
Datum: 05.10.2017
Gericht: Landgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 O 21/17
ECLI: ECLI:DE:LGK:2017:1005.2O21.17.00

Tenor:

Der Beklagte zu 1. wird verurteilt, an den Kläger 15.752,41 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 21.12.2015 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages.

Tatbestand	1
Gegenstand der Klage sind Ansprüche nach § 64 S.1 GmbHG und aus angeblich pflichtwidriger Steuerberatung.	2
Der Beklagte zu 1. war jedenfalls seit dem 22.11.2012 Geschäftsführer der C GmbH (Insolvenzschuldnerin, nachfolgend „C“) und seit dem 02.09.2013 deren Liquidator. Aufgrund des Insolvenzantrags vom 07.08.2014 wurde am 21.10.2014 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der C eröffnet (AG Köln, Az. 71 IN 308/14) und der Kläger als Insolvenzverwalter bestellt, nachdem er zuvor am 29.09.2014 als vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde.	3
Die Beklagte zu 2. war jedenfalls seit 2006 steuerberatend für die C tätig. Der Beklagten zu 3. hat das Mandat betreut. Die Beratung umfasste die Lohnbuchhaltung, Finanzbuchhaltung sowie die Erstellung der Jahresabschlüsse und Steuererklärungen. Der Beklagte zu 3. ist Partner der Beklagten zu 2. Seit dem 10.12.2013 handelt die Beklagte zu 2. als Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung.	4

Die C als Bauträgerin beauftragte im Jahr 2008/2009 die Fa. Q Bauunternehmung GmbH (nachfolgend „Fima Q“) als Generalunternehmerin mit Werkleistungen an einem Bauvorhaben in Form einer Seniorenresidenz in Pulheim. Die Firma Q stellte in der Zeit vom 11.07.2008 bis 09.12.2009 Werkleistungen in Höhe von netto 2.082.155,48 € in Rechnung, worauf die C 1.914.385,41 € netto bezahlte. Die C war nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt. Umsatzsteuer i.H.v. 363.733,22 € und weitere Umsatzsteuern auf Bauleistungen i.H.v. 4.524,46 € wurde an die Finanzverwaltung in der Zeit vom 05.08.2008 bis 31.12.2009 geleistet. Hierbei wurde eine Steuerschuldnerschaft der C als Leistungsempfängerin gemäß § 13 b UStG zugrunde gelegt, was zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der damaligen Verwaltungsauffassung entsprach. Über das Vermögen der Firma Q wurde am 31.01.2014 das Insolvenzverfahren eröffnet.

Die C verkaufte die Miteigentumsanteile der Seniorenresidenz in Pulheim. Die Wohnungseigentümergeinschaft leitete 2010 ein Beweissicherungsverfahren (Landgericht Köln, Az. 8 OH 22/10) wegen diverser Baumängel gegen die C ein. In dem Verfahren wurde ein Sachverständigengutachten vom 27.07.2011

6

(zugestellt an die C am 04.08.2011, Bl. 258 der Akte LG Köln, Az. 8 OH 22/10) und ein Ergänzungsgutachten vom 25.02.2013 (der C zugestellt am 11.03.2013, Bl. 460 der Akte LG Köln, Az. 8 OH 22/10) eingeholt, wobei die Kammer anhand der Chronologie der Akte im selbständigen Beweisverfahren davon ausgeht, dass das Gutachten fehlerhaft auf den 25.02.2012 datiert wurde.

7

Auf die darauf folgende Zahlungsklage (Landgericht Köln Az. 8 O 481 / 12) wurde die C zur Zahlung von insgesamt 123.900 € zzgl. Zinsen am 28.08.2014 verurteilt. Eine weiteres Urteil aufgrund einer Klage durch einen Miteigentümer erging am 24.07.2014 (8 O 297 / 11) über 6.940,50 € zzgl. Zinsen.

8

Der Beklagte zu 1. zahlte von einem Guthabenkonto der C bei der L-Kasse Köln in der Zeit vom 01.01.2012 bis 12.08.2014 insgesamt 71.098,15 € an diverse Gläubiger. Auf die Zahlungsaufstellung Bl. 5 bis 9 d.A. wird Bezug genommen.

