
Datum: 17.04.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 9 U 161/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:0417.9U161.17.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 8 O 409/16

Schlagworte: Insolvenzverschleppung, Darlegungslast, negatives Interesse, entgangener Gewinn, Schätzung

Normen: §§ 15a Abs. 1 Satz 1 und 2, 17 Abs. 2, 19 Abs. 1 Satz 1 InsO; §§ 252, 823 Abs. 2 BGB, § 287 ZPO

Leitsätze:

1.

Zu den Anforderungen der Darlegung der Überschuldung iSd § 19 InsO und der Zahlungsunfähigkeit iSd § 17 InsO durch den darlegungs- und beweispflichtigen Anspruchsteller.
- 2,

Zur substantiierten Darlegung von negativem Interesse und entgangenem Gewinn als Folge einer Insolvenzverschleppung.
3.

Die Darlegungslast des Geschädigten wird hinsichtlich des entstandenen Schadens durch die Vorschriften der §§ 252 und 287 ZPO erleichtert, berechtigt das Gericht aber nicht ohne Weiteres zu einer Schätzung nach § 287 ZPO, da diese Norm nicht dazu dient, die darlegungs- und beweispflichtige Partei zu entlasten.

Tenor:

Der Senat weist darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit, innerhalb von drei Wochen ab Zustellung Stellung zu nehmen.

Gründe:

Die zulässige Berufung hat nach der einstimmigen Überzeugung des Senates offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Die Klägerin nimmt den Beklagten als ehemaligen Geschäftsführer der Firma C GmbH in Anspruch, über deren Vermögen am 01.11.2013 nach vorangegangenem Eigenantrag der Schuldnerin vom 12.09.2013 das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Die Klägerin stellte der Schuldnerin für im Zeitraum 09.01.2013 bis 12.08.2013 ausgeführte Waren- und Dienstleistungen sowie sonstige Forderungen insgesamt 270.987,54 € in Rechnung. Zahlungen erfolgten nicht. Mit vorliegender Klage nimmt die Klägerin den Beklagten als ehemaligen Geschäftsführer persönlich in Anspruch mit der Begründung, aus dem Bericht des Insolvenzverwalters Dr. X zur ersten Gläubigerversammlung vom 23.01.2014 ergebe sich, dass die Schuldnerin bereits sehr viel früher als im September 2013 zahlungsunfähig und überschuldet gewesen sei, so dass der Beklagte bereits im Januar 2013 den Insolvenzantrag hätte stellen müssen.

Bereits mit Verfügung vom 09.05.2017 hat das Landgericht die Klägerin unter Hinweis auf hierzu ergangene BGH Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass ein Insolvenzgrund für den Zeitpunkt Januar 2013 nicht dargelegt sei. Auch sei der geltend gemachte Schaden bislang nicht schlüssig dargelegt, da nicht zwischen dem negativen Interesse und dem Gewinnanteil unterschieden werde. Im Termin vom 29.08.2017 wiederholte und begründete das Landgericht erneut seine Auffassung, dass und warum auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Vortrags der Klägerin die Schlüssigkeitsbedenken nicht ausgeräumt seien. Eine Stellungnahmefrist beantragte die Klägerin nicht.

Mit am 29.08.2017 verkündeten Urteil, auf das gem. § 540 ZPO Bezug genommen wird, soweit sich aus dem Folgenden nichts anderes ergibt, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der geltend gemachte Anspruch sei nicht schlüssig, weil die Klägerin trotz entsprechenden Hinweises zur Insolvenzreife der Schuldnerin im Januar 2013 nicht schlüssig vorgetragen habe und auch der geltend gemachte Schaden nicht substantiiert dargelegt worden sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren erstinstanzlich gestellten Klageantrag weiterverfolgt. Zur Begründung führt sie aus:

Aus den überreichten Unterlagen ergebe sich, dass die Schuldnerin verspätet Insolvenzantrag gestellt habe. Die Kreditlinie bei der D-Bank sei seit Januar 2013 durchgehend ausgeschöpft gewesen. Aus dem Bericht des Dr. X ergebe sich, dass nach dessen Einschätzung die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin sehr viel eher eingetreten sei als im September 2013 (Bl. 10 des Berichts = Bl.134 GA). Nach dessen Feststellungen sei die Schuldnerin bereits im Januar 2013 zahlungsunfähig gewesen, so dass für die Geschäftsleitung bereits ab diesem Moment die Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung bestanden habe (Bl. 21 des Berichts = Bl. 145 GA). Den angebotenen Beweisen hätte daher

nachgegangen werden müssen.

