Veränderungswünsche durchzusetzen.

Mit den Bekundungen der Zeugen R. und H. in Einklang stehen die Aussagen der als Servierer/innen in unterschiedlichen Zeiträumen tätigen Zeugen K., Ke., S. und W.. Der Zeuge K., der nach Angabe der Beklagten vom 16.11.1996 bis zum 11.08.1997 bei der Gemeinschuldnerin tätig war, hat bekundet, die Beklagte sei "die Chefin über alles" gewesen, von ihr habe alles abgesegnet werden müssen, und zwar auch die Tätigkeit des Zeugen R.. Die Zeugin Ke., die ab November 1996 bis zum Ende bei der Gemeinschuldnerin tätig war, hat ausgesagt, für sie sei die Beklagte gefühlsmäßig die Chefin gewesen, es habe immer geheißen, "Frau Em. hat gesagt ...", dass sei dann auch alles so ausgeführt worden. Die Zeugin S. hat bestätigt, dass die Beklagte dem Personal häufig Anweisungen gegeben habe. So habe sie bestimmt, wie die Salate auszusehen hätten, welche Westen zu tragen seien und bei einer größeren Veranstaltung habe sie auch das Personal eingeteilt. Ihr selbst habe die Beklagte bisweilen auch Anweisungen erteilt, beispielsweise ihren - der Beklagten - Wagen auszuräumen, der mit von ihr gekauften Waren beladen gewesen sei, oder, einen Kunden sofort zu bedienen. Entsprechendes hat auch die Zeugin W. geschildert. 14

Die vorgenannten Aussagen werden auch nicht durch die Bekundung der Zeugin Kr. entwertet, denn die Zeugin hat erkennbar nur den Umfang der abgewickelten Tätigkeit beurteilen können. Nach dem Inhalt ihrer Aussage hat sie indes nicht die Bedeutung und den Stellenwert erfasst, den die Beklagte durch ihre Tätigkeit im Verhältnis zum Geschäftsführer R. einnahm. 15

Die Aussage des Zeugen G. ist unergiebig, da er nur bis zum 08.03.1996 Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin war und in der Zeit seiner Geschäftsführung auch die entsprechenden Befugnisse ausgeübt hat, während die Beklagte Gesellschafterin im Hintergrund war. 16

Aus den vorstehend aufgeführten Zeugenaussagen folgt, dass die Beklagte spätestens ab dem 12.05.1997 faktische Geschäftsführerin der Gemeinschuldnerin war. Ab diesem Zeitpunkt wurde der Zeuge H. als Geschäftsführer offiziell abberufen und der Zeuge R. zum neuen Geschäftsführer bestellt. Bereits zuvor hatte der Zeuge H. sich aus dem Amt des Geschäftsführers zurückgezogen und diese Aufgabe der Beklagten überlassen. Eine Änderung dieser Situation trat auch nach dem Wechsel nicht ein, denn der Zeuge R. hat nach dem glaubhaften Inhalt seiner Bekundung allein die formale Position des Geschäftsführers übernommen, während faktisch die Beklagte die Geschäftsführerbefugnisse weiter inne hatte und ausübte. Nach den Aussagen der Zeugen kann nicht zweifelhaft sein, dass die gesamtbetriebswirtschaftliche Leitung der Gesellschaft der Beklagten oblag, zumal der Zeuge R. selbst fehlende kaufmännische Ausbildung und Fähigkeiten eingeräumt hat. 17

Soweit die Beklagte sich darauf berufen hat, sie habe den Geschäftsführer lediglich als Mehrheits- und spätere Alleingesellschafterin bzw. als steuerliche Beraterin aufgrund des bestehenden Steuerberatungsvertrages beratend unterstützt, ist dies durch die Beweisaufnahme widerlegt. Als Mehrheits- bzw. Alleingesellschafterin der Gemeinschuldnerin hatte die Beklagte Kontrollbefugnisse gegenüber der Geschäftsführung, sie konnte den Geschäftsführer kontrollieren und abberufen (§ 46 Nr. 5 und 6 GmbHG), es entsprach jedoch nicht ihrer Gesellschafterstellung, die Geschäftsführung an sich zu ziehen. Diese Aufgabe ergibt sich auch nicht aus dem Inhalt des Steuerberatervertrages. Danach hatte die Beklagte lediglich die mit dem Betrieb zusammenhängende steuerliche, sozialversicherungsmäßige und betriebswirtschaftliche Beratung inklusive des Controllings zu 18

gewährleisten. Nach dem Inhalt der Aussage des Zeugen R. hat die Beklagte ihn jedoch nicht nur beraten, sondern sie hat vielmehr selbst die Geschicke der Gemeinschuldnerin umfassend in die Hand genommen, während der Zeuge R. lediglich nach Weisung der Beklagten tätig war - bis hin zur Einberufung einer die Konkursantragstellung vorbereitenden Gesellschafterversammlung.

