
Datum: 09.09.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 23 U 191/02
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:0909.23U191.02.00

Leitsätze:

OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.9.2003 - 23 U 191/02

Leitsätze:

1.

Ein Auskunftsvertrag mit einem Steuerberater kann auch stillschweigend geschlossen werden, wenn die Auskunft für den Empfänger von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage von Entscheidungen mit finanziellen Folgen machen will.

2.

Ein Steuerberater, der über die Höhe des negativen Eigenkapitals einer GmbH zu einem bestimmten Stichtag gefragt wird, verletzt seine Pflichten aus dem Steuerberatervertrag, wenn er nach grober Schätzung Auskunft erteilt und nicht zugleich darauf hinweist, dass ihm eine verlässliche Auskunft nicht möglich sei, weil ihm die für den Stichtag maßgeblichen Geschäftsvorfälle seines Mandanten nicht bekannt seien. Er haftet dem Mandanten auf Schadensersatz, wenn dieser - an Statt für die GmbH Insolvenz anzumelden - seine Geschäftsanteile unter Zusicherung des vom Steuerberater genannten negativen Eigenkapitals veräußert und er aufgrund seiner Zusicherung vom Käufer auf Nachzahlung in Anspruch genommen wird.

3.

Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage des Mandanten mit seiner hypothetischen Vermögenslage nach Insolvenzanmeldung.

4.

Dem Mandanten ist gemäß § 254 BGB ein mit 2/3 zu bemessendes Mitverschulden anzurechnen, wenn er es als Geschäftsführer der GmbH unter Verstoß gegen § 64 I GmbHG unterlassen hat, rechtzeitig die Überschuldung der GmbH zu überprüfen.

5.

Besteht der Schaden des Mandanten in einer Verbindlichkeit, geht zwar der Schuld-befreiungsanspruch unter den Voraussetzungen des § 250 Satz 2 BGB in einen Schadensersatzanspruch über, wenn der beklagte Steuerberater die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Solange der Mandant jedoch gegen den Bestand der Verbindlichkeit gerichtlich vorgeht, hat er kein Interesse, Zahlung zu erhalten.

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Einzelrichters der 1.Zivilkammer des Landgerichts Duisburg vom 20.9.2002 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der sich daraus ergibt, dass der Kläger den notariellen Kaufvertrag vom 2.8.2000 (UR-Nr. 90/00 Rechtsanwalt B... als amtlich bestellter Vertreter für die Notarin B...) abgeschlossen hat, anstatt für die B... den Insolvenzantrag zu stellen, und zwar unter Berücksichtigung eines Abzugsbetrages von 70.000 DM, für den die Beklagten nicht haften, und -wegen des verbleibenden Betrages - unter Berücksichtigung eines Mitverschuldensanteils des Klägers von 2/3.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Kosten des 1. Rechtszuges fallen dem Kläger zu 80 %, den Beklagten zu 20 % zur Last. Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen dem Kläger zu 85 %, den Beklagten zu 15 % zur Last.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung der jeweiligen Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des

Urteils gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

1

I.

2

Der Kläger, früherer Geschäftsführer und Alleingesellschafter des Malerbetriebs B..., nimmt die beklagten Steuerberater auf Schadenersatz in Anspruch mit folgender Begründung: Der Beklagte zu 1. habe ihm im Zusammenhang mit dem von ihm beabsichtigten Verkauf seiner Geschäftsanteile an der B... sowohl über seinen, des Klägers, Sohn, den Rechtsanwalt und Zeugen Dr. B....., als auch über den Notarvertreter, den Zeugen B..., im Juli 2000 auf Anfragen mitgeteilt, am 30.6.2000 habe das negative Eigenkapital der B... höchstens 320.000 DM betragen. Aufgrund dieser Auskunft habe er, der Kläger, am 02.08.2000 mit Wirkung zum 30.06.2000 seine Geschäftsanteile mit einer Vertragsklausel über eine Nachschusspflicht veräußert, statt - bei Kenntnis eines tatsächlich DM 320.000,- überschreitenden negativen Eigenkapitals - für die GmbH Insolvenz anzumelden. § 6.2 des notariellen Vertrags lautet: "Der Verkäufer sichert weiter zu, daß ein negatives Eigenkapital von höchstens 250.000,00 DM (...) in der aufzustellenden Zwischenbilanz zum 30.06.2000, 24.00 Uhr, ausgewiesen wird. Sollte das negative Eigenkapital auch unter Berücksichtigung der Einrechnung der Abschlagszahlungen wie in § 4 b dieser Urkunde erwähnt einen höheren Betrag ausweisen, ist der Verkäufer in Höhe der Differenz zwischen diesem alsdann ermittelten und dem vereinbarten Betrag des negativen Eigenkapitals von höchstens 250.000,- DM nachschußpflichtig". Der Kläger wird nunmehr von dem Käufer, Herrn B..., in dem Prozess 25 O 74/01 LG Duisburg u.a. auf Nachschuss gemäß § 6.2 in Höhe von 496.802,95 DM in Anspruch genommen, wobei der Käufer ein negatives Eigenkapital zum 30.6.2000 von 746.802,95 DM zugrunde legt. Der Kläger bestreitet in jenem Prozess die Höhe des von Herrn B.... errechneten negativen Eigenkapitals zum 30.6.2000 und macht geltend, dass bei einer gemeinsamen Besprechung mit Herrn W..... -dem Beklagten zu 1 in diesem Prozess- ein negatives Eigenkapital von lediglich 461.655,96 DM festgestellt worden sei. Soweit Forderungen des Herrn B.... betehen, hat der Kläger in jenem Prozess die Aufrechnung erklärt und ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Das Landgericht hat in jenem Prozess ein Gutachten des Sachverständigen A..... zur Höhe des negativen Eigenkapitals der B... zum 30.6.2000 eingeholt. Der Sachverständige hat in seinem Gutachten vom 7.1.2003 ein negatives Eigenkapital von 627.623 DM ermittelt. Im vorliegenden Prozess gehen die Parteien nunmehr übereinstimmend davon aus, dass das negative Eigenkapital der B... zum 30.6.2000 mindestens 627.623 DM betrug.

