

- Abschrift -



# Amtsgericht Lingen

VV in Akte	Frisc not.		femin not.	K
zd.A		<b>EINGEGANGEN</b>		S
ins O		<b>08. Okt. 2013</b>		T
Ent		<b>BAUER, DÄLKEN, DR. DÄLKEN</b>		G
Udr.				E

Verkundet am 02.10.2013

4 C 110/13

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

## Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

Kläger

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Bauer pp., Georgstraße 34, 49809 Lingen

Geschäftszeichen: 1214/12D18 oh D198-13

gegen

[

Beklagter

Prozessbevollmächtigte:

40217 Düsseldorf

Geschäftszeichen: 13-0101

hat das Amtsgericht Lingen auf die mündliche Verhandlung vom 06.08.2013 durch den Richter

**für Recht erkannt:**

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 481,01 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.02.2013 Zug- um - Zug gegen Abtretung der in dem laufenden Insolvenzverfahren 98 IN 163/11 des Amtsgerichts Bonn über das Vermögen der TelDaFax- Energy GmbH, Mottmannstraße 2, 53842 Troisdorf unter der laufenden Nummer 21803 zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderung in Höhe eines Teilbetrages von 481,01 EUR zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass die unter der Ziffer 1. genannte Forderung in Höhe von 481,01 EUR auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruht. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen
3. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 32% und der Beklagte zu 68%.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
5. Der Streitwert des Rechtsstreits wird auf bis zu 900,00 EUR festgesetzt.

**Tatbestand**

Die Parteien streiten um deliktische Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit einem - nach der Behauptung des Klägers - betrügerisch erlangten Vorauszahlungs-

betrag aus einem Energielieferungsvertrag bzw. um Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit einer behaupteten Insolvenzverschleppung.

Der Kläger war mit der zwischenzeitlich insolventen TelDaFax Services GmbH dergestalt verbunden, dass er aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung über die TelDaFax Gruppe Energielieferungen bezog und die TeldaFax Services GmbH die Kundenbetreuung des Klägers übernahm sowie die Entgeltforderungen gegenüber dem Kläger geltend machte. Der Beklagte war seit dem 28.04.2008 Geschäftsführer der TelDaFax Services GmbH.

Das Geschäftsmodell der TelDaFax- Gruppe beinhaltete, dass die TelDaFax Marketing GmbH die Vermarktung der Produkte übernahm und den Erstkontakt zu dem jeweiligen Kunden herstellte. Nach dem Abschluss eines Kundenvertrages übertrug die TelDaFax Marketing GmbH den gesamten Vertrag auf die TelDaFax Energy GmbH, die fortan die Pflichten aus dem Energielieferungsvertrag übernahm. Die TelDaFax Energy GmbH verkaufte ihrerseits die Forderungen gegenüber den Energielieferungskunden an die TelDaFax Services GmbH zu einem Preis von 99,2 % des Nominalwertes. Hinsichtlich der Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarung zwischen der TelDaFax Services GmbH und der TelDaFax Energy GmbH wird auf den Factoringvertrag, Stand 01.01.2009, Bezug genommen. Die TelDaFax Services GmbH übernahm von Beginn des Vertragsverhältnisses die Betreuung der Energielieferungskunden und übersendete diesen bereits das Begrüßungsschreiben.

Die TelDaFax Holding AG war unter anderem die Muttergesellschaft der TelDaFax Energy GmbH und der TelDaFax Services GmbH. Am 01.02.2009 wurde der Beklagte neben seiner Position als Geschäftsführer der TelDaFax Services GmbH zum Vorstand der Muttergesellschaft (TelDaFax Holding AG) bestellt.

Am 04.06.2009 erhöhte das Hauptzollamt Köln die monatlichen Stromsteuervorauszahlungen der TelDaFax Energy GmbH auf 3.285.432,00 EUR. Zudem wurde ein Abgabebetrag in Höhe von 18,8 Millionen EUR festgesetzt.

Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO beantragte unter dem 11.06.2009 unter Hinweis auf die schwierige wirtschaftliche Lage der Steuerschuldnerin (der TelDaFax

Energy GmbH) die Stundung des festgesetzten Abgabebetrages und die Aussetzung der Vollziehung des Stromsteuerbescheids.

Das HZA Köln verwies mit Schreiben vom 12.06.2009 darauf, dass die Stromsteuervorauszahlungen in den Monaten Februar 2009 bis Mai 2009 nicht fristgerecht entrichtet worden seien und dass beabsichtigt sei, Sicherheit für die voraussichtlich in zwei Monaten auflaufenden Stromsteuervorauszahlungen zu erheben.

Unter dem 18.06.2009 machte das HZA Köln gegenüber der TelDaFax Energy GmbH Stromsteuer für das erste Halbjahr 2009 in Höhe von – sofort zu entrichtenden – 16.316.959,60 EUR geltend.

Die TelDaFax Energy GmbH erweiterte sodann den Stundungsantrag auf den für das erste Halbjahr 2009 festgesetzten Betrag. Zu weiteren Erläuterung des Stundungsantrags wurde seitens der TelDaFax Energy GmbH darauf verwiesen, dass derzeit eine Deckungslücke von 50,7 Millionen EUR bestehe und die TelDaFax – Gruppe ohne weitere Maßnahmen zahlungsunfähig sei.

Das Hauptzollamt Köln beauftragte mit Schreiben vom 29.07.2009 das HZA Düsseldorf- Prüfungsdienst – die wirtschaftliche Lage der TelDaFax Energy GmbH zu prüfen. Der Prüfungsdienst kam in einem Bericht zu dem Schluss, dass die TelDaFax Energy GmbH zum Zeitpunkt der Erstellung des Berichts bilanziell überschuldet gewesen sei und seit Juni 2008 nicht in der Lage gewesen sei, die vereinnahmte Stromsteuer abzuführen. Der Prüfungsdienst führte zudem aus, dass die Einforderung der Steuerschuld zur Folge hätte, dass die TelDaFax Energy GmbH Insolvenzantrag stellen müsse.

Der Stundungsantrag der TelDaFax Energy GmbH ist seitens des Hauptzollamtes in der Folgezeit nicht formal beschieden worden.

Unter dem 09.07.2009 legte die TelDaFax Holding AG in einem Schreiben an die Mitglieder des Aufsichtsrates die wirtschaftliche Situation der "TelDaFax-Guppe" dar. Das Schreiben (Bl. 160 ff. Bd. I. d.A.) trägt unter anderem die Unterschrift des Beklagten. Dort heißt es unter anderem:

*„...In der KW 25 wurde der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit nach gründlicher Überprüfung und Verifizierung von offenen Verbindlichkeiten, Forderungen und sonstigen kurzfristig liquidierbaren Vermögensgegenständen festgestellt...“*

Die Commerzbank AG kündigte unter dem 15.07.2009 gegenüber der TelDaFax Services GmbH die kurze Zeit zuvor getroffene Lastschriftinkassovereinbarung.

Unter dem 16.09.2009 beauftragte die TelDaFax Holding AG die Rechtsanwälte GÖRG mit der Erstellung eines Unternehmensstatus unter insolvenzrechtlichen Aspekten. In einer Sitzung am 22.09.2009 wies Rechtsanwalt Dr. Wolf (Rechtsanwälte GÖRG) darauf hin, dass schon länger eine Insolvenzverschleppung vorliege, sofern das HZA die Stromsteuern ernsthaft einfordere.

Unter dem 13.10.2009 beauftragte der Finanzvorstand der TelDaFax Holding AG, Herr Alireza Assadi die Kanzlei Hermann mit der Prüfung etwaiger insolvenzrechtlicher Tatbestände. Die Kanzlei Hermann kam zu dem Schluss, dass die TelDaFax Gesellschaften insolvenzreif seien.