9

Von dem Beklagten zu 1. verlangt der Kläger nun auf Grundlage von § 64 GmbHG Zahlungersatz für die getätigten Überweisungen von dem Geschäftsgirokonto unter Berücksichtigung bereits vom Landgericht Köln am 28.06.2016 (Az. 22 O 528 / 15) u.a. ausgeurteilter 4.968,25 €. In diesem Verfahren hatte der Kläger den Beklagten zu 1. wegen der Zahlungen an dessen Prozessbevollmächtigten im Jahr 2014 i.H.v. insgesamt 6468,25 € in Anspruch genommen. Auf das als Anlage K 6 zur Akte gereichte Urteil des Landgericht Köln und den Beschluss des Oberlandesgericht Köln vom 2.12.2016 (Az. 22 O 528/15, Anlage K7) wird Bezug genommen. Eine fruchtlose Zahlungsaufforderung des Klägers an den Beklagten zu 1. erfolgte mit Schreiben vom 15.12.2015 unter Fristsetzung zum 21.12.2015.

10

Der Kläger beantragte zudem am 15.09.2015 unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 22.08.2013 (V R 37/10) die Änderung der Umsatzsteuerveranlagung für die Jahre 2008 und 2009, was das Finanzamt mit Schreiben vom 13.10.2015 (Anlage K 3, Anlagenordner zum Klageschriftsatz) wegen Ablaufs der Festsetzungsverjährung ablehnte. Die Festsetzungsfristen waren für das Jahr 2008 am 31.12.2013 und für das Jahr 2009 am 31.12.2014 abgelaufen. Der Kläger verlangt Ersatz der verjährten Umsatzsteuererstattungsansprüche von den Beklagten i.H.v. 368.257,68 €. Die Beklagten zu 1. und 2. wurden vorprozessual unter Fristsetzung zum 21.12.2015 zur Zahlung aufgefordert.

11

Hinsichtlich des Klageantrags zu 1. behauptet der Kläger, dass die C zum Zeitpunkt der Zahlungen ab dem 01.01.2012 bereits evident zahlungsunfähig im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO gewesen sei. Auf Grundlage der im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Sachverständigengutachten vom 27.07.2011 und 25.02.2013 sei der Gesamtanspruch der Wohnungseigentümer, den das Landgericht Köln letztlich mit 123.900 € (Urt. v. 28.08.2014, Az. 8 O 481/12) und 6.940,50 € (Urt. v. 24.07.2014, Az. 8 O 297/11) ausgeurteilt habe, erkennbar gewesen. Mit Schreiben vom 28.08.2012 habe die WEG von der C unstreitig einen Nachbesserungskostenvorschuss in Höhe von 45.000 € verlangt. Wegen des weiteren Inhalts des Schreibens vom 28.08.2012 wird auf Anlage K8 zur Klage vom 19.12.2016 Bezug genommen. Die C habe überdies in dem auf Werklohn gerichteten Verfahren der Firma Q vor dem Landgericht Köln (Az. 85 O 26/10) bereits 2010 unstreitig vorgetragen, dass sie sich Mängelbeseitigungsansprüchen in Höhe von 135.000 € und Schadensersatzansprüchen in Höhe von 17.500 € ausgesetzt sehe. Die C sei spätestens seit 2010 rechnerisch überschuldet gewesen, woraus die rechtliche Überschuldung im Sinne des § 19 InsO folge. Dies folge auch aus dem Beschluss des Oberlandesgerichts Köln vom 02.12.2016 (18 U 115 / 16). Spätestens mit Einleitung des Beweissicherungsverfahrens habe seitens der Beklagten für den darauf folgenden Jahresabschluss die Verpflichtung bestanden, Rückstellungen in Höhe von 133.000 € nach § 249 HGB zu bilden. Die Verpflichtung sei auch nicht durch einen etwaigen Gewährleistungsbürgschaftsanspruch in Höhe von 100.000 € gegen den Versicherer Euler Hermes entfallen. Dieser sei auch nicht werthaltig gewesen, da die C unstreitig bereits Zurückbehaltungsrechte an der Schlussrate der Werklohnvergütung der Firma Q geltend gemacht habe und das Landgericht Köln unstreitig in dem Verfahren 85 O 26 / 10 die Klage der Firma Q auf die restliche Werklohnvergütung abgewiesen habe. Die Realisierung eines weitergehenden Bürgschaftsanspruchs von 100.000 € hätte aber vorausgesetzt, dass die zurückbehaltenen Summe überschritten werde.

