



|              |  |    |                |   |
|--------------|--|----|----------------|---|
| VV<br>m.Akte | Frist<br>not.  | EB | Termin<br>not. | K |
| z.d.A.       | EINGEGANGEN  |    |                | S |
| Ins.O.       | 28. Juli 2014  |    |                | T |
| Ellit        | BAUER, DÄLKEN, DR. DÄLKEN<br>Rechtsanwälte, Faulenburgerstraße 34-38, 49809 Lingen |    |                | G |
| Repr.        |  |    |                | E |

# Landgericht Berlin

## Im Namen des Volkes

### Urteil

Geschäftsnummer: 49 S 40/13 verkündet am : 22.07.2014  
218 C 96/13 Amtsgericht  
Charlottenburg

In dem Rechtsstreit

- Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Bauer, Dälken & Kollegen,  
Georgstraße 34-38, 49809 Lingen,-

Klägers und Berufungsklägers,

g e g e n

den Herrn Dr. Gernot Koch,

Beklagten und  
Berufungsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Wilhelm Partnerschaft von  
Rechtsanwälten,  
Reichsstraße 43, 40217 Düsseldorf,-

hat die Zivilkammer 49 des Landgerichts Berlin in Berlin - Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin,  
auf die mündliche Verhandlung vom 24.06.2014 durch am Landgericht  
und

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Auf die Berufung des Klägers wird das am 27. 6. 2013 verkündete Urteil des Amtsgerichts Charlottenburg – 218 C 96/13 – geändert:

Der Beklagte wird als Gesamtschuldner neben der TelDaFax Services GmbH aus Troisdorf und \_\_\_\_\_ verurteilt, an den Kläger 816,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.4.2013 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung im Sinne des § 850 f Abs. 2 ZPO stammt.

Der Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 120,67 € zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen hat der Beklagte zu tragen.

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

Die Revision wird zugelassen.

#### Gründe

- I. Die Parteien streiten um die Erstattung von überzahlten Stromkosten; der Kläger hat den Betrag zur Tabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der TelDaFax Energy GmbH (im Folgenden: Energy) angemeldet und verlangt ihn als Schadensersatz von dem Beklagten als Geschäftsführer der TelDaFax Services GmbH (im Folgenden: Services) und Vorstandsmitglied der TelDaFax Holding GmbH (im folgenden: Holding). Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO.

Das Amtsgericht hat die Klage im wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte hafte nicht nach § 823 Abs. 2 BGB, § 263 Abs. 1 StGB, weil eine Täuschungshandlung nicht erkennbar sei, er hafte nicht aus § 823 Abs. 2 BGB, § 266 StGB, weil keine entsprechende Verfügungsbefugnis vorgelegen habe, er hafte nicht gemäß § 826 BGB, weil ein Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht bezüglich der Holding und der Services für den Schaden des Klägers nicht kausal gewesen wäre, und er hafte schließlich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB, § 15 a InsO, weil der Beklagte nicht für die Energy, auf die es hier ankomme, hätte Insolvenzantrag stellen

müssen.

Mit der hiergegen gerichteten Berufung verfolgt der Kläger seinen erstinstanzlichen Klageantrag auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 816,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (19.4.2013) und vorgerichtliche Anwaltskosten sowie Feststellung, dass die Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung stammt, weiter. Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

- II. Die zulässige Berufung ist begründet, denn der Beklagte haftet dem Kläger gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 15 a InsO in voller Höhe auf Schadensersatz. Der Beklagte hat mangels rechtzeitiger Stellung eines Insolvenzantrages jedenfalls für die Services verhindert, dass rechtzeitig das Insolvenzverfahren über deren Vermögen, damit auch nicht das Insolvenzverfahren über die weiteren Gesellschaften, insbesondere die Energy und die Holding, eröffnet worden und der Kläger dadurch Vertragsverhältnisse mit einem insolventen Vertragspartner eingegangen ist, wodurch er an diesen Vorauszahlungen geleistet hat, für die er keinen ausreichenden Gegenwert mehr erhalten hat und wegen der Rückforderung auf eine Insolvenzquote verwiesen worden ist.

