

10 S 44/05

17 C 289/04 Amtsgericht Bad Segeberg

Verkündet am:

20. April 2006

Landgericht Kiel

URTEIL

Im Namen des Volkes

In dem Berufungsverfahren

XXXXXXXXXX,

- Klägerin und Berufungsklägerin -

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte **XXXXXXXXXX** -

gegen

XXXXXXXXXX,

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt **XXXXXXXXXX** -

hat die 10. Zivilkammer des Landgerichts Kiel

auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 2006

durch den Richter am Landgericht Gabler,

die Richterin am Landgericht Dr. Meins und den Richter Dr. Lehmann

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Bad Segeberg vom 24.03.2005 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 601,00 € sowie Zinsen

in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.12.2003 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin macht gegen den Beklagten im Wege einer Teilklage Provisionsansprüche für die Vermittlung von Gästen im Wege der Durchgriffshaftung geltend.

Am 19.11.2001 gründete der Beklagte in England eine englische Private Limited Company unter der Firma **XXXXXXXXXX** Limited mit einem Gründungskapital von 2,00 £, deren Alleingesellschafter und Director er war. Die **XXXXXXXXXX** Limited meldete am 06.01.2002 als Betriebsstätte in Deutschland die **XXXXXXXXXX** bei der Gemeinde **XXXXXXXXXX** an. Dabei handelte es sich um eine Schönheitsfarm. Eine Eintragung in das Handelsregister als Zweigniederlassung erfolgte nicht.

Am 20.08.2002 richtete der Beklagte ein Schreiben an einen Herrn **XXXXXXXXXX** (Anlage K 29, Bl. 171 d.A.), in dem es auszugsweise heißt:

"...die nachfolgenden Zeilen fallen mir sehr schwer, da ich so etwas noch nie gemacht habe. (...) kannst Du mir bis 30. November 2002 € 7.700,00 ausleihen? (...) Ich würde sofort von diesem Geld auch die erste Rechnung **XXXXXXXXXX** für den Maler bezahlen (€ 3.549,60) und unser so sehr benötigtes Auto aus der Werkstatt holen. (...) und unsere Konten sind derart strapaziert, dass ich keine andere Möglichkeit sehe, als Dich zu fragen. (...)"

Das erbetene Darlehen erhielt der Beklagte nicht.

Am 30.09.2002 schloss die Klägerin mit der **XXXXXXXXXX** Limited einen Vermittlungsvertrag, nach welchem die Klägerin für jede Buchungsvermittlung eine Provision in Höhe von 12 % der Buchungssumme erhalten sollte. Im Jahr 2003 vermittelte die Klägerin der **XXXXXXXXXX** Limited Gäste und stellte die vereinbarten Provisionen in Rechnung (Anlagen K 7 - K 18, Bl. 40 - 56 d. A.). Im August 2003 waren Provisionsforderungen in Höhe von insgesamt 5.588,39 € offen.

Die **XXXXXXXXXX** Limited ist zwischenzeitlich vermögenslos. Ende August 2003 stellte der Beklagte für die **XXXXXXXXXX** Limited Antrag auf Eröffnung des

Insolvenzverfahrens, nahm diesen aber zurück, nachdem das Insolvenzgericht ihn darauf hingewiesen hatte, dass es international nicht zuständig sei.

Die Klägerin hat behauptet, bei Abschluss des Vertrages mit der Klägerin im September 2002 sei die **XXXXXXXXXX** Limited bereits zahlungsunfähig und überschuldet gewesen. Dies ergebe sich aus einem Schreiben vom 20.08.2002 an einen Herrn **XXXXXXXXXX**, in welchem der Beklagte um ein Darlehen von 7.000,00 € bat, da die Konten strapaziert seien, ein Maler bezahlt werden müsse und das benötigte Fahrzeug aus der Werkstatt ausgelöst werden müsse.

