
Datum: 17.12.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 27/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:1217.8U27.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 15 O 110/07

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 03.04.2009 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 15 O 110/07 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Gegenvorstellung des Klägers vom 09.11.2009 gegen den Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss des Senats vom 22.10.2009 wird zurückgewiesen.

Gründe:

1

2

I.

Der Kläger begehrt in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter der G. L. GmbH (im Folgenden: Insolvenzschriftschuldnerin) von der Beklagten Schadensersatz wegen steuerlicher Falschberatung in Höhe von insgesamt 1.943.878,54 €. 3

Die Beklagte ist eine Wirtschafts- und Steuerberatungsgesellschaft mit Sitz in F., die für die Insolvenzschriftschuldnerin Steuerberatungsleistungen erbracht hat. Bei der Insolvenzschriftschuldnerin handelt es sich um ein im Jahre 1931 zunächst als Einzelfirma gegründetes Bauunternehmen, das seit 1986 in der Rechtsform einer GmbH betrieben wurde. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH war zunächst der Zeuge G. M. L., der in der Zeit von 16.09.1999 bis 04.05.2004 die Geschäfte zusammen mit seinem ebenfalls zum Geschäftsführer bestellten Sohn, dem Zeugen H. L., führte. Letzterer legte sein Amt im Mai 2004 nieder. Mit Beschluss des Amtsgerichts Bonn vom 01.12.2004 - 96 IN 199/04 - wurde auf Antrag der Insolvenzschriftschuldnerin über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. 4

Der Kläger verlangt aus eigenem sowie aus abgetretenem Recht der Herrn G. M. L. und H. L. Schadensersatz mit der Begründung, die Beklagte habe es durch unrichtige Feststellungen zur Überschuldung zu verantworten, dass die Geschäftsführer der Insolvenzschriftschuldnerin nicht schon nach Vorliegen der Bilanz per 31.12.2001 sowie der weiteren Bilanzen per 31.12.2002 und 31.12.2003 Insolvenzantrag gestellt hätten. Darüber hinaus sei die Beklagte mit der Erstellung von Überschuldungsprüfungen per 31.12.2002 und per 31.12.2003 beauftragt gewesen, die ebenfalls fehlerhaft keine Überschuldung der Insolvenzschriftschuldnerin ausgewiesen hätten. Bei entsprechendem Hinweis der Beklagten auf die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführer der Insolvenzschriftschuldnerin hätten diese umgehend Insolvenzantrag für die Gesellschaft gestellt. Hierdurch sei ein Schaden von insgesamt 1.943.878,54 entstanden. Für diesen Schaden hafte die Beklagte umfassend, weil der zwischen ihr und der Insolvenzschriftschuldnerin abgeschlossene Steuerberatungsvertrag auch Schutzwirkung zu Gunsten der Zeugen G. M. L. und H. L. entfaltet habe. 5

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme mit Urteil vom 18.12.2008, auf das wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz sowie wegen der rechtlichen Würdigung durch die Kammer Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), abgewiesen. Zwar spreche Vieles dafür, dass die Zeugen G. M. L. und H. L. in ihrer Funktion als Geschäftsführer der Insolvenzschriftschuldnerin in den Schutzbereich des zwischen dieser und der Beklagten bestehenden Steuerberatungsvertrages einbezogen waren. Dies könne aber ebenso offen bleiben wie die Frage, ob die Beklagte bei der Erstellung bzw. der Übergabe der Bilanzen für die Jahre 2001 bis 2003 oder im Rahmen der weiteren Beratung der Insolvenzschriftschuldnerin pflichtwidrig gehandelt hat. Denn jedenfalls fehle es an der erforderlichen Ursächlichkeit zwischen den vorgetragenen Pflichtverletzungen und dem geltend gemachten Schaden, weil nicht auszuschließen sei, dass der Zeuge G. M. L. bei umfassender Kenntnis der Sach- und Rechtslage die bestehende Überschuldung durch Abgabe einer qualifizierten Rangrücktrittserklärung beseitigt hätte. 6