Unter dem 28.10.2009 verfasste die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO anlässlich der Prüfung des Jahresabschlusses 2008 der TelDaFax Energy GmbH ein an die TelDaFax Energy GmbH und an den Aufsichtsrat der TelDaFax Holding AG Bath adressiertes Schreiben, in dem es unter anderem heißt:

*„...Die uns vorgelegten Unterlagen legen den Schluß nahe, dass die Gesellschaft zum 31. Dezember 2008 bilanziell überschuldet war und vermutlich auch aktuell weiterhin ist...Spätestens im Juni 2009 stellte sich weiterhin die Frage, ob nicht bereits Zahlungsunfähigkeit der einzelnen Gesellschaften eingetreten war mit der Folge der Insolvenzantragspflicht...Der Bestand der TelDaFax Energy GmbH stellt sich somit als hochgradig gefährdet dar. Wir haben diese Situation am 11.06.2009 in einem ausführlichen Telefonat..., aller Vorstände der TelDaFax Holding AG... dargelegt und erörtert, insbesondere auch im Hinblick auf die Konsequenzen...“*

Es wurde weiterhin darauf hingewiesen, dass eine positive Fortführungsprognose von einem Sanierungskonzept abhängt, welches der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bis zur Erstellung des Schreibens nicht vorgelegt worden sei.

Im Anschluss an ein Schreiben des HZA Köln erklärte sich die TelDaFax Energy GmbH bereit, das HZA Köln monatlich über die aktuellen Eckdaten der Geschäftsentwicklung zu informieren. In Kenntnis der Geschäftsentwicklung setzte das HZA unter dem 30.03.2010 eine Sicherheitsleistung in Höhe von 7,9 Millionen im Hinblick auf eine festgestellte Gefährdung der Strom und Erdgassteuer fest.

Im Frühjahr 2010 ist auch die Kanzlei Flick Gocke Schaumburg mit der Erstellung eines Sanierungsgutachtens beauftragt worden, um eine positive Fortführungsprognose zu begründen und die Voraussetzungen für die Erstellung des Jahresabschlusses 2008 und die Stundung der Stromsteuer durch das HZA zu schaffen.

Im Sommer 2010 bot die TelDaFax Energy GmbH besonders günstige Strompakete unter den Bezeichnungen Treupaket bzw. Sommerpaket an. Das Tarifmodell sah vor, dass die Kunden für einen bestimmten Zeitraum eine bestimmte Energiemenge kauften, wobei der Preis für das Strompaket sofort zur Zahlung fällig war. Ein im Auftrag der TelDaFax Energy GmbH erstelltes Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft GKK Partners kommt zu dem Ergebnis, dass das Tarifmodell nicht kostendeckend war und über die gesamte Laufzeit einen Verlust von über 20.000.000,00 EUR zur Folge habe.

Unter dem 18.08.2010 (Bl. 65 Bd. I. d.A.) teilte die TelDaFax Services GmbH dem Kläger mit, dass dieser ein Treupaket XL zu einem Preis in Höhe von 825,00 EUR erworben habe, der Betrag sofort fällig sei und von dem Konto des Klägers abgebucht werde, sowie dass eine Abrechnung des Paketvolumens auf die Abschläge des nächsten, im Februar 2011 beginnenden Vertragsjahres, erfolge. Unter dem 20.08.2010 übersandte die TelDaFax Services GmbH dem Kläger eine Rechnung (Bl. 66 Bd. I. d.A.) über einen Betrag in Höhe von 825,00 EUR verbunden mit der Mitteilung, dass der Betrag von dem Konto des Klägers eingezogen wird. Unter dem 31.08.2010 wurde ein entsprechender Betrag durch die TelDaFax Services GmbH von dem Konto des Klägers eingezogen.

Nachdem die rückständigen Stromsteuerverbindlichkeiten in dem Zeitraum Februar 2010 bis August 2010 in verhältnismäßig geringen Teilbeträgen bedient wurden, beglich die TelDaFax Energy GmbH im September 2010 in zwei kurz aufeinander folgenden Teilbeträgen über insgesamt 25.000.000 EUR die rückständigen Stromsteuerverbindlichkeiten der Jahre 2008 und 2009.

Nachdem am 20.10.2010 auch das Bankhaus Lampe KG die Lastschriftinkassovereinbarung gegenüber der TelDaFax Services GmbH kündigte, verlangte die Deutsche Postbank AG eine von 5 Millionen auf 10 Millionen erhöhte Sicherheit für den Lastschrifteinzug. In einem Schreiben vom 30.11.2010 an den Beklagten stellte die Deutsche Postbank KG weitere Bedingungen, um den Zahlungsverkehr (und insbesondere den Lastschrifteinzug) über das Konto bei der Deutschen Postbank AG weiter fortzuführen.

Im November 2010 erfolgten Darlehenszahlungen ausländischer Investoren in Höhe von insgesamt 30.000.000,00 EUR an die TelDaFax Holding AG.

Unter dem 07.12.2010 erstellten die Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Peters Schmitt-Blass Krüger im Auftrag der TelDaFax Holding AG einen aktuellen Liquiditätsbericht, in dem sie in den KW. 49 und 50 fällige Verbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 58.827.493,84 EUR feststellten und weiter Folgendes ausführten:

*„Man kann nicht davon ausgehen, dass es sich bei der Nichtbedienung der sofort fälligen und kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten nur um eine Zahlungsstockung handelt...Wir raten dringend dazu, mit den Investoren aus Russland eine entsprechende Vereinbarung zu treffen, so dass die aktuelle Liquiditätsunterdeckung beseitigt wird und somit eine Insolvenzantragspflicht nicht mehr besteht.“*

Ebenfalls unter dem 07.12.2010 wies das HZA Köln in einem Schreiben an die TelDaFax Energy GmbH unter anderem auf nicht fristgerecht gezahlte Verbindlichkeiten und den Verkauf nicht kostendeckender Strompakete hin und kündigte im Hinblick auf eine Gefährdung der Steuer die Festsetzung einer Sicherheit an.

Ende Dezember 2010 erfolgten weitere Darlehenszahlungen an die TelDaFax Holding AG in Höhe von insgesamt 14,3 Millionen EUR.

Am 03.01.2011 kündigte auch die Deutsche Postbank AG als letztes Bankinstitut die Lastschriftinkassovereinbarung, so dass die TelDaFax Services GmbH fortan auf die freiwillige Zahlung der Kunden angewiesen war.

In einer E-Mail vom 10.01.2011 der Rechtsanwälte Flick Gocke Schaumburg, adressiert an den Beklagten und an Herrn Bath, heißt es unter anderem:

*„...mit Schreiben vom 02.12.2010 haben wir Ihnen mitgeteilt, dass wir auf Basis der uns zur Verfügung gestellten Daten eine Liquiditätslücke von rd. 60 Mio. EUR festgestellt haben und die TelDaFax-Gruppe antragspflichtig im Sinne des § 17 InsO ist...Durch diese Beträge (d.h. die Darlehenszahlungen in den Monaten November und Dezember 2010) ist die Zahlungsunfähigkeit im Sinne der InsO noch nicht wiederhergestellt worden...“*

Unter dem 27.01.2011 kündigten die Stadtwerke Lingen, der in dem Liefergebiet zuständige Netzbetreiber, die Netznutzungsvereinbarung.

Mit Schreiben vom 08.02.2011 und vom 14.02.2011 setzte das HZA Köln Sicherheitsleistungen in Höhe von insgesamt über 11,5 Millionen EUR fest. Ebenfalls am 08.02.2011 leitete die Bundesnetzagentur gegen die TelDaFax Energy GmbH ein Verfahren zur Untersagung der Energiebelieferung wegen des Verdachts der fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein. Hinsichtlich der weiteren Begründung wird auf Seite 38 des Berichts des Insolvenzverwalters Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 12.04.2011 widerrief das Hauptzollamt Köln die Erlaubnis zur Leistung von Strom als Versorger gegenüber der TelDaFax Energy GmbH mit Wirkung zum 15.04.2011 nachdem die seitens des Hauptzollamtes Köln vom 08.02.2011 verlangte Sicherheit in Höhe von 8.250.000,00 EUR nicht durch die TelDaFax Energy GmbH geleistet wurde.