Die Klägerin meint, der Beklagte hafte aus Insolvenzverschleppung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG entsprechend. Das Insolvenzverfahren sei in Deutschland nur wegen unzutreffender Angaben des Beklagten nicht eröffnet worden. Ein Insolvenzverfahren in England scheide wegen Artikel 3 EuInsVO aus, da die Gesellschaft in England nicht über einen Geschäftsbetrieb verfüge. Der Beklagte hafte darüber hinaus auch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB und aus § 826 BGB. Darüber hinaus hafte der Beklagte auch aus existenzvernichtendem Eingriff und Unterkapitalisierung sowie wegen fehlerhafter Firmierung, da er den Rechtsformzusatz Private Company Limited by Shares nicht in den Vertrag aufgenommen habe. Schließlich ergebe sich eine Haftung wegen der fehlenden Eintragung der deutschen Zweigniederlassung.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 601,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 16.12.2003 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat behauptet, die **XXXXXXXXXX** Limited sei erst am 27.08.2003 zahlungsunfähig geworden, indem ihr durch Schließung der Schwimmbadanlage die Wirtschaftlichkeit entzogen worden sei.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin habe gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch unter dem Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung aus dem Vermittlungsvertrag.

Da es sich bei der **XXXXXXXXXX** Limited um eine Gesellschaft nach englischem Recht handele, finde nach den grundlegenden Entscheidungen des EuGH "Überseering" und "Inspire Art" grundsätzlich das Recht des Gesellschaftsstatuts, d. h. englisches Recht Anwendung. Dies gelte unmittelbar für Ansprüche aus existenzvernichtendem Eingriff und Unterkapitalisierung, die aus diesem Grunde scheitern müssten. Nur in Ausnahmefällen lasse der EuGH die Anwendung nationalen Rechts zu, wenn ein konkreter Missbrauch der Niederlassungsfreiheit vorliege. Ein solcher sei aber nicht ersichtlich.

Die Klägerin habe keinen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG analog unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzverschleppung. Es sei bereits fraglich, ob deutsches Recht insoweit Anwendung finde, da die Haftung für Insolvenzverschleppung gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sei, was die Anwendung des Gesellschaftsstatuts zur Folge habe. Die Anwendung deutschen Rechts über das Vehikel der Insolvenzverschleppung sei mit den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen nicht vereinbar und würde dazu führen, deutschem Gesellschaftsrecht durch die Hintertür des Insolvenzrechts zur Geltung zu verhelfen. Die Voraussetzungen für eine Insolvenzverschleppung seien aber auch nicht hinreichend dargelegt. Allein aus dem Gründungskapital in Höhe von 2 £ könne kein Rückschluss auf eine Insolvenzverschleppung gezogen werden, da das Stammkapital nicht der Deckung von Verbindlichkeiten diene. Die **XXXXXXXXXX** Limited habe sich darüber hinaus in einer Aufbauphase befunden. Eine nur vorübergehende Zahlungsunfähigkeit, wie sie in einer Aufbauphase vorkommen könne, sei nicht einschlägig für die Haftung aus Insolvenzverschleppung.

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB unter dem Gesichtspunkt des Eingehungsbetruges sei ebenfalls nicht gegeben. Es seien keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür dargetan, dass der Beklagte bereits beim Vertragsschluss mit der Klägerin beabsichtigte, die späteren Rechnungen nicht begleichen zu wollen.

Ein Anspruch aus § 826 BGB bestehe nicht, da nicht auf die deutschen Mindestkapitalvorschriften abzustellen sei und darüber hinaus ein Schädigungsvorsatz nicht ersichtlich sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Amtsgerichts Bad Segeberg vom 24.03.2005 (Bl. 187 ff d. A.) verwiesen.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung. Zur Begründung trägt sie vor, die geltend gemachten und im amtsgerichtlichen Urteil verneinten Tatbestände seien, die Anwendung deutschen Rechts vorausgesetzt, jeweils erfüllt. Im Hinblick auf die geltend gemachten Anspruchsgrundlagen sei die Sitztheorie anwendbar, nur hinsichtlich der Rechts- oder Parteifähigkeit einer Gesellschaft finde das Recht des Gründungsstaates Anwendung. Selbst wenn aber die EuGH-Rechtsprechung und die Rechtsprechung des BGH so zu verstehen seien, dass alle gesellschaftsrechtliche Ansprüche nach dem Gesellschaftsstatut zu beurteilen seien, könne dies die geltend gemachten Ansprüche nicht zu Fall bringen, da die geltend gemachten Ansprüche nicht gesellschaftsrechtlich, sondern insolvenzrechtlich bzw. deliktsrechtlich zu qualifizieren seien. Im jedem Fall aber müsse wegen missbräuchlichen Verhaltens ausnahmsweise die Anwendung des deutschen Sitzrechtes möglich sein.