3

Gemäß § 540 Abs.1 Nr.1 ZPO (n.F.) wird im übrigen auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

4

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teil der Zinsforderung stattgegeben und zur Begründung ausgeführt: Die Beklagten seien auf der Grundlage des Ergebnisses der Beweisaufnahme zum Schadenersatz verpflichtet, weil sie im Rahmen eines bestehenden Auskunftsvertrags zwischen den Parteien pflichtwidrig unrichtige und unvollständige Angaben zur Höhe des Eigenkapitals der B... zum Stichtag 30.06.2000 gemacht hätten. Der Kläger sei aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes so zu stellen, als habe er den Vertrag

5

wegen der Veräußerung der Gesellschaftsanteile nicht geschlossen und als sei er nicht vertraglich zum Nachschuss verpflichtet. Die jetzt bestehende über den einkalkulierten Betrag von (320.000-250.000=) 70.000 DM hinausgehende Zahlungspflicht in Höhe von 141.655,86 DM stelle sich als Mindestschaden dar.

Hiergegen wenden sich die Beklagten mit der Berufung. Sie führen zur Begründung aus: Das Landgericht habe das Ergebnis der Beweisaufnahme zum Auskunftsvertrag falsch gewürdigt; tatsächlich sei ein Auskunftsvertrag zwischen den Parteien nicht zustandegekommen. 6

Darüberhinaus habe das Landgericht rechtsfehlerhaft die Kausalität zwischen der Auskunft des Beklagten zu 1. und dem Verkauf der Geschäftsanteile des Klägers an der B... und auch einen Schaden bejaht. Ohne den Verkauf hätte der Kläger die Folgen einer verspäteten Insolvenzantragsstellung tragen müssen, die ihn weitaus schwerer getroffen hätten: Er hätte nicht nur als Bürge für die Bankverbindlichkeiten der B... gehaftet, sondern auch als Geschäftsführer gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG wegen verspäteter Insolvenzantragsstellung.

Die Beklagten beantragen, 7

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 8

Der Kläger beantragt, 9

die Berufung zurückzuweisen. 10

Er legt nach Hinweisen des Senats eine Differenzrechnung vor, die - ausgehend von einem negativen Eigenkapital der B... zum 30.6.2000 von 627.623 DM -einen Saldo zu seinen Gunsten von 286.746,06 DM ausweist. Er bestreitet, dass für ihn die Überschuldung der B... erkennbar gewesen sei, und verweist darauf, dass er ab August 2000 einen großen Teil der Kreditverbindlichkeiten der B... mit eigenen Mitteln zurückgeführt habe. Schließlich meint er, die Beklagten hätten ihn warnen müssen, wenn aufgrund der von ihnen gefertigten vorläufigen Bilanz zum 31.12.1999 Anlass für die Annahme einer Überschuldung der B... bestanden hätte. 11

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. Die Akten 25 O 74/01 LG Duisburg waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 12

II. 13

Das Schuldverhältnis der Parteien ist nach den zum 31.12.2001 geltenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen, Art. 229, § 5 EGBGB. 14

