
Datum: 21.01.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 139/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0121.22U139.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 22 O 297/11

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des

Landgerichts Köln vom 10.7.2012 – 22 O 297/11 - teilweise
abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Unter Klageabweisung im Übrigen wird der Beklagte verurteilt, an
die Klägerin 8.827,60 € nebst Zinsen in Höhe von 8
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.7.2011 zu
zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des
Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Gründe:

(Urteil ohne Tatbestand gem. §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO, § 26 Zif. 8 EGZPO).

Die zulässige Berufung hat in der Sache überwiegend Erfolg, nämlich soweit die Klägerin
vom Beklagten über den vom Landgericht zugesprochenen Betrag in Höhe von 1.000 €

1

2

3

(Büromiete Februar – Mai 2010) nebst Zinsen hinaus zusätzlich die Zahlung von Betriebskosten für das Jahr 2009 in Höhe von 7.827,60 € und Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten verlangt. Die weitergehende Berufung ist unbegründet.

• 1.

45

Unter Abweichung von der im Hinweisbeschluss vom 21.2.2013 (Bl. 126 f GA) vertretenen Meinung geht der Senat - wie im Termin der mündlichen Verhandlung am 26.11.2013 erläutert - davon aus, dass der Klägerin gegen den Beklagten als früherem Geschäftsführer und Liquidator der I GmbH (im Folgenden : I GmbH) gem. § 823 Abs. 2 BGB, § 73 GmbHG ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 7.827,60 € zusteht.

6

Nach h.M. ist § 73 Abs. 2 GmbHG ein Schutzgesetz zugunsten bei der Schlussverteilung übergangener Gläubiger (vgl. Baumbach /Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 73 Rz. 22 mwN.) .

7

Voraussetzung für eine Haftung des Geschäftsführers ist, dass bei der Schlussverteilung verteilungsfähiges Vermögen vorhanden war, aber für bekannte Gläubiger keine Hinterlegung/ Sicherstellung erfolgt ist.

8

Dass im Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation der I GmbH im September 2010 noch Vermögen vorhanden war und die Klägerin bei ordnungsgemäßer Sicherstellung des Vermögens Befriedigung in Höhe der Klageforderung hätte erlangen können, hat der Beklagte nicht substantiiert, sondern nur pauschal bestritten. Als früherer Geschäftsführer und Liquidator der GmbH muss er allerdings in der Lage sein, zu den konkreten Vermögensverhältnissen der GmbH im Zeitpunkt der Beendigung der Gesellschaft näher vorzutragen, das pauschale Bestreiten ist daher unzulässig (§ 138 Abs. 4 ZPO). Hierauf hatte die Klägerin auch bereits erstinstanzlich hingewiesen.

9

Der Senat geht ferner davon aus, dass dem Beklagten zu diesem Zeitpunkt auch bekannt war, dass der Klägerin aufgrund der für die Zeit nach der Beendigung des Mietvertrages zum 31.12.2008 mit der I GmbH getroffenen Vereinbarung über die vorübergehende weitere Nutzung eines Teils der ursprünglich angemieteten Gewerbemietfläche für das Jahr 2009 noch eine Forderung in Höhe von mindestens 7.827,60 € zustand.

10

Eine Forderung ist bekannt, wenn sie dem Grunde und der Höhe nach den Liquidatoren aus den Unterlagen der Gesellschaft oder aufgrund eigener Erkenntnisse im Wesentlichen bekannt ist. Das ist auch der Fall, wenn die Liquidatoren die Tatsachen kennen, aus denen sich die Möglichkeit einer Forderung ergibt und sie sich in zumutbarer Weise Klarheit verschaffen können (Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 73 Rz. 6). Diese Voraussetzungen liegen vor.