Die Haftung des Beklagten zu 1. sei auch nicht auf Zahlungen nach der Übernahme der Geschäftsführung am 22.11.2012 beschränkt. Zuvor habe er auf Grundlage einer notariell beurkundeten Generalvollmacht vom 19.09.2006 und faktisch als Geschäftsführer gehandelt. Der vorherige Geschäftsführer P, der Schwiegersohn des Beklagten zu 1., sei von dem Beklagten zu 1. abhängig gewesen, der auch immer maßgeblicher Ansprechpartner für sämtliche Kunden und Dienstleister gewesen sei. Für den Beklagten zu 1. habe damit jedenfalls die Verpflichtung aus § 43 GmbHG bestanden, die Ansprüche gegen seinen Schwiegersohn gemäß § 64 GmbH durchzusetzen.

13

Hinsichtlich des Klageantrags zu 2. behauptet der Kläger, dass das Mandat der Beklagten zu 2. und 3. gemäß § 116 S. 1, 115 Abs. 1 InsO erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geendet habe. Die Beklagte zu 2. habe es pflichtwidrig entgegen § 115 Abs. 2 InsO trotz veröffentlichter Anhängigkeit des Verfahrens vor dem Bundesfinanzhof (Az. V R 27/10) unterlassen, Maßnahmen zur Unterbrechung der Festsetzungsverjährung zu ergreifen bzw. die C dahingehend zu beraten. Auch nach der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 22.08.2013 sei die Beklagte zu 2. untätig geblieben. In der für die C am 19.10.2013 erstellten und 14.04.2014 veröffentlichten Liquidationsbilanz für die Zeit bis zum 11.09.2013 (Bl. 86 ff. d.A.) sei der Umsatzsteuererstattungsanspruch gegen die Finanzverwaltung unstreitig nicht aktiviert worden. Im Falle der richtigen Aktivierung und Durchsetzung wäre das Unternehmen nicht insolvenzreif gewesen. Im Insolvenzeröffnungsverfahren hätten die Beklagten die Erteilung von Auskünften und die Bereitstellung von Unterlagen boykottiert. Eine im September 2014 übermittelte CD mit den Daten der Finanzbuchhaltung 2004 – 2014 sei nicht leserlich gewesen. Indem die Beklagten zu 2. und 3. den Beklagten zu 1. über das Urteil des Bundesfinanzhofs informiert und gemeinsam von der Geltendmachung der Erstattungsansprüche abgesehen hätten, hätten sie die Befriedigungsquote der Gläubiger

14

erheblich beeinträchtigt, da der Insolvenzmasse damit ein Betrag in Höhe der Klageforderung zur Befriedigung der Gläubiger nicht mehr zur Verfügung gestanden habe. Es komme auch nicht darauf an, ob der Insolvenzverwalter der Firma Q tatsächlich in gleicher Höhe eine Insolvenzforderung nach § 38 InsO angemeldet hätte. Die Aktivmasse der C sei allein durch die Pflichtwidrigkeit der Beklagten vermindert worden. Denn ein „Nullsummenspiel“ sei dann nicht gegeben, wenn zwischen Leistung und Geltendmachung des Steuererstattungsanspruchs die Eröffnung des Insolvenzverfahrens liege. Dies folge daraus, dass im Insolvenzverfahren die Verbindlichkeit gegenüber dem leistenden Unternehmen nur Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO sei, die quotal bedient werde, während der Steuererstattungsanspruch der Insolvenzschuldnerin gegen die Finanzverwaltung nach § 35 Abs. 1 InsO in die Masse falle und voll durchsetzbar sei. Die Verringerung der Aktivmasse sei ein Gesamtschaden im Sinne des § 92 InsO. Etwas anderes folge auch nicht aus der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 23.2.2017 (DStR 2017, 777 – 784) und dem CF-Schreiben vom 26.07.2017 (Bl. 153 ff., dort Rn. 15 a), welche sich nicht mit einem dazwischen liegenden Insolvenzereignis befassen würden.

Der Beklagte zu 1. hafte seinerseits gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG für eigenes Auswahl- und Überwachungsverschulden. Der Beklagte zu 1. habe die Beklagte zu 2., die keine Fachberaterin im Umsatzsteuerrecht oder in der Bauträgerbranche sei, nicht sorgfältig ausgewählt und nicht überwacht. 15

Der Kläger beantragt, 16

1. den Beklagten zu 1. zu verurteilen, 66.129,90 € an den Kläger nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.12.2015 zu zahlen; 17

2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 368.257,68 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.12.2015 zu zahlen. 18