Die Berufung ist teilweise begründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht teilweise auf einer Rechtsverletzung, die nach § 529 ZPO zugrundezulegenden Tatsachen rechtfertigen eine andere Entscheidung, § 513 I ZPO. 15

A. Die Berufungsangriffe gegen die Ausführungen des Landgerichts zum Zustandekommen eines Auskunftsvertrages zwischen den Parteien und zur Pflichtverletzung der Beklagten sind nicht gerechtfertigt. 16

1. Für den Beklagten zu 1) war erkennbar, dass der Zeuge Dr. B...., der Sohn des Klägers, und der als Notarvertreter handelnde Zeuge B... als Vertreter des Klägers Auskunft über die Höhe des negativen Eigenkapitals der B... zum 30.6.2000 einholen wollten, weil der Kläger hierzu anlässlich des geplanten Verkaufs seiner Geschäftsanteile dem Käufer B.... 17

Zusicherungen machen sollte. Ein Auskunftsvertrag kann - wie hier - stillschweigend geschlossen worden sein, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage von Entscheidungen mit finanziellen Folgen machen will.

2. Das Ergebnis der Beweisaufnahme zum Inhalt der Auskunftserteilung durch den Beklagten zu 1) hat das LG zutreffend gewürdigt. Einer ergänzenden Parteivernehmung des Beklagten zu 1) gemäß § 448 ZPO bedarf es nicht. Der Grundsatz der "Waffengleichheit" ist durch dessen informatorische Anhörung vom Landgericht beachtet worden (BVerfG NJW 2001, 2135). Das Landgericht hat die Angaben des Beklagten zu 1) bei seiner Entscheidung auch berücksichtigt. Denn es ist davon ausgegangen, dass aufgrund der Widersprüche zwischen den Aussagen des Zeugen Dr. B... und des Beklagten zu 1) nicht aufklärbar ist, ob der Beklagte zu 1) bei der Auskunftserteilung einen Betrag von 320.000,- DM als negatives Eigenkapital zum 30.6.2000 als absolute Höchstgrenze zugesichert oder den Betrag nur als ungefähre Verhandlungsmasse hat verstanden wissen wollen. Zutreffend hat das Landgericht des weiteren ausgeführt, dass es hierauf nicht ankomme, weil der Beklagte zu 1) es unterlassen habe, darauf hinzuweisen, dass ihm für eine genaue Auskunft die erforderlichen Erkenntnisquellen fehlten. Entgegen der Auffassung der Berufung durfte der Beklagte zu 1) ohne Prüfung nicht davon ausgehen, dass in dem Zeitraum zwischen dem 31.12.1999 und dem 30.6.2000 bei Rohstoffen und halbfertigen Arbeiten keine Bestandsveränderungen vorgenommen worden waren. Auch aus der Sicht des Erklärungsempfänges war die Auskunft des Beklagten zu 1) nicht als auf der Grundlage einer fortgedachten "Bilanzkontinuität" erteilt zu verstehen. Dabei kann unterstellt werden, dass der Kläger im Gegensatz zum Beklagten zu 1) Anlass zu der Annahme erheblicher Bestandsveränderungen seit dem 31.12.1999 hatte. Dies lässt nämlich noch nicht darauf schließen, dass der Kläger die Entwicklung des negative Eigenkapitals hätte besser beurteilen können als der Beklagte zu 1). Dass sich das negative Eigenkapital erhöht hatte, hat schließlich auch der Beklagte zu 1) prognostiziert. Es wäre dessen Aufgabe gewesen, darauf hinzuweisen, dass er nicht über ausreichende Unterlagen verfüge, die es ihm ermöglichen, eine verlässliche Auskunft über das negative Eigenkapital zu geben. Auch dies hat das Landgericht zutreffend beurteilt.

B. Rechtsfehlerhaft sind dagegen die Ausführungen des Landgerichts zur haftungsbegründenden Kausalität und zum Schaden. 19

1. Die Schadensberechnung des Landgerichts ist schon deshalb fehlerhaft, weil es im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität die nach § 249 f BGB für die Schadensersatzpflicht der Beklagten bedeutsame Frage, wie sich der Kläger verhalten hätte, wenn die Beklagten ihre Pflicht vertragsgerecht erfüllt hätten, nicht richtig beantwortet hat. Ist - wie hier - dem Steuerberater eine Unterlassung vorzuwerfen, muss untersucht werden, welche Entwicklung eingetreten wäre, wenn er die versäumte Handlung pflichtgemäß vorgenommen hätte. Für den Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität gelten dabei nicht die strengen Beweisanforderungen des § 286 ZPO, sondern die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen. Hätte nach der Lebenserfahrung ein bestimmtes Verhalten des Mandanten nahegelegen, sind darüber hinaus die Grundsätze des Anscheinsbeweises heranzuziehen. 20