Gegen dieses ihm am 08.04.2009 zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz vom 08.05.2009, bei Gericht am gleichen Tage eingegangen, Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Fristverlängerung mit am 31.07.2009 eingegangenem Schriftsatz vom gleichen Tage begründet. Soweit er in erster Instanz noch hilfsweise die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 154.648,36 € nebst Zinsen begehrt hat, verfolgt er diesen Antrag im Berufungsverfahren nicht mehr weiter. 7

Der Kläger wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Er führt erneut aus, dass bezogen auf eine Haftung der Beklagten gegenüber den Zeugen G. M. und H. L. die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte vorliegen und dass die Beklagte sich pflichtwidrig verhalten habe. Darüber hinaus wendet er sich gegen die Auffassung der Kammer, dass der geltend gemachte Schaden möglicherweise auch bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten eingetreten wäre. Insoweit spreche bereits die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens für den erforderlichen Ursachenzusammenhang.

Der Kläger beantragt,

9

das am 03.04.2009 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Bonn -15 O 10 110/07 - abzuändern und die Beklagten zu verurteilen, an ihn 1.943.878,54 € zu zahlen, und zwar

a) 572.580,96 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 11 19.07.2007,

b) 238.570,07 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 12 06.03.2008,

c) 207.772,46 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 13 06.03.2008,

d) 50.000,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 14 19.07.2007,

e) 696.158,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 15 26.11.2008,

f) 178.796,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 16 25.02.2009.

Die Beklagte beantragt,

17

die Berufung zurückzuweisen.

18

Sie verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die angefochtene Entscheidung. Das Landgericht sei insbesondere zu Recht davon ausgegangen, dass es am erforderlichen Nachweis der Kausalität zwischen einer – unterstellten – Pflichtverletzung der Beklagten und dem geltend gemachten Schaden fehle.

19

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien zu den Akten gerichteten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

20

II.

21

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs.1 BGB zu.

22

1. Der Senat teilt allerdings die Auffassung des Klägers, dass die Beklagte bei der Erstellung der Bilanzen für die Jahre 2001 bis 2003 pflichtwidrig gehandelt hat, weil darin fehlerhaft keine Überschuldung ausgewiesen ist und auch bei der Übergabe der Abschlüsse keine hinreichende Aufklärung über die zu diesen Zeitpunkten bestehende Überschuldung der

23

Insolvenzschuldnerin und eine sich daraus für die Geschäftsführer ergebende Insolvenzantragspflicht sowie die über Möglichkeiten der Abwendung der Überschuldung unterblieben ist. Denn auch die Beklagte wendet sich letztlich nicht gegen die Annahme, dass zum Schluss der Jahre 2001, 2002 und 2003 jeweils erhebliche, nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge vorhanden waren, und dass vor diesem Hintergrund nur unter bestimmten, hier nicht gegebenen Voraussetzungen (ausdrückliche Rangrücktrittserklärungen) nicht von einer Überschuldung im Sinne des § 19 InsO ausgegangen werden könnte. Auch wenn tatsächlich in Höhe der nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbeträge Gesellschaftersicherheiten vorgelegen haben mögen, hätten diese nur dann zum Wegfall der bilanziellen Überschuldung führen können, wenn sie durch Rangrücktrittserklärungen abgesichert gewesen wären, die den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Anforderungen genügten (vgl. hierzu etwa BGHZ 146, 264 ff.). Die Beklagte hat damit jedenfalls insoweit pflichtwidrig gehandelt, als sie die Voraussetzungen, unter denen eine Insolvenzantragspflicht vermieden werden konnte, falsch beurteilt und dargestellt hat.

