

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 7u2_09
letzte Aktualisierung: 26.1.2010

OLG Brandenburg, 11.11.2009 - 7 U 2/09

GmbHG § 11

**Vorbelastungshaftung der Gesellschafter bei Unterbilanz im Zeitpunkt der
Geschäftsaufnahme; Inanspruchnahme durch Insolvenzverwalter**

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Neuruppin vom 19. November 2008 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst.

Der Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin 161.498,54 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11. Mai 2005 zu zahlen.

Der Beklagte zu 2. wird verurteilt, an die Klägerin 161.498,54 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11. Mai 2005 zu zahlen.

Der Beklagte zu 3. wird verurteilt, an die Klägerin 215.331,69 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11. Mai 2005 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Berufungen der Beklagten werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin der Beklagte zu 1. zu 30 %, der Beklagte zu 2. zu 30 % und der Beklagte zu 3. zu 40 %. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten tragen diese selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe

I.

Die Beklagten gründeten am 13.12.1999 die S... T... GmbH (im Folgenden: Schuldnerin). Die Schuldnerin nahm vor der Eintragung in das Handelsregister am 27.4.2000 die Geschäfte auf. Im Juli 2000 wurde die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen beantragt. Am 22.11.2000 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und die Klägerin zur Insolvenzverwalterin ernannt.

Die Klägerin nimmt die Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Vorbelastungshaftung und den Beklagten zu 1. darüber hinaus auf die vollständige Einzahlung der Stammeinlage in Anspruch.

Die Klägerin hat - zuletzt - beantragt,

1. den Beklagten zu 1. zu verurteilen, an sie 163.885,62 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11.5.2005 zu zahlen,
2. den Beklagten zu 2. zu verurteilen, an sie 161.498,54 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11.5.2005 zu zahlen,
3. den Beklagten zu 3. zu verurteilen, an sie 215.331,69 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11.5.2005 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 19.11.2008 unter Abweisung der weitergehenden Klage die Beklagten zu 1. und zu 2. zur Zahlung von jeweils 127.562,11 € und den Beklagten zu 3. zur Zahlung von 170.082,80 € jeweils nebst den von der Klägerin begehrten Zinsen, verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass in dieser Höhe Ansprüche der Klägerin entsprechend § 9 Abs. 1 GmbHG unter dem Gesichtspunkt der Vorbelastungshaftung bestünden. Zu deren Begründung dürfe die Klägerin sich auf die Bilanz der Schuldnerin für April und den zugehörigen Kontennachweis berufen und daraus die Rückrechnung zum 27.4.2000 vornehmen. Eine Stichtagsbilanz für den 27.4.2000 sei unstreitig nicht vorhanden, weshalb die Klägerin aus den vorgefundenen Geschäftsunterlagen der Schuldnerin eine „Arbeitsbilanz“ habe fertigen dürfen und ihrer Anspruchs begründung zugrunde legen dürfe. Die Bilanz sei unstreitig durch den Zeugen R..., eines früheren Mitarbeiters der Schuldnerin, erstellt worden; ob der Zeuge, wovon nach seiner Aussage im Rahmen der durchgeführten Beweisaufnahme auszugehen sei, von der Schuldnerin dazu beauftragt worden sei, sei ohne Belang. Die Bilanz sei nicht grob fehlerhaft; nach der Aussage des Zeugen R... sei er im Buchhaltungs- und Bilanzwesen geschult und habe die Bilanz mit dem Steuerberater der Schuldnerin abgestimmt. Die Rückrechnung der Klägerin sei allerdings zu korrigieren. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seien die Forderungen aus Lieferungen und Leistungen teilweise fehlerhaft bilanziert worden. Nach der Aussage des Zeugen K... und dem Gutachten des Sachverständigen H... seien für die Anspruchsbeziehung zwischen der Schuldnerin und dem mit ihr verbundenen Factoringunternehmen, der E... GmbH, lediglich Beträge in Höhe von 402.293,43 DM und 159.618,57 DM zu aktivieren, nicht aber 1.571.399,49 DM zu aktivieren sowie 1.001.593,80 DM zu passivieren. Auf der Aktivseite seien zudem 229.840 DM für einen Bestand an lebendem und bereits geschlachtetem Vieh zu berücksichtigen. Das Vorbringen der Klägerin, dass ein Viehbestand nicht vorhanden gewesen sei, sei durch das Ergebnis der Beweisaufnahme, nämlich die Aussagen der Zeugen Ha... und K..., widerlegt. Die Bewertung des Viehbestands richte sich nach dem Gutachten des Sachverständigen A... und führe zu dem genannten Betrag. Sonstige Korrekturen der Rückrechnung seien nicht angezeigt. Das gelte insbesondere für die in der Bilanz mit 110.000 DM angegebenen Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber den Gesellschaftern; der Beklagte zu 3. habe für die Behauptung der Ausreichung eines Darlehens in Höhe von 150.000 DM und dessen Valutierung in Höhe von noch 90.000 € einen Beweis nicht angetreten. Die Korrekturen führten zu einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 781.632,40 DM am 27.4.2000. Dem hinzuzusetzen sei die Stammkapitalziffer in Höhe von 50.000 DM, sodass die Haftungssumme insgesamt 831.632,70 DM, entsprechend 425.207,04 € betrage. Die Aufteilung dieses Betrags auf die Beklagten nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile an der Schuldnerin führe zu den Verurteilungsbeträgen. Ein weitergehender Anspruch gegen den Beklagten zu 1. auf die Einzahlung restlichen Stammkapitals stehe der Klägerin nicht zu. Nach ihrem Vorbringen hätten die Beklagten auf das Stammkapital insgesamt 50.300 DM gezahlt. Dass der Beklagte zu 1. dabei 2.387,08 € zu wenig entrichtet habe, sei durch Überzahlungen der Beklagten zu 2. und zu 3. kompensiert worden; jene seien auf das Stammkapital des Beklagten zu 1. anzurechnen, nachdem eine entsprechende Verbuchung bei der Schuldnerin stattgefunden habe. Die Ansprüche der Klägerin seien nicht verjährt. Es gelte die zehnjährige Verjährungsfrist nach § 9 Abs. 2 GmbHG, die noch nicht abgelaufen sei. Die vom Beklagten zu 3. hilfsweise erklärte Aufrechnung sei nach § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG unzulässig.