Nach diesen Grundsätzen ergibt sich für die Frage, wie sich der Kläger bei vertragsgerechter Beratung verhalten hätte, Folgendes: Hätte der Beklagte zu 1) klargestellt, dass er eine verlässliche Auskunft zur Höhe des negative Eigenkapitals erst nach Überprüfung der Entwicklung der Geschäfte der B... in der Zeit nach dem 31.12.1999 anhand bestimmter, ihm noch fehlenden Unterlagen erteilen könne, hätte der Kläger ihm vermutlich die noch 21

fehlenden, in seinem Besitz befindlichen Unterlagen noch vor Vertragsschluss zur Überprüfung überreicht. Die genaue Aufklärung des negativen Eigenkapitals war für ihn ein wichtiger Faktor für seine EntschlieÙung, seine Geschäftsanteile an der B... zu verkaufen, da der Kaufinteressent Herr B... von ihm für den Fall, dass das negative Eigenkapital zum 30.6.2000 den Betrag von 250.000 DM überstieg, in Höhe des

übersteigenden Betrages Nachzahlung verlangte. Nach Überprüfung der Unterlagen und Berechnung, wie sie von den Beklagten tatsächlich nach dem Kaufabschluss vom 2.8.2000 am 28.9.2000 durchgeführt worden ist, hätten die Beklagten dem Kläger vor dem Kaufabschluss ein negative Eigenkapital in der später von ihnen errechneten Größenordnung von zumindest 461.655,96 DM nennen können. Wäre dem Kläger vor Kaufabschluss mitgeteilt worden, er müsse zum 30.6.2000 mit einem negativen Eigenkapital in der vorgenannten Größenordnung rechnen, hätte dieser vermutlich die dann einzige wirtschaftlich vernünftige Entscheidung getroffen, vom Kaufvertrag Abstand zu nehmen und Insolvenzantrag für die GmbH zu stellen. Der Kaufvertrag hätte dann dem Kläger keine Vorteile mehr gebracht. Er hätte zu Lasten des Klägers nicht nur Zahlungen an die GmbH (140.000,- DM + 24.519,00 DM), sondern auch erhebliche Nachzahlungen an den Käufer gemäß § 6.2 verbindlich festgelegt. Die Ausführungen der Beklagten zur Frage, inwieweit der Kläger bereits im Frühjahr 2000 Kenntnis von der Überschuldung der GmbH gehabt und deshalb seine Insolvenzantragspflicht gemäß § 64 GmbHG verletzt habe, stehen der vorstehenden Beurteilung des hypothetischen Kausalverlaufs nicht entgegen. Eine etwaige Verschleppung des Insolvenzantrags schließt nicht aus, dass der Kläger den Weg der Insolvenz gewählt hätte, wenn ihm bewusst gemacht worden wäre, welche Forderungen des Käufers seiner Geschäftsanteile im Falle des Abschlusses des Kaufvertrages auf ihn zukommen würden. 22

2. Rechtsfehlerhaft ist auch die eigentliche Schadensberechnung des Landgerichts. Richtig ist nur der Ausgangspunkt des Landgerichts, wonach dem Kläger Ersatz des Schadens zusteht, der dadurch eingetreten ist, dass er auf die Richtigkeit der Auskunft des Beklagten zu 1) vertraut hat. Fehlerhaft sind jedoch die weiteren Ausführungen zum Schaden. 23

Ob und inwieweit ein nach § 249 f BGB zu ersetzender Schaden vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach einem rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis bewirkten Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenen Umstand eingetreten wäre (sog. Differenzhypothese). Der haftpflichtige Steuerberater hat den Kläger vermögensmäßig so zu stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten des Steuerberaters stünde. Dazu muss die tatsächliche Gesamtvermögenslage derjenigen gegenüber gestellt werden, die sich ohne den Fehler des Steuerberaters ergeben hätte. Hat - wie hier - der Kläger einen gegenseitigen Vertrag geschlossen, von dem er bei sachgerechter Beratung und Information Abstand genommen hätte, ist ein Schaden erst dann zu bejahen, wenn sich die Vermögenslage "unter dem Strich" schlechter darstellt, als sie sein würde, wenn die Maßnahme unterblieben wäre (BGH NJW 1998, 982,983). 24

Der Senat hat den Parteien durch Hinweise Gelegenheit gegeben, sich auf seine vom Landgericht abweichende Beurteilung einzustellen. Ihr neues Vorbringen in 2 Instanz ist gemäß § 531 II 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen. Danach ergibt sich folgende Differenzrechnung: a. 25