Die Beklagten beantragen, 19

die Klage abzuweisen. 20

Der Beklagte zu 1. behauptet, der Kläger habe den Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung unzulässig auf den Beginn des Jahres 2012 verlagert. Nach der Mängelanzeige durch die Miteigentümer der Seniorenresidenz hätten die gerügten Mängel zunächst geprüft werden müssen. Zu diesem Zeitpunkt habe von einem fälligen Gewährleistungsanspruch mangels Feststellung eines solchen noch nicht die Rede sein können. Überdies hätten der C Regressansprüche gegen die Firma Q zugestanden, und sie hätte auf eine Gewährleistungsbürgschaft eines Kreditversicherers für die Firma Q über 100.000 € zugreifen können. 21

Die Bildung von Rückstellungen sei nicht erforderlich gewesen. Zum Bilanzstichtag am 11.09.2013 sei mit dem Entstehen einer Verbindlichkeit gegenüber den Miteigentümern der Seniorenresidenz nicht ernsthaft zu rechnen gewesen. Das Landgericht wie auch das Oberlandesgericht habe in diesem Zusammenhang fehlerhaft angenommen, dass die Bürgschaft für eine Rückstellung nicht aktiviert werden könne und damit quasi verbraucht sei. Der Beklagte zu 1. habe indes dargelegt, dass die Bürgschaft so gut wie bares Geld anzusetzen sei. Der Kläger habe diese Bürgschaft im Insolvenzverfahren auch unstreitig nicht in Anspruch genommen. Hinsichtlich des Klageantrags zu 2. behauptet der Beklagte zu 1., dass der Kläger selbst vor Ablauf der Festsetzungsfrist einen Antrag beim Finanzamt hätte stellen können. 22

Die Beklagten zu 2. und 3. sind der Ansicht, dass ihr Mandat am 07.08.2014 geendet habe, da sie die C nach der Insolvenzantragstellung unstreitig nicht mehr beauftragt habe. Sie bestreiten, dass die C schon ab dem 01.01.2012 zahlungsunfähig gewesen sei und eine rechnerische Überschuldung vorgelegen habe. Aus dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 22.08.2013, veröffentlicht im Bundessteuerblatt vom 14.02.2014, folge nicht, dass der C ein Umsatzsteuererstattungsanspruch in der geltend gemachten Höhe zugestanden habe. Die Beklagten zu 2. und 3. hätten in der Liquidationseröffnungsbilanz daher keinen Umsatzsteuererstattungsanspruch aktivieren müssen und seien nicht verpflichtet gewesen, auf eine Hemmung der Festsetzungsverjährung bezüglich eines solchen Erstattungsanspruchs hinzuwirken. Dies folge daraus, dass nach dem Erlass des Bundesfinanzministeriums vom 31.07.2014 (Az. IVAIII-S0354/14/100/IV-3 3-7279/11/1002) im Falle einer Rückforderung der Umsatzsteuer durch die C als Leistungsempfänger diese gegen den leistenden Unternehmen – hier die Firma Q – festzusetzen gewesen wäre, die wiederum den Leistungsempfänger C hätte in Anspruch nehmen können. Damit würde sich ein Umsatzsteuererstattungsanspruch mit der Umsatzsteuerverbindlichkeit gegenüber der Firma Q kompensieren. Die Firma Q wäre berechtigt gewesen, ihren Umsatzsteueranspruch gegenüber der C an das Finanzamt abzutreten, so dass das Finanzamt wiederum gegenüber einem vermeintlichen Umsatzsteuer-Erstattungsanspruch der C die Aufrechnung hätte erklären können. Dies sei auch mit dem Beklagten zu 1. nach der Veröffentlichung des Urteils – insoweit unstreitig – erörtert worden. Nach der Rechtsprechung könnten überdies Umsatzsteuererstattungsansprüche erst dann geltend gemacht werden, wenn der jeweilige Bauträger die Umsatzsteuer an den leistenden Bauunternehmer bezahlt habe. Dieses Ergebnis folge zuletzt auch aus einem CF-Schreiben vom 26.07.2017 (Bl. 153 ff., dort Rn. 15 a).	23
Nach Insolvenzantragstellung seien die Beklagten zu 2. und 3. auch nicht mehr berechtigt und verpflichtet gewesen, auf die Geltendmachung von Umsatzsteuererstattungsansprüchen hinzuwirken. Die Voraussetzungen einer Notgeschäftsführung gemäß § 115 Abs. 2 InsO hätten nicht vorgelegen.	24
Die Akte Landgericht Köln Az. 8 OH 22/10 ist beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 13.07.2017 gemacht worden.	25
Entscheidungsgründe	26
Die zulässige Klage ist nur teilweise begründet.	27
I.	28
Der Kläger hat gegen den Beklagten zu 1. als Geschäftsführer und Liquidator der C einen Zahlungsanspruch gem. § 64 S. 1 GmbHG, allerdings nur für Zahlungen nach dem 11.03.2013. Ausweislich der Zahlungsaufstellung des Klägers Bl. 5 ff. d.A. wurden nach dem 11.03.2013 bis zum 12.08.2014 Überweisungen in Höhe von 20.720,66 € getätigt, so dass abzüglich der Zahlung vom 05.05.2014 in Höhe von 4.968,25 €, die bereits Gegenstand des Urteils des Landgericht Köln vom 28.06.2016 (Az. 22 O 528/15) war, der Anspruch in Höhe von 15.752,41 € besteht.	29
Gem. § 64 S. 1 GmbHG sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Im Ergebnis steht nicht fest, dass die C bereits zum Zeitpunkt der ersten Zahlung am 01.01.2012 zahlungsunfähig und/oder überschuldet war, so dass auch dahinstehen kann, ob der Beklagte zu 1., der erst am 22.12.2012 als	30