11

Der Beklagte hatte als Geschäftsführer der I GmbH selbst mit der Klägerin für die Zeit nach Ablauf des bis zum 31.12.2008 bestehenden Mietvertrages die Vertragsverhandlungen über die vorübergehende, zeitlich noch unbestimmte weitere Nutzung eines Teils der ursprünglich angemieteten Fläche geführt, eine Nutzung seitens der GmbH erfolgte auch bis Ende November 2009. Es ist zudem unstreitig, dass die GmbH für die Dauer der Nutzung ein „Entgelt“ zahlen sollte. Zwischen den Parteien ist lediglich streitig, welche konkrete Absprache zur Art und Höhe des Entgelts getroffen worden ist und ob die „gemietete“ Fläche und das Entgelt für den Zeitraum von Juni bis November 2009 nochmals einvernehmlich reduziert worden ist. Nach der Darstellung der Klägerin sollte die GmbH für den gesamten

12

Zeitraum der Nutzung bis November 2009 die auf eine Fläche von ca. 350 qm entfallenden Betriebskosten zahlen, nach der Darstellung des Beklagten sollen sich die Vertragsparteien auf die Zahlung einer monatliche Pauschale inklusive Nebenkosten in Höhe von anfangs 1.500 € und sodann infolge einer weiteren Flächenreduzierung für den Zeitraum Juli 2009 – November 2009 auf ca. 150 qm auf die Zahlung einer monatlichen Nutzungspauschale in Höhe von monatlich 150 € geeinigt haben. Schließlich ist streitig, ob der Beklagte die von ihm angeblich geschuldeten Pauschalbeträge in bar an die Klägerin gezahlt hat. Die Klägerin hat jedenfalls im Termin vor dem Senat klargestellt, dass sie nicht nur die vom Beklagten behauptete Pauschalmietzinsabrede, sondern auch die behaupteten Barzahlungen bestreitet.

Nach dem Ergebnis der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme steht nicht fest, dass die vom Beklagten behaupteten Vereinbarungen über die Zahlung einer monatlichen Pauschale und einer weiteren Mietzinsreduzierung zustande gekommen sind. 13

Die vom Beklagten benannte Zeugin N hat in ihrer vom Beklagten mit Schriftsatz vom 13.11.2013 vorgelegten schriftlichen Erklärung (Bl. 181 GA) lediglich ausgeführt, dass der Beklagte ihr berichtet habe, dass die Heizkosten pauschal mit der Miete abgegolten seien. Zu den zwischen den Vertragsparteien konkret getroffenen Abreden über Art und Höhe des von der GmbH zu zahlenden „Mietzinses“ hat sie allerdings keine Angaben gemacht, sie war bei derartigen Gesprächen offenbar auch nicht zugegen. Der Beklagte hat auch keine ergänzende Vernehmung der Zeugin beantragt. 14

Der vom Beklagten benannte Zeuge Sudermann war nach seinen Angaben bei den vom Beklagten mit dem Geschäftsführer der Klägerin geführten Vertragsverhandlungen ebenfalls nicht anwesend. Er konnte zum Inhalt der Vereinbarungen, insbesondere zum geschuldeten „Mietzins“ keine Angaben machen, vom Beklagten will er nur erfahren haben, dass es zu Absprachen gekommen ist. 15

Demgegenüber hat die Zeugin X – insoweit in Übereinstimmung mit dem persönlich angehörten Geschäftsführer der Klägerin - angegeben, dass die GmbH nach den getroffenen Vereinbarungen für die Nutzung der auf die Hälfte reduzierten Fläche, nämlich den abtrennbaren Teil der Halle, nur die Nebenkosten, und zwar auch als Vorauszahlungen, aber keinen Mietzins zahlen sollte. Die Zeugin X, die nach eigenen Angaben seinerzeit für die Buchführung der Klägerin zuständig, bei den vom Geschäftsführer der Klägerin – ihrem Ehemann - mit dem Beklagten geführten Gesprächen aber nicht selbst zugegen war, will über deren Inhalt von ihrem Ehemann informiert worden sein. Sie hat zudem bekundet, dass der Beklagte auch anlässlich des im Dezember 2010 geführten Gesprächs, an dem sie selbst teilgenommen habe und bei dem dem Beklagten auch eine Kostenaufstellung für die Nebenkostenabrechnung 2009 vorgelegt worden sei, nicht eingewandt habe, dass diese Nebenkosten aufgrund einer vereinbarten und auch von ihm gezahlten Pauschale nicht geschuldet sei. 16