In dem Zeitraum vom 24.03.2011 bis zum 30.05.2011 erfolgten Darlehenszahlungen ausländischer Geldgeber an die TelDaFax-Gruppe in Höhe von insgesamt 61 Millionen EUR.

Am 14.06.2011 stellten die TelDaFax Energy GmbH und die TelDaFax Services GmbH Anträge auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaften. Den Insolvenzantrag für die TelDaFax Services GmbH (Bl. 7 ff. Bd. II d.A.) stellte der Beklagte.

Nachdem der Zeuge Dr. Bähr noch am 14.06.2011 zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt wurde, ist er in den Insolvenzverfahren zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der TelDaFax Services GmbH wurde mit Beschluss vom 29.08.2011 eröffnet. In seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen der TelDaFax Services GmbH erstellte der Zeuge Dr. Bähr einen Bericht vom 31.10.2011, in dem er die Verflechtungen und wirtschaftlichen Verhältnisse der zu dem Mutterkonzern TelDaFax Holding AG zugehörigen Gesellschaften darstellte. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Bericht vom 31.10.2011 (Bl. 17 ff. Bd. I. d.A.) Bezug genommen.

Der Kläger hat eine nicht bestrittene Forderung in Höhe von 702,55 EUR in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der TelDaFax Services GmbH zur Insolvenztabelle angemeldet. Bezüglich der Einzelheiten wird auf den Tabellenauszug (Bl. 68 Bd. I. d.A.) Bezug genommen. Diese Forderung beruht auf einem Abrechnungsschreiben des Insolvenzverwalters vom 17.10.2011 (Bl. 167 ff. Bd. I d.A.).

Der Kläger behauptet, dass er durch das Schreiben vom 18.08.2010 über die Leistungsfähigkeit der TelDaFax Energy GmbH getäuscht worden sei. Im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung sei die TelDaFax Energy GmbH nicht mehr leistungsfähig gewesen. Die TelDaFax Gruppe sei zu diesem Zeitpunkt bereits insolvent gewesen.

In der Vorstandssitzung am 10.06.2009, an welcher der Beklagte teilgenommen habe, sei die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO zu dem Ergebnis, dass eine Deckungslücke von 24 Millionen EUR bestehe und der Konzern illiquide sei. Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft habe die an der Sitzung beteiligten Vorstände und Geschäftsführer der Gesellschaften auf die dreiwöchige Insolvenzantragspflicht hingewiesen.

Ihm sei durch die Zahlung ein Schaden in Höhe von 702,55 EUR entstanden, da die TelDaFax Energy GmbH zum 17.06.2011 die Energielieferung eingestellt habe. Das Strompaket sei infolge der Liefereinstellung nicht vollständig verbraucht worden, so dass ein nicht aufgezehrter Betrag in Höhe von 481,01 EUR verblieben sei. Darüber hinaus habe der Insolvenzverwalter zwei Überzahlungen in Höhe von 120,67 EUR und in Höhe von 100,92 EUR ermittelt.

Der Kläger beantragt,

1. den Beklagten als Gesamtschuldner neben der TelDaFax Services GmbH aus Troisdorf und Herr Matthias Knoll aus München zu verurteilen, an ihn 702,55 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Forderung zu Ziffer 1. in Höhe von 702,55 EUR aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung im Sinne des § 850 f Abs. 2 ZPO stammt,

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte rügt die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts.

Der Beklagte ist der Ansicht, dass keine Täuschung über die Leistungsfähigkeit vorliegen könne, da die TelDaFax Services GmbH nie Vertragspartner des Klägers gewesen sei und eine ausdrückliche oder konkludente Erklärung über die Leistungsfähigkeit allenfalls durch die Geschäftsführung der Vertragspartner des Klägers (der

TelDaFax Marketing GmbH bzw. der TelDaFax Energy GmbH) habe abgegeben werden können. Er habe niemals eine Bereitschaft zur Leistung von Strom vorgespiegelt.

Der Beklagte bestreitet etwaige Zahlungsschwierigkeiten der TelDaFax Services GmbH oder der anderen Gesellschaften im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung. Er habe keinen Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse der TelDaFax Energy GmbH gehabt.

Dem Kläger sei infolge der Zahlungsaufforderung durch die TelDaFax Services GmbH auch deshalb kein Schaden entstanden, da er sich bereits zuvor gegenüber der TelDaFax Energy GmbH zur Vorleistung verpflichtet habe und die Forderung andernfalls nachfolgend durch den Insolvenzverwalter Dr. Biner Bähr gegenüber dem Kläger geltend gemacht worden wäre. Ein Schaden sei auch deshalb nicht entstanden, weil noch unklar sei, ob der Kläger in dem Insolvenzverfahren quotal befriedigt werde.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen Dr. Bähr. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 06.08.2013 Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Klage ist teilweise begründet.

A.

I.

Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts folgt aus § 32 ZPO. Der Begehungsort der behaupteten unerlaubten Handlung ist (auch) der Ort, an dem der behauptete Vermögensschaden eingetreten ist, da der Schadenseintritt zum Tatbestand der behaupteten Rechtsverletzung im Sinne der §§ 823 II BGB, 263 I StGB gehört (vgl. BGH, Urteil vom 28.12.1996 - XII ZR 181/93; Zöller - *Vollkommer*, ZPO, 28. Auflage, § 32 Rn. 16; Beck'scher Online Kommentar - *Toussaint*, ZPO, § 32 Rn. 10 a; Musielak - *Heinrich*, ZPO, 9. Auflage, § 32 Rn. 15; Thomas/Putzo - *Hüßtege*, ZPO, 29. Auflage, § 32 Rn. 7 jeweils m.w.N.).

Auch das Argument der Prozessökonomie rechtfertigt nicht eine Verweisung contra legem (§ 281 ZPO setzt die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts voraus), wenn der Kläger – wie in dem vorliegenden Fall - sein Wahlrecht gem. § 35 ZPO zwischen mehreren zuständigen Gerichten ausgeübt hat.

II.

Der Kläger ist auch prozessführungsbefugt. Die Prozessführungsbefugnis ist insbesondere nicht nach § 92 InsO ausgeschlossen. Nach § 92 InsO kann der Gläubiger während der Dauer eines Insolvenzverfahrens keine Schadensersatzansprüche wegen der Verminderung der Insolvenzmasse gegenüber der Insolvenzschuldnerin oder schuldnerfremden Dritten geltend machen. § 92 InsO erfasst nur solche Schadensersatzansprüche, die auf einer Verkürzung der Insolvenzmasse beruhen; ihr Zweck ist es, eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des wegen Masseverkürzung haftpflichtigen Schädigers zu sichern (vgl. BGH, Beschluss vom 14.07.2011 - IX ZR 210/10). So liegen die Dinge in dem vorliegenden Fall nicht. Die Insolvenzmasse der Insolvenzschuldnerin TelDaFax Energy GmbH konnte durch die Vorauszahlungsaufforderung und die anschließende Vorauszahlung bereits deshalb nicht berührt werden, da die TelDaFax Energy GmbH infolge der behaupteten Vorausabtretung nicht beteiligt war und die Zahlung an die TelDaFax Services GmbH erfolgte. Auch eine Verkürzung der Insolvenzmasse der TelDaFax Services GmbH ist nicht ersichtlich, da die Insolvenzmasse vielmehr verfügungsbedingt einen Zufluss verzeichnen konnte.

III.

Das für den Feststellungsantrag unter der Ziffer 2. gem. § 256 I ZPO erforderliche Feststellungsinteresse folgt aus §§ 850 f II ZPO, 302 Nr. 1 InsO.

IV.

Das Gericht hat von einer Aussetzung des Rechtsstreits im Hinblick auf das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen den Beklagten gem. § 149 ZPO abgesehen.