1. § 15 a InsO ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (Münchener Kommentar/Klöhn, InsO, 3. Auflage, § 15a, Rn. 140). Die Pflicht aus § 15a InsO ist verletzt, wenn die Verantwortlichen einer juristischen Person schuldhaft nicht rechtzeitig Insolvenzantrag stellen. Voraussetzung ist daher im vorliegenden Fall, dass der Beklagte bereits vor Abfassung der Schreiben der Services vom 5. und 12. November 2010, die den Kläger dazu brachten, Vorauszahlungen zu leisten, wusste, dass er insolvenzantragspflichtig war, nämlich bereits für ihn erkennbar ein Insolvenzgrund vorlag, und er trotz Ablaufs der Insolvenzantragsfrist keinen Insolvenzantrag gestellt hatte.

Ziel der Vorschrift ist die rechtzeitige Einleitung eines Insolvenzverfahrens zum Schutz der Gläubiger und auch zum Schutz möglicher Neugläubiger vor dem Kontakt mit der Gesellschaft (Münchener Kommentar/Klöhn, a.a.O. Rn. 8,12, 19,22 unter Hinweis auf BGHZ 126,181).

Diese Pflicht hat der Beklagte verletzt. Der Beklagte hätte als Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglied der Services und der Holding bereits in der Folge der Vorstandssitzung vom 10. 6. 2009, jedenfalls im Zusammenhang mit dem Schreiben vom 9.7.2009, spätestens nach den Einschätzungen der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO vom 28. 10. 2009 wegen Überschuldung der Services, der Energy und der Holding für die Services und die Holding Insolvenzantrag stellen müssen. Die Gruppe hätte dann das neue Tarifmodell im Sommer 2010 nicht mehr auflegen und von dem Kläger im Herbst 2010 keine Vorauszahlungen mehr anfordern können.

Da die Verträge von verschiedenen Töchtern zusammen bedient wurden und da weiter die Services sämtliche Kundengelder einnahm, da außerdem alle Gesellschaften insolvenzreif (überschuldet) waren, ist es unerheblich, dass der Beklagte gerade nicht Geschäftsführer der Energy, der Vertragspartnerin des Klägers, war. Denn wie sich aus den dem im Protokoll der Sitzung vom 10.6.2009 enthaltenen Überlegungen zu einem rollierenden Geldsystem ergibt, sahen die Geschäftsführer der einzelnen Gesellschaften diese als zusammenhängenden Verband, in dem die eine Gesellschaft für die andere Mittel hergab, um sich gegenseitig zu erhalten.

a) Als Geschäftsführer der Services mag der Beklagte nicht für die Finanzen zuständig gewesen sein. Wie sich aus dem Protokoll vom 10.6.2009 und dem Schreiben vom 9.7.2009, das auch von dem Beklagten verfasst worden ist, ergibt, waren aber die Finanzen das beherrschende Thema in allen Gesellschaften, die Probleme haben auch ihn beschäftigt und er hatte Kenntnis von der tatsächlichen Situation aller Gesellschaften. Hinzu kommt, dass jeder Geschäftsführer ohnehin gesellschaftsrechtlich grundsätzlich zur fortwährenden Überwachung der Finanzlage verpflichtet ist; es handelt sich um eine nicht delegierbare Pflichtaufgabe, so dass sich der Beklagte nicht darauf berufen kann, intern nicht für die Überwachung der Finanzlage zuständig gewesen zu sein. Er hat auch nicht dargetan, dass er jemanden anders dafür ausgewählt und entsprechend sorgfältig überwacht hätte (Münchener Kommentar/Klöhn, a.a.O. § 15a InsO Rn. 173,176 f.).