Es kann dahinstehen, ob den Angaben der Zeugin X Glauben geschenkt werden kann und welche Partei die Beweislast für die Richtigkeit der von ihr behaupteten Abreden trifft. 17

Denn auch nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten stand der Klägerin gegen die GmbH für die im Zeitraum Januar 2009 – November 2009 erfolgte Nutzung der Räumlichkeiten ein Zahlungsanspruch in Höhe von 6 x 1.500 € und 5 x 150 €, insgesamt also in Höhe von 9.750 € zu. Dieser Betrag übersteigt somit die von der Klägerin für denselben Zeitraum in ihrer Abrechnung vom 20.12.2010 (Anlage zur Anlage K 7 AH) geltend gemachten Nebenkosten in Höhe von 8050,45 € brutto (6.765,09 € zzgl. 19 % Umsatzsteuer 1.285,36 €), die die Klägerin nach einer Verrechnung mit dem restlichen Kautionsrückzahlungsanspruch der 18

GmbH im Verfahren nur in Höhe von 7.827,60 € geltend macht. Auf diesen Gesichtspunkt hat auch bereits die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung hingewiesen.

Dem Beklagten war deshalb das Bestehen einer erheblichen „Entgeltforderung“ der Klägerin gegen die GmbH für die im Jahr 2009 erfolgte Weiternutzung eines Teils der Mietfläche bekannt. Es kommt dabei nicht darauf an, ob es sich bei der Forderung um eine ausstehende Mietzinspauschale oder um eine Betriebskostennachforderung handelte. Der für die Erfüllung der Schuld darlegungs – und beweispflichtige Beklagte hat auch nicht substantiiert vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass und wann er die von ihm selbst als berechtigt angesehene Forderung noch im Jahr 2009 oder jedenfalls bis zur Beendigung der Liquidation im September 2010 vollständig bar bezahlt hatte, und dass er deshalb zu diesem Zeitpunkt zu Recht von einem Erlöschen der Forderungen der Klägerin ausgegangen ist. Anzumerken ist insoweit zudem, dass der Beklagte auch in seiner an die Klägerin gerichtete Mail vom 26.6.2010 (K 6 AH), in der er eine Abrechnung der gegenseitigen Ansprüche vorgenommen hat, eigene Barzahlungen im Zeitraum 2009/ 2010 überhaupt nicht erwähnt hat. 19

Da der von der Klägerin verlangte Zahlungsbetrag den vom Beklagten als berechtigt angesehenen Betrag unterschreitet, kommt es für die Entscheidung nicht darauf an, ob die Klägerin die Höhe der geltend gemachten Betriebskosten zutreffend ermittelt hat. 20

Es kommt demzufolge auch nicht darauf an, ob das Schreiben der Klägerin vom 3.1.2011 (K 7 AH), in dem diese den Ablauf des Gesprächs vom 17.12.2010 wiedergibt und die Nebenkostennachforderungen für 2008 und 2009 beziffert, als kaufmännisches Bestätigungsschreiben anzusehen ist und ob aufgrund eines nicht alsbaldigen Widerspruchs seitens des Beklagten eine Vereinbarung über die Zahlung einer Betriebskostennachforderung für 2009 und deren Höhe zustande gekommen ist. 21

Der Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt, als er bei Beendigung der Liquidation der GmbH keine Maßnahme zur Sicherung dieses Anspruchs der Klägerin vorgenommen hat. Es ihm jedenfalls Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Der Beklagte musste im September 2010 bei der Beendigung der GmbH aufgrund der vertraglichen Absprachen damit rechnen, dass die Klägerin für das Jahr 2009 noch ein Nutzungsentgelt in nicht unerheblicher Höhe geltend machen würde, er hätte daher für eine Absicherung dieser Forderung Sorge tragen müssen. 22

Dass die Klägerin ihre Nebenkostenvorauszahlung für das Jahr 2009 im September 2010 noch nicht geltend gemacht hatte, sondern erst im Dezember 2010, entlastet ihn nicht. Wie ausgeführt, ging der Beklagte nach seiner eigenen Darstellung davon aus, dass der Klägerin für die Monate Januar bis November 2009 ein monatlich zu zahlendes pauschales Entgelt zustand, insgesamt also ein Betrag in Höhe von 9.750 €. Dass er diesen Betrag in bar bezahlt hat, hat er weder durch schriftliche Unterlagen belegt, noch insoweit Beweis angetreten. Im September 2010 bestand bereits deshalb keine zuverlässige Grundlage für eine Annahme des Beklagten, der Klägerin würden keinerlei Forderungen mehr zustehen. 23