2. Die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit kann allerdings im Ergebnis ebenso offen bleiben wie die Frage, ob die Zeugen G. M. L. und H. L. in ihrer Funktion als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin in den zwischen dieser und der Beklagten bestehenden Steuerberatungsvertrag einbezogen waren. Denn der Senat teilt - wie bereits im Prozesskostenhilfe verweigernden Beschluss vom 22.10.2009 dargelegt - die im angefochtenen Urteil ausführlich und überzeugend begründete Auffassung der Kammer, dass es unabhängig vom Vorliegen der weiteren Haftungsvoraussetzungen jedenfalls am erforderlichen Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen einer Pflichtverletzung der Beklagten und dem geltend gemachten Schaden fehlt. 24

Ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden würde voraussetzen, dass die Insolvenzschuldnerin bei pflichtgemäßer Beratung durch die Beklagte - sei es im Zusammenhang mit der Übergabe der Bilanzen 2001, 2002 oder 2003, sei es anlässlich der angeblich beauftragten Überschuldungsprüfungen - bereits zu einem früheren Zeitpunkt Insolvenzantrag gestellt und ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hätte. Hiervon kann indes nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgegangen werden. 25

a) Für den Kläger streitet in diesem Zusammenhang entgegen seiner Auffassung kein Anscheinsbeweis. 26

aa) Nach gefestigter Rechtsprechung (zuletzt BGH NJW 2009, 1591 ff., m.w.Nachw.) kann sich der Mandant eines Rechtsanwaltes bzw. eines Steuerberaters bei Fehlberatungen nur unter engen Voraussetzungen auf die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens berufen. Im Rahmen von Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant Beratungsgemäß gehandelt hätte, nämlich nur dann, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahe gelegt hätten. Die Beweiserleichterung für den Mandanten gilt also nicht generell. Sie setzt einen Tatbestand voraus, bei dem der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beraters und einem bestimmten Verhalten seines Mandanten typischerweise gegeben ist, beruht also auf Umständen, die nach der Lebenserfahrung eine bestimmte tatsächliche Vermutung rechtfertigen (BGHZ 123, 311, 314 f; BGH NJW 2009, 1591, 1592, m.w.Nachw.). Dabei müssen, um beurteilen zu können, wie ein Mandant sich nach pflichtgemäßer anwaltlicher oder steuerlicher Beratung 27

verhalten hätte, die Handlungsalternativen geprüft werden, die sich ihm stellten; deren Rechtsfolgen müssen ermittelt sowie miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden.

bb) Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang überzeugend dargelegt, dass es im maßgeblichen Zeitraum für die Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin durchaus mehrere Handlungsalternativen gegeben hätte, von denen nur eine darin bestanden hätte, sofort Insolvenzantrag zu stellen. Daneben kam insbesondere in Betracht, die Gesellschaft durch die Abgabe einer qualifizierten Rangrücktrittserklärung des Zeugen G. M. L. aus der insolvenzrechtlichen Überschuldung zu holen.

28

Im Überschuldungsstatus einer GmbH dürfen nicht nur Verbindlichkeiten fehlen, die unmittelbar auf eigenkapitalersetzenden Leistungen der Gesellschafter - wie etwa Gesellschafterdarlehen - beruhen. Auch Darlehensverbindlichkeiten gegenüber Dritten, die kapitalersetzend sind, weil ein Gesellschafter sie durch Übernahme einer Bürgschaft oder Bestellung von Grundschulden abgesichert hat, müssen nicht passiviert werden, wenn der Gesellschafter durch Vereinbarung mit der Gesellschaft klarstellt, dass er im Innenverhältnis zu dieser die Schuld zu tilgen und die Gesellschaft gegen ihn einen vollwertigen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen hat, falls der Gläubiger sie in Anspruch nimmt. Ein solcher Rangrücktritt verringert die Summe der Verbindlichkeiten sofort und nicht erst dann, wenn der Gesellschafter die Gesellschaftsschuld tilgt und nunmehr von der Gesellschaft seine Aufwendungen nicht ersetzt bekommt, weil er für die Dauer der Überschuldung darauf verzichtet hat (BGH NJW 1987, 1697 f.). Daraus hat die Kammer den zutreffenden Schluss gezogen, dass die Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin gegenüber den sie finanzierenden Banken, die durch Sicherheiten der Zeugen L. abgesichert waren, nach einem entsprechenden Rangrücktritt nicht in den Überschuldungsstatus der Insolvenzschuldnerin aufzunehmen gewesen wären. Da den nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbeträgen in den Bilanzen der Insolvenzschuldnerin bezogen auf die Stichtage 31.12.2001, 31.12.2002 und 31.12.2003 jeweils höhere Gesellschaftersicherheiten gegenüberstanden, hätte es lediglich entsprechender Rangrücktrittserklärungen bedurft, um eine Überschuldung im Sinne des § 19 InsO zu vermeiden. Gegen die diesbezüglichen Erwägungen erinnert der Kläger auch mit der Berufung nichts.