b) Der Beklagte wusste, wie sich aus dem Protokoll der außerordentlichen Vorstandssitzung der Holding vom 10.6.2009 deutlich ergibt, dass eine Überschuldung sämtlicher Gesellschaften vorlag. Er selber teilte - mit anderen Unterzeichnern- mit Schreiben vom 9.7.2009 dem Aufsichtsrat der Holding mit, dass bei dieser, aber auch bei der Energy und der Services (und anderen Gesellschaften) die Überschuldung eingetreten sei. Soweit der Insolvenzverwalter Dr. Bähr in seiner Zeugenaussage vor

dem Amtsgericht Lingen am 6.8.2013 mitteilte, die Energy und die Holding seien sicher seit Anfang Mai 2009 zahlungsunfähig gewesen, die Services wohl nicht (Protokoll der öffentlichen Sitzung des Amtsgericht Lingen vom 6.8.2013 in der Sache 4 C 132/13 Seite 4), ist zu bemerken, dass er nur die Frage der Zahlungsunfähigkeit, nicht die der Überschuldung, die aber unter anderem gerade der Beklagte festgestellt hatte, geprüft hatte (siehe auch Seite 4 des gemeinsamen Protokolls der Sitzung des Amtsgerichts Solingen vom 13.11.2013). Im Zivilprozess haben die Parteien jeweils die ihnen günstigen Umstände darzulegen und zu beweisen. Dementsprechend muss der Kläger grundsätzlich auch die Überschuldung darlegen und beweisen. Dies ist im vorliegenden Fall aber anders, denn der Beklagte ist selbst der Auffassung gewesen, dass Überschuldung vorgelegen hat und muss deswegen nun den Wegfall der Überschuldung darlegen und beweisen (so für die Frage der Darlegungs- und Beweislast des Wegfalls der allgemeinen Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess BGH NJW 2008, 2190 Rn 23, zitiert nach juris). Da der Beklagte keine konkreten Ausführungen dazu macht, dass und weshalb die nach seiner eigenen Einschätzung vorhanden gewesene Überschuldung weggefallen sein soll, ist von deren Fortbestehen auszugehen. Außerdem spricht für das weitere Vorliegen einer Überschuldung jedenfalls vor dem hier maßgeblichen Zeitpunkt für die Verträge des Klägers aus dem November 2010 die unbestrittenen vorgetragene Bewertung der BDO vom 28. 10. 2009, dass die vorgelegten Unterlagen den Schluss nahe legten, dass der gesamte Konzern zum 31.12.2008 überschuldet war und vermutlich auch weiter sei. Die Wertung des Beklagten, es habe keinen Hinweis auf eine vermeintliche Insolvenzantragspflicht gegeben, trifft danach nicht zu. Es kommt nach allem weder auf die streitige Zahlungsunfähigkeit (die bei einem funktionierenden, wenn auch möglicherweise unzulässigen rollierenden, faktischen Cash-Pool-System eher nicht vorgelegen haben dürfte, vergleiche LAG Düsseldorf, Urteil vom 28.8.2012 – 8 Sa 1346/11 –) noch mehr darauf an, dass im Juni 2010 über eine mögliche Brückenfinanzierung gesprochen wurde (zu der es im übrigen erst 5 Monate später kam und die, wie auch weitere Zahlungseingänge, nicht mehr half).

c) Das Unterlassen der Insolvenzantragstellung ist auch kausal für den eingetretenen Schaden, denn die Zahlungen auf die eingangs genannten Schreiben vom 5. und 12.11.2010 wären nicht mehr erfolgt, wenn bereits im Jahre 2009 Insolvenzantrag gestellt worden wäre, schon weil das neue Vertragsmodell nicht aufgelegt worden wäre.

2. Der Beklagte haftet auch auf die eingeklagte Forderungshöhe von 816,90 €.

a) Zur Substantiierung der Schadenshöhe hat der Kläger die Gutschriftrechnungen vom 23.11./9.12.2011 und 4./9.12.2011 eingereicht, welche ihm nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Energy zugesandt worden sind und aus denen sich der Gesamtbetrag errechnet. Das Bestreiten des Beklagten hinsichtlich der Richtigkeit dieser Abrechnungen ist unerheblich. Grundsätzlich ist der Anspruchsteller, hier der Kläger, verpflichtet, die Schadenshöhe darzulegen und zu beweisen. Im Falle eines Rückzahlungsbegehrens muss er darlegen und beweisen, dass ihm in der entsprechenden Höhe ein Rückforderungsanspruch zusteht, weil ihm der vorausbezahlte Strom nicht geliefert worden ist. Hier ist unstrittig, dass nicht mehr weiter geliefert worden ist; der Beklagte als ehemaliger Geschäftsführer der Services und Vorstand der Holding weiß dies. Es wäre deshalb an ihm substantiiert darzulegen, dass das in den jeweiligen Gutschriften angenommene Datum der Verbrauchsabrechnungen, die dem Kläger erstellt worden sind, nicht zutreffend sein kann. Hierfür ist es unerheblich, dass er nach seinen Angaben auf Unterlagen nicht mehr zugreifen kann.