Geschäftsführer der C bestellt wurde, auf Grundlage einer faktischen Geschäftsführung oder unterlassener Inanspruchnahme des Geschäftsführers P wegen Zahlungen zwischen dem 01.01.2012 und dem 22.12.2012 überhaupt haftbar gemacht werden könnte.

Überschuldung liegt gem. § 19 Abs. 2 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Bezüglich der Überschuldung genügt der Kläger als Insolvenzverwalter seiner Darlegungslast zunächst, wenn er eine rechnerische Überschuldung der C substantiiert behauptet. Mithin kann von rechnerischer Überschuldung widerleglich auf rechtliche Überschuldung i.S.d. § 19 InsO geschlossen werden. (Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 114 – 117). Der Kläger behauptet eine rechnerische Überschuldung seit 2010 und behauptet hierzu, dass die C im Zuge Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens der Wohnungseigentümer gegen die C (LG Köln Az. 8 OH 22/10) Rückstellungen nach § 249 HGB für die Forderungen der Eigentümergemeinschaft der Seniorenresidenz in Höhe von 133.000 € hätte bilden müssen. Es ist auch unstreitig, dass eine Überschuldung jedenfalls zum Zeitpunkt der ersten Zahlung am 01.12.2012 vorgelegen hätte, wenn diese Rückstellungen in dieser Höhe bereits 2012 oder früher hätten erfolgen müssen.

31

Die Kammer meint allerdings nicht, dass eine Passivierung der Rückstellungen in dieser Höhe bereits im Jahr 2012 hätte erfolgen müssen. Gemäß § 249 HGB sind Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu bilden. Es handelt sich also um Passivposten zum Ausweis ungewisser Verbindlichkeiten am Abschlussstichtag und zur Vorwegnahme von Vermögensminderungen in späteren Geschäftsjahren. Die hier in Betracht kommenden Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten gemäß § 249 Abs. 1 S. 1 HGB betreffen Schulden gegenüber Dritten, die dem Grunde und/oder der Höhe nach noch ungewiss sind. Die Verbindlichkeit muss aber hinreichend konkretisiert sein. Der Schuldner muss ernsthaft mit der Inanspruchnahme aus der Verbindlichkeit rechnen, und die Geltendmachung muss nach den Verhältnissen am Bilanzstichtag wahrscheinlich sein (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 02.12.2016, 22 O 528/15; Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 249 Rn. 2 – 5). Dass aus Sicht des Beklagten zu 1. bei der Aufstellung bzw. dem Beschluss über den Jahresabschluss 2012 eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Gewährleistungsverpflichtung in bestimmter Höhe bestand, hat der Kläger im Ergebnis nicht hinreichend dargetan. Vielmehr musste dem Beklagten zu 1. erst mit der Zustellung des im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Ergänzungsgutachtens vom 25.02.2013 am 11.03.2013 (Az. 8 OH 22/10 Bl. 458) bewusst sein, dass insgesamt Gewährleistungsansprüche in Höhe von 133.000 € ernsthaft drohten. Der gerichtlich bestellte Sachverständige hat in seinen Gutachten vom 27.07.2011 und 25.02.2013 zwar festgestellt, dass die nicht der vorhandenen Wasserbelastung standhaltende Abdichtung Ursache für die Feuchtigkeits- und Schimmelbildungen in der Wohnung Nr. 20 war, woraufhin am 26.08.2011 eine Mängelbeseitigungsaufforderung der WEG erfolgte. Allerdings stand erst mit dem im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Ergänzungsgutachten fest, dass auch die vorhandene Folieneinrichtung mangelhaft war, so dass unter Berücksichtigung der Minderung im Hinblick auf den vom Sachverständigen festgestellten Mängelbeseitigungsaufwand ein Rückerstattungsbetrag i.H.v. 81.000 € von der C zu erbringen war, den diese im Wege der Klageerweiterung am 01.08.2013 in dem Verfahren vor dem Landgericht Köln 8 O 481 / 12 gemeinsam mit einem Kostenvorschuss i.H.v. 45.000 € für die noch verbliebenen Mängel gemäß Ausgangsgutachten einforderte (vgl. Urte. v. 28.08.2014, vorgelegt als Anl. K9 zur Klageschrift). Aus dem als Anl. K8 zur Klageschrift eingereichten Schreiben der WEG vom 26.08.2012 folgt zudem, dass diese die Minderung für die mangelhafte Dachausführung erst nach dem Eingang des