Dementsprechend ist die Beklagte als faktische Geschäftsführerin der Gemeinschuldnerin anzusehen, während der Zeuge R. lediglich formal die Position des Geschäftsführers inne hatte. 19

Die weitere Voraussetzung einer Haftung nach § 64 Abs.2 S.1 GmbHG, die Konkursreife, liegt ebenfalls vor, denn die Gemeinschuldnerin war ab 16.06.1997 sowohl überschuldet als auch zahlungsunfähig. 20

Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, wenn sich also für den Fall der Abwicklung eine Quote von unter 100% für die Gläubiger ergäbe (rechnerische Überschuldung). Außerdem wird im Rahmen des in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden zweistufigen Überschuldungsbegriffs eine negative Fortführungsprognose für die Gesellschaft verlangt. Diese liegt vor, wenn keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für ein Fortbestehen der Gesellschaft spricht (Scholz-K.Schmidt, GmbHG 8.Aufl. § 63 RN 10 m.w.N.). 21

Folgt man im vorliegenden Fall dem zweistufigen Überschuldungsbegriff, so ist zunächst ein Überschuldungsstatus zu erstellen. Dabei ist das Vermögen der GmbH bei Ansatz von Liquidationswerten zu ermitteln (BGHZ 119, 201). Vorliegend bedeutet dies, dass nicht der Jahresabschluss der Beklagten per 31.12.1996 mit einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 207.767,91 DM zuzüglich des weiteren negativen Jahresergebnisses von 1997 zugrunde gelegt werden kann, denn insbesondere die Betriebs- und Geschäftsausstattung ist im Jahresabschluss 1996 mit 439.498,63 DM viel zu hoch bewertet. Es sind offensichtlich weder der Zeitwert noch der Verkehrswert, sondern es sind wohl die Herstellungskosten in Ansatz gebracht worden. Korrigiert man nur diesen Wert des Jahresabschlusses 1996 entsprechend dem in einem Überschuldungsstatus anzusetzenden Liquidationswert, so ergibt sich bereits eine rechnerische Überschuldung in Höhe von 564.460,54 DM. Der Wert für die Betriebs- und Geschäftsausstattung ist von 439.498,63 DM auf 82.806,00 DM zu reduzieren. Dieser wesentlich geringere Wert ergibt sich aus dem vom Konkursverwalter erstellten Überschuldungsstatus (Bl. 55 BA), der ermittelt worden ist aufgrund des im Konkursverfahren eingeholten Gutachtens des Sachverständigen L. vom 18.08.1997 (Bl. 96 BA). Damit erhöht sich der Fehlbetrag von 207.767,91 DM um 356.692,63 DM (Differenz zwischen 439.498,63 DM und 82.806,00 DM) auf 564.460,54 DM. Dieser Betrag ist noch zu erhöhen um das negative Jahresergebnis 1997 von 75.002,26 DM, so dass insgesamt von einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 639,462,80 DM auszugehen ist. 22

Von diesem Betrag sind unstreitig ein Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt von 100.000,00 DM sowie eine Zinsforderung mit Rangrücktritt in Höhe von 3.761,80 DM in Abzug zu bringen. Es verbleiben dann noch 535.701,00 DM. Diesen Betrag will die Beklagte um weitere Gesellschafterdarlehen ohne Rangrücktritt in Höhe von 17.571,12 DM sowie Gesellschafterbürgschaften in Höhe von 469.900,00 DM reduzieren, weil die durch Gesellschafterbürgschaften gesicherten Darlehen und die Gesellschafterdarlehen bei der Erstellung des Überschuldungsstatus nicht zu passivieren seien. 23

Für die Bürgschaften dürfte diese Auffassung allenfalls dann gelten, wenn sie werthaltig sind. Insoweit bedarf es jedoch keiner weiteren Aufklärung des Sachverhaltes, denn selbst wenn man die Werthaltigkeit der Bürgschaften unterstellt und zusätzlich auch die weiteren Gesellschafterdarlehen ohne Rangrücktritt nicht auf der Passivseite des Überschuldungsstatus berücksichtigt, verbleibt noch ein Bilanzfehlbetrag in Höhe von 48.229,88 DM. Das Vermögen der GmbH deckte somit ihre Schulden nicht mehr.

Im Juni 1997 konnte auch nicht mehr davon ausgegangen werden, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Fortführung des Unternehmens bestanden hat. Die im Rahmen des zweistufigen Überschuldungsbegriffs neben der rechnerischen Überschuldung zu treffende Überlebens- oder Fortbestehensprognose fällt demnach ebenfalls negativ aus. Dies begründet sich zum einen aus dem negativen Jahresergebnis 1996 und der nachfolgenden betriebswirtschaftlichen Auswertung 1997, ergibt sich aber auch aus dem gesamten Geschäftsablauf bis Mitte Juni 1997. 25