Tatsächliche Vermögenslage des Klägers nach dem Verkauf der Geschäftsanteile: Der Kläger ist mit folgenden Verbindlichkeiten belastet: - Zahlungspflicht gem. § 7.1 des Kaufvertrages: 140.000,00 DM - Nachschusspflicht gem. § 6.2 des Kaufvertrages: (DM 627.623,- abzüglich DM 250.000,-) 377.623,00 DM - Ausgleichspflicht gem. § 5 des Kaufvertrages (Stand: 30.6.00) 24.519,00 DM **Summe der Verbindlichkeiten: 542.142,00** 26

DM

Die weiteren, nach Verkauf der Geschäftsanteile bestehenden gebliebenen Verbindlichkeiten des Klägers aus Bankbürgschaften für Schulden der GmbH wirken sich für den Kläger deshalb nicht weiter belastend aus, weil er gemäß § 11 des Kaufvertrages in entsprechender Höhe gegen Herrn B.... einen Freistellungsanspruch besitzt. Das vorstehende Zahlenwerk ist nach den Erörterungen im Senatstermin nicht streitig und bedarf daher keiner weiteren Begründung. 27

b. Hypothetische Vermögenslage des Klägers, wenn er seine Geschäftsanteile an der B... nicht verkauft, sondern statt dessen den Insolvenzantrag gestellt hätte: - Verbindlichkeit gegenüber der B... 24.519,00 DM - Bürgschaftsverbindlichkeiten - Nationalbank (Darlehensvaluta per 30.6.00 287.316,37 DM - Spk. O... (Darlehensvaluta per 30.6.00) 71.525,76 DM - Verbindlichkeit gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG 6.960,00 DM 28

Summe der Verbindlichkeiten: 390.321,13 DM 29

Erläuterung zu b. aa. Die Bürgschaftsverbindlichkeiten des Klägers gegenüber der Nationalbank und Sparkasse O.... sind bei der Bewertung der hypothetischen Vermögenslage ebenso wie bei der Bewertung der tatsächlichen Vermögenslage in Höhe der jeweiligen Darlehensvaluta zum 30.6.2000 zu berücksichtigen. Der Einsatz unterschiedlicher Stichtage würde dazu führen, dass "Äpfel mit Birnen" verglichen würden. Der Kläger übersieht bei seiner anderweitigen Argumentation in seinen Schriftsätzen vom 15.7.2003 und 12.8.2003 folgendes: Die von ihm dargestellte Rückführung von Darlehensverbindlichkeiten der B... gegenüber den Sparkassen D.... und O.... nach dem Verkauf seiner Geschäftsanteile beruht auf seiner Verpflichtung gemäß § 7.1a des notariellen Kaufvertrages vom 2.8.2000, wonach er die Kontokorrentkonten der B... bei der Stadtparkasse D.... Nr. und der Stadtparkasse O.... Nr. zurückzuführen und die B... von einer Inanspruchnahme durch die Banken freizustellen hatte. Diese Verpflichtung ist in der Aufstellung unter a. als Verbindlichkeit gemäß § 7.1 in Höhe von 140.000 DM berücksichtigt. Soweit der Kläger darüberhinaus aufgrund der Kündigung des Geschäftskontos der B... bei der Nationalbank nach dem Erhalt des Kündigungsschreibens vom 21.7.2000 Zahlungen an die Nationalbank geleistet hat, steht ihm gegen den Käufer B.... ein -seinen Schaden ausgleichenden- Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu, weil der Käufer seine Verpflichtung gemäß § 11 des Vertrages, den Banken angemessene Sicherheiten zu bieten, um die Freigabe der vom Verkäufer gestellten Sicherheiten zu bewirken, nicht erfüllt hat. Dementsprechend hat der Kläger im Prozess 25 O 74/01 LG Duisburg ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Forderung des Herrn B.... geltend gemacht. Hätte der Kläger seine Geschäftsanteile behalten und Insolvenz angemeldet, hätte er als Bürge ebenfalls die Darlehenskonto der Bugla bei der Stadtparkasse O.... und der Nationalbank zurückführen müssen, einen Ersatzanspruch allerdings allenfalls gegen die insolvente B... erhalten, der wertlos gewesen wäre. 30