Das Gericht verkennt hierbei nicht, dass die Parallelität strafrechtlicher Ermittlungen und Zivilrechtsstreit ein Spannungsverhältnis zwischen strafprozessualer Schweigerecht und zivilprozessualer Wahrheitspflicht begründet. Gleichwohl stellt die in § 138 I ZPO angelegte Selbstbeziehungsgefahr keinen Aussetzungsgrund im Sinne des § 149 ZPO dar (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 25.01.2013 - 7 W 7/13 m.w.N.; LAG Hamm, Beschluss vom 10.05.2013 - 7 Ta 155/13). Es ist im Übrigen bereits offen geblieben, welcher zusätzliche Erkenntnisgewinn durch das Abwarten des strafrechtlichen Ermittlungsergebnisses zu erwarten wäre. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die aufgrund etwaiger Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen gefundenen strafrechtlichen Ermittlungsergebnisse im Wesentlichen bereits vor Anklageerhebung erhoben wurden. Es wäre mithin Sache der Parteien gewesen, etwaige Ermittlungsergebnisse durch entsprechenden Beweisantritt in das vorliegende Verfahren einzuführen. Schließlich ist auch weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der streitgegenständliche Betrugsvorwurf überhaupt Gegenstand des Ermittlungsverfahrens ist oder war. Einem hypothetischen weiteren Erkenntnisgewinn war die Wertung des § 149 II ZPO gegenüber zu stellen. Danach ist nach einer Aussetzungsdauer von mehr als einem Jahr die Verhandlung auf Parteiantrag fortzusetzen, wenn dem nicht gewichtige Gründe entgegen stehen. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass es gegen eine Aussetzungsentscheidung spricht, wenn bereits im Zeitpunkt der zu treffenden Entscheidung nach § 149 ZPO damit zu rechnen ist, dass das strafrechtliche Ermittlungsverfahren nicht binnen der Frist des § 149 II ZPO abgeschlossen sein wird. So

liegen die Dinge in dem vorliegenden Fall. Über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist noch nicht entschieden. Das Verfahren richtet sich gegen mehrere Angeschuldigte und betrifft eine Vielzahl von Tatvorwürfen, so dass realistisch nicht mit einem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens binnen Jahresfrist gerechnet werden kann. Schließlich war zu berücksichtigen, dass sich der Beklagte einer Vielzahl von gleichgelagerten Verfahren ausgesetzt sieht, so dass gegen eine Aussetzungsentscheidung auch sprach, dass etwaige Vollstreckungschancen des Klägers im Falle eines längeren Zeitablaufs vereitelt werden könnten.

B.

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 481,01 EUR Zug- um - Zug gegen Übertragung der in dieser Höhe zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderung gem. §§ 823 II BGB, 263 I, 25 StGB.

I.

1.

a.

Es liegt eine Täuschung über Tatsachen vor. Die Zahlungsaufforderung für das Strompaket beinhaltet die konkludente Erklärung, dass die Vertragspartnerin des Klägers, die TelDaFax Energy GmbH in dem Abrechnungszeitraum (ab Februar 2011) leistungsfähig ist. Eine Täuschung ist das Vorspiegeln unwahrer Tatsachen. Das Vorspiegeln unwahrer Tatsachen ist das unwahre Behaupten des Vorliegens von Umständen, die in Wahrheit nicht gegeben sind (vgl. Fischer, StGB, 56. Auflage, § 263 Rn. 11). Eine Täuschung durch positives Tun setzt voraus, dass dem Verhalten des Erklärenden ein Erklärungswert zukommt, aus dem sich die unwahre Behauptung erschließt. Der Erklärungswert des Verhaltens ist ebenso wie der in ihm enthaltene Erklärungsinhalt nach allgemeinen Interpretationsregeln zu ermitteln (vgl. Schönke/Schröder - Cramer/Perron, StGB, 28. Auflage, § 263 Rn. 12). Ein Vorspiegeln durch konkludentes Verhalten und damit ein positives Tun ist gegeben, wenn der Tä-

ter die Unwahrheit zwar nicht *expressis verbis* zum Ausdruck bringt, wohl aber durch sein Verhalten miterklärt (vgl. Fischer, StGB, 56. Auflage, § 263 Rn. 21; Schönke/Schröder - Cramer/Perron, StGB, 28. Auflage, § 263 Rn. 15 m.w.N.). Wer einen Vertrag schließt, erklärt konkludent grundsätzlich seine Erfüllungsfähigkeit und seinen Erfüllungswillen, wenn es um das Versprechen alsbald zu erbringender Leistungen geht (vgl. Fischer, StGB, 56. Auflage, § 263 Rn. 19 m.w.N.). Problematisch ist die Frage, ob und in welchem Umfang einer Vertragserklärung bei zeitlich gestreckten Verträgen bzw. bei in der Zukunft liegenden Verpflichtungen der Erklärungswert beigemessen werden kann, dass Erfüllungsfähigkeit im Fälligkeitszeitpunkt bestehen werde. In diesen Fällen ist einer entsprechenden Vertragserklärung regelmäßig eine Einschränkung immanent, nach der die Erfüllungsfähigkeit nur für den Fall sich nicht verändernder Verhältnisse erklärt wird (*clausula rebus sic stantibus*) (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.03.2011 - 24 U 118/10; Fischer, StGB, 56. Auflage, § 263 Rn. 19). Die Frage, was unter einer (vorbehaltenen) Veränderung der Verhältnisse zu verstehen ist, ist jedenfalls dahingehend zu beantworten, dass hiermit nicht gemeint ist, dass sich die drohende Leistungsunfähigkeit in einer tatsächlichen Leistungsunfähigkeit realisiert. Vielmehr ist eine (vorbehaltene) Veränderung der Verhältnisse nur dann anzunehmen, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbare Veränderungen aufgetreten sind. Andernfalls würde der Betrugsstraftatbestand gerade in den Fällen leer laufen, in denen bei Vertragsschluss die Leistungsfähigkeit bereits unsicher ist und sich diese Unsicherheit nachfolgend realisiert. Nach diesen Grundsätzen ist der Anforderung des Strompaketpreises der Erklärungswert beizumessen, dass die TelDaFax Energy GmbH als Vertragspartnerin des Kunden vorbehaltlich einer etwaigen Änderung der Verhältnisse in dem Abrechnungszeitraum ab Februar 2011 erfüllungsfähig ist.

b.

aa.

Diese Erklärung entsprach nicht den Tatsachen, weil die Erfüllungsfähigkeit der TelDaFax Energy GmbH aus wirtschaftlichen Gründen nicht sichergestellt war. Hierbei

war zunächst zu berücksichtigen, dass der Insolvenzantrag bereits binnen kurzer Zeit nach der Zahlungsaufforderung gestellt wurde, so dass bereits eine tatsächliche Vermutung dafür streitet, dass sich in dem Ausfall der Leistungsfähigkeit Gründe realisiert haben, die bereits im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung angelegt waren. Der Beklagte hat trotz gerichtlichen Hinweises keine Gesichtspunkte vorgetragen, nach denen davon ausgegangen werden kann, dass nach der Zahlungsaufforderung unvorhersehbare Umstände eingetreten sind, welche letztlich den unvorhersehbaren Ausfall der Leistungsfähigkeit zur Folge hatten.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich der Ausfall der Leistungsfähigkeit als Ende einer bereits im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung vorhersehbaren Entwicklung darstellt. Dem oben dargestellten Ablauf lässt sich entnehmen, dass sich die TelDaFax Energy GmbH jedenfalls seit Juni 2009 in existenzbedrohenden, wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand.

Neben dem Inhalt und den Ergebnissen der Beratungen durch die externen Beratungsgesellschaften und Rechtsanwaltskanzleien spricht hierfür bereits die Tatsache, dass seit Juni 2009 eine Vielzahl externer Berater hinzugezogen wurden, um die Liquidität der TelDaFax Energy GmbH bzw. der TelDaFax Gruppe zu prüfen. Die Berater stellten mehrheitlich eine Illiquidität fest; ein durch mehrere Berater gefordertes Sanierungskonzept ist nie vorgelegt worden.