So hat die Beklagte selbst im Schriftsatz vom 18.01.2000 (Seite 13 und 14, Bl. 290,291 d.A.) vorgetragen, Verhandlungen mit der Stadtparkasse Köln 1996 und Anfang 1997 über die Gewährung eines günstigeren Kredites seien ohne Erfolg geblieben. Die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft habe daher spätestens Anfang Mai 1997 festgestanden. Aus den Schreiben vom 22.01.1997 (Bl. 122ff d.A.) und 26.05.1997 (Bl. 125, 126 d.A.) ergibt sich, dass die Gesellschaft monatliche Verluste von 11.000,00 DM bis 14.000,00 DM gemacht hat. Der Geschäftsbetrieb des größten Cafés in der Zentralbibliothek der Stadt K. war bereits Ende Mai 1997 eingestellt. Das andere Café in K. brachte nach Aussage des damaligen Geschäftsführers R. (Bl. 177 d.A.) im Sommer nur wenig Umsatz, so dass spätestens nach Schließung des Cafés Ende Mai 1997 in der Zentralbibliothek jede Grundlage für eine Weiterführung des Betriebes entfallen war. Es ist auch nicht erkennbar, dass konkrete Umstrukturierungs- und Rettungsmaßnahmen für die Gesellschaft entwickelt bzw. eingeleitet worden sind, so dass im vorliegenden Fall eine positive Fortführungsprognose eindeutig zu verneinen ist. 26

Auch wenn man nicht dem zweistufigen Überschuldungsbegriff folgt, kommt man zu dem gleichen Ergebnis. Das Prognoseelement wird in diesem Fall in den Überschuldungsstatus mit einbezogen, also nicht als ein selbständiges Element, sondern nur als ein Element der Bewertung akzeptiert und entscheidet somit über die Bewertungsprämissen (Scholz-K.Schmidt, GmbHG, 8. Aufl. § 63 RN 10, 11; Lutter/ Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl., § 64 RN 10). Fällt die Fortführungsprognose - wie hier - negativ aus, so ist eine Liquidationsbewertung vorzunehmen, da von einer Zerschlagung des Unternehmens auszugehen ist und folglich nur die für diesen Fall realistischen Werte in den Überschuldungsstatus eingestellt werden dürfen. 27

Neben der Überschuldung dürfte aber auch Zahlungsunfähigkeit zu bejahen sein, denn die Gemeinschuldnerin hat spätestens im Laufe des Monats Mai 1997 eine Vielzahl der fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr bedient. So ist die Miete für das Café in der Zentralbibliothek von monatlich 4.000,00 DM bereits seit Oktober 1996 nicht mehr gezahlt worden, zudem bestanden seit Mai 1997 Rückstände beim Finanzamt sowie bei den Kranken- und Sozialversicherungsträgern. Auch mit den Pachtzahlungen für das Café in M. war die Gemeinschuldnerin in Verzug. Ein weiteres Indiz für die Zahlungseinstellung ist der Umstand, dass die Stadtparkasse K. laut Abwicklungsbericht des Konkursverwalters vom 24.06.1998 (Bl. 173, 179 BA) 3.000,00 DM an die Konkursmasse von den in diesem Verfahren zunächst eingeklagten Geldern zurückgezahlt hat, weil Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Stadtparkasse bereits zum Zeitpunkt der Verrechnungen Kenntnis von der eingetretenen 28

Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin hatte.

Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte gem. § 64 Abs.2 S.1 GmbHG liegen somit vor. Der Umfang des Schadenersatzanspruchs bestimmt sich nach der Höhe der getätigten Einzahlungen und Überweisungen, wobei Überweisungen den getätigten Bareinzahlungen gleichzustellen sind (OLG Hamburg, ZIP 95, 913 (919)). Dies ergibt rechnerisch einen Betrag von insgesamt 13.465,64 DM, in Höhe von 0,01 DM liegt ein Additionsfehler vor, insoweit war die Klage abzuweisen. Außerdem ist dieser Betrag um den zurückgenommenen Teil der Klage in Höhe von 3.000,00 DM zu reduzieren, so dass die Beklagte unter entsprechender Abänderung des erstinstanzlichen Urteils noch zur Zahlung von 10.465,64 DM zu verurteilen war. 29

Zinsen stehen dem Kläger gem. §§ 284 Abs.1 S.1, 286 Abs. 1, 288 Abs.1 S.1 BGB seit dem 11.05.1998 nur von einem Betrag von 9.226,14 DM zu, denn die Beklagte ist durch das Schreiben vom 24.04.1998 nur in Verzug gesetzt worden, soweit der Kläger Rückzahlung der bei der Stadtparkasse K. eingezahlten Beträge verlangt hat. In Höhe eines Betrages von 1.239,50 DM kann der Kläger eine Verzinsung erst ab Rechtshängigkeit gem. § 291 BGB verlangen, der weitergehende Zinsanspruch war daher zurückzuweisen. 30

Von einer Zulassung der Revision hat der Senat abgesehen, da die Sache nicht von grundsätzlicher Bedeutung ist, zumal es keiner Entscheidung über die streitige Frage bedurfte, ob durch Gesellschafterbürgschaften gesicherte Kredite zu passivieren sind. 31

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs.1, 269 Abs.3 S.2 ZPO, im übrigen folgen die prozessualen Nebenentscheidungen aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 32

Streitwert für die 1. Instanz: 13.465,65 DM 33

Streitwert für die 2. Instanz: 34

bis 30.05.2000: 13.465,65 DM 35

sodann: 10.465,65 DM 36

Wert der Beschwer der Beklagten: 10.465,64 DM 37