Die Bürgschaft des Klägers gegenüber der Nationalbank erfasst nach seinen Angaben nur den Kontokorrentkredit der B..., der ausweislich des Zwischenabschlusses zum 30.6.2000 287.316,87 DM betrug. Die in dem Zwischenabschluss zusätzlich aufgeführte Zinsverbindlichkeit II/00 Nationalbank in Höhe von 9.383,07 DM wurde nach seinem Vortrag nicht von seiner Bürgschaft erfasst. Etwas anderes haben auch nicht die Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 8.7.2003 (dort Seiten 3,4) behauptet. Das gilt auch für die Verbindlichkeiten der B... gegenüber der Sparkasse D..., der B... und M..., wie die Beklagten im Senatstermin vom 22.7.2003 klargestellt haben. 31

bb. Die hypothetische Haftung des Klägers aus § 64 Abs. 2 GmbHG beruht auf der von ihm im Juli 2000 als Geschäftsführer veranlassten Zahlung von 6.960 DM an den Materiallieferanten Richter.

Der Senat geht davon aus, dass für den Kläger bei Beachtung seiner Pflichten gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG Anfang Juli 2000 erkennbar gewesen wäre, dass die B... überschuldet war. (Zur Begründung wird auf die nachfolgenden Ausführungen unter 3. verwiesen.) 33

Gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG ist der Geschäftsführer einer GmbH zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Überschuldung der GmbH geleistet werden. Dies gilt allerdings nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Danach scheidet eine Haftung des Klägers für Zahlungen vor dem 1.7.2000 schon deshalb aus, weil nicht feststellbar ist, dass die Überschuldung der B... für ihn vor diesem Zeitpunkt erkennbar war. Die Zahlungen im Juli 2000 gemäß der Auflistung der Beklagten auf Seite 7 ihres Schriftsatzes vom 8.7.2003 waren überwiegend mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar. Die -wenigstens zeitweise- Fortsetzung der Miet- und Gehaltszahlungen sowie die Bezahlung der Telefonkosten sind regelmäßig zur ordnungsgemäßen Abwicklung einer insolventen GmbH erforderlich (Karsten Schmidt - Scholz, GmbHG, 9. Aufl., § 64 Rdn. 30). Daran ändert nichts der Umstand, dass hier Gläubiger der Geschäftsführer der GmbH und seine Ehefrau waren. Der Einzug der Kontoabschlussgebühr der Nationalbank dürfte für den Kläger nicht zu verhindern gewesen sein. Anders verhält es sich mit der Bezahlung eines einzelnen Materiallieferanten. Hier hätte der Kläger die Notwendigkeit der Bezahlung für den Fall der Insolvenz darlegen müssen, was trotz der Erörterung dieser Frage im Senatstermin nicht geschehen ist. 34

c. Die Differenz zwischen der tatsächlichen Vermögenslage und der Vermögenslage des Klägers bei Insolvenzanmeldung beträgt (542.142 - 390.321,13=) 151.820,87 DM. Von dieser Differenz sind , was der Kläger bei seiner Differenzrechnung übersehen hat, 70.000 DM in Abzug zu bringen, weil der Beklagte zu 1 nicht das bei der Differenzrechnung berücksichtigte negative Eigenkapital aus dem Notarvertrag von 250.000 DM, sondern einen um 70.000 DM höheren Betrag von 320.000 DM genannt hat. Dementsprechend reduziert sich auch die Haftung der Beklagten auf (151.820,87-70.000=) **81.820,87 DM, das sind 41.834,35 Euro.** 35

3. Der Kläger muss sich gemäß § 254 BGB ein überwiegendes Mitverschulden, das der Senat mit 2/3 bewertet, anrechnen lassen. 36

Die Beklagten haben mit ihren Vorwürfen zu § 264 GmbHG konkludent den Einwand des Mitverschuldens erhoben. Durch Verletzung seiner Insolvenzantragspflicht gemäß § 264 Abs. 1 GmbHG hat der Kläger den geltend gemachten Schaden mitverursacht. Hätte er rechtzeitig die erforderlichen Maßnahmen zur Feststellung der Überschuldung der B... (Beauftragung der Beklagten mit der Erstellung eines Überschuldungsstatus unter Einbeziehung aller ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen) getroffen, hätte er das zu hohe negative Eigenkapital vor dem Verkauf seiner Geschäftsanteile feststellen und den für ihn günstigeren Weg des Insolvenzverfahrens wählen können. 37

a. Die Pflicht des Geschäftsführers, Insolvenzantrag zu stellen, beginnt mit der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der GmbH. Positive Kenntnis hiervon ist nicht erforderlich, da die insolvenzrechtlichen Organpflichten und ihre Sanktionen gerade auf der Selbstprüfungspflicht der Unternehmensleitung im Gläubigerinteresse beruht (Karsten Schmidt a.a.O. § 64 Rdn. 14,25,30). Es genügt die bloße Erkennbarkeit (BGH NJW 2000, 668). Aufgrund der Selbstprüfungspflicht hätte der Kläger sofort nach Kenntnisnahme der 38