Soweit der Beklagte bestreitet, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO am 10.06.2009 eine Illiquidität und eine Deckungslücke von 24.000.000,00 EUR festgestellt hat und die anwesenden Vorstände und Geschäftsführer auf die 3-wöchige Insolvenzantragspflicht hingewiesen habe, ergibt sich dieser Befund aus dem in dem Bericht des Insolvenzverwalters wörtlich zitierten Sitzungsprotokoll vom 10.06.2009 (Bl. 34 Bd. I. d.A.).

Ein tragfähiges Sanierungskonzept kann insbesondere nicht in dem Angebot besonders günstiger Strompakete im Sommer 2010 gesehen werden. Dies hatte vielmehr einen gegenteiligen Effekt, da – und dem ist der Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten – diese Strompakete nicht kostendeckend waren. In dem Bericht des Insolvenzverwalters ist insoweit auf das Ergebnis eines im Auftrag der TelDaFax Energy

GmbH erstellten Gutachtens der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft GKK Partners vom 27.08.2010 Bezug genommen worden. Das Gutachten ist nach alledem bereits zu einem Zeitpunkt eingeholt worden, in dem der Beklagte Organfunktionen in der Gesellschafterin der TelDaFax Energy GmbH und in der verbundenen Gesellschaft TelDaFax Services GmbH innehatte. Es hätte danach dem Beklagten obliegen, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass das „im eigenen Auftrag“ eingeholte Gutachten unzutreffend ist, zumal die Einschätzung der Gutachter durch Herrn Bath ausweislich der e-Mail vom 24.09.2010 und durch das Hauptzollamt ausweislich des Schreibens vom 07.12.2010 geteilt wurden. Es liegt auf der Hand, dass durch diese Vorgehensweise zwar kurzzeitig liquide Mittel generiert, langfristig aber weitergehende Verluste produziert werden.

Auch der weitere in dem Bericht dargelegte Verlauf, nach dem die (sukzessive) Kündigung der Lastschriftinzugsermächtigungen durch die Kreditinstitute in Verbindung mit der negativen Presseberichterstattung zur Folge hatte, dass „freiwillige“ Kunden-zahlungen ausbleiben, ist plausibel und durch den Beklagten nicht substantiiert bestritten worden. Schließlich sind die anhand des vorgelegten Berichts und den dort zitierten internen sowie externen Schreiben dargelegten Liquiditätsprobleme seitens des Beklagten nicht substantiiert bestritten worden.

Nach alledem konnte im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung nicht davon ausgegangen werden, dass die TelDaFax Energy GmbH in dem gesamten Vorauszahlungszeitraum leistungsfähig sein wird, so dass der Erklärungswert der Vorauszahlungsaufforderung negativ von den tatsächlichen Gegebenheiten abwich.

bb.

Da nicht lediglich die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 II InsO bzw. die drohende Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 18 II InsO eine ernstliche Gefährdung des Leistungsanspruchs begründen, konnte nach den Ausführungen unter aa. offen bleiben, ob im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 17 II, 18 II InsO erfüllt waren. Gleichwohl lässt sich auch dies unter Berücksichti-

gung der im Rahmen des Insolvenzanfechtungsrechts entwickelten Darlegungs- und Beweislastgrundsätze bejahen. Danach hat der Anfechtungsgegner den nachträglichen Wegfall der Zahlungsunfähigkeit darzulegen und zu beweisen, wenn der anfechtende Insolvenzverwalter für einen bestimmten Zeitpunkt den ihm obliegenden Beweis der Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschuldnerin geführt hat. Entsprechendes gilt für die einmal erlangte Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit bzw. von Umständen, anhand derer auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden muss. Der Anfechtungsgegner muss in diesen Fällen darlegen und beweisen, warum er zu einem späteren Zeitpunkt davon ausging, der Insolvenzschuldner habe seine Zahlungen allgemein wieder aufgenommen (vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2012 - IX ZR 117/11 m.w.N.). Die im Rahmen des Anfechtungsrechts entwickelten Darlegungs- und Beweislastgrundsätze lassen sich auf den vorliegenden Fall übertragen, da die Interessenlage vergleichbar ist. Wenn der Anfechtungsgegner in einem Anfechtungsprozess begründen und gegebenenfalls beweisen muss, warum er bei dem Erhalt einer Zahlung darauf vertrauen durfte, dass die Insolvenzschuldnerin die Zahlungen insgesamt wieder aufgenommen hat und die einmal eingetretene und ihm bekannte Zahlungseinstellung beseitigt wurde, so muss dies erst Recht in der vorliegenden Konstellation gelten. Es lassen sich keine Gründe dafür finden, den Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin bzw. den Geschäftsführer des Unternehmens, das den Forderungseinzug im Namen und für Rechnung der Insolvenzschuldnerin übernommen hat, und der - wie unter der Ziffer IV. noch dargelegt wird - Kenntnisse über die wirtschaftliche Situation der TelDaFax Energy GmbH hatte, gegenüber Anfechtungsgegnern, die regelmäßig weniger Einblick in die Verhältnisse der Insolvenzschuldnerin haben, in der vorliegenden Konstellation zu privilegieren.

Nach diesen Grundsätzen oblag es dem Beklagten darzulegen und zu beweisen, dass die zu mehreren Zeitpunkten feststellbare Zahlungseinstellung durch Aufnahme sämtlicher Zahlungen beseitigt wurde. So lässt sich dem Schreiben vom 09.07.2009, welches der Beklagte unterzeichnet hat, entnehmen, dass der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit in der 25. Kalenderwoche des Jahres 2009 festgestellt wurde. Dass nachfolgend sämtliche Zahlungen (d.h. auch bezüglich neu hinzu gekommener Verbindlichkeiten) wieder aufgenommen wurden, ist weder hinreichend vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr lässt sich weiteren Dokumenten entnehmen, dass die Zahlungsun-

fähigkeit weiterhin fortbestand. So lässt sich dies etwa dem Schreiben der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO vom 28.10.2009 (Seite 25 des Berichts des Insolvenzverwalters) und dem Schreiben der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Peters Schmitt- Blass Krüger vom 07.12.2010 (vgl. Seite 32. des Berichts des Insolvenzverwalters) entnehmen. Schließlich hat auch der Insolvenzverwalter Dr. Bähr im Rahmen seiner zeugenschaftlichen Vernehmung bekundet, dass durch ein in seinem Auftrag eingeholtes Gutachten festgestellt worden sei, dass die TelDaFax Energy GmbH seit Anfang Mai 2009 durchgehend zahlungsunfähig gewesen sei. Auch wenn sich diese Ausführungen nicht prüfen lassen, da das Gutachten dem Gericht nicht bekannt ist, spricht dies jedenfalls gegen die Annahme des Gegenteils, nämlich dass die Zahlungsunfähigkeit zwischenzeitlich abgewendet wurde.

Auch wenn es nach den Ausführungen unter aa. auf diesen Punkt nicht entscheidungserheblich ankommt, lässt sich nach alledem unter Anwendung der insolvenzanfechtungsrechtlichen Darlegungs- und Beweislastgrundsätze feststellen, dass die Zahlungsunfähigkeit der TelDaFax Energy GmbH fortbestand. Auch unter diesem Gesichtspunkt entsprach die konkludente Erklärung, dass die TelDaFax Energy GmbH vorbehaltlich einer unvorhersehbaren Änderung der Verhältnisse leistungsfähig sei, nicht den Tatsachen.

2.

Dem steht nicht entgegen, dass die Verpflichtung des Kunden zur Zahlung des Strompaketes bereits zuvor begründet wurde. Im Gegensatz zu dem Fall, in dem in einem laufenden Dauerschuldverhältnis mit der Empfangnahme der Gegenleistung keine Erklärung über die eigene Leistungsfähigkeit verbunden ist (vgl. Schönke/Schröder - Cramer/Perron, StGB, 28. Auflage, § 263 Rn. 17 a m.w.N.), ist in dem vorliegenden Fall eine andere Auslegung geboten. Dies folgt daraus, dass die TelDaFax Services GmbH nicht lediglich auf der Grundlage einer bereits zuvor getroffenen Vorauszahlungsabrede die Vorauszahlungen entgegen genommen hat. Vielmehr hat die TelDaFax Services GmbH gegenüber dem jeweiligen Kunden und für den jeweiligen Abrechnungszeitraum die Vorauszahlungsbeträge festgesetzt und eingefordert.