Den ihr entgangenen Gewinn habe sie entgegen den Ausführungen des Landgerichts sehr wohl schlüssig dargelegt. Die der Schuldnerin gelieferten Waren seien in Anlage K 2 bezeichnet und von der Schuldnerin verbraucht worden. 8

1. 9

Nach § 15a Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO hat der Geschäftsführer einer GmbH im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der Gesellschaft ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Überschuldung, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Verletzt der Geschäftsführer diese Pflicht, so haftet er den Gläubigern der Gesellschaft auf Ersatz des Schadens, der diesen infolge der verspäteten Antragstellung entstanden ist. Die Vorschrift stellt ebenso wie die Vorgängervorschrift des § 64 GmbHG nach allgemeiner Auffassung ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger dar (BGHZ 126, 181 TZ 22 für das GmbHG und BGH U. v. 21.10.2014 – II ZR 113/13 -, juris für die InsO). 10

Geschützt werden neben den Altgläubigern, also solchen Gläubigern, die bereits bei Eintritt der Insolvenzreife eine Gläubigerstellung hatten, auch Neugläubiger, also solche Gläubiger, die erst nach Eintritt der Insolvenzreife ihre Forderung gegen die Gesellschaft erworben haben. Dabei kann der Altgläubiger seinen Quotenschaden im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (anders bei Nichteröffnung oder Einstellung mangels Masse) nicht selbst geltend machen kann, weil dies gem. § 92 InsO Sache des Insolvenzverwalters ist. Die Klägerin nimmt hier die Stellung eines Neugläubigers für sich in Anspruch, der keinen Quotenschaden erlitten hat. Jeder Neugläubiger kann daher den ihm durch den nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft mit dieser geschlossenen Vertrag entstandenen Schaden gegenüber dem oder den Geschäftsführer/n geltend machen, sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Die Aktivlegitimation hängt demnach danach davon ab, ob die von der Klägerin im Zeitraum v. 09.01.2013 bis 12.08.2013 erbrachten Leistungen nach Eintritt der Insolvenzreife der späteren Insolvenzschuldnerin erfolgt sind. Das ist dann der Fall, wenn die C GmbH bereits - wie die Klägerin behauptet – im Januar 2013 zahlungsunfähig oder überschuldet war. 11

2. 12

Insolvenzreife setzt einen Eröffnungsgrund voraus (§ 16 InsO). In Betracht kommen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und/oder Überschuldung (§ 19 InsO). 13

2.1 14

Überschuldung liegt gem. § 19 Abs. 1 S. 1 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. 15

Nach der ständigen Rechtsprechung trägt der Gläubiger die Darlegungs- und Beweislast für den objektiven Tatbestand einer haftungsbegründenden Insolvenzverschleppung und damit auch für die Überschuldung der Gesellschaft. Für die Feststellung, dass die Gesellschaft insolvenzrechtlich (rechnerisch) überschuldet ist, bedarf es nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH grundsätzlich der Aufstellung einer Überschuldungsbilanz, in der die Vermögenswerte der Gesellschaft mit ihren aktuellen Verkehrs- oder Liquidationswerten auszuweisen sind. Die Vorlage einer Handelsbilanz ist für die Tatsache einer Überschuldung 16

nur von indizieller Bedeutung. Legt der Anspruchsteller für seine Behauptung einer Überschuldung der Gesellschaft nur eine Handelsbilanz vor, aus der sich ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergibt, hat er jedenfalls die Ansätze dieser Bilanz darauf hin zu überprüfen und zu erläutern, ob und ggfalls in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus ihr nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden sind. Kommt der Anspruchsteller diesen Anforderungen nach, ist es Sache des beklagten Geschäftsführer, im Rahmen der ihm obliegenden sekundären Darlegungslast im Einzelnen vorzutragen, welche stillen Reserven oder sonstigen für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet sind (BGH NZG 2009, 750; ZinsO 2012, 732).

Von diesen Grundsätzen ist auch das Landgericht ausgegangen.

17

Die Klägerin hat weder eine Überschuldungsbilanz noch eine Handelsbilanz betreffend den Vermögensstatus der Schuldnerin bezogen auf Januar 2013 oder einen anderen Zeitraum bis zum 12.08.2013 vorgelegt. Der Senat pflichtet der Auffassung des Landgerichts bei, wonach die Überschuldung iSd § 19 Abs. 1 S. 1 InsO sich nicht bereits aus der Ausschöpfung der von der D-Bank eingeräumten durchgehenden Kreditlinie seit Januar 2013, der Nichtrealisierbarkeit der Darlehensforderung gegenüber der BIOGAS Nord AG sowie dem Wegbrechen des Eigenkapitals im Jahr 2012 ergibt. All dies können Hinweise auf eine Überschuldung sein, das Vorliegen dieser Umstände vermag aber die Aussagekraft einer Überschuldungsbilanz nicht zu ersetzen. Was die von der Klägerin bereits zum 31.12.2012 anhand der Gegenüberstellung des Eigenkapitals zum 31.12.2011 und des Verlusts in 2012 errechnete Überschuldung anbetrifft, so hat das Landgericht aufgezeigt, dass tatsächlich bei Vergleich des vorhanden gewesenen Eigenkapitals mit dem Verlust für den 31.12.2012 noch ein Eigenkapitalüberschuss von ca. 300.000,- € vorhanden gewesen ist. Hiergegen enthält die Berufung schon keinen substantiierten Angriff. Hinzu kommt, dass die Klägerin die Darlehensforderung der Schuldnerin gegen ihre Muttergesellschaft als substanzlos bewertet hat. Das wird für den Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung der Muttergesellschaft sicherlich zutreffen. Welchen Wert dieser Darlehensforderung aber im Januar 2013 zugekommen ist, wird weder von der Klägerin dargestellt noch lässt sich dies dem Bericht des Insolvenzverwalters selbst entnehmen.

18

Dem Bericht des Insolvenzverwalters vom 23.01.2014 kann - bezogen auf den 09.01.2013 und auch nicht für einen nachfolgenden Zeitraum bis zum 12.08.2013 – an keiner Stelle entnommen werden, dass die Schuldnerin aufgrund einer Gegenüberstellung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten zu einem dieser Zeitpunkte bereits überschuldet gewesen ist.

19

2.2

20

Im Wesentlichen zielt die Klägerin daher auch darauf ab, dass die Schuldnerin seit Januar 2013 durchgängig zahlungsunfähig gewesen sei.

21

Der Schuldner ist gem. § 17 Abs. 2 InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

22

Die Klägerin hat trotz entsprechenden Hinweises des Landgerichts nicht substantiiert dargelegt, dass die Schuldnerin seit Anfang Januar 2013 durchgängig zahlungsunfähig gewesen ist. Insoweit kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts unter I) 1) b) der Entscheidungsgründe verwiesen werden.

23

24

Die Berufungsbegründung gibt lediglich zu den nachstehenden Ergänzungen Anlass.

Der Insolvenzverwalter kommt zu dem Ergebnis, dass bei Insolvenzantragstellung am 12.09.2013 Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin vorgelegen hat. Aus dem Bericht des Dr. X ergibt sich, dass nach dessen Feststellung die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin sehr viel eher eingetreten sei als im September 2013 (Bl. 10 des Berichts = Bl.134 GA). Zu welchem Zeitpunkt genau dies der Fall gewesen ist, lässt der Bericht offen. An anderer Stelle heißt es in dem Bericht, nach seinen Feststellungen sei die Schuldnerin bereits im Januar 2013 zahlungsunfähig gewesen, so dass für die Geschäftsleitung bereits ab diesem Moment die Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung bestanden habe (Bl. 21 des Berichts = Bl. 145 GA). Auch hier bleibt unklar, aufgrund welcher konkreten Umstände der Insolvenzverwalter zu einer seit Januar 2013 durchgehend bestehenden Zahlungsunfähigkeit gelangt ist. Die einen solchen Schluss für den Zeitpunkt 09.01.2013 rechtfertigenden Tatsachen sind in dem Bericht nicht genannt. 25

Gegen die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin für einen Zeitpunkt einsetzend im Januar 2013 spricht, dass die Schuldnerin seit Januar 2013 noch Zahlungen an Dritte in Millionenhöhe geleistet hat. Dies betrifft die Gehälter, die Sozialabgaben und die Mietzinszahlungen für angemietete Gewerbehallen bis einschließlich August 2013. Die Rückstände für Lohn und Gehalt betragen ausweislich des Berichts (Bl. 22 = Bl. 146 GA) 1.350.000,- €, betrafen mithin die letzten drei Monate vor Antragstellung. In welcher Höhe für welche Zeiträume Abgaben an Krankenkassen und sonstige öffentliche Träger nicht abgeführt worden sind, lässt sich dem Bericht nicht entnehmen. Welche Zahlungen an Lieferanten erfolgt sind, lässt sich ebenfalls nicht verifizieren. 26

2.3 27

Die Klägerin hat ebenfalls nicht substantiiert dargelegt, welcher Schaden ihr durch die Ausführung der von der Insolvenzschuldnerin im Zeitraum vom 09.01.2013 bis 12.08.2013 erteilten Aufträge entstanden ist, und der ihr nicht entstanden wäre, wenn die Geschäftsführung der Schuldnerin vor dem 09.01.2013 Antrag auf Insolvenzeröffnung gestellt hätte. 28

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann nach § 823 Abs. 2 BGB, § 64 Abs. 1 GmbHG aF, § 15a InsO nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen. Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde. Notwendig ist ein innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden, nicht nur eine mehr oder weniger zufällige äußere Verbindung. Da der Schutzzweck der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht unter anderem darin besteht, insolvenzreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden, sind nur solche Schäden ersatzfähig, die mit der Insolvenzreife der Gesellschaft in einem inneren Zusammenhang stehen (BGH, U.v. 25.07.2005 - II ZR 390/03, juris; BGH MDR 2012, 1179). 29

Die Neugläubiger haben bei Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht einen deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer auf Ausgleich des Schadens, der ihnen durch die Aufnahme dieser Rechtsbeziehungen entstanden ist. Es handelt sich dabei in der Regel um einen auf den Ersatz des negativen Interesses gerichteten Anspruch. Der Neugläubiger ist deshalb von dem wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht deliktisch haftenden Geschäftsführer so zu stellen, wie er stehen 30

würde, wenn dieser seiner Insolvenzantragspflicht rechtzeitig nachgekommen wäre und der Neugläubiger keine Vertragsbeziehung aufgenommen hätte. Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB kann einem Neugläubiger darüber hinaus dann zustehen, wenn ihm wegen des Vertragsschlusses mit der insolventen Gesellschaft ein Gewinn entgangen ist, den er ohne diesen anderweitig hätte erzielen können (BGHZ 171, 46; OLG Düsseldorf B. v. 06.03.2013 – 24 U 204/12 - ,juris)	
Vorliegend hat die Klägerin nicht zwischen dem negativen Interesse und dem entgangenen Gewinn unterschieden.	31
Bei frei handelbaren Waren, z.B. Baustoffen (BGH U.v. 27.04.2009 – II ZR 253/07 -, juris), ist plausibel, dass die Ware anderweitig zu den bekannten Marktpreisen hätte abgesetzt werden können, wenn nicht der Markt ausnahmsweise für diese Ware aus anderen Gründen – mangelnde Nachfrage oder bestehendes Überangebot - blockiert ist.	32
Die Klägerin verlangt aber nicht nur für nicht bezahlte Warenlieferungen den vollen Kaufpreis, sondern auch ein Entgelt für andere von ihr erbrachte Leistungen, die sich nicht auf einen Austausch von Waren gegen Geld beziehen.	33
Was die Warenlieferungen anbetrifft, hat die Klägerin nicht dargelegt, dass es sich um marktgängige Ware handelte, die sie jederzeit auch an anderer Stelle auf dem Markt hätte verkaufen können, wenn die Schuldnerin sie nicht abgenommen hätte. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass es sich bei den Warenlieferungen um anderenorts absetzbare Standardware handelte, für die auch ein entsprechender Markt und Bedarf bestand, oder ob es sich um Sonderanfertigungen für die Schuldnerin handelte, die ansonsten nicht absetzbar waren.	34
Was die Position 1. Abschlagsrechnung v. 09.01.2013 über 13.300,- € angeht aus der Aufstellung K 2, bleibt offen, was hier abgerechnet worden ist, ob es sich also um Waren oder sonstige Leistungen handelte.	35
Gleiches gilt für die Rechnung v. 31.01.2013 über 9.310,99 €. Dass hier überhaupt eine Warenlieferung erfolgt ist, ist bei der Bezeichnung des Rechnungsgegenstandes „Anschlussarbeiten“ völlig ungewiss.	36
Diese Reihe lässt sich beliebig fortsetzen. Die Klägerin berechnet hier „Extraaufwand Ellerhoff“, „Verzugszinsen“, „Transportkosten“, „Dachservice“, „Schweißarbeiten“, „Mietkosten“ und Kosten aus einem Vorgang beim AG Bielefeld.	37
Das Landgericht hat die Klägerin auf die erforderliche Substantiierung des Schadens frühzeitig hingewiesen. Die fehlende Substantiierung kann die Klägerin nicht durch den Hinweis umgehen, der Beklagte wisse schon, um was es gehe, habe die Schuldnerin doch jede Rechnung erhalten. Die Klägerin übersieht hier, dass das Gericht wissen muss, um welche Leistungen es im Einzelnen geht, um den Sachvortrag auf Schlüssigkeit hin prüfen zu können.	38
Die Möglichkeit der Schätzung ist dem Gericht auch unter Berücksichtigung der für die Klägerin bestehenden Erleichterungen nach § 252 BGB und § 287 ZPO verwehrt. Ein Geschädigter, der Schadensersatz in Form entgangenen Gewinns geltend macht, muss alle konkreten Tatumstände darlegen (und gegebenenfalls beweisen), aus denen sich die Wahrscheinlichkeit der Gewinnerwartung ergibt. Er muss nachweisen, wie sich seine Vermögenslage bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages dargestellt hätte, und welchen Gewinn er in diesem Fall hätte erwarten können. Mit dieser Vermögenslage ist sodann die	39

infolge der Nichterfüllung des Vertrages eingetretene Vermögenslage zu vergleichen. Zu diesem Zweck muss der Geschädigte darlegen, welchen anderweitigen, gegebenenfalls niedrigeren Gewinn er aus der Verwertung der infolge der Nichterfüllung des Vertrages frei gewordenen Mittel, etwa auch der eigenen Arbeitskraft, erzielt hat. Aus dem Vergleich beider Gewinnmöglichkeiten ist sodann der konkrete durch die Nichterfüllung bedingte Schaden zu errechnen. Dabei schafft § 252 S. 2 BGB für den Geschädigten eine Beweiserleichterung in dem Sinn, dass die bloße Wahrscheinlichkeit der Gewinnerwartung anstelle des positiven Nachweises genügt (BGH, U.v. 28.02.1996 – XII ZR 186/94, juris). Die durch § 287 ZPO eröffneten Möglichkeiten des Gerichts dienen jedoch nicht dem Zweck, die darlegungs- und beweispflichtige Partei zu entlasten, indem sie auf die Schätzungsmöglichkeit durch das Gericht verweist. Vor der Schätzung liegt die Aufklärung des Sachverhalts mit den gebotenen Mitteln, auf deren Grundlage überhaupt erst ein Schätzungsermessen ausgeübt werden kann. § 287 ZPO ermöglicht daher nicht den Verzicht auf jeglichen möglichen substantiierten Sachvortrag zur Gewinnermittlung. Eine Schätzung entgangenen Gewinns scheidet aus, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte völlig in der Luft hänge und daher willkürlich wäre (vgl. BGH, U.v. 24.06.2009, VIII ZR 332/07, NJW-RR 2009, 1404, Rn.62; OLG Köln, Urteil vom 14.05.2010 – 19 U 120/09 –, juris).

Die Sache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senates auf Grund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist (§ 522 Abs. 2 S. 1 ZPO). 40

Redaktioneller Hinweis: 41

Aufgrund des Hinweisbeschlusses vom 17.04.2018 wurde die Berufung mit Beschluss vom 25.06.2018 zurückgewiesen. 42