Der Beklagte kann sich auch nicht zu seinen Gunsten darauf berufen, dass die Klägerin auf seine Mail vom 26.6.2010 (K 6 AH), in der er ein eigenes Guthaben errechnet und erklärt hatte, dass für das Jahr 2009 eine pauschale Abrechnung der Miete vereinbart worden sei, zunächst nicht reagiert hatte. Das bloße Schweigen der Klägerin stellte keine Zustimmung zum Inhalt der Mail des Beklagten, insbesondere nicht zu seiner Darstellung bezüglich des Bestehens einer „Pauschalentgeltabrede“ dar. In der Mail des Beklagten heißt es nämlich ausdrücklich, dass der Beklagte „gerne abrechnen und sich noch persönlich verabschieden wolle, dass er sich freue, wenn sie sich zusammensetzen könnten, um eine einvernehmliche 24

Lösung zu treffen“. Damit brachte der Beklagte gegenüber der Klägerin zum Ausdruck, dass auch aus seiner Sicht ein abschließendes Gespräch und eine Vereinbarung erst noch stattfinden sollte. Er hatte in der Mail außerdem nicht erwähnt, dass sich die GmbH kurz vor der Beendigung der Liquidation befand. Für eine kurzfristige Reaktion oder einen Widerspruch der Klägerin bestand daher weder aus der Sicht der Klägerin noch aus der Sicht des Beklagten Veranlassung. Nachdem die Klägerin auf seine Mail bis September 2010 nicht reagiert hatte, durfte der Beklagte daher nicht von einer Zustimmung der Klägerin ausgehen, es bestand vielmehr eine Ungewissheit, die den Beklagten zu einer Nachfrage bei der Klägerin und zur Anforderung einer eindeutigen Stellungnahme hätte veranlassen müssen.

Der Beklagte hat der Klägerin daher den ihr aus der unterlassenen Absicherung ihrer Forderung entstandenen Schaden zu erstatten, also den Betrag zu zahlen, den die Klägerin bei ordnungsgemäßer Verteilung des GmbH-Vermögens für die im Jahr 2009 erfolgte Nutzung zu beanspruchen hatte und der an sie ausgezahlt worden wäre. Wie bereits oben ausgeführt, ist davon auszugehen, dass das im Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation noch vorhandene Vermögen der GmbH für eine Auszahlung des Betrages in Höhe von 7.827,60 € an die Klägerin ausgereicht hätte. 25

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 2, 291 BGB. 26

• 2. 278

Soweit die Klägerin vom Beklagten als Geschäftsführer gem. § 823 Abs. 2 BGB, § 73 GmbHG für die Nutzung des Büroraums durch die I GmbH im Zeitraum Februar – Mai 2010 über die vom Landgericht zugesprochene Miete von 1.000 € hinaus als Schadensersatz auch die Zahlung von Umsatzsteuer in Höhe von 190 € verlangt, ist die Klage unbegründet. 29

Es steht nicht fest, dass nach der zwischen der Klägerin und der I GmbH getroffenen Vereinbarung die GmbH zusätzlich zu der unstreitig vereinbarten Mietzinspauschale von monatlich 250 € noch die Umsatzsteuer entrichten sollte. 30

Hat der Vermieter für die Mehrwertsteuer optiert - was der Beklagte hier nicht in Abrede stellt - , so schuldet der Mieter nur bei entsprechender Vereinbarung im Mietvertrag die Umsatzsteuer auf den Mietzins und die Betriebskosten. Eine derartige Vereinbarung kann darin liegen, dass die Vertragsparteien die Zahlung eines Nettomietzinses zuzüglich der Umsatzsteuer vorsehen, aber auch darin, dass die Parteien die Zahlung eines „Inklusiv-Mietzinses“ vereinbaren. 31