Der Klägerin stehe daher zunächst ein Anspruch wegen Insolvenzverschleppung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG zu. Der Beklagte habe die Insolvenzantragspflicht nicht erfüllt, da er es versäumt habe, zumindest bis Ende September 2002 als Director der **XXXXXXXXXX** Limited einen Insolvenzantrag zu stellen. Spätestens ab Ende August 2002 sei die **XXXXXXXXXX** Limited zahlungsunfähig und überschuldet gewesen, wie sich aus dem Schreiben vom 20.08.2002 an Herrn **XXXXXXXXXX** ergebe. Es handele sich nicht um vorübergehende Zahlungsstockungen oder Liquiditätslücken. Die nicht gezahlten Rechnungen seien bereits im Mai 2002 gestellt worden, auch weitere Rechnungen

habe die Limited nicht beglichen und sei gleichwohl weitere Verbindlichkeiten, u. a. mit der Klägerin, eingegangen. Auch in der Gründungsphase habe ein Gründer die Gesellschaft mit ausreichenden Finanzen auszustatten, damit die Gesellschaft gerade in dieser Phase die Zahlungsverpflichtungen erfüllen könne. Die Limited sei auch überschuldet gewesen, da die Liquidation der Gesellschaft zum 31.08.2002 nicht dazu geführt hätte, dass alle Gläubiger mit einer Quote von 100 % hätten befriedigt werden können, es hätte auch keine positive Fortführungsprognose erstellt werden können. Den Verbindlichkeiten der Limited in Höhe von jedenfalls rund 5.000,00 € hätten keine Aktiva gegenübergestanden, da die Gesellschaft mit einem Stammkapital von umgerechnet nur 2,99 € ausgestattet gewesen sei. Bei dieser Sachlage habe ein durchschnittlich sorgfältiger Geschäftsführer jedenfalls vor Ende September 2002 Insolvenzantrag stellen müssen. Da dies nicht geschehen sei, habe der Beklagte den Wert der Leistung, die die Klägerin im Vertrauen auf den Fortbestand der **XXXXXXXXXX** Limited erbracht habe, zu ersetzen.

Der Anspruch sei nach deutschem Recht zu beurteilen gemäß Artikel 4 Abs. 1 EuInsVO. Danach sei das Insolvenzrecht desjenigen Mitgliedstaates anzuwenden, dessen Gerichte für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zuständig seien. § 64 GmbHG sei insolvenzrechtlich und nicht gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren. Die Antragspflicht des Geschäftsführers knüpfe unmittelbar an das Vorliegen der Insolvenztatbestände an. Der Standort der Vorschrift in einem gesellschaftsrechtlichen Spezialgesetz beruhe nicht auf rechtssystematischen Erwägungen, sondern sei historisch bedingt. Hilfsweise sei die Vorschrift deliktsrechtlich zu qualifizieren, sodass ebenfalls deutsches Recht Anwendung finden würde. Die Insolvenzverschleppungshaftung diene der Sanktionierung einer Pflichtverletzung der Geschäftsführung; Anspruchsgrundlage sei § 823 Abs. 2 BGB und damit eine deliktsrechtliche Vorschrift.

Darüber hinaus ergebe sich auch eine deliktische Haftung des Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB in Form des Eingehungsbetruges sowie aus § 826 BGB als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung. Der Beklagte habe bewusst oder zumindest billigend den Ausfall der klägerischen Forderung in Kauf genommen, da er um die finanzielle Situation der Limited gewusst habe. Im September 2002 habe er bereits absehen können, dass die Limited auch künftig nicht in der Lage sein werde, die aufgelaufenen Verbindlichkeiten und neu entstehende Verbindlichkeiten zu bedienen. Der Beklagte habe leichtfertig die Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin begründet, insbesondere indem er die Klägerin nach Vertragsschluss immer weiter habe tätig werden lassen, ohne auf die Finanzlage der Limited hinzuweisen. Die Schädigung der Klägerin durch Verlust der Provisionen habe er daher zumindest bewusst in Kauf genommen. Da der Beklagte die Zahlungen der von der Klägerin vermittelten Gäste in sein Privatvermögen übergeleitet habe, habe er dabei auch die Absicht gehabt, sich bzw. der **XXXXXXXXXX** Limited einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung der Klägerin vom 19.05.2005 (Bl. 214 ff d. A.) verwiesen.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils des
Amtsgerichts Bad Segeberg den Beklagten zu verurteilen,

an die Klägerin 601,00 € sowie Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 16.12.2003 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil und vertritt weiterhin die Auffassung, dass er weder als Gesellschafter noch als Geschäftsführer persönlich haftbar gemacht werden könne. Zahlungsunfähigkeit sei darüber hinaus erst am 27.08.2003 eingetreten, nämlich durch Schließung des Schwimmbades durch "vertragswidriges Verhalten der Vermieterin".

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg. Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG sowie aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB. Die rechtlichen Ausführungen des Amtsgerichts insoweit halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Die Anwendbarkeit des § 64 Abs. 1 GmbHG folgt aus Artikel 4 EulnsVO. Nach dieser Vorschrift gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedsstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird. Soweit im Falle der **XXXXXXXXXX** Limited das Insolvenzverfahren nicht in Deutschland eröffnet worden ist, steht dies der Anwendbarkeit deutschen Insolvenzrechts nicht entgegen. Denn das Amtsgericht Eutin hat sich zu Unrecht als international unzuständig für den Antrag des Beklagten auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens angesehen. Tatsächlich wären deutsche Insolvenzgerichte gemäß Art. 3 EulnsVO international zuständig gewesen, sodass die Eröffnung des Verfahrens jedenfalls nicht aufgrund mangelnder Zuständigkeit abzulehnen gewesen wäre. Die einzige Betriebsstätte der **XXXXXXXXXX** Limited befand sich in Deutschland, jedenfalls aber konzentrierten sich die Interessen der Limited auf die bei **XXXXXXXXXX** belegene Schönheitsfarm. Es kann aber auch im Übrigen für die Haftung wegen Insolvenzverschleppung nicht darauf ankommen, ob das Insolvenzverfahren tatsächlich eröffnet worden ist. Entscheidend ist vielmehr, ob die entsprechende Vorschrift in § 64 Abs. 1 GmbHG überhaupt dem Insolvenzrecht zuzurechnen ist. Dies ist nach Auffassung der Kammer der Fall. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Die Begriffe "zahlungsunfähig" und "Überschuldung" nehmen auf die Eröffnungsgründe der §§ 17 und 19 InsO Bezug. Die Vorschrift des § 64 GmbHG dient dem Gläubigerschutz durch Sicherung der Haftungsmasse sowie der Fernhaltung konkursreifer Gesellschaften vom Rechtsverkehr. Der Schutz des Geschäftsverkehrs ist Anliegen des Insolvenzrechts, das eben zu diesem Zweck den Insolvenzgrund der Überschuldung eingeführt hat. Auch aus Sinn und Zweck der Vorschrift folgt, dass sie nicht primär dem Gesellschaftsrecht zugeordnet werden kann. Der Zweck des Verkehrsschutzes weist keinen Bezug zum Gesellschaftsstatut auf. Soweit die Vorschrift im GmbHG und damit im Gesellschaftsrecht geregelt ist, hat dies historische Gründe. Die Niederlegung der Insolvenzantragspflicht in den gesellschaftsrechtlichen Regeln ist seit Mitte des 19. Jahrhunderts nicht mehr

überdacht worden und daher nicht Ausdruck einer gesetzessystematischen Zuordnung durch den historischen Gesetzgeber (vgl. Borges, ZIP 2004, 733). Das Argument des Amtsgerichts, deutsches Gesellschaftsrecht gelange über den Umweg der Insolvenzverschleppung zur Anwendung, verfängt daher nicht, da § 64 Abs. 1 GmbHG nicht als gesellschaftsrechtliche Vorschrift anzusehen ist. Die Anwendung deutschen Insolvenzrechts berührt nach Auffassung der Kammer die Niederlassungsfreiheit nicht. Auch die Entscheidungen des EuGH "Centros" (EuGH NJW 1999, 2027), "Überseering" (EuGH NJW 2002, 3614) und "Inspire Art" (EuGH NJW 2003, 3331) stehen dem nicht entgegen. Aus den genannten Entscheidungen lässt sich lediglich ableiten, dass die Nichtanerkennung grundlegender Vorschriften des gesellschaftsrechtlichen Gründungsstatus eine nicht gerechtfertigte Einschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Die dem EuGH zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalte unterschieden sich deutlich von dem hier zu entscheidenden: Dort ging es um fundamentale Fragen des Gesellschaftsstatus wie etwa die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, das aufzubringende Kapital oder die persönliche Haftung des Geschäftsführers im Falle der Verletzung der diesbezüglichen Vorschriften. Dies betrifft Fragestellungen, die mit der Gründung einer Gesellschaft im unmittelbaren Zusammenhang stehen. Im vorliegenden Fall geht es aber um die persönliche Haftung eines Geschäftsführers bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht. Dies steht in keinem Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft in einem bestimmten Staat, sondern vielmehr mit der Tätigkeit der Gesellschaft in einem bestimmten Staat.

Darüber hinaus kann eine Einschränkung der aus Artikel 43 und 48 EGV fließenden Niederlassungsfreiheit auch deshalb nicht gegeben sein, weil eine persönliche Haftung des Beklagten auch nach Maßgabe des englischen Gründungsstatus in Betracht käme (Wrongful Trading). Ein Director bzw. Geschäftsführer in der Position des Beklagten würde wegen der Anwendbarkeit des § 64 GmbHG nicht davon absehen, in Deutschland eine (Zweig-)niederlassung zu gründen, weil insoweit ein vergleichbarer Haftungstatbestand wie im Gründungsstaat und weiteren Staaten existieren würde. Soweit die Haftung für Wrongful Trading in Großbritannien im Detail anders gefasst ist, etwa eine Frist für die Stellung des Insolvenzantrages nicht vorgesehen ist, steht dies der Annahme, dass es sich um ein jedenfalls vergleichbares Rechtsinstitut handelt, nicht entgegen. Jedenfalls würde sich daraus nicht ergeben, dass das deutsche Recht den Director bzw. Geschäftsführer einer Limited strenger behandeln würde als das englische Recht, nur weil im deutschen Recht eine Frist vorgesehen ist. Je nach Sachlage kann eine gesetzlich normierte Frist auch eine Begünstigung des Betroffenen darstellen.

Aufgrund dieser Sachlage ist auch nicht davon auszugehen, dass Artikel 4 der EuInsVO gegen das höherrangige Recht aus Artikeln 43 und 48 EGV verstößt.

Eine etwaige Einschränkung der Niederlassungsfreiheit wäre darüber hinaus jedenfalls vor dem Hintergrund des von § 64 Abs. 1 GmbHG intendierten Ziels gerechtfertigt. Der Schutz des Rechtsverkehrs stellt einen zwingenden Grund des allgemeinen Interesses dar. Durch die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags werden in einem anderem Mitgliedsstaat gegründete Gesellschaften auch nicht diskriminiert, da die Antragspflicht gleichermaßen auch für inländische Gesellschaften gilt. Die Antragspflicht ist zum Schutz des Rechtsverkehrs auch geeignet und verhältnismäßig. Würde man dies mit dem Amtsgericht anders beurteilen, ergäbe sich auch das Problem eines Normenmangels, der als

Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit anerkannt ist (vgl. Eidenmüller, NJW 2005, 1618). Würde man § 64 Abs. 1 GmbHG für nicht anwendbar halten, würde gleichwohl aus der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte gemäß Artikel 3 Abs. 1 EuInsVO zugleich die Unzuständigkeit der englischen Gerichte folgen. Gläubiger der **XXXXXXXXXX** Limited können aber in Deutschland keine Ansprüche wegen Wrongful Trading gegen den Beklagten einklagen, denn diese Ansprüche können ausschließlich durch einen Liquidator im Rahmen eines Insolvenzverfahrens in England geltend gemacht werden (vgl. dazu Gräfe, DZWIR 2005, 410). Ein englischer Liquidator würde jedoch wegen § 3 EuInsVO seine Zuständigkeit verneinen. Das hätte zur Folge, dass der Beklagte keinem Insolvenzverschleppungsregime unterliegen würde. Dies erscheint nicht vertretbar, da er dann besser stünde als bei der isolierten Anwendung der Gründungs- oder Sitztheorie (vgl. Redeker, ZinsO 2005, 1035). Aus der Tatsache, dass englisches Insolvenzrecht auf die **XXXXXXXXXX** Limited überhaupt nicht anwendbar ist, folgt zugleich, dass die Auffassung des Amtsgerichts, ein Anspruch wegen Insolvenzverschleppung stelle in Anbetracht der Tatsache, dass das englische Recht mit dem Wrongful Trading über ein vergleichbares Haftungsinstrument verfüge, eine ungerechtfertigte Einschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, nicht zutrifft.

