Oberlandesgericht Düsseldorf, I-6 U 48/14

Datum:	15.01.2015
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-6 U 48/14
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2015:0115.I6U48.14.00

Vorinstanz:	Landgericht Düsseldorf, 22 O 152/11

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 20.12.2013 verkündete Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf (22 O 152/11) teilweise abgeändert und unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger

6.547.785,75 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.01.2012 (Beklagter zu 1.) bzw. seit dem 28.01.2012 (Beklagter zu 2.) zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagten als Gesamtschuldner zu 2/3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

1

2

I.

Der Kläger nimmt in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen der A. GmbH die Beklagten als deren ehemalige Vorstandsmitglieder wegen organschaftlicher Pflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch. 3

Wegen des Sachverhalts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem landgerichtlichen Urteil verwiesen, soweit sie den nachfolgenden Feststellungen nicht widersprechen. 4

Das Landgericht hat die Klage nach Durchführung der Beweisaufnahme abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dem Kläger stünden Schadensersatzansprüche wegen der von den Beklagten am 14.11.2007 mit der B-Bank vereinbarten Zinshedgings und der auf dieser Grundlage abgeschlossenen Zinsswapverträge nicht zu. 5

Die Beklagten hafteten nicht gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG deswegen auf Schadensersatz, weil sie die ihnen obliegende Pflicht verletzt hätten, die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis durch die Geschäftsordnung für den Vorstand (im Folgenden: GOV) zu beachten. Die Beklagten hätten nicht gegen § 82 Abs. 2 AktG verstoßen, eine Missachtung eines Zustimmungsvorbehalts könne ihnen nicht vorgeworfen werden. Ein solcher sei nicht wirksam festgelegt worden, weswegen dahin stehen könne, ob beide Beklagten von der Existenz der Geschäftsordnung Kenntnis gehabt hätten. Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands sei nicht in zulässiger Weise durch die GOV beschränkt gewesen. 6

Zwar stelle der Abschluss der beiden Zinsswapverträge ohne Garantie einer entsprechenden Anschlussfinanzierung von Art und Umfang her, insbesondere wegen der sich aus ihnen ergebenden Gefahr eines Spekulationsgeschäfts mit erheblichen Risiken, ein sich deutlich von gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen abhebendes sowie gleichzeitig um ein grundlegend die Finanzlage der Klägerin beeinflussendes Geschäft bzw. ein solches mit derartigem Potential dar, jedoch fehle es an der unternehmensbezogenen hinreichenden Konkretisierung in der GOV. Nr. 1.8 der §§ 9 bzw. 6 GOV sei nicht zu entnehmen, welche Bedingungen nach der Vorstellung des Aufsichtsrats gegeben sein mussten, damit der Vorstand von nicht den normalen Geschäftsverkehr betreffenden und in der Bedeutung für das Unternehmen als wesentlich zu betrachtenden Finanzierungen auszugehen hatte. Es hätte daher der Festlegung eines bestimmten Kreditrahmens bedurft, dessen Überschreitung erst den Zustimmungsvorbehalt auslöste. 7

Die Beklagten hafteten der Insolvenzschuldnerin auch nicht deswegen gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG auf Schadensersatz, weil sie auch ohne wirksamen Zustimmungsvorbehalt die Zustimmung des Aufsichtsrats hätten einholen müssen. Aus § 111 Abs. 4 AktG, wonach der Aufsichtsrat zu bestimmen habe, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürften, folge nicht, dass der Vorstand verpflichtet sei, bei Fehlen eines wirksamen Vorbehalts von sich aus die Zustimmung zu einem Geschäft besonderen Umfangs oder von besonderer Bedeutung für die Gesellschaft einzuholen. Es widerspreche der Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, ersterem aufzuerlegen, quasi die Geschäfte des Aufsichtsrats zu führen bzw. zu kontrollieren. Aufgabe des Vorstands sei es, die Geschäfte zu führen, während der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen habe. Beides gelte nicht umgekehrt. Folge einer unwirksamen Geschäftsführungsbeschränkung müsse deren ersatzloses Entfallen sein, so dass ihr Nichtbeachten durch den Vorstand keine Schadensersatzpflicht auslösen könne. 8

9

Die Beklagten hafteten auch nicht gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, weil sie mit dem Zinshedging ein satzungswidriges Geschäft betrieben hätten. Ein Organ, das Geschäfte betreibe, die vom Unternehmenszweck nicht gedeckt seien, handele zwar pflichtwidrig (BGH, WM 2013, 456). Das von den Beklagten vorgenommene Zinshedging sei aber als Hilfsgeschäft vom satzungsgemäßen Unternehmenszweck gedