
Datum: 02.12.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 151/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1202.11U151.08.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 11 O 195 / 07

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 16.09.2008 verkündete Urteil des Einzelrichters der 11. Zivilkammer des Landgericht Münster teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 92.064,94 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.12.2006 zu zahlen.

Im übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden zu 40 % der Klägerin und zu 60 % dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird gestattet, die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des beizutreibenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Im Jahr 2003 schlossen die Klägerin und die Firma D & T2 GmbH (nachfolgend Firma D genannt) einen Vertrag, nach welchem letztere eine auf die speziellen Bedürfnisse der Klägerin zugeschnittene Software entwickeln und installieren sollte. Mehrere Versuche, die Software in den sogenannten Echtbetrieb zu überführen, scheiterten. Abgeschlossen wurde das Projekt nicht. Im Jahr 2005 wurde über das Vermögen der Firma D das Insolvenzverfahren eröffnet.

Die Klägerin hat mit ihrer auf Zahlung von 159.571,00 € Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.1.2004 gerichteten Klage den Beklagten als damaligen Geschäftsführer der Firma D persönlich auf Rückzahlung von ihr bereits an die Firma D geleisteter Zahlungen sowie auf Schadensersatz wegen der von ihr im Zusammenhang mit dem Softwareprojekt nutzlos aufgewandten eigenen Personalkosten mit der Begründung in Anspruch genommen, der Beklagte hafte sowohl wegen der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens als auch wegen Betruges, sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung und Insolvenzverschleppung.

Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil die Klage mit der Begründung abgewiesen, eine Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens sei nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, eine vorsätzliche Täuschung oder sittenwidrige Schädigung sei nicht bewiesen worden und eine Insolvenz der Firma D bei Vertragsschluss noch nicht absehbar gewesen.

Wegen der Einzelheiten wird gemäß § 540 ZPO Abs. 1 Ziff. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil verwiesen.

Die Klägerin begründet ihre gegen diese Entscheidung gerichtete Berufung wie folgt:

Der Beklagte selbst habe wider besseres Wissen mit dem Ziel, weitere Abschlagszahlungen zu erhalten, nicht realistische Fertigstellungstermine genannt. Die landgerichtliche Darstellung, nicht der Beklagte, sondern der Zeuge Q habe die relevanten Erklärungen zu Arbeitsabläufen, Zielen und Fertigstellungsterminen abgegeben, sei falsch. Tatsächlich habe insoweit der Beklagte persönlich bewusst falsche Angaben gemacht. Angesichts seiner besonderen eigenen Sachkunde und der damals seinen Namen tragenden GmbH habe er dabei aus Empfängersicht besonderes Vertrauen in Anspruch genommen.

Soweit das Landgericht eine Insolvenzverschleppung unter Ablehnung weiterer Beweiserhebung dazu verneint habe, habe es sich fehlerhaft eigene Sachkunde angemaßt und hinsichtlich der angeblich unzulänglichen klägerischen Darlegung Hinweispflichten verletzt. Tatsächlich habe, wie sich auch aus dem im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahren vorgelegten Gutachten des Insolvenzverwalters X ergebe, eine massive Überbewertung immaterieller Rechtsgüter, nämlich der Software der Insolvenzschuldnerin vorgelegen. Diese sei zu keinem Zeitpunkt im Markt etabliert gewesen und mit dem Bilanzansatz von 978.500,00 € weit überbewertet worden. Bei realistischem Ansatz sei zu keinem Zeitpunkt eine positive Fortführungsprognose gerechtfertigt gewesen. Da die Insolvenzschuldnerin seit 2000 zu keinem Zeitpunkt Gewinne erzielt habe - die von ihr

selbst geleisteten Zahlungen müssten aus den vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnungen herausgerechnet werden - , müsse von einer Überschuldung bereits bei Vertragsschluss ausgegangen werden.

Nach einer zwischenzeitlich im Insolvenzverfahren der Firma D erfolgten Zahlung in Höhe von 2.706,06 € an die Klägerin haben die Parteien insoweit die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. 10

Die Klägerin beantragt mit Rücksicht darauf nunmehr, 11

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie 156.864,94 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.1.2004 zu zahlen,

hilfsweise 13

unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. 14

Der Beklagte beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Er verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens die angefochtene Entscheidung. 17

Wegen der Einzelheiten des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen. 18

II. 19

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache teilweise Erfolg. 20

1. 21

Für das Schuldverhältnis gilt das BGB in der seit dem 01.01. 2002 geltenden Fassung geltenden Fassung (Art. 229 § 5 EGBGB). 22

2. 23

Dem Grunde nach haftet der Beklagte gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG a. F. (vgl. jetzt § 15a InsO) wegen jedenfalls fahrlässiger Verletzung seiner Insolvenzantragspflicht auf Schadensersatz. Gerichtet ist der sich aus den genannten Bestimmungen ergebende Anspruch gegenüber Gläubigern, die nach Eintritt der Insolvenzreife mit der GmbH einen Vertrag geschlossen haben, den sie bei pflichtgemäßem Verhalten des Geschäftsführers nicht geschlossen hätten, auf den Ausgleich aller aus dem nachteiligen Vertragsschluss resultierenden Schäden. 24

a) 25

Eine Insolvenzantragspflicht bestand hier bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wegen Überschuldung der GmbH. 26

27

Überschuldung liegt gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO dann vor, wenn durch das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr gedeckt sind, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Darlegungs- und beweispflichtig im Hinblick auf eine rechnerische Überschuldung ist dabei die Klägerin. Die aus damaliger Sicht für eine positive Fortführungsprognose sprechenden Umstände muss dagegen der Beklagte darlegen (vgl. BGHZ 126, 181 ff.).

Mit der Vorlage der Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnungen zum 30.6.2003 und zum 30.6.2004 und dem Verweis auf das im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens eingeholte Gutachten des späteren Insolvenzverwalters hat die Klägerin eine Überschuldung hinreichend dargelegt, ohne dass der Beklagte dem substantiiert entgegengetreten ist. 28

Die erst in zweiter Instanz vorgelegten Bilanzen sind als neues Angriffsmittel zuzulassen. Der Klägerin war zwar bereits mit dem landgerichtlichen Beschluss vom 29.01.2008 aufgegeben worden, ihren Vortrag zur Überschuldung näher zu substantiieren. Nachdem sie sich nachfolgend im Wesentlichen auf das im Insolvenzeröffnungsverfahren eingeholte Gutachten und die sich daraus ergebende Fehlbewertung der immateriellen Vermögensgegenstände gestützt und abschließend gebeten hatte, den bislang allgemein gehaltenen Hinweis zu präzisieren, falls das ergänzende Vorbringen nicht ausreichen sollte, ist seitens des Landgerichts kein weiterer Hinweis erteilt worden. Im Hinblick hierauf durfte die Klägerin davon ausgehen, ihrer Darlegungslast genügt zu haben. 29

Ausweislich der Bilanzen bestanden die Aktiva der insolventen GmbH nahezu ausschließlich aus immateriellen Vermögenswerten. Die vorgelegte Bilanz zum 30.06.2003 weist Aktiva in einer Gesamthöhe von 650.990,71 € aus, von denen 615.515,00 € aus immateriellen Vermögenswerten bestanden. Dem standen Verbindlichkeiten in annähernd gleicher Höhe (652.315,71 €) gegenüber. Zum 30. 06.2004 beliefen sich die bilanzierten Aktiva auf 1.096.791,86 € (davon 978.500,00 € für den immateriellen Vermögenswert " D Software Paket "), denen Verbindlichkeiten in Höhe von 575.176,13 € gegenüber standen. 30

Ihre Behauptung, die immateriellen Vermögensgegenstände seien mit weit überhöhten Werten in die Bilanz eingestellt worden, bei realistischer Bewertung sei ein Ansatz von allenfalls 10.000,00 € gerechtfertigt, hat die hinsichtlich einer rechnerischen Überschuldung darlegungs- und beweispflichtige Klägerin mit der Vorlage der Bilanzen und dem Hinweis auf das im Insolvenzeröffnungsverfahren eingeholte Gutachten im Rahmen des ihr Möglichen untermauert. 31

Nach diesem Gutachten war wesentliche Ursache für die Insolvenz der Umstand, dass die von der GmbH vermarktete Software noch nicht ausreichend ausgereift und marktfähig war und deshalb den Kundenwünschen nicht gerecht wurde. Mit Rücksicht darauf, dass die Software im Markt nicht ausreichend etabliert werden konnte und auch bei Referenzkunden nicht störungsfrei lief, ist der Wert der Software im Gutachten mit lediglich 10.000,00 € angesetzt worden. Diese Bewertung ist zwar schon nach dem Wortlaut des Gutachtens zum einen eine nur vorläufige und zum anderen auf den Zeitpunkt der Begutachtung bezogen. Da die Klägerin mangels Kenntnis der Interna der GmbH für eine Überschuldung aber keine weitergehenden konkreten Tatsachen vortragen kann, als diejenigen, die sich den Akten des Insolvenzverfahrens entnehmen lassen, obliegt es dem mit diesen Interna vertrauten Beklagten nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast, solche Umstände vorzutragen, die eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene günstigere Bewertung rechtfertigen. 32

Trotz der entsprechenden Auflage und des Hinweises auf die bei Nichterfüllung dieser Auflage zu erwartende Bejahung einer Überschuldung durch den Senat hat der Beklagte zu den näheren Umständen des nach seinen Angaben im Senatstermin vom 21. August 2009 erst im Geschäftsjahr 2003/2004 erfolgten Erwerbs des Vermögenswertes " D Softwarepaket " nichts vorgetragen. Es fällt insoweit auf, dass sich in der Gewinn- und Verlustrechnung für dieses Jahr keine entsprechende Kaufpreiszahlung als betrieblicher Aufwand findet. Dagegen findet sich als Umsatzerlös ein Betrag von 950.000,00 € aus dem Verkauf eines Softwarepakets, wobei in Höhe der rechnerischen Differenz von 28.500,00 € zwischen diesem Verkaufserlös und dem Wertansatz für das erstmals bilanzierte " D Softwarepaket" eine Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschafterin der Beklagten, der Firma D AG, verbucht ist. Da zugleich der im Vorjahr als immaterieller Vermögensgegenstand verbuchte Geschäfts- und Firmenwert des 2001 als Sacheinlage in die GmbH eingebrachten Softwarebereichs der Software T1 & T GmbH von 613.560,00 EUR außerplanmäßig voll abgeschrieben wurde, drängt sich auf, dass die schon vorher vermarktete Software zwischen der GmbH und ihrer Gesellschafterin ohne echten Geldfluss hin und her geschoben wurde. Abschließender Feststellungen bedarf es insoweit nicht, da die Unklarheit über die den Buchungen tatsächlich zu Grunde liegenden Vorgänge angesichts der aufgezeigten sekundären Darlegungslast zu Lasten des Beklagten geht.

Hinsichtlich des zum 30.6.2003 noch in Höhe von 613.560,00 EUR als immaterieller Vermögensgegenstand bilanzierten derivativen Geschäfts- und Firmenwertes des Softwarebereichs der Software T1 & T GmbH hat die Beklagte erst nach Ablauf der insoweit gesetzten Frist im Senatstermin vom 2.12.2009 und damit verspätet bewertungsrelevante Unterlagen vorgelegt. Inhaltlich sprechen diese eher für als gegen eine massive Überbewertung. Nach dem vorgelegten, aus Anlass der Eintragung einer Sachkapitalerhöhung im Handelsregister erstellten Wertgutachten der Y Aktiengesellschaft basiert die Bewertung des Ertragswertes des übernommenen Teilbetriebes der Software T1 & T GmbH mit 770.000,00 € zum Bewertungsstichtag 1. April 2001 auf den als richtig unterstellten Planwerten der Unternehmensplanung. Diese Planung sah nach dem Gutachten ab dem Geschäftsjahr 2001/02 positive Erträge im Bereich zwischen 198.000,00 € und 299.000,00 € vor, wobei diese Zahlen von der Y mit Rücksicht auf die Betätigung der Gesellschaft in einem Umfeld erhöhten Risikos und die Prognoseunsicherheiten der Planung bereits nach der Ergebnisabschlagsmethode bereinigt worden sind.

34

Tatsächlich waren in den Geschäftsjahren ab 2001/02 ausweislich des im Insolvenzeröffnungsverfahren erstellten Gutachtens vom 01.08.2005 durchgängig erhebliche Verluste zu verzeichnen. Eine Ausnahme bildet lediglich das Geschäftsjahr 2003/04. In diesem Jahr war ausweislich der vorliegenden Gewinn- und Verlustrechnung ein positiver Ertrag nur wegen des als Einnahme verbuchten Erlöses von 950.000,00 € aus " Verkauf Softwarepaket " zu verzeichnen. Ohne diese Einnahme wäre selbst dann, wenn man die mit ihr vermutlich in Zusammenhang stehende außerplanmäßige Vollabschreibung des derivativen Geschäfts- und Firmenwertes unberücksichtigt lässt, ein deutlicher Verlust zu verzeichnen gewesen.

35

Weitere Aufklärung ist auch insoweit nicht geboten, da diese zu einer Verfahrensverzögerung führen würde und eine genügende Entschuldigung für die Vorlage des Bewertungsgutachtens erst nach Ablauf der für weiteren Vortrag zur Bewertung der immateriellen Vermögenswerte gesetzten Frist nicht vorliegt, so dass das von der Klägerin mit Nichtwissen bestrittene Vorbringen gem. §§ 296 Abs. 1, 530 ZPO nicht zuzulassen ist.