b) Die Forderungen sind auch im übrigen rechnerisch zutreffend ermittelt unter Berücksichtigung der Überweisungen von 200 € am 21.9.2010 und 418 € am 12.11.2010 auf den Vertrag mit den Endziffern 871, welche in die Verbrauchsabrechnung, die mit einer Gutschrift von 480,33 € abschließt, eingeflossen sind (der weitere Betrag von 400 €, ebenfalls gezahlt am 21.9.2010, wird gar nicht geltend gemacht); weiter sind hinsichtlich des Vertrages mit den Endziffern 197 sind mit einmal 200 € am 26.10.2010, 160 € vom 16.11.2010 und weiteren 174 € mehr Einzahlungen belegt als in der Verbrauchsabrechnung für den Zeitraum 1.12.2010 bis 30.4.2011 eingestellt sind; der mit der Klage geltend gemachte Restbetrag von 336,57 € (die Gutschrift von 62,06 € wird nicht eingeklagt) ist damit jedenfalls belegt.

c) Der Kläger braucht sich nicht auf die geringere und vor Abschluss des Insolvenzverfahrens nicht feststehende Summe verweisen zu lassen, die ihm nach Abzug einer zu leistenden Insolvenzquote zustehen würde. Denn der Kläger ist gemäß § 249 BGB so zu stellen, wie er ohne die schädigende Handlung stünde, und es ist gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu entschädigen. Hätte der Kläger über die Lage seines Vertragspartners Bescheid gewusst, dass dieser nämlich bereits insolvenzreif war, hätte er die Verträge nicht abgeschlossen; als so genannter Neugläubiger kann er den vollen Betrag verlangen (BGHZ 126,181). Über die Frage, ob er gleichzeitig die Quote verlangen darf, ist im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden.

3. Nach allem kommt es auf die Frage, ob weitere Anspruchsgrundlagen erfüllt sind, nicht an.

4. Die Nennung anderer Gesamtschuldner im Tenor beinhaltet nicht deren Verurteilung, sondern bedeutet nur, dass der Beklagte, falls diese in gleicher Weise verurteilt werden, neben diesen nur als Gesamtschuldner in Anspruch zu nehmen ist.

5. Es ist festzustellen, dass die Forderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung resultiert, weil die Schutzgesetzverletzung (§ 15 a InsO) zu einer Haftung aus einer unerlaubten Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB) führt und eine Straftat darstellt. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus § 850 f Abs. 2 ZPO.

6. Die Zinsen schuldet der Beklagte aus §§ 286, 288 BGB.

Die Anwaltskosten sind angesichts der schwierigen Rechtsfragen als erstattungsfähiger Schaden nach dem vollen Streitwert zu erstatten, § 249 BGB.

7. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Beklagte gemäß § 91 ZPO zu tragen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

III. Den Parteien war keine Erklärungsfrist auf die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung zu gewähren, weil die Frage der Insolvenzreife von beiden Parteien bereits ausführlich aus ihrer Sicht erörtert worden ist. Der klägerische Vortrag verhält sich im wesentlichen zu der Frage der Insolvenzverschleppung. Der Beklagte wusste, dass die Frage der Überschuldung wesentlich ist, weshalb unter anderem mit der vermeintlichen Stundung durch das Hauptzollamt argumentiert wird.

Die Revision ist zuzulassen, weil eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten gegen den Beklagten aus der Insolvenz der TelDaFax Gruppe mit unterschiedlichen Ergebnissen und unterschiedlichen Begründungen entschieden worden sind, so dass eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO.

Ausgefertigt  
Berlin, 23.07.2014

68/11