Die Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1 GmbHG sind erfüllt. Der Beklagte hat als Director bzw. Geschäftsführer einer zahlungsunfähigen Gesellschaft schuldhaft nicht unverzüglich, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt.

§ 64 Abs. 1 GmbHG ist Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Gläubiger (BGHZ 138, 211, 214). Die Klägerin gehört damit zum geschützten Personenkreis. Die **XXXXXXXXXX** Limited war bereits im August 2002 zahlungsunfähig. Zahlungsunfähigkeit liegt gemäß § 17 Abs. 2 InsO vor, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die **XXXXXXXXXX** Limited hat weder Zahlungen an die Klägerin noch an das **XXXXXXXXXX** noch an die Firma **XXXXXXXXXX** geleistet. Die mangelnde Zahlungsfähigkeit ergibt sich auch aus dem Schreiben des Beklagten an Herrn **XXXXXXXXXX**, nach dessen Inhalt der Beklagte sich ohne das erbetene Darlehen nicht einmal in der Lage sah, seinen Pkw aus der Werkstatt auszulösen. Das Schreiben stammt vom 20.08.2002. Aus der Formulierung des Schreibens ("unsere Konten sind derart strapaziert, dass ich keine andere Möglichkeit sehe, als dich zu fragen") ergibt sich, dass weder die **XXXXXXXXXX** Limited noch der Beklagte einen Bankkredit in Anspruch hätte nehmen können. Daraus folgt zugleich, dass es sich nicht lediglich um einen Engpass im Sinne von Startschwierigkeiten handelte. Dies ergibt sich auch aus der Formulierung des Schreibens: "... Die nachfolgenden Zeilen fallen mir schwer, da ich so etwas noch nie gemacht habe, deshalb habe ich auch diese Form gewählt". Die **XXXXXXXXXX** Limited war darüber hinaus im November 2001 und damit neun Monate zuvor gegründet worden. Es dürfte zweifelhaft sein, ob bei dieser Sachlage noch von Startschwierigkeiten gesprochen werden kann. Darüber hinaus ist es für das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit nicht erforderlich, dass diese dauerhaft besteht. Vielmehr ist als Eröffnungsgrund ausreichend, wenn eine Zahlungsunfähigkeit sich über zwei Wochen erstreckt (Baumbach/ Hoeck - Schulze - Osterloh, GmbHG, 18. Aufl., § 64 Rdnr. 6). Darüber hinaus hat die **XXXXXXXXXX** Limited zum fraglichen Zeitpunkt die Zahlungen eingestellt, was nach der Vermutung des § 17 Abs. 2 S. 2 InsO bereits für Zahlungsunfähigkeit spricht.

Soweit der Beklagte bestreitet, dass die Limited bereits im August 2002 zahlungsunfähig gewesen sei, ist dieses Bestreiten angesichts der von der Klägerin konkret vorgetragene Umstände als pauschales Bestreiten nicht erheblich. Daran ändert auch die Behauptung nichts, dass erst im Sommer 2003 ein vertragswidriges Verhalten des Vermieters der Limited die Wirtschaftlichkeit entzogen habe. Der Beklagte hätte darlegen müssen, wie es im August 2002 um die finanzielle Situation der Limited bestellt gewesen sei.

Den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Beklagte beim Amtsgericht Eutin erst am 28.08.2003, d. h. erst rund ein Jahr später gestellt, sodass auch die dreiwöchige Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG nicht gewahrt ist.

Die Schutzgesetzverletzung ist auf ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten zurückzuführen. Ein sorgfältiger Geschäftsführer aus dem Verkehrskreis des Beklagten hätte die Zahlungsunfähigkeit erkannt und unverzüglich den Eröffnungsantrag gestellt.

Die Klägerin hat einen Schaden in Höhe von jedenfalls dem Betrag der Teilklage (601,00 €) erlitten. Sie hat Ende September 2002 und mithin nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der **XXXXXXXXXX** Limited den Vermittlungsvertrag abgeschlossen und der Limited Kunden vermittelt. Ihr steht daher als Neugläubigerin (vgl. BGHZ 126, 181, 192 ff) ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses und nicht lediglich eines Quotenschadens zu (Baumbach/Hueck - Schulze-Osterloh, a. a. O., § 64 Rdnr. 92). Zu ersetzen sind daher die im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit der **XXXXXXXXXX** Limited erbrachten Leistungen. Diese sind mit der Höhe der geltend gemachten Provisionen für die Vermittlung von Gästen zu bewerten, die sich auf 12 % der jeweiligen Buchungssummen belaufen. Der Anspruch ist damit auch der Höhe nach begründet.