Diese Erklärung geht über die stillschweigende Duldung der Zahlung der Vorauszahlung hinaus, zumal es kaum denkbar erscheint, dass ein Kunde entsprechende Zahlungen veranlasst, ohne – entsprechend der vertraglichen Vereinbarung – zuvor durch die Vertragspartnerin bzw. die TelDaFax Services GmbH hierzu aufgefordert zu sein.

3.

Etwas anderes folgt in dem vorliegenden Fall auch nicht aus dem Umstand, dass die TelDaFax Services GmbH nicht Vertragspartnerin des Klägers war und diese - nach der Behauptung des Beklagten - aus abgetretenem Recht gegenüber dem Kläger vorgegangen ist. In dem vorliegenden Fall braucht nicht entschieden zu werden, ob in einem Dauerschuldverhältnis, in dem eine Vertragspartei ihre Rechte aus dem Vertrag an einen Dritten abgetreten hat, aus den Erklärungen des Dritten (des Zessionars) grundsätzlich Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Vertragspartners gezogen werden können. In dem vorliegenden Fall ist indessen die Besonderheit zu beachten, dass die Übertragung der Forderungen – soweit sie auf der Grundlage des Factoringvertrags tatsächlich vollzogen wurden – nicht nach außen gegenüber dem Kunden angezeigt wurde. Der Kunde hat unmittelbar nach Vertragsschluss ein Begrüßungsschreiben der TelDaFax Services GmbH erhalten. Auch die weitere Korrespondenz erfolgte ausschließlich über die TelDaFax Services GmbH. In dem Schreiben vom 18.08.2010 befindet sich insoweit der Hinweis, dass die TelDaFax Services GmbH im Namen und für Rechnung der TelDaFax Energy GmbH den Kundenservice und die Rechnungsstellung übernehme. Weiterhin lässt sich dem Schreiben ein Hinweis auf die Kundenhotline entnehmen. Dies kann ein durchschnittlicher Kunde nur so verstehen, dass dort neben den Fragen bezüglich der Zahlung auch etwaige Fragen hinsichtlich der Lieferung der Energie beantwortet werden. Für eine entsprechende Verflechtung spricht letztlich auch der Firmenname, der bis auf den unterschiedlichen Zusatz Energy/Services gleichlautend ist. Der durchschnittliche Kunde kann nach alledem nicht davon ausgehen, dass er es mit einer an dem eigentlichen Vertragsverhältnis nicht beteiligten Dritten zu tun hat. Vielmehr stellt sich der Kontakt des jeweiligen Kunden mit der TelDaFax Services GmbH als der Kontakt mit dem Vertragspartner dar, so dass die Kunden davon ausgehen mussten, dass es sich bei den Erklärungen

der TelDaFax Services GmbH um Erklärungen handelt, die von dem eigenen Vertragspartner herrühren oder jedenfalls für und gegen den eigenen Vertragspartner wirken.

Schließlich spricht für diesen Befund, dass sich allein durch das rechtliche Konstrukt des Factoringvertrags in dem vorliegenden Fall andernfalls erreichen ließe, dass vertragliche Aufklärungspflichten gem. § 241 II BGB ausgehebelt werden. In Ermangelung eines direkten Kundenkontakts würde die TelDaFax Energy GmbH nur die Pflicht treffen, über solche Dinge aufzuklären, hinsichtlich derer der Kunde auch ohne Nachfrage eine Aufklärung erwarten darf. Demgegenüber würde die TelDaFax Services GmbH auf der Grundlage der Argumentation des Beklagten überhaupt keine Aufklärungspflichten treffen, obwohl die Kommunikation mit dem jeweiligen Kunden ausschließlich über die TelDaFax Services GmbH abgewickelt wurde.

Nach alledem mussten die jeweiligen Vertragskunden bei Erhalt der Vorauszahlungsaufforderungen davon ausgehen, dass es sich hierbei um eine Erklärung ihres Vertragspartners handelt, so dass der verständige Kunde aus der Zahlungsaufforderung schließen konnte, dass sein Vertragspartner in dem Abrechnungszeitraum, auf den sich die angeforderte Vorausleistung bezog, leistungsfähig und leistungswillig ist.

4.

Das Aufforderungsschreiben stellt auch eine Täuschungshandlung des Beklagten dar. Dies beruht indessen nicht – wie vereinzelt in Parallelverfahren entschieden - auf § 14 StGB, da nach dieser Vorschrift nicht Tathandlungen sondern persönliche Eigenschaften zugerechnet werden. Vielmehr ist der Beklagte der klägerischen Behauptung, nach dem das Schreiben von ihm herrührt, nicht entgegen getreten.

Aber auch wenn man unterstellt, dass das streitgegenständliche Aufforderungsschreiben in einer arbeitsteiligen Betriebsorganisation nicht aus der Feder des Beklagten stammt, ist die Täuschungshandlung (des Sachbearbeiters) dem Beklagten gem. § 25 I StGB oder gem. § 25 II StGB zurechenbar, da die Fertigung von Aufforderungsschreiben zur Zahlung von Vorausleistungen in dem Geschäftsmodell der TelDaFax

Services GmbH angelegt war. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich (und im Übrigen auch lebensfremd), dass die Kunden ohne Wissen und Wollen des Beklagten auch in dem fraglichen Zeitpunkt noch zur Zahlung von Vorausleistungen aufgefordert wurden. Soweit der jeweilige Sachbearbeiter selbst Kenntnis von der zumindest drohenden Leistungsunfähigkeit hatte, ist diese Handlung dem Beklagten nach den Grundsätzen der Mittäterschaft gem. § 25 II StGB zurechenbar. Andernfalls, dass heißt bei einer Unkenntnis des ausführenden Sachbearbeiters, stellt sich die Aufrechterhaltung des Geschäftsmodells und die auf dieser Grundlage erfolgende Tätigkeit des unwissenden Sachbearbeiters als mittelbare Täterschaft durch ein doloses Werkzeug dar (§ 25 I Alt. 2 StGB).

II.

Durch das Aufforderungsschreiben ist bei dem Kläger ein Irrtum über die Leistungsfähigkeit der TelDaFax Energy GmbH (bzw. des Unternehmens "TelDaFax") hervorgerufen worden. Dies zeigt sich bereits darin, dass der Kläger mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht geleistet hätte bzw. die Lastschriftinzugsermächtigung widerrufen hätte, wenn ihm die Gefährdung des Erfüllungsanspruchs bekannt gewesen wäre.

III.

1.

Dem Kläger ist durch die Zahlung in Höhe von 825,00 EUR ein Schaden im Sinne einer konkreten Vermögensgefährdung entstanden. Der bewirkten Leistung einer Vorauszahlung für einen einjährigen Bezugszeitraum stand ein Anspruch auf Energielieferung gegen die TelDaFax Energy GmbH gegenüber, dessen Realisierbarkeit äußerst fraglich war.

2.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Vorauszahlungsverpflichtung bereits bei Vertragsschluss bzw. jedenfalls zeitlich vor der streitgegenständlichen Zahlungsaufforderung begründet wurde. Unabhängig von der Frage, ob bereits durch die vertragliche Begründung der Vorleistungsverpflichtung eine Vermögensgefährdung eingetreten ist, stellt jedenfalls die Zahlung auf die Zahlungsaufforderung bei wirtschaftlicher Betrachtung einen eigenständigen Vermögensschaden im Sinne einer konkreten Vermögensgefährdung dar. Dies folgt aus dem Umstand, dass auch dem vertraglich an eine Vorleistungspflicht gebundenen Kunden gem. § 321 BGB ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, wenn nach Vertragsschluss erkennbar wird, dass der Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. § 321 BGB findet gem. § 404 BGB gegenüber dem Abtretungsempfänger Anwendung, wenn – wie in dem vorliegenden Fall – der Vorleistungsberechtigte die Forderung abgetreten hat, aber gegenüber dem Vorleistungsverpflichteten zur Leistung verpflichtet bleibt (vgl. MÜKo – *Emmerich*, BGB, 6. Auflage, § 321 Rn. 21).