36

b)

37

Hinsichtlich der Fortführungsprognose ist das Vorbringen des insoweit darlegungspflichtigen 38
Beklagten ohne Substanz. Der Hinweis auf die Zahl der potenziellen Kunden ist nicht von
Belang. Der mit den tatsächlich vorhandenen Kunden erwirtschaftete Umsatz war - vom
Geschäftsjahr 2003/04 abgesehen - deutlich rückläufig, so dass weder die Umsatz - noch die
Ertragsentwicklung Anlass für eine positive Prognose bot.

Der im Geschäftsjahr 2003/2004 ausgewiesene Umsatz von 1.512.628,64 € und der in 39
diesem Jahr erzielte Überschuss von 63.739,41 € sprechen nur vordergründig für eine
positive Fortführungsprognose. Tatsächlich wäre ohne den Erlös von 950.000 EUR aus dem "
Verkauf Softwarepaket " auch in diesem Jahr eine negative Umsatzentwicklung und ein
Verlust angefallen. Mit Rücksicht auf die Nichterfüllung der dem Beklagten wegen dessen
sekundärer Darlegungslast erteilten Auflage geht der Senat davon aus, dass dieser Erlös bei
der Bewertung der nachhaltigen Ertragskraft des Unternehmens nicht zu berücksichtigen ist.

c) 40

Hinsichtlich der Überschuldung und der zu verneinenden Fortführungsprognose ist jedenfalls 41
Fahrlässigkeit des Beklagten zu bejahen. Maßstab ist die Sorgfalt eines ordentlichen
Geschäftsführers, zu dessen Pflichten es gehört, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens
laufend zu beobachten, bei Anzeichen für eine wirtschaftliche Krise einen Vermögensstatus
zu erstellen und bei einer rechnerischen Überschuldung zu prüfen, ob eine positive
Fortbestehensprognose zu rechtfertigen ist. Entlasten muss sich insoweit der Beklagte (vgl.
BGHZ 126,181 ff.). Bei der gebotenen Prüfung hätte er feststellen müssen, dass die dem
bilanziellen Ansatz des derivativen Geschäfts- und Firmenwertes zu Grunde liegenden
Ertragsprognosen kontinuierlich verfehlt wurden.

3. 42

Der Höhe nach sind lediglich die an die Insolvenzschriftnerin geleisteten Zahlungen in der 43
unstreitigen Höhe von 94.771,00 €, denen mangels Fertigstellung der Software kein
Gegenwert gegenübersteht, als Schaden anzuerkennen. Nach Abzug der im
Insolvenzverfahren erfolgten Zahlung ergibt sich der aus dem Tenor ersichtliche Zahlbetrag.

Hinsichtlich des im Ergebnis nutzlosen Aufwandes für die projektbezogenen Arbeitsstunden 44
eigener Mitarbeiter fehlt es dagegen an substantiiertem Vortrag der Klägerin. Die
tabellarische Stundenaufstellung (Anlage K5) berücksichtigt zum einen Arbeitsstunden nicht
erst ab Abschluss des Vertrages vom 6.8.2003, sondern bereits ab Februar 2003. Zum
anderen beruhen die Stundenangaben ausweislich der Erläuterungen am Ende dieser
Tabelle nicht auf dem tatsächlichen Zeitaufwand, sondern auf Pauschalansätzen von jeweils
3 Stunden für die Prüfung der Spezifikationen, 4 Stunden für Besuchstermine, 3 Stunden für
interne Besprechungen, 2 Stunden für die Erstellung von Briefen, E-Mails und internen
Notizen und 1 Stunde für Telefonate. Derart pauschale Ansätze sind keine geeignete
Grundlage für die Feststellung des tatsächlichen Schadens und erlauben auch nicht die
Schätzung eines Mindestschadens. Eine Vernehmung der hinsichtlich des
Stundenaufwandes benannten Zeugen wäre angesichts des unsubstantiierten Vortrages auf
eine unzulässige Ausforschung gerichtet.

4. 45

Zinsen in Höhe von 5 und nicht 8 Prozentpunkten über den Basiszins - es geht um eine 46
Schadensersatz- und nicht um eine Entgeltforderung - können angesichts der am 20.12.2006
erfolgten Mahnung unter Fristsetzung zum 27.12.2006 erst ab dem 28.12. 2006 verlangt

werden. Für einen früheren Zinsbeginn fehlt ausreichender Vortrag.

III.	47
Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91a, 92, 97 ZPO.	48
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	49
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.	50