29

cc) Auch soweit der Kläger mit betriebswirtschaftlichen Argumenten versucht, die vom Landgericht aufgezeigte Handlungsalternative als "unvernünftig" darzustellen, überzeugt dies nicht. Unbeschadet der Frage, inwieweit die Beklagte über die steuerliche Beratung hinaus überhaupt zu einer Beratung darüber verpflichtet war, ob eine an sich durch Einsatz privaten Kapitals mögliche Rettung des Unternehmens auch wirtschaftlich sinnvoll war, entzieht sich die hier maßgebliche Prognose schon deshalb jeglicher Verallgemeinerung, weil es um unternehmerische Entscheidungen geht. Derartige Entscheidungen werden gerade bei Unternehmen der vorliegenden Art und Größe nicht allein danach getroffen, ob ein weiterer Kapitaleinsatz auch mittel- und langfristig sicher erscheint. Die persönliche Verbundenheit zum Unternehmen, eine als solche empfundene Verantwortung gegenüber den Beschäftigten, das "Prinzip Hoffnung" und andere individuelle Motive spielen in diesem Zusammenhang eine durchaus gewichtige Rolle.

30

Auch soweit der Kläger im Schriftsatz vom 09.11.2009 (Gegenvorstellung zum Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss des Senats vom 22.10.2009) darauf verweist, dass der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 05.02.2009 (NJW 2009, 1591 ff.) maßgeblich darauf abgestellt habe, ob mehrere "wirtschaftlich vernünftige" Entscheidungen möglich gewesen wären, ändert dies an der Bewertung des vorliegenden Sachverhaltes

31

nichts. Denn letztlich geht es bei der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens - wie insgesamt bei der Frage des Anscheinsbeweises - darum, ob nach der Lebenserfahrung mit einem bestimmten Verhalten gerechnet werden kann und deshalb die Annahme einer tatsächlichen Vermutung gerechtfertigt ist. Wenn aber - wie hier - bestimmte Entscheidungen nach der Lebenserfahrung gerade nicht nach rein vernünftigen Kriterien getroffen werden, muss auch dies berücksichtigt werden; für die Annahme eines Anscheinsbeweises ist dann allenfalls Raum, wenn auch die irrationalen Erwägungen auf der Grundlage der Lebenserfahrung hinreichend sicher prognostizierbar sind. Dies ist indes aus den bereits dargelegten Gründen nicht der Fall.

b) Sind nach alldem die Regeln des Anscheinsbeweises unanwendbar, musste der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen den Nachweis erbringen, dass die geltend gemachten Schäden bei pflichtgemäßem Hinweis auf eine tatsächliche Überschuldung nicht entstanden wären. Da die Frage, wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Beratung verhalten hätte, zur haftungsausfüllenden Kausalität zählt, gilt insoweit der Maßstab des § 287 ZPO (vgl. BGHZ 129, 386, 399; BGH NJW 2009, 1591 f. m.w.Nachw.). Der Tatrichter ist in diesem Rahmen zwar freier als bei Anwendung des § 286 ZPO, auch hier ist jedoch eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu verlangen (BGH, NJW 2004, 444, 445; NJW 2009, 1591, 1593). 32

Auch nach diesem Maßstab ist dem Kläger der ihm obliegende Kausalitätsnachweis nicht gelungen. Die Kammer ist unter sorgfältiger und ausführlicher Würdigung der erhobenen Beweise zu Recht davon ausgegangen, dass die Insolvenzschuldnerin bzw. ihre Geschäftsführer nicht mit erforderlichen Wahrscheinlichkeit schon im August 2002 bzw. in der Folgezeit einen Insolvenzantrag gestellt und den Geschäftsbetrieb des Unternehmens eingestellt hätten. Für den Senat erscheint es sogar überwiegend wahrscheinlich, dass der Zeuge G. M. L. bei pflichtgemäßer Belehrung die zur Vermeidung einer Insolvenz erforderliche Rangrücktrittserklärung abgegeben hätte. Auch für den Zeugen H. L. hätte dann in seiner Eigenschaft als Mit-Geschäftsführer der GmbH kein Anlass mehr bestanden, Insolvenzantrag zu stellen. 33

aa) Soweit die Kammer im Rahmen ihrer Würdigung den Umstand berücksichtigt hat, dass der Zeuge G. M. L. auch im August 2004 trotz ausdrücklichen Hinweises auf seine Pflicht, umgehend Insolvenzantrag stellen zu müssen, diesen Antrag mit Rücksicht auf die Kandidatur seines Sohnes bei der anstehenden Kommunalwahl erst nach ca. 5-6 Wochen gestellt hat, hat dies auch dann Relevanz, wenn "in 2002 keine Kommunalwahl anstand". Denn hierdurch wird jedenfalls belegt, dass der Zeuge L. durchaus bereit war, auch einer tatsächlich bestehenden Insolvenzantragspflicht nicht bedingungslos und unverzüglich nachzukommen. Sein strafbares Verhalten aus dem Jahre 2004 kann durchaus als ein Indiz dafür herangezogen werden, dass er in den Vorjahren zumindest alle legalen Möglichkeiten ausgeschöpft hätte, um eine Insolvenz der GmbH zu vermeiden. Ob er eine strafrechtliche Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung "in Kauf genommen" hat, ist dabei ohne Belang. Jedenfalls wird durch das Verhalten des Zeugen die besondere Verbundenheit zu "seinem" Unternehmen und sein Wunsch belegt, den Geschäftsbetrieb so lange wie möglich aufrechtzuerhalten. 34

bb) Soweit der Kläger auf die wirtschaftlichen Lage der GmbH in den Jahren ab 2001 Bezug nimmt (S. 16 ff. der Berufungsbegründung, Bl. 694 d.A.), mag aus seinen Darlegungen zwar folgen, dass eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes wirtschaftlich unvernünftig und mit beachtlichen Gefahren für die Zeugen L. verbunden war. Dies ändert an der rechtlichen Bewertung indes bereits deshalb nichts, weil die Beklagte nur als Steuerberater tätig war. Für 35

die offenbar beim Kläger bestehende Vorstellung, die Beklagte habe in diesem Zusammenhang auch eine umfassende betriebswirtschaftliche Beratung geschuldet, sieht der Senat keinen hinreichenden Anhalt.

Unabhängig davon waren sämtliche vom Kläger aufgeführten Gesichtspunkte nicht nur der Beklagten, sondern auch - und in erster Linie - den Zeugen L. bekannt und bewusst. Die Zeugen kannten die Verluste der GmbH mindestens ebenso gut wie der Zeuge C. und wussten auch, dass die Bilanz einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in erheblicher Höhe auswies. Der "gnadenlose Konkurrenzkampf" in der Baubranche war ihnen ebenso bewusst wie die Tatsache, dass der Personalaufwand der Gesellschaft zu hoch war. All dies hat die Zeugen, vor allem den Zeugen G. M. L., auch in der Folgezeit nicht daran gehindert, "gutes Geld schlechtem hinterherzuwerfen". 36

cc) Auch der Inhalt der Aussage des Zeugen G. M. L. spricht insgesamt nicht für die Annahme des Klägers, der Zeuge hätte bei richtiger Beratung schon im August 2002 Insolvenzantrag gestellt. Schon der Satz "Wenn man mir im Jahre 2002 gesagt hätte: Mach Schluss, Du verlierst ja alles, dann hätte ich Schluss gemacht" steht in Zusammenhang mit der weiteren Aussage, dass zu diesem Zeitpunkt "aber noch Privatvermögen vorhanden (war), das ich dann und auch in den Folgejahren noch in das Unternehmen gesteckt habe" und ist durchaus so zu verstehen, dass der Zeuge bereit war, so lange "weiterzumachen", bis eben kein Privatvermögen mehr vorhanden war. Dass der Zeuge "Schluss gemacht hätte, um den Rest seines Privatvermögens zu bewahren", lässt sich schon dieser Aussage selbst nicht entnehmen, erst recht ergibt sich dies nicht aus dem Zusammenhang der Vernehmung. Die Beklagte weist hier zu Recht darauf hin, dass der Zeuge sich auch nach eigenem Bekunden durchaus des Risikos bewusst war, die zu Gunsten der GmbH eingesetzten Vermögensgegenstände endgültig zu verlieren, dass er aber trotz der Lage der Gesellschaft davon ausging, die Situation werde sich wieder verbessern. 37

dd) Schließlich vermag der Senat auch nicht davon auszugehen, dass der Zeuge G. M. L. sich von der Abgabe der erforderlichen Rangrücktrittserklärung durch die damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen hätte abhalten lassen. Der Zeuge L. hätte sich mit der erforderlichen Erklärung nämlich letztlich nichts vergeben, weil sie - mit einer hier unerheblichen Abweichung (s.u.) - lediglich die ohnehin bestehende Rechtslage wiedergegeben hätte. 38

Es steht außer Streit, dass die Gesellschafterdarlehen ebenso wie die die Drittdarlehen, für die der Zeuge Sicherheiten gewährt hatte, eigenkapitalersetzend waren. Aus der rechtlichen Einordnung als Eigenkapitalersatz folgt indes, dass die für den Gesellschafter nachteiligen Haftungsfolgen bereits kraft Gesetzes (§§ 32a ff. GmbHG) bzw. wegen der von der Rechtsprechung entwickelten ungeschriebenen Regeln zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen (vgl. hierzu etwa Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl., § 32a Rdn. 89 ff.) eintreten. Insbesondere besteht nach gefestigter Rechtsprechung des BGH auch die auf S. 23 der Berufungsbegründung angesprochene Freistellungsverpflichtung einschließlich der Pflicht, Leistungen der Gesellschaft, mit denen eigenkapitalersetzend besicherte Darlehen zurückgeführt worden waren, zu erstatten (vgl. BGHZ 81, 252, 260 [zur Bürgschaft]; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32a Rdn. 96). Vor diesem Hintergrund - insbesondere der Tatsache, dass kapitalersetzende Gesellschafterleistungen im Konkurs bzw. der Insolvenz der Gesellschaft nach § 32a GmbHG schon kraft Gesetzes nicht zurückgezahlt werden dürfen - ist deshalb von einer beachtlichen Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 08.01.2001 (BGHZ 146, 252 ff.) die Auffassung vertreten worden, dass 39

eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen im Überschuldungsstatus der Gesellschaft nicht zu passivieren sind (vgl. etwa OLG Köln, DB 2000, 2264, 2266; OLG Düsseldorf, 1256, 1257; die Auffassung des BGH weiterhin ablehnend etwa Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, § 64 Rdn. 24 m.w.Nachw.). Auch der Bundesgerichtshof fordert in seiner Grundsatzentscheidung vom 08.01.2001 die dort näher beschriebene Rangrücktrittserklärung im Wesentlichen nur, um für den Geschäftsführer eine klare Tatsachengrundlage und Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage zu gewährleisten, ob eine Gesellschafterleistung Eigenkapitalersatz darstellt oder nicht (vgl. BGHZ 146, 264 ff. [juris-Rz. 14]).