Deutlich wird dies, wenn man die wirtschaftliche Situation des Kunden vor und nach der Zahlung vergleicht. Vor der Zahlung konnte der Kunde über einen Geldbetrag in Höhe der geleisteten Vorauszahlung verfügen, da ihm ein Zurückbehaltungsrecht zustand. Daneben bestand ein wirtschaftlich wertloser Anspruch auf die nicht erfüllbare Belieferung mit Energie. Nach erfolgter Zahlung trat neben den wirtschaftlich nahezu wertlosen, weil voraussichtlich nicht erfüllbaren Anspruch auf Energielieferung ein nicht werthaltiger Anspruch auf Rückzahlung der Vorauszahlung.

3.

Entgegen der Annahme des Beklagten steht der Annahme eines Vermögensschadens nicht entgegen, dass der Insolvenzverwalter Dr. Bähr nach der nicht weiter substantiierten und unbelegten Behauptung des Beklagten Forderungen gegenüber Energielieferungskunden der TelDaFax Energy GmbH gerichtlich geltend macht. Dem Vortrag des Beklagten lässt sich bereits nicht entnehmen, ob der Insolvenzverwalter insoweit

Forderungen durchsetzt, die einen Zeitraum betreffen, in dem die Insolvenzschuldnerin bereits nicht mehr zur Leistung fähig war. Soweit der Insolvenzverwalter Dr. Bähr die Forderungen geltend macht, obwohl er selbst bzw. die Insolvenzschuldnerin nicht mehr ihre im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vertragspflicht, die Belieferung mit Energie, erfüllen können (§ 275 I BGB), steht der Durchsetzung des Vorauszahlungsanspruch § 326 I BGB entgegen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich der Kläger trotz bestehender Vorauszahlungsverpflichtung gem. § 321 II BGB von dem Vertrag hätte lösen können, wenn er nicht über die Leistungsfähigkeit der TelDaFax Energy GmbH getäuscht worden wäre. Im Übrigen hat der Zeuge Dr. Bähr im Rahmen seiner zeugenschaftlichen Vernehmung das Gegenteil bekundet. Der Zeuge hat insoweit angegeben, dass die von ihm geführten Verfahren keine Vorauszahlungen betreffen, die sich auf Zeiträume beziehen, in denen die TelDaFax Energy GmbH nicht mehr ihre Leistungspflicht erfüllt hat.

4.

Die bereits durch die Vermögensverfügung eingetretene konkrete Vermögensgefährdung ist durch die bis zur Einstellung der Energielieferung in dem Vorauszahlungszeitraum erbrachten Leistungen der TelDaFax Energy GmbH teilweise kompensiert worden. Es braucht in dem vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, ob es dem Kläger als Geschädigten obliegt, die Leistungen, welche den bereits eingetreten Schaden kompensieren, der Höhe nach darzulegen und zu beweisen. Nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen dürfte es näher liegen, die Beweislast auf Seiten des Schädigers, der sich auf eine entsprechende Schadenskompensation beruft, zu verorten. Nicht entschieden werden muss darüber hinaus, ob es dem Geschädigten im Rahmen der sekundären Darlegungslast obliegt, die in dem Vorauszahlungszeitraum gelieferte Energie dem Umfang nach darzulegen.

Dies kann im Ergebnis offen bleiben, da der Kläger den entsprechenden Energieverbrauch anhand der Abrechnung des Insolvenzverwalters hinreichend substantiiert dargelegt hat. Anhand des Vortrags und der Abrechnung ließ sich feststellen, dass das Strompaket mit einem Volumen von 5500 kWh und einem Paketpreis von 825,00

EUR zu einem Teilbetrag von 481,01 EUR nicht verbraucht war. Anhand dieser Werte war es dem Beklagten unschwer möglich, die Plausibilität der Abrechnung und des zu Grunde liegenden Verbrauchs (2.293,27 kWh) zu prüfen. Der Beklagte hat sich weder mit dem konkreten Verbrauch auseinandergesetzt noch diesen substantiiert bestritten. Schließlich erscheint der in Ansatz gebrachte Verbrauch unter Berücksichtigung eines fünfmonatigen Lieferzeitraums auch plausibel, zumal der Insolvenzverwalter Dr. Bähr bereits im eigenen Interesse gehalten ist, die Forderungsanmeldungen zu prüfen, so dass bereits auf dieser Grundlage kein vernünftiger Zweifel an der Richtigkeit der Verbrauchsrechnung besteht.

5.

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Schadensersatzanspruch auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil derzeit nicht feststeht, ob und in welcher Höhe der Schaden durch eine Quote auf die zur Insolvenztabelle angemeldete Insolvenzforderung kompensiert wird. Zutreffend ist, dass eine etwaige Quote den Schaden (teilweise weiter) kompensiert. Dies hat indessen nicht zur Konsequenz, dass der Kläger gehalten ist, den Abschluss des Insolvenzverfahrens abzuwarten. Dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot ist vielmehr dadurch Rechnung zu tragen, dass die Leistung des Schadensersatzes entsprechend § 255 BGB nur Zug- um - Zug gegen die Übertragung der Insolvenzforderung auf den Schuldner des Schadensersatzanspruchs erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 27.04.2009 - II ZR 253/07; BGH, Urteil vom 02.05.2007 - II ZR 234/05). Nicht erforderlich war in diesem Zusammenhang, dass sich der Beklagte gem. §§ 273, 274 BGB auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 255 BGB beruft, da es sich hierbei nicht um ein Zurückbehaltungsrecht sondern um eine Ausprägung des die Höhe des Schadensersatzes begrenzenden schadensrechtlichen Bereicherungsverbots handelt.

IV.

1.

Der Beklagte handelte im Hinblick auf die objektiven Tatbestandsmerkmale (Täuschung über Tatsachen, Irrtumserregung, Vermögensverfügung, Vermögensschaden, Kausalitätszusammenhang) jedenfalls bedingt vorsätzlich. Im Rahmen einer konkreten Vermögensgefährdung ist bedingter Vorsatz bereits dann zu bejahen, wenn der Täter die Umstände kennt, aus denen sich die schadensgleiche Vermögensgefährdung ergibt und sich mit dem Risiko abfindet (vgl. BGH, Beschluss vom 04.12.2002 – 2 StR 332/02). Bezugspunkt der Täuschung über Tatsachen und der Vermögensgefährdung bzw. des Vermögensschadens ist in dem vorliegenden Fall die (wirtschaftliche) Situation der TelDaFax Energy GmbH.

Dem Beklagten war zur Überzeugung des Gerichts die wirtschaftliche Situation der TelDaFax Energy GmbH zumindest in den wesentlichen Zügen in den Jahren 2009 und 2010. Hierfür streitet bereits der eigene Sachvortrag des Beklagten. Nach dem eigenen Sachvortrag ist durch die Insolvenz der TelDaFax Holding AG und der TelDaFax Energy GmbH das Geschäftsmodell der TelDafax Services GmbH weggebrochen. Wenn die Existenz der Unternehmen, in denen der Beklagte organschaftlich involviert war (TelDaFax Holding AG und TelDaFax Services GmbH), maßgeblich von dem Bestand der TelDaFax Energy GmbH abhängt, erscheint es lebensfremd, dass der Beklagte nicht über die wirtschaftliche Situation der TelDaFax Energy GmbH informiert war. Hierbei war zudem zu berücksichtigen, dass ausweislich des Berichts des Insolvenzverwalters Dr. Bähr wesentliche Teile der Kommunikation zwischen dem Hauptzollamt und der TelDaFax- Gruppe über die TelDaFax Holding AG geführt wurden. Ungeklärt bleibt nach dem Sachvortrag des Beklagten auch, wie das von ihm geführte Unternehmen (die TelDaFax Services GmbH) die ihr obliegende Kundenbetreuung bewerkstelligt hat, wenn die TelDaFax Services GmbH keinen vertieften Einblick in die wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnisse der TelDaFax Energy GmbH hatte. Es liegt auf der Hand, dass sich die Kundenanfragen im Kundenservice der TelDaFax Services GmbH jedenfalls ab dem Beginn der negativen Presseberichterstattung auf die Leistungsfähigkeit der TelDaFax Energy GmbH (bzw. aus der Sicht der Kunden: die Leistungsfähigkeit der Firma „TelDaFax“) bezogen.