Das Urteil ist der Klägerin am 9.12.2008 zugestellt worden. Die Klägerin hat am 8.1.2009 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 9.3.2009 am 26.2.2009 begründet.

Dem Beklagten zu 1. ist das Urteil gleichfalls am 9.12.2008 zugestellt worden. Er hat am 6.1.2009 Berufung eingelegt und diese am 9.2.2009 begründet.

Den Beklagten zu 2. und zu 3. ist das Urteil am 10.12.2008 zugestellt worden. Sie haben am 8.1.2009 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 9.3.2009 an diesem Tag begründet.

Die Klägerin beantragt,

I. das Urteil des Landgerichts Neuruppin vom 19.11.2008 abzuändern und

1. den Beklagten zu 1. zu verurteilen, an sie 163.885,62 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11.5.2005 zu zahlen,

2. den Beklagten zu 2. zu verurteilen, an sie 161.498,54 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11.5.2005 zu zahlen,

3. den Beklagten zu 3. zu verurteilen, an sie 215.331,39 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11.5.2005 zu zahlen;

II. die Berufungen der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagten beantragen,

1. das Urteil des Landgerichts Neuruppin vom 19.11.2008 abzuändern und die Klage abzuweisen,

2. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und den Akteninhalt im Übrigen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist im Wesentlichen begründet. Die Berufungen der Beklagten sind zulässig, haben aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Der Klägerin stehen Ansprüche gegen die Beklagten zu 1. und zu 2. auf die Zahlung von jeweils 161.498,54 € und gegen den Beklagten zu 3. auf die Zahlung von 215.331,69 € unter dem Gesichtspunkt der Unterbilanz- oder Vorbelastungshaftung zu. Nach diesem in der Rechtsprechung entwickelten Rechtsinstitut haben die Gesellschafter einer GmbH, die vor der Eintragung in das Handelsregister den Geschäftsbetrieb aufnimmt, eine Differenz zwischen dem Stammkapital der Gesellschaft und dem Wert ihres Vermögens im Zeitpunkt der Eintragung anteilig zu erstatten (BGH BGHR 2003, 497, 498; NJW 1989, 710; 1981, 1373, 1376; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl., § 11, Rn. 61, 63).

a) Die Stellung der Beklagten als Gründungsgesellschafter der Schuldnerin und die Aufnahme des Geschäftsbetriebs der Schuldnerin vor ihrer Eintragung in das Handelsregister am 27.4.2000 stehen zwischen den Parteien außer Streit.