32

Ergänzungsgutachtens beziffern wollte, was erst mit Schreiben vom 21.03.2013 nach Zustellung des Ergänzungsgutachtens erfolgte (s. Urt. v. 28.08.2014, vorgelegt als Anl. K9 zur Klageschrift). Hinsichtlich der nach der Zustellung des Ergänzungsgutachtens vom 25.02.2013 am 11.03.2013 erfolgten Zahlungen stand mithin fest, dass diese nach Überschuldung erfolgt sind. Liegt eine Auszahlung nach Eintritt der Überschuldung vor, wird die Pflichtwidrigkeit der Zahlung sowie das Verschulden – einschließlich der Erkennbarkeit der Insolvenzreife – vermutet. Will sich der Geschäftsführer entlasten, hat er darzulegen, dass und wie er sich um die finanzielle Situation der Gesellschaft gekümmert hat bzw. aus welchen Gründen er die Insolvenzreife der Gesellschaft nicht erkennen konnte, oder dass die Zahlungen mit den Grundsätzen eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar waren (Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 119). Ein derartiger Vortrag des Beklagten zu 1. fehlt jedoch.	
Der Beklagte zu 1. kann zuletzt auch nicht damit gehört werden, dass etwaige Ansprüche der C aus einer Gewährleistungsbürgschaft i.H.v. 100.000 € zu berücksichtigen gewesen wären. Dies folgt bereits daraus, dass die Klage der Firma Q auf Werklohnvergütung in dem Verfahren vor dem Landgericht Köln abgewiesen wurde. Es ist seitens des Beklagten zu 1. bereits nicht dargelegt, dass die Forderungen der C gegen die Firma Q den zurückbehaltenen Werklohn überschritten haben, so dass die Bürgschaft überhaupt noch hätte zum Einsatz kommen könnte.	33
Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB.	34
II.	35
Der Klageantrag zu 2. ist hingegen als unbegründet abzuweisen.	36
Dem Kläger steht gegen die Beklagten kein Anspruch auf Schadenersatz auf Grundlage einer Pflichtverletzung aus dem steuerrechtlichen Beratungsmandat wegen Nichtergreifens von Maßnahmen zur Durchsetzung einer Umsatzsteuererstattungsanspruchs vor Ablauf der Verjährung bzw. des Unterlassens einer dahingehenden Beratung zu.	37
1.	38
Eine Obliegenheitsverletzung des Beklagten zu 1. bei der Auswahl der Beklagten zu 2. ist unabhängig von einer solchen Pflichtverletzung bereits nicht ersichtlich. Die Beklagte zu 2. war als Steuerberatungsgesellschaft im Rahmen eines Dauermandats mit der steuerrechtlichen Beratung der C auch im Zusammenhang mit Umsatzsteuerfragen beauftragt. Der Vortrag des Klägers, die Beklagten zu 2. habe nicht über die notwendige Kompetenz verfügt und der Beklagte zu 1. habe die Beklagten zu 2. daher nicht sorgfältig ausgewählt, entbehrt jeder Substanz.	39
2.	40
Aber auch eine Pflichtverletzung der Beklagten zu 2. und des Beklagten zu 3. als Betreuer des Mandats ist nicht gegeben.	41
Eine Pflichtverletzung ist zunächst einmal nicht darin zu sehen, dass die Beklagten zu 2. und 3. nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 22.08.2013 (Az. V R 27/10) keine Maßnahmen zur Unterbrechung der Festsetzungsverjährung in Bezug auf einen Umsatzsteuererstattungsanspruch ergriffen haben, was zum maßgeblichen Zeitpunkt der Veröffentlichung am 14.02.2014 jedenfalls noch hinsichtlich der Umsatzsteuerzahlungen	42

möglich gewesen wäre, die erst im Jahr 2009 an die Finanzverwaltung geleistet wurden.