Darüber hinaus lässt sich anhand des Berichts des Insolvenzverwalters Dr. Bähr nachvollziehen, dass der Beklagte an Vorstandssitzungen teilgenommen hat, deren

Gegenstand die wirtschaftlich angespannte Situation der TelDaFax Energy GmbH war. So hat der Beklagte exemplarisch an der Vorstandssitzung vom 10.06.2009, in der durch einen externen Berater auf eine Deckungslücke von 24.000.000,00 EUR hingewiesen wurde, teilgenommen.

Die folgenden Schreiben/ e-Mails waren (teils unter anderem) an den Beklagten in seiner Funktion als Vorstand der TelDaFax Holding AG bzw. als Geschäftsführer der TelDaFax Services GmbH adressiert:

- Schreiben vom 15.07.2009 der Commerzbank AG mit dem die Lastschriftinkassovereinbarung gegenüber der TelDaFax Services GmbH gekündigt wurde und in dem auf ein Gespräch am gleichen Tage über die finanzielle Situation Bezug genommen wurde,
- Schreiben der Rechtsanwälte Flick Gocke Schaumburg vom 10.06.2010,
- Schreiben der Deutschen Postbank AG vom 30.11.2010,
- Schreiben der Rechtsanwälte Flick Gocke Schaumburg vom 29.10.2010, vom 29.11.2010 und vom 02.12.2010,
- E-Mail der Rechtsanwälte Flick Gocke Schaumburg vom 10.01.2011 an den Beklagten und Herrn Bath

Die folgenden Schreiben, in denen die wirtschaftliche Situation der TelDaFax Energy GmbH erörtert wurde oder sich der Sinngehalt des Schreibens erst durch die Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse der TelDaFax Energy GmbH erschließt, sind durch die TelDaFax Holding AG gefertigt worden:

- Schreiben vom 07.07.2009 an das Hauptzollamt Köln im Hinblick auf die seitens des HZA angeforderten Unterlagen zur Bescheidung des Stundungsantrags,
- Schreiben vom 09.07.2009 an die Mitglieder des Aufsichtsrates, in dem die wirtschaftliche Situation der TelDaFax Energy GmbH dargelegt wurde,

Darüber hinaus sind die externen Berater nach den Angaben des Zeugen Dr. Bähr im Wesentlichen im Auftrag der TelDaFax Holding AG tätig geworden. Das Gericht hat keinen Anlass an den Angaben des Zeugen zu zweifeln, zumal dies auch im Einklang mit den Ausführungen in dem Bericht vom 31.10.2011 (vgl. etwa Seite 32 des Berichts) steht.

Schließlich erfolgte auch die Kündigung der Lastschriftvereinbarung durch die Deutsche Postbank AG am 03.01.2011 denknotwenig gegenüber der TelDaFax Services GmbH als der Vertragspartnerin des Kreditinstituts, zumal auch das vorangegangene Schreiben vom 30.11.2010 an die TelDaFax Services GmbH adressiert war. Soweit der Beklagte vorgetragen hat, dass die Postbank AG das Lastschrifteinzugsverfahren infolge der negativen Presseberichterstattung gekündigt habe, um nicht mit der TelDaFax - Gruppe in Verbindung gebracht zu werden, ist dies wenig überzeugend, wobei offen bleibt, ob damit die Behauptung verbunden ist, dass die Lastschriftvereinbarung nicht wegen der wirtschaftlichen Situation der TelDaFax Energy GmbH gekündigt wurde. Jedenfalls ergibt sich aus dem Schreiben vom 30.11.2010 eindeutig, dass die wirtschaftliche Situation, die der Postbank AG bekannt war, Anlass für die Maßnahmen war. Im Übrigen erschließt sich nicht, warum die Vertragsbeziehung aufrecht erhalten wurde, wenn die Postbank AG lediglich wegen der Außenwirkung nicht mehr mit der TelDaFax- Gruppe in Verbindung gebracht werden wollte. Nach dem eigenen Vortrag des Beklagten wurde lediglich das - mit einem wirtschaftlichen Risiko für das Kreditinstitut verbundene - Lastschrifteinzugsverfahren gekündigt.

In der Gesamtschau lässt sich zweifelsfrei der Schluss ziehen, dass der Beklagte in dem fraglichen Zeitraum bereits deshalb über die wirtschaftlichen Verhältnisse der TelDaFax Energy GmbH vollständig im Bilde war, um überhaupt die oben dargestellte Korrespondenz mit den Kreditinstituten zu führen sowie um an der übrigen Korrespondenz teilzunehmen und deren Hintergrund zu verstehen.

Unabhängig von der Frage, ob die von mehreren externen Beratern festgestellte Insolvenzantragspflicht (jedenfalls der zuständigen Organe der TelDaFax Energy GmbH) zutreffend war und unabhängig von der Frage, ob in dem jeweiligen Zeitpunkt

ten eine Insolvenzantragspflicht bestand, lässt sich jedenfalls aus der durchgängigen insolvenzrechtlichen Beratung und den jeweiligen Beratungsergebnissen der Schluss ziehen, dass den Beteiligten (und auch dem Beklagten) bekannt war, dass der Fortbestand der TelDaFax Energy GmbH durchgehend (zumindest) am seidenen Faden hing. Dass der Beklagte auf eine Besserung der wirtschaftlichen Situation vertrauen konnte ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Nach alledem lässt sich anhand der dargelegten Indizien auch der Schluss ziehen, dass der Beklagte im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass die Leistungspflicht nicht in dem mit der Vorauszahlung korrespondierenden Zeitraum (vollständig) erfüllt werden kann. Er hat danach eine konkrete Vermögensgefährdung bzw. einen Vermögensschaden des Klägers billigend in Kauf genommen.

Schließlich wollte der Beklagte den Kläger zur Zahlung veranlassen, um die TelDaFax Services GmbH stoffgleich zu bereichern, obwohl er wusste, dass im Hinblick auf die ernstlich gefährdete Energielieferung kein durchsetzbarer Anspruch bestand.

Nach alledem besteht gem. §§ 823 II BGB, 263 I, 25 StGB eine deliktische Schadensersatzforderung in der zuerkannten Höhe, so dass auch der Feststellungsantrag zu der Ziffer 2. begründet ist.

Die Zinsforderung folgt aus §§ 286 I, 288 BGB.

V.

Soweit der Kläger einen weitergehenden Zahlungsanspruch geltend gemacht hat, war die Klage abzuweisen, da sich dem klägerischen Vortrag nicht entnehmen ließ, auf welchen Zahlungen die weiteren Guthaben in Höhe von 120,67 EUR und in Höhe von 100,92 EUR beruhen. Es ließ sich danach nicht prüfen, ob der Beklagte entsprechende Zahlungen veranlasst hat und ob diese Zahlungen/ verbliebene Guthaben auf eine deliktische Handlung des Beklagten kausal zurückgeführt werden können.

Quote zu rechnen ist. Schließlich war auch die vorläufige Einschätzung des Insolvenzverwalters, dass aufgrund der angezeigten Masseunzulänglichkeit nicht mit einer Quote zu rechnen ist, zu berücksichtigen.

Der Feststellungsantrag zu 2. wirkt sich weder auf den Streitwert noch die Kostenentscheidung aus, da nach dem klägerischen Vorbringen lediglich Ansprüche aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung in Betracht kamen und demzufolge zwischen dem Feststellungsbegehren und dem Zahlungsbegehren wirtschaftliche Identität besteht (vgl. BGH, Beschluss vom 13.02.2013 – II ZR 46/13 m.w.N.).

Richter