b) Am 27.4.2000 hat eine Differenz zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens in Höhe von 1.152.511,51 DM, entsprechend 589.269,78 € bestanden.

aa) Die Klägerin hat das Bestehen einer Unterbilanz durch den Vortrag und die Vorlage der Bilanzierung des Vermögens der Schuldnerin zum 30.4.2000 (Anlage K 3 zur Klageschrift) und der daraus abgeleiteten Rückrechnung auf den 27.4.2000 in dem als Anlage K 4 zur Klageschrift vorgelegten „Kontennachweis zur Bilanz“ hinreichend dargetan; dazu hat sie bereits in der ersten Instanz in der mündlichen Verhandlung am 10.8.2005 klargestellt (Bl. 54 d.A.), dass es sich bei der Anlage K 4 zur Klageschrift nicht um einen Nachweis zur Bilanz zum 30.4.2000 handelt, sondern um das Ergebnis der Rückrechnung. Einer weiteren Substantiierung des so vorgetragenen Zahlenwerks bedarf es nicht.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen von Unterbilanzhaftungsansprüchen und damit auch und insbesondere für das Bestehen einer Unterbilanz tragen grundsätzlich die den Gesellschafter in Anspruch nehmende Gesellschaft und im Falle der Insolvenz der Insolvenzverwalter (BGH BGHR 2003, 497, 498; NJW 1998, 233, 234; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., § 11, Rn. 63, 65). Ist jedoch eine Vorbelastungsbilanz auf den Stichtag der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nicht erstellt worden oder fehlt es an geordneten Geschäftsaufzeichnungen der Gesellschaft, so ist der daraus resultierenden Verhinderung des Insolvenzverwalters an einem substantiierten Sachvortrag nach den Grundsätzen über die sekundäre Behauptungslast zu begegnen; ergeben sich aus den dem Insolvenzverwalter zugänglichen Unterlagen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass das Stammkapital der Gesellschaft im Gründungsstadium angegriffen oder verbraucht worden oder sogar ein darüber hinausgehender Verlust entstanden ist, so haben die Gesellschafter substantiiert darzulegen, dass eine Unterbilanz nicht bestanden hat (BGH BGHR 2003, 497, 498; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., § 11, Rn. 63).

Das Letzte ist hier der Fall. Es ist unstrittig, dass eine Vorbelastungsbilanz über das Vermögen der Schuldnerin zum Eintragungsstichtag am 27.4.2000 nicht gefertigt worden ist; etwas anderes behaupten die Beklagten auch in der Berufung nicht. Ebenso enthält das Vorbringen der Parteien keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Klägerin entgegen ihres Vortrags in der ersten Instanz (Bl. 69, 70 f. d.A.) andere und tauglichere Unterlagen als die als Anlage K 3 vorgelegte Bilanz nebst einigen weiteren Buchhaltungsunterlagen bei der Schuldnerin vorgefunden hat.

Die demzufolge die Beklagten hier treffende sekundäre Behauptungslast führt dazu, dass ihr Vorbringen, soweit es sich in einem bloßen Bestreiten des Vorliegens einer Unterbilanz und der Richtigkeit der von der Klägerin vorgetragenen Zahlenwerke erschöpft (Bl. 38, 50, 82, 537 d.A.), unerheblich ist. Denn ein substantiiertes Bestreiten erfordert einen über die Negierung des gegnerischen Vorbringens hinaus gehenden Vortrag konkreter Tatsachen und Umstände für das Gegenteil (vgl. BGH NJW 2008, 982, 984; 1999, 579, 580; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 138, Rn. 8 b, und Rn. 34 c vor § 284), woran es hier fehlt.

bb) Der Einwand der Beklagten (Bl. 144, 162 f. d.A.), dass die Berechnungen der Klägerin um einen - dort unstrittig nicht berücksichtigten - Warenbestand von rund 1.200 Schweinen im Wert von 600.000 DM bis 900.000 DM zu berichtigen sei, verfängt nicht.

Auch dieses Vorbringen der Beklagten genügt nicht ihrer sekundären Behauptungs- und daraus folgenden Substantiierungslast. Denn die Beklagten tragen nicht einen am

27.4.2000 konkret vorhandenen Warenbestand vor. In ihrem schriftsätzlichen Vorbringen (Bl. 144 d.A.) wird vielmehr aus – ebenfalls nicht näher dargestellten – schlachtspezifischen Erfordernissen die Schlussfolgerung gezogen, dass ein solcher Warenbestand habe gegeben sein müssen. In der mündlichen Verhandlung am 6.4.2006 (Bl. 162 f. d.A.) ist diese Sichtweise wiederholt und ausgeführt worden, der vorgetragene Wertansatz entspreche den Schweinehälften von rund 1.200 Schweinen, bei denen es sich nach den Angaben in der mündlichen Verhandlung am 31.5.2007 (Bl. 277 d.A.) teils um geschlachtete und teils um noch lebende Tiere gehandelt haben soll. Diesem nur allgemeinen Vorbringen kann nicht, jedenfalls nicht mit hinreichender Deutlichkeit, entnommen werden, wie hoch der Bestand an lebendem und bereits geschlachtetem Vieh am 27.4.2000 tatsächlich gewesen ist. Die Protokollierung der mündlichen Verhandlung am 6.4.2006 (Bl. 163 d.A.) lässt dabei erkennen, dass die Beklagten hier nicht auf der Grundlage einer eigenen Kenntnis des Viehbestands vorgetragen, sondern lediglich abstrakt erläutert haben, dass der in den Raum gestellte Wertansatz einer Stückzahl von 1.200 Schweinen entspricht. Ihr Vorbringen lässt mithin insgesamt eine nachvollziehbare und einlassungsfähige Darlegung eines am 27.4.2000 vorhandenen Viehbestands vermissen und entspricht daher nicht den Erfordernissen ihrer Behauptungslast.

Etwas anderes folgt nicht aus dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme. Auch den Aussagen der zum Vorhandensein eines Warenbestands vernommenen Zeugen K..., Ha... und R... lassen sich konkrete Bekundungen über einen am 27.4.2000 vorhandenen Vieh- oder Lagerbestands, die die Beklagten sich hätten zu eigen machen können, nicht entnehmen.

Die Zeugin K... hat ausweislich der Protokollierung ihrer Aussage in der mündlichen Verhandlung am 31.5.2007 (Bl. 276 f. d.A.) lediglich bekunden können, dass bei der Schuldnerin geschlachtet worden ist. Nähere Angaben zum Schlachtbetrieb am 27.4.2000 hat sie ebenso wenig machen können wie zur Befüllung der Kühlhäuser der Schuldnerin; dazu hat sie nichts sagen können, da nach ihren Bekundungen der Warenbestand nicht ihr Aufgabenbereich, sondern der Aufgabenbereich des Beklagten zu 2. gewesen ist.

Der Zeuge Ha... hat nach der Protokollierung seiner Aussage durch das Landgericht (Bl. 278 ff. d.A.) zum Waren- oder Schweinebestand im April 2000 mangels eigenen Einblicks ebenfalls keine Auskunft geben können. An die Anzahl der am 27.4.2000 geschlachteten Tiere hat er sich gleichfalls nicht erinnern können. Seine allgemeinen Angaben über den Ablauf des Geschäftsbetriebs der Schuldnerin lassen hinreichend sichere Rückschlüsse auf die konkreten Verhältnisse am 27.4.2000, die einem der Rechtsverteidigung günstigen Zueigenmachen durch die Beklagten zugänglich sein könnten, nicht zu. Denn der Zeuge hat schon zur Anlieferung von Vieh verlässliche Angaben nicht machen können, sondern bekundet, dass er diese nicht habe beobachten können, weil er an der Schlachtbank gestanden habe. Kann aber die Anzahl der zur Schlachtung angelieferten Tiere bereits nicht festgestellt werden, so kann aus der Bekundung des Zeugen, dass die angelieferten Schweine stets bis zur Füllung der für rund 450 Tiere ausreichenden Kühlhäuser geschlachtet worden seien, nicht, jedenfalls nicht hinreichend sicher, der Schluss gezogen werden, dass am 27.4.2000 – wenigstens – diese Anzahl von Tieren vorhanden gewesen ist. Das gilt umso mehr, als der Zeuge an anderer Stelle seiner Aussage ausgeführt hat, dass die täglichen Schlachtzahlen unterschiedlich gewesen seien und zwischen 350 Stück und 500 Stück geschwankt hätten; vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass etwa die Kühlhäuser am Ende eines jeden Schlachttages und damit auch am 27.4.2000 vollständig gefüllt gewesen sind. Zum Vorhandensein lebender Tiere hat der Zeuge auch keine konkreten Angaben machen können; dazu hat er nur allgemein bekunden können, dass es

Lebendvieh gegeben habe, wenn nicht alle angelieferten Tiere geschlachtet werden konnten.