Im Grundsatz ist der steuerliche Berater zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung seines Auftraggebers verpflichtet. Er hat dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche vorhersehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den relativ sichersten und ungefährlichen Weg zu dem angestrebten steuerlichen Ziel aufzuzeigen und die für den Erfolg notwendigen Schritte vorzuschlagen, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann (st. Rspr., BGH, Urt. v. 19.03.2009 – IX ZR 214/07, NJW 2009, 2949, Rn. 9). Die Beklagten zu 2. und 3. haben in diesem Zusammenhang unwidersprochen vorgetragen, dass der Beklagte zu 1. als damaliger Liquidator der C nach Veröffentlichung des Urteils dahingehend beraten wurde, dass die Durchsetzung eines Erstattungsanspruchs mit Blick auf den dann korrespondierenden Anspruch der Fa. Q auf Zahlung der Umsatzsteuer gegen die C nicht sinnvoll sei, weshalb eine entsprechende Antragstellung beim Finanzamt letztlich unterblieben ist. Diese Beratungsempfehlung der Beklagten zu 2. und 3. war zum Zeitpunkt der Beratung, die vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung erfolgte, nicht pflichtwidrig. 43

Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 23. Februar 2017 – V R 16, 24/16, BFHE 257, 177, BStBl II 2017, 760) stand der Firma Q jedenfalls ein an das Finanzamt abtretbarer Anspruch auf Zahlung der Umsatzsteuer gegen die C zu. Nach der Entscheidung des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 19. Mai 2016 (1 K 3504/15) führt das in der Praxis dazu, dass der Bauträger die Umsatzsteuer nur dann vom Finanzamt zurückerhält, wenn er seinerseits die Umsatzsteuer an den leistenden Bauunternehmer bezahlt hat. Dies folgt letztlich auch aus dem CF-Schreiben vom 26.07.2017 (Bl. 153 d.A.). 44

Der Umsatzsteuererstattungsanspruch der Fa. Q hätte überdies auch in der Liquidationseröffnungsbilanz der C passiviert werden müssen, so dass er im Ergebnis durch die Umsatzsteuerverbindlichkeit gegenüber der Fa. Q kompensiert worden wäre. Demnach war die Empfehlung der Beklagten zu 2. und 3. dahingehend, untätig zu bleiben, für die C zu diesem Zeitpunkt jedenfalls nicht nachteilig. 45

Überdies ist ihr nach dem Vorgesagten aus dieser Beratung im Gesamtvermögensvergleich kein Schaden entstanden. Dabei ist entgegen des Vortrags des Klägers nicht nur auf die Verminderung der Aktivmasse mangels Aktivierung des Rückerstattungsanspruchs der C gegenüber dem Finanzamt abzustellen. Nach Ansicht des Klägers im nachgelassenen Schriftsatz vom 31.08.2017 liege ein „Nullsummenspiel“ deshalb nicht vor, da zwischen Leistung und Geltendmachung des Steuererstattungsanspruchs die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gelegen habe. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Urteils des Bundesfinanzhofs und der sich daran anschließenden Beratung der Beklagten, nichts weiter zu veranlassen, war das Insolvenzverfahren jedoch noch nicht eröffnet. Die Beklagte zu 2) musste bei ihrer Prüfung der Erfolgsaussichten der Durchsetzung des Steuererstattungsanspruchs auch nicht berücksichtigen, dass nach dem unter I. Gesagten bereits Insolvenzureife der C bestand. Denn eine Pflicht zur Prüfung der Insolvenzureife besteht bei einem allgemeinen steuerrechtlichen Mandat nicht (BGH, WM 2013, 802, 803). 46

Soweit der Kläger daher weiter der Auffassung ist, dass die Beklagten zu 2. und 3. noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Beratung hinsichtlich der Geltendmachung von Umsatzsteuererstattungen geschuldet hätten, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens war der Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Beklagten zu 2. gemäß § 116 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 115 InsO erloschen, ohne dass es einer ausdrücklichen Kündigung durch den Kläger bedurfte (vgl. BGHZ 109, 260, 264). Ein Fall der 47

Notgeschäftsführung nach § 115 Abs. 2 InsO lag indes nicht vor. § 115 Abs. 2 InsO liegt zugrunde, dass es im Interesse der Masse ist, wenn der Beauftragte eilbedürftige Geschäfte auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vornimmt, solange der Insolvenzverwalter seine Tätigkeit noch nicht aufgenommen oder noch keine Gelegenheit hatte, seinerseits die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um Gefahren von der Masse abzuwenden. Insoweit wird das Auftragsverhältnis für die Übergangszeit als fortbestehend fingiert (Satz 2). Der Beauftragte wird hinsichtlich der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr anstelle des Insolvenzverwalters in dessen Verantwortungsbereich tätig. (MüKoInsO/Ott/Vuia, InsO, § 115 Rn. 1 – 17).