vorläufigen Bilanzzahlen der Beklagten vom 17.5.2000, die zum 31.12.1999 ein negatives Eigenkapital von 246.000 DM aufwiesen, die Beklagten unter Überreichung der dafür notwendigen Unterlagen mit der unverzüglichen Erstellung eines Überschuldungsstatus beauftragen und auf dieser Grundlage prüfen müssen, ob eine Überschuldung der GmbH vorlag. Unter Berücksichtigung einer für die Erstellung und Prüfung des Überschuldungsstatus großzügig bemessenen Zeit von ca. 1 Monat geht der Senat davon aus, dass dem Kläger bei pflichtgemäßem Verhalten eine Überschuldung der B... Anfang Juli 2000 erkennbar war.

Die Überschuldung wurde entgegen der Ansicht des Klägers nicht durch seine Bürgschaften ausgeschlossen. Die von einem Dritten gewährte Kreditsicherung durch Bürgschaft kann in einem Überschuldungsstatus nicht aktiviert werden, weil sie durch seinen Regressanspruch gegen die GmbH neutralisiert wird. Etwa anderes gilt nur bei einer Freistellungsverpflichtung verbunden mit einem Rangrücktritt (Karsten Schmidt, a.a.O. vor § 264 Rdn 26), die zum Stichtag vorliegen müssen. Bei einer "Ein-Mann-GmbH" muss dies ausreichend dokumentiert sein, damit dies nachträglich hinreichend sicher feststellbar ist und nachträgliche Manipulationen ausgeschlossen werden können. Dass diese Voraussetzungen vor den für einen Überschuldungsstatus in Frage kommenden Stichtagen 31.5.2000 und 30.6.2000 erfüllt waren, hat der Kläger nicht behauptet, auch nicht in seiner Stellungnahme vom 12.8.2003 zu den Hinweisen des Senats im Termin. Die übrige Argumentation des Klägers im Schriftsatz vom 12.8.2003 zum Fehlen des Überschuldenstatbestandes stehen im Widerspruch zur Begründung seines Schadensersatzanspruchs, den er ja gerade darauf stützt, dass er bei ordnungsgemäßer Auskunft im Juli 2000 vom Verkauf seiner Geschäftsanteile Abstand genommen und statt dessen Insolvenzantrag gestellt hätte. Die Alternative des Insolvenzantrags hätte sich nicht gestellt, wenn eine Überschuldung der B... vor Abschluss des Kaufvertrages nicht vorgelegen hätte. Das vom Sachverständigen A..... ermittelte hohe negative Eigenkapital von 627.623 DM lässt auch den sicheren Schluss zu, dass eine Fortführung des Unternehmens bereits zum 30.6.2000 keinen Erfolg mehr versprach.

b. Die Selbstprüfungspflicht gemäß § 264 Abs. 1 GmbHG oblag dem Kläger als Geschäftsführer der B.... Nach der Rspr. des BGH (NJW 1998,1486) kann dem Geschädigten allerdings ein Mitverschulden dann nicht angerechnet werden, wenn er eine Gefahr, zu deren Vermeidung er einen Fachmann hinzugezogen hat, bei genügender Sorgfalt selbst hätte erkennen und abwenden können. Ein solcher Fall läge hier nur dann vor, wenn der Kläger die Beklagten mit der Überprüfung der Überschuldung der GmbH beauftragt hätte. Das ist jedoch nicht geschehen. Die Zeugen Dr. B.... und B... haben den Beklagten lediglich den eingeschränkten Auftrag erteilt, Angaben zum negativen Eigenkapital per 30.6.2000 zu machen, wobei sie sich - jedenfalls aus der Sicht der Beklagten- mit einer vorläufigen Schätzung der Höchstgrenze zufriedengegeben haben.

Die Abwägung der Verschuldensanteile der Parteien rechtfertigt es, ein überwiegendes Verschulden des Klägers zugrunde zu legen, welches mit 2/3 zu bewerten ist, weil der Kläger seine gewichtigen Selbstprüfungs- und Sorgfaltspflichten als Geschäftsführer schuldhaft verletzt hat. 1/3 des Schadens ist den Beklagten anzulasten, da sie mit ihrer nachlässigen Auskunft dazu beigetragen haben, dass der Kläger eine genauere Überprüfung nicht in Betracht gezogen hat. Ein weiteres Fehlverhalten ist den Beklagten nicht anzulasten. Die kurzen Gespräche mit den Zeugen B... und Dr. B.... gaben dem Beklagten zu 1 noch keinen Anlass, von sich aus darauf hinzuweisen, dass es höchste Zeit sei, die Beklagten mit der Erstellung eines Überschuldungsstatus zu beauftragen, damit festgestellt werden könne, ob die B... insolvenzreif sei. Die vorläufige Bilanz vom 17.5.2000 zum 31.12.1999 ließ allein noch nicht den sicheren Schluss auf eine Überschuldung der GmbH zu. Sie gab lediglich dem