Der Zeuge R... schließlich ist ausweislich der Protokollierung seiner Aussage durch das Landgericht (Bl. 280 ff. d.A.) in der Buchhaltung der Schuldnerin tätig gewesen und hat eigene Wahrnehmungen über einen vorhandenen Waren- und Viehbestand nicht zum Gegenstand seiner Bekundungen machen können; zu Beständen in den Kühlhäusern oder im Viehhof hat er - auch nach Einsichtnahme in ihm zugängliche Unterlagen - nichts sagen können.

Der Wert eines vorhandenen Waren- und Viehbestands kann auch nicht entsprechend § 287 ZPO geschätzt werden. Lassen sich nämlich Feststellungen über das Vorhandensein geschlachteten Viehs in den Kühlhäusern wie noch lebenden Viehs am 27.4.2000 nicht treffen, so kann – auch auf der Grundlage der Preis- und Wertansätze aus dem mündlichen Gutachten des Sachverständigen A... vom 31.5.2007 (Bl. 283 ff. d.A.) – ein entsprechender Wertansatz nicht vorgenommen werden. Denn es fehlt damit an einer tragfähigen Grundlage für eine Schätzung fehlt, die „völlig in der Luft hängen“ würde und daher hier unzulässig ist (vgl. BGH NJW 1995, 1023, 1024; Zöller/Greger, a.a.O., § 287, Rn. 4).

cc) Die in der Anlage K 4 zur Klageschrift vorgenommene Rückrechnung auf den 27.4.2000 ist allerdings mit dem Landgericht im Hinblick auf die Geschäftsbeziehung zwischen der Schuldnerin und der E... GmbH einer Berichtigung zu unterziehen.

(1) Es ist unstreitig, dass die Schuldnerin und die E... GmbH durch einen Vertrag über die Durchführung eines echten Factoring miteinander verbunden gewesen ist, nach dem die Schuldnerin ihr gegen Dritte zustehende Ansprüche an die E... GmbH gegen die Zahlung der Nennwerte der Forderungsbeträge abgetreten und der E... GmbH für die Uneinbringlichkeit der abgetretenen Ansprüche bei den Drittschuldnern gehaftet hat. Diese Beschreibung des Vertragsverhältnisses durch die Klägerin (Bl. 72 f., 436 d.A.) haben die Beklagten nicht in Abrede gestellt.

(2) Der Forderungsstand zwischen der Schuldnerin und der E... GmbH am 27.4.2000 ist aus dem für diesen Tag erteilten Kontoauszug der E... GmbH (Anlage K 10 zur Klageschrift) zu ersehen. Die Richtigkeit des dort dargestellten Zahlenwerks ist ebenso unstreitig wie der Vortrag der Klägerin (Bl. 73 f. d.A.), dass der Kontoauszug Zahlungen in Höhe von insgesamt 159.618,57 € nicht berücksichtigt, die am 27.4.2000 von der E... GmbH ausgekehrt, aber noch nicht bei der Schuldnerin eingegangen waren.

Soweit die Parteien in der ersten Instanz darüber gestritten haben, ob der Kontoauszug Ansprüche der E... GmbH gegen die Schuldnerin in Höhe des in der Spalte „Abrechnungskonto“ genannten Betrages von 1.161.212,37 DM oder umgekehrt Ansprüche der Schuldnerin gegen die E... GmbH in Höhe der Differenz zwischen den angegebenen Beträgen in den Spalten „Debitorensaldo“ und „Abrechnungssaldo“ von (1.536.505,80 DM – 1.161.212,37 DM =) 404.293,43 DM ausweist, steht nach der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme fest, dass das Verständnis der Klägerin zutrifft. Die diesbezügliche Beweiswürdigung des Landgerichts ist rechtsfehlerfrei. Das Landgericht hat die Inhalte der schriftlichen Aussage des Zeugen K... vom 14.9.2007 (Bl. 333 ff. d.A.) und des mündlichen Gutachtens des Sachverständigen H... vom 17.9.2008 (Bl. 415 ff. d.A.) zutreffend erfasst und seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Sowohl die Bekundungen des Zeugen K... als auch die Ausführungen des Sachverständigen H... sind inhaltlich eindeutig, nachvollziehbar und folgerichtig; sie

sind in sich und untereinander frei von Widersprüchen, weshalb die im angefochtenen Urteil dargestellte Überzeugungsbildung keine Beanstandung zu erfahren hat.

(3) Für die Berechnung der Klägerin in der Anlage K 4 zur Klageschrift folgt daraus, dass allein der sich aus der Anlage K 10 zugunsten der Schuldnerin ergebende Saldo in Höhe von (1.563.505,80 DM – 1.161.212,37 DM =) 402.293,43 DM zuzüglich der dort noch nicht berücksichtigten Zahlungen in Höhe von 159.618,57 DM zu berücksichtigen und als Vermögen zu aktivieren sind. Dabei kommt es indes letztlich nicht darauf an, ob die Berechnung – wie in der Anlage K 4 zur Klageschrift geschehen – auch so vorgenommen werden kann, dass der gesamte Debitorensaldo als Forderung aus Lieferungen und Leistungen aktiviert und der Abrechnungssaldo als Forderung aus Factoring passiviert werden; denn der Betrag von 402.293,43 DM stellt – wie dargestellt – die Differenz beider Beträge dar, weshalb die Berechnungsweise der Klägerin – bei zusätzlicher Berücksichtigung der gezahlten 159.618,57 DM – rechnerisch zu demselben Ergebnis führt.

Nach der Bereinigung um den Debitorensaldo aus dem Kontoauszug der E... GmbH stellt sich das in der Anlage K 4 zur Klageschrift bezifferte Umlaufvermögen auf einen Betrag in Höhe von (1.765.887,19 DM – 1.563.505,80 DM =) 202.381,39 DM. Die Addition der genannten Beträge in Höhe von 402.293,43 DM und 159.618,57 DM führt zu einer Summe des Umlaufvermögens in Höhe von 764.293,39 DM; mit dem Anlagevermögen in Höhe von 74.741,95 DM hat das Gesamtvermögen der Schuldnerin am 27.4.2000 damit 839.035,34 DM betragen.

Auf der Passivseite der Rückrechnung der Klägerin führt die Bereinigung des angegebenen Betrags in Höhe von 2.843.208,17 DM um die Forderungen aus Factoring in Höhe von 1.001.593,80 DM zu Verbindlichkeiten in Höhe von noch 1.841.614,37 DM.

dd) Die Berechnung der Klägerin in der Anlage K 4 zur Klageschrift ist darüber hinaus dahingehend zu berichtigen, dass weitere Verbindlichkeiten der Schuldnerin in Höhe von insgesamt 99.932,48 DM bestanden haben. Denn in dieser Höhe haben Rückzahlungspflichten gegenüber der E... GmbH unter dem von der Klägerin vorgetragenen Gesichtspunkt der Vorlage von vier Scheinrechnungen im Rahmen des Factorings bestanden.

Die Klägerin hat bereits in der ersten Instanz im Schriftsatz vom 23.10.2008 (Bl. 436 d.A.) dazu vorgetragen, dass die Schuldnerin die Rechnung an die N... GmbH vom 11.4.2000 und drei Rechnungen an die Ba... KG vom 14.3.2000, 2.4.2000 und 4.4.2000 über den Gesamtbetrag von 99.932,48 DM an die E... GmbH abgereicht hat, die sämtlich fingiert gewesen sind. Der Zulassung dieses in der Berufung wiederholt (Bl. 528 d.A.) Vorbringens steht nicht entgegen dass es erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz in den Rechtsstreit eingeführt worden und deshalb nur nach Maßgabe der §§ 296 a, 531 Abs. 2, 532 f. ZPO berücksichtigungsfähig ist (vgl. Zöller/Greger, a.a.O., § 296 a, Rn. 3). Denn die Beklagten haben den Vortrag der Klägerin nicht bestritten; sie haben weder in der ersten Instanz auf den Schriftsatz vom 23.10.2008 erwidert noch in der Berufung in den Berufungsbegründungen vom 9.2.2009 und vom 9.3.2009 (Bl. 536 ff. d.A.) oder den Berufungserwiderungen vom 24.7.2009 (Bl. 550 f. d.A.) und vom 23.7.2009 (Bl. 553 d.A.) die Vorlage von Scheinrechnungen in Abrede gestellt. Als damit unstreitiges Vorbringen unterfällt der Vortrag der Klägerin nicht dem Novenausschluss nach § 531 Abs. 2 ZPO (vgl. BGH NJW 2005, 291, 292 f.; NJW-RR 2005, 437; Zöller/Heßler, a.a.O., § 531, Rn. 21) und ist folglich ohne weiteres der Entscheidung zugrunde zu legen.