Daneben steht der Klägerin auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB zu. Bereits beim Vertragsschluss mit der Klägerin nahm der Beklagte zumindest billigend in Kauf, dass er die eingegangenen Verbindlichkeiten, nämlich die Verpflichtung zur Zahlung von Provisionen, nicht erfüllen werde. Dies ergibt sich daraus, dass der Beklagte in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Limited den Vermittlungsvertrag abschloss. Nur zehn Tage zuvor hatte er erfolglos Herrn **XXXXXXXXXX** um ein Darlehen gebeten, das er nach dem Inhalt seines Schreibens als letzten Ausweg ansah. Der Beklagte hat von Anfang an nicht eine einzige Provisionsforderung der Klägerin beglichen, obgleich er über mehrere Monate hinweg die Zahlungen der von der Klägerin vermittelten Gäste für die Limited bzw. sich selbst entgegen nahm und verbrauchte. Der Beklagte handelte damit auch in der Absicht, sich bzw. einen Dritten - die Limited - auf Kosten der Klägerin zu bereichern, da der Beklagte die Leistungen der Klägerin, nämlich die Vermittlung von Gästen, entgegen nahm, ohne aber seinerseits die vereinbarte Gegenleistung zu erbringen.

Der Klägerin ist auch bereits bei Vertragsabschluss ein Schaden entstanden. Beim Eingehungsbetrug führt der Abschluss eines Vertrages dann zu einem Vermögensschaden, wenn ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Eingehen der schuldrechtlichen Verbindlichkeit ergibt, dass der Getäuschte durch den Vertrag wirtschaftlich schlechter gestellt ist, weil etwa der Täuschende bereits zu diesem Zeitpunkt zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig ist (Schönke/Schröder-

Cramer, StGB, 27. Auflage, § 263 Rn. 128). So liegt es hier: Aufgrund des Vermittlungsvertrages war die Klägerin zunächst zur kostenlosen Aufnahme der **XXXXXXXXXX** Limited in ihrer Datenbank und sodann zur Vermittlung der sich darauf meldenden Interessenten an die Limited verpflichtet, ohne dass die Limited oder der Beklagte hierfür vorleistungspflichtig gewesen wäre. Die Klägerin nahm dadurch eine Vermögensverfügung vor, indem sie Leistungen für die **XXXXXXXXXX** erbrachte. Dem stand kein wirtschaftlicher Ausgleich gegenüber, da der Beklagte von Anfang an jedenfalls zahlungsunfähig war.

Jedenfalls ist ein Betrug i.S.d. § 263 StGB darin zu erblicken, dass der Beklagte fortlaufend über Monate hinweg Leistungen der Klägerin entgegennahm, ohne die vereinbarte Gegenleistung zu erbringen. Spätestens dadurch ist der Tatbestand des Betrugs vollendet worden.

Nach alledem war das angefochtene Urteil abzuändern und der Klage stattzugeben. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO.

Die Sache war vor Entscheidung nicht gemäß § 234 EGV dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen im Hinblick auf die Einordnung des § 64 GmbHG und die sich in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit stellenden Fragen. Eine Vorlagepflicht besteht nur dann, wenn die zu klärende Rechtsfrage entscheidungserheblich ist. Daran fehlt es, wenn das Gericht seine Entscheidung auch nur gleichrangig und nicht nur hilfsweise auf eine zweite Begründung stützt, die sein Ergebnis trägt. Eine Entscheidung konnte vorliegend auch ohne eine entsprechende Klärung durch den Europäischen Gerichtshof ergehen, weil die Klage gegen den Beklagten jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Betruges gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB begründet ist und die Entscheidung daher nicht von der Frage abhängt, ob die Einordnung des § 64 GmbHG als insolvenzrechtlich der Niederlassungsfreiheit zuwider läuft.

Soweit die Kammer sich zu EU-rechtlichen Fragestellungen gleichwohl geäußert hat, ergibt sich daraus nicht die Notwendigkeit einer Vorlage beim Europäischen Gerichtshof.

Gabler

Dr. Meins

Dr. Lehmann