Kläger als Geschäftsführer der B... Anlass zur Selbstprüfung gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG. Die Beklagten brauchten sich auch nicht mit der Frage zu befassen, ob es bei einer bestimmten Höhe des negativen Eigenkapitals zum 30.6.2000 für den Kläger wirtschaftlich günstiger wäre, von dem geplanten Verkauf der Geschäftsanteile Abstand zu nehmen und Insolvenz anzumelden, denn sie waren in die Verkaufsverhandlungen nicht einbezogen worden. Der Kläger wurde hierbei ausschließlich durch seinen Sohn, den Rechtsanwalt Dr. B..., und den Notarvertreter B... beraten. Die Beklagten konnten auch davon ausgehen, dass der Kläger über seine Pflichten aus § 64 GmbHG und die Alternative der Insolvenzanmeldung ausreichend durch seinen Sohn beraten wurde.

Der Haftungsanteil der Beklagten an dem oben errechneten Schaden des Klägers beträgt damit $(41.843,35 \times 1/3=)$ **13.944,78 Euro.** 42

C. Der geltend gemachte Schaden besteht allein in einer Verbindlichkeit des Klägers gegenüber dem Käufer B... und ergab daher zunächst nur einen Anspruch auf Schuldbefreiung. Zwar geht der Schuldbefreiungsanspruch gemäß § 250 Satz 2 BGB in einen Schadensersatzanspruch über, wenn der Beklagte die Leistung ernsthaft und endgültig abgelehnt hat (BGH NJW 1991,2014). Das setzt aber voraus, dass der Kläger tatsächlich mit einer Verbindlichkeit beschwert ist. Das steht im vorliegenden Fall derzeit nur fest in einer Höhe, die einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten noch nicht begründet. Der Kläger hat in dem Prozess des Herrn B... 25 O 74/01 LG Duisburg Klageabweisung beantragt, wobei er seine Nachschusspflicht gemäß § 6.2 des notariellen Kaufvertrages auf der Grundlage eines negativen Eigenkapitals von 461.655,96 DM errechnet hat. Setzt man in die Differenzrechnung unter B 2 a ein negatives Eigenkapital von 461.655,96 DM anstelle 627.623 DM ein, ergibt die Summe der Verbindlichkeiten des Klägers nach der tatsächlichen Vermögenslage mit 376.174,96 DM einen Betrag, der sogar geringer ist, als die Summe der Verbindlichkeiten des Klägers für den Fall, dass er Insolvenz angemeldet hätte (390.321,13 DM). Sollte also der Kläger in dem Prozess 25 O 74/01 mit seiner Berechnung in der Klageerwiderung zum negativen Eigenkapital Erfolg haben, ist seine Vermögenslage nach dem Verkauf seiner Geschäftsanteile an der B... günstiger als sie es wäre, wenn er den Insolvenzantrag gestellt hätte. Der Ausgang der noch nicht abgeschlossenen Beweisaufnahme des Landgerichts Duisburg über die Höhe des negativen Eigenkapitals der B... zum 30.6.2000 ist derzeit noch ungewiss. Daher hat der Kläger derzeit kein berechtigtes Interesse daran, von den Beklagten Zahlung zu erhalten. In einem solchen Fall ist grundsätzlich die Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht der richtige Weg (BGH NJW 1993, 1137 f). 43

III. 44

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 269 Abs.3, 708 Nr.10, 711 ZPO. Die Kostenentscheidung berücksichtigt den Umstand, dass der Kläger seinen streitwerterhöhenden Antrag im Schriftsatz vom 15.07.2003 in der mündlichen Verhandlung vom 22.07.2003 nicht verlesen hat, nachdem der Senat ihn darauf hingewiesen hat, dass die Anschlussberufungsfrist nicht eingehalten worden sei. 45

Streitwert für die 2. Instanz: 46

Bis 15.07.2003: EUR 73.427,54 (davon entfallen auf das Feststellungsbegehren 1.000 Euro) 47

Vom 15.07.2003 bis 21.07.2003: EUR 146.610,93 48

49

Ab 22.07.2003: EUR 73.427,54

1. D.. T...

50