Hat aber die Schuldnerin fingierte Rechnungen über insgesamt 99.932,48 DM in das Factoring eingestellt und entsprechende Zahlungen der E... GmbH erhalten, so ist sie jener gegenüber zur Rückzahlung verpflichtet gewesen. Diese Zahlungspflicht ist aus dem Factoringvertrag selbst erwachsen, da - wie erwähnt - nach dessen Inhalt die Schuldnerin der E... GmbH gegenüber für die Realisierbarkeit der abgetretenen Forderungen einzustehen hatte. Dass es an der Realisierbarkeit der hier in Rede stehenden Rechnungsbeträge im Verhältnis zu den Empfängern der Rechnungen gefehlt hat, folgt ohne weiteres daraus, dass - wie von der Klägerin ausdrücklich vorgetragen (Bl. 436 d.A.) - den Rechnungen Ansprüche der Schuldnerin nicht gegenübergestanden haben.

Diese Verbindlichkeiten sind - nach der Bereinigung der Verbindlichkeiten um die Forderungen aus Factoring in Höhe von 1.001.593,80 DM - in der Rückrechnung der Klägerin in der Anlage K 4 zur Klageschrift nicht enthalten. Sie sind daher den Passiva hinzuzusetzen, woraus sich ein Bestand von Verbindlichkeiten in Höhe von insgesamt (1.841.614,37 DM + 99.932,48 DM =) 1.941.546,85 DM ergibt.

ee) Eine Korrektur der Rückrechnung im Hinblick auf die eingestellten Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegen Gesellschafter in Höhe von 110.000 DM ist hingegen nicht angezeigt.

Das Vorbringen der Beklagten (Bl. 140, 156, 162, 538 d.A.), dass ein dieser Position zugrunde liegendes Darlehen des Beklagten zu 3. an die Schuldnerin auf einen Restbetrag von 90.000 DM und nicht 110.000 DM zurückgeführt worden sei, kann nicht nachvollzogen werden. Es fehlt dazu an jeglichem Vortrag konkreter Einzeltatsachen, die eine solche Verringerung der Schuldsomme nachvollziehbar und einer ordnungsgemäßen Erwiderung durch die Klägerin zugänglich erscheinen lässt. Die Beklagten berufen sich pauschal auf die Herabsetzung der Schuldsomme, ohne einen entsprechenden Zahlungsverkehr im Einzelnen darzulegen; in der mündlichen Verhandlung am 6.4.2006 haben sie auf Befragen des Gerichts lediglich erklären können (Bl. 162 d.A.), dass zwei Zahlungen geleistet worden seien, deren Zeitpunkte und Größenordnungen nicht mehr bekannt seien und nach ihrer Erkenntnis zu einer verbleibenden Darlehensvaluta in Höhe von noch 90.000 DM geführt hätten. Durch dieses insgesamt nicht substantiierte und auch nicht mit einer Vorlage von Belegen untersetzte Vorbringen vermögen die Beklagten der sie - auch - hier treffenden sekundären Behauptungslast nicht zu genügen.

Dabei kann den Beklagten nicht zugute gehalten werden, dass in der als Anlage B 6 zum Schriftsatz vom 14.3.2006 (Bl. 143 ff. d.A.) vorgelegten Bilanz die Verbindlichkeiten gegen Gesellschafter in Höhe von 90.000 DM angeführt sind. Denn ausweislich des Vortrags in dem Schriftsatz (Bl. 147 d.A.) bezieht sich die Anlage B 6 - beklagtenseits vermutet - auf Juli 2000 und damit auf einen Zeitpunkt nach dem hier maßgebenden Stichtag am 27.4.2000. Demgemäß erlaubt der Inhalt der Anlage B 6 nicht den Schluss darauf, dass die dort ausgewiesene weitere Reduzierung der Darlehensvaluta am 27.4.2000 bereits erfolgt war.

ff) Nach alledem hat die Schuldnerin am 27.4.2000 ein Vermögen in Höhe von 839.035,34 DM und Verbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 1.941.546,85 DM gehabt, woraus ein Fehlbetrag in Höhe von (839.035,34 DM - 1.941.546,85 DM =) 1.102.511,51 DM folgt. Hinzu tritt der Verbrauch des Stammkapitals in Höhe von 50.000 DM, der zu einem von den Beklagten auszugleichenden Betrag in Höhe von insgesamt 1.152.511,51 DM, entsprechend 589.269,78 € führt.