Durch die Abgabe einer den strengen Anforderungen des Bundesgerichtshofs genügenden Rangrücktrittserklärung verändert sich die Rechtslage mithin nur insoweit zum Nachteil des betreffenden Gesellschafters, als dieser seinen Rangrücktritt mit der Erklärung verbinden muss, er wolle wegen seiner Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und - bis zur Abwendung der Krise - auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt werden (BGH, a.a.O., juris-Rz. 15). Dieser Gesichtspunkt war für den Zeugen G. M. L. allerdings schon deshalb bedeutungslos, weil er selbst alleiniger Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin war. 40

ee) Zudem wäre auch die Alternative zur Abgabe der notwendigen Erklärung für den Zeugen L. jedenfalls kurzfristig auch keineswegs günstiger gewesen. Denn im Falle einer dann unvermeidlichen Insolvenz der GmbH wären alle gewährten Kredite sofort fällig geworden und die Darlehensgeber hätten ohne weiteres mit der Verwertung der ihnen bis dahin jeweils gewährten Sicherheiten begonnen. Gerade dann hätte der Zeuge G. M. L. - der ja in Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse der GmbH noch bis Mitte 2004 davon ausging, die Krise überwinden zu können - damit rechnen müssen, dass die von ihm wegen der Verbindlichkeiten der GmbH zur Verfügung gestellten Sicherheiten unverzüglich verwertet würden und er sein bisher eingesetztes Privatvermögen in jeden Fall einbüßen würde. 41

ff) Nicht nachvollziehbar ist für den Senat auch der Einwand des Klägers, die mit einer ordnungsgemäßen Rangrücktrittserklärung verbundenen Rechtsfolgen könnten nur ex tunc eintreten (S. 6 des Schriftsatzes vom 09.11.2009, Bl. 809 d.A.). Dies ist zwar richtig, ändert aber nichts an der Möglichkeit, die Insolvenzantragspflicht für die Zukunft entfallen zu lassen. Wegen einer früheren, inzwischen aber beseitigten Überschuldung hätte aber kein Insolvenzantrag mehr gestellt werden müssen. 42

ff) Schließlich sprechen auch die weiteren, schon von der Kammer ausführlich dargelegten Gesichtspunkte dafür, dass der Zeuge L. sich für eine Fortsetzung seines Engagements entschieden hätte: 43

(1) Die GmbH war nicht erst seit 2001, sondern bereits wenige Jahre nach ihrer Gründung durchgängig unterkapitalisiert. Dieser Zustand hat sich in den Jahren 2001 bis 2003 nur fortgesetzt. 44

(2) Der Zeuge L. hat in seiner Vernehmung nachvollziehbar geschildert, dass er bis zuletzt die Hoffnung hatte, das Unternehmen vor dem Untergang retten zu können. Dem entspricht sein Wunsch, trotz der finanziell schlechten Lage des Unternehmens seine seit 10 bis 20 Jahren im Unternehmen tätigen und engagierten Mitarbeiter nicht entlassen und das schon von seinem Vater übernommene Familienunternehmen nicht aufgeben zu müssen. 45

(3) Der Zeuge T. hat bekundet, der Zeuge L. habe, obwohl keine Besserung zu erwarten gewesen sei, die Schließung des Unternehmens abgelehnt. 46

Vor diesem Hintergrund hält der Senat es nicht nur für möglich, sondern sogar für durchaus wahrscheinlich, dass der Zeuge eine den in BGHZ 146, 264 ff. dargelegten Anforderungen genügende Rangrücktrittserklärung abgegeben und damit die Überschuldung der GmbH beseitigt hätte. Es fehlt deshalb jedenfalls am Nachweis der Kausalität zwischen einer etwaigen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden. 47

III. 48

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 97 Abs. 1., 708 Nr. 10, 711 ZPO. 49

Anlass zur Zulassung der Revision besteht nicht, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1, Abs. 2 ZPO). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens waren überwiegend Tatsachenfragen. Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den konkreten Einzelfall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden. 50

IV. 51

Da die Berufung des Klägers auch unter Berücksichtigung des Schriftsatzes vom 09.11.2009 keine Aussicht auf Erfolg bietet, war die dort erhobene Gegenvorstellung gegen den Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss des Senats vom 22.10.2009 ebenfalls zurückzuweisen. 52

Berufungsstreitwert: 1.943.878,54 € 53