Der Senat ist wie das Landgericht der Meinung, dass es insoweit mangels eines zulässigen Beweisantritts der Klägerin an einer ausdrücklichen vertraglichen Abrede zwischen der Klägerin und der I GmbH fehlt, wonach die GmbH für die Nutzung des Büroraums zusätzlich zu der vereinbarten Miete in Höhe von monatlich 250 € die Umsatzsteuer zahlen sollte. Wegen der Begründung wird auf die Ausführungen im Hinweisbeschluss vom 21.2.2013 Bezug genommen, der Senat hält an dieser Ansicht fest. Im Übrigen hat die von der Klägerin erstmals im Berufungsverfahren zu diesem Thema benannte, vom Senat zu einem anderen Beweisthema vernommene Zeugin X bekundet, nur bei dem Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Beklagten am 17.12.2010 zugegen gewesen zu sein, allerdings nicht bei den insoweit relevanten vorherigen Vereinbarungen betreffend die Anmietung der Büroräume im Frühjahr 2010. 32

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass jedenfalls eine entsprechende konkludente Vereinbarung zustande gekommen sei, weil es sich bei der im Frühjahr 2010 getroffenen Abrede letztlich nur um die Fortsetzung des ursprünglichen Mietvertrages, der die Zahlung der Umsatzsteuer auf den Mietzins und die Betriebskosten ausdrücklich vorsah, gehandelt habe. Der Beklagte als Erklärungsempfänger und Vertragspartner, auf dessen Sicht es im Rahmen einer Auslegung der Vertragserklärungen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ankommt (§§ 133, 157 BGB), musste die Abrede nicht so verstehen, dass zusätzlich zu dem vereinbarten „Pauschalentgelt“ noch die Umsatzsteuer gezahlt werden sollte. Eine „nahtlose“ Anknüpfung an den ursprünglichen schriftlichen Mietvertrag lag schon nicht vor. Nachdem die Klägerin den Mietvertrag zum 31.12.2008 gekündigt hatte, vereinbarten die Parteien zunächst eine weitere Nutzung nur eines Teils der bisher vermieteten Hallenfläche durch die GmbH, nach der Darstellung der Klägerin sollte die GmbH hierfür lediglich die Nebenkosten, keinen Mietzins, zahlen. Diese Abrede galt aber nur für den Zeitraum bis November 2009. Erst später, nämlich von Februar 2010 – Mai 2010 nutzte die GmbH den Büroraum, wobei die Parteien nunmehr unstreitig ein pauschales Entgelt in Höhe von 250 € vereinbart haben. Diese Vereinbarung schloss also schon nicht nahtlos an den ursprünglichen Mietvertrag an, sondern wich auch bei der Bestimmung des Entgelts von den ursprünglichen Grundlagen zur Bemessung des Mietzinses, nämlich Zahlung der Nettomiete, zuzüglich Nebenkosten, zuzüglich Umsatzsteuer ab. Ein „Pauschalbetrag“ stellt aber bereits nach seinem Wortlaut und seiner üblichen Bedeutung im Rechtsverkehr in aller Regel bei Fehlen entgegenstehender Vereinbarungen ein abschließendes Entgelt dar, und umfasst damit auch die Umsatzsteuer (vgl. auch OLG Naumburg ZMR 2000, 291; Weidenkaff in Palandt, BGB, 73. Aufl., § 535 Rz.74: Mangels entgegenstehender Vereinbarung ist im Zweifel die Umsatzsteuer in einem ziffernmäßig vereinbarten Mietzins enthalten). Auch angesichts des nur kurzen Nutzungszeitraums und der beabsichtigten pauschalen „Abgeltung“ ohne das Erfordernis weiterer Abrechnungen musste der Beklagte daher ohne eine klarstellende Erklärung seitens der Klägerin nicht damit rechnen, dass zusätzlich zu der nunmehr vereinbarten Pauschale noch die Umsatzsteuer gezahlt werden sollte.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 92 Abs.2, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. 34

Das Gericht hat die Revision nicht zugelassen, weil der Rechtsstreit weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch im Hinblick auf die Rechtsfortbildung oder die Einheit der Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. 35

Streitwert für das Berufungsverfahren : 8. 017,60 € 36