c) Diesen Betrag haben die Beklagten anteilig im Verhältnis der von ihnen übernommenen Stammeinlagen zu erstatten. Es ist aus der Anlage K 2 zur Klageschrift zu ersehen und auch unstreitig, dass insoweit auf die Beklagten zu 1. und zu 2. jeweils 30 %, und auf den Beklagten zu 3. 40 % entfallen. Daraus ergeben sich Haftungsanteile der Beklagten zu 1. und zu 2. in Höhe von jeweils (589.269,78 € x 30 % =) 176.780,93 € und des Beklagten zu 3. in Höhe von (589.269,78 € x 40 % =) 235.707,91 €

Nachdem die Klägerin - wie aus den Berechnungen in der Klageschrift (Bl. 5 d.A.) zu ersehen ist, wobei mit der Nennung von Anteilen von 20 % und von Zahlbeträgen in Höhe von 161.458,54 € der Klägerin ersichtlich bloße Schreibfehler unterlaufen sind - die Beklagten zu 1. und zu 2. lediglich in Höhe von jeweils 161.498,54 € und den Beklagten zu 3. in Höhe von 215.331,69 € unter dem Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung in Anspruch nimmt, ist ihr diesbezügliches Klagebegehren mithin in vollem Umfang berechtigt.

d) Die Ansprüche der Klägerin sind nicht verjährt.

Auf die Verjährung von Ansprüchen auf Ausgleich einer Unterbilanz ist § 9 Abs. 2 GmbHG analog anzuwenden (BGH NJW-RR 2008, 483; NJW 1989, 710, 711; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., § 11, Rn. 64). Nach § 9 Abs. 2 GmbHG in der bis 14.12.2004 geltenden Fassung ist die Verjährung in fünf Jahren ab der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetreten; diese Frist gilt gemäß Art. 229 §§ 12 Abs. 1, 6 Abs. 3 EGBGB auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004, durch das die Verjährungszeit in § 9 Abs. 2 GmbHG auf zehn Jahre verlängert worden ist.

Die damit am 27.4.2000 beginnende Verjährung von fünf Jahren ist durch die Klageerhebung rechtzeitig nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt worden. Denn die Klage ist vor ihrem Ablauf 25.4.2005 beim Landgericht eingereicht worden (Bl. 1 d.A.). Die Zustellung der Klage an die Beklagten am 11.5.2005 (Bl. 18 – 20 d.A.) wirkt gemäß § 167 ZPO auf den Zeitpunkt ihrer Einreichung zurück; denn sie hat nur rund zwei Wochen danach und damit „demnächst“ im Sinne der Vorschrift stattgefunden (vgl. BGH FamRZ 2004, 21, 22; NJW 2000, 2282; 1999, 3125; Zöller/Greger, a.a.O., § 167, Rn. 11).

e) Die vom Beklagten zu 3. in der ersten Instanz (Bl. 140 d.A.) hilfsweise erklärte Aufrechnung ist nach § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, der auch auf die Unterbilanzhaftung aus dem Gründungsstadium der Gesellschaft Anwendung findet (Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., § 19, Rn. 3; Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl., § 19, Rn. 31; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl., § 19, Rn. 3; Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 19, Rn. 40), ausgeschlossen; in der Berufung kommt der Beklagte zu 3. darauf auch nicht mehr zurück.

2. Ein weitergehender Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten zu 1. aus § 19 Abs. 1 GmbHG auf die Zahlung von 2.387,09 € noch ausstehender Stammeinlage besteht aus den diesbezüglichen Gründen des angefochtenen Urteils, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, nicht. Der Vortrag der Parteien und die von ihnen vorgelegten Urkunden lassen für die Verbuchung der Überzahlungen der Beklagten zu 2. und zu 3. in der als Anlage K 3 zur Klageschrift vorgelegten Bilanz zum 31.3.2000 keinen anderen Grund als auf die deren Anrechnung auf die restliche Einlageschuld des Beklagten zu 1. gerichtete Tilgungsbestimmungen erkennen; das gilt auch für die

Berufung, in der – insbesondere – die Klägerin über eine Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen (Bl. 530 d.A.) dazu nicht weiter vorträgt.

3. Die Zinsansprüche der Klägerin bestehen gemäß §§ 288, 291 BGB.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2, 97 Abs. 1, 100, 269 Abs. 3 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 Abs. 2 ZPO.