Natürgemäß kann die Wahrung von Fristen – beispielsweise für Einsprüche gegen Steuerbescheide – in den Anwendungsbereich von § 115 Abs. 2 InsO fallen (vgl. Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 4. Aufl., Rn. 48). Im streitgegenständlichen Fall wurde der Kläger, selbst Fachanwalt für Steuerrecht, jedoch bereits am 29.09.2014 als Insolvenzverwalter bestellt. Es ist nicht ersichtlich, dass dieser bis zum 31.12.2014 keine Möglichkeit hatte, die behaupteten Ansprüche aus 2009 selbst gegenüber dem Finanzamt geltend zu machen. Insbesondere hatte ihm die Beklagte zu 2. unstreitig im September 2014 die Daten der Finanzbuchhaltung 2004 bis 2014 übermittelt. Dass diese unbrauchbar oder unleserlich waren, ist nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt worden. Soweit der Kläger in seinem nachgelassenen Schriftsatz vom 31.08.2017 zudem ausführt, dass es in Anbetracht der Komplexität eines Insolvenzverfahrens mit den vielfachen Anforderungen von Seiten der Gläubiger, Behörden, Gerichte und sonstige Verfahrensbeteiligte nicht möglich sei, ältere steuerrechtliche Vorgänge kurzfristig aufzuarbeiten, wenn kein Hinweis auf die Notwendigkeit erfolgte, vermag dies ebenfalls eine Verpflichtung der Beklagten zu 2. und 3. zum weiteren Tätigwerden nicht zu begründen. Wenn der Kläger sich zur Aufarbeitung der Vorgänge auch mit Blick auf die vorgetragenen mangelnde Unterstützung nicht in der Lage sah, hätte es ihm freigestanden, das bisherige Vertragsverhältnis mit der Beklagten zu 2. durch ausdrückliche Vereinbarung fortzusetzen oder ein entsprechendes Vertragsverhältnis mit einem anderen Vertragspartner neu abzuschließen. Es ist nicht ersichtlich, dass mit Aufschub der steuerrechtlichen Beratung bis Abschluss einer neuen Mandatsvereinbarung eine Gefahr verbunden war, dass der C Steuererstattungsansprüche verloren gehen. Nur dann hätte die Beklagte zu 2. den Kläger überhaupt weiter beraten müssen. Das Vertragsverhältnis gilt als fortbestehend nur, bis der Insolvenzverwalter selbst Fürsorge treffen kann. Eine Notgeschäftsbesorgung kommt deshalb ebenso wie die Notgeschäftsführung gem. § 115 Abs. 2 Satz 1 in der Praxis nur ausnahmsweise in Betracht und beschränkt sich auf sehr kurze Zeiträume (MüKoInsO/Ott/Vuia, InsO, § 116 Rn. 53 – 54). Der Kläger hatte drei Monate lang Zeit, etwaige Erstattungsansprüche zu prüfen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass sich der behauptete Schaden der C nach dem Vortrag des Klägers überhaupt erst durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens realisiert hat, was daraus folge, dass im Insolvenzverfahren die Verbindlichkeit gegenüber dem leistenden Unternehmen nur Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO sei, die quotal bedient werde, während der Steuererstattungsanspruch der Insolvenzschuldnerin gegen die Finanzverwaltung nach § 35 Abs. 1 InsO in die Masse falle und voll durchsetzbar sei. Es war jedoch Sache des Klägers als Insolvenzverwalter, diesen besonderen Umständen im Insolvenzverfahren Rechnung zu tragen, sei es auch durch eine weitere Beauftragung der Beklagten zu 2. Den Beklagten zu 2. und 3. dies ohne entsprechenden Auftrag als Pflicht aufzuerlegen, würde die Grenzen einer Notgeschäftsführung sprengen.

48

III.

49

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 92 Abs. 2 Nr. 1, 709 ZPO.

50

<u>Streitwert:</u>	51
Antrag zu 1.: 66.129,90 €	52
Antrag zu 2.: 368.257,68 €	53
Insgesamt.: 434.387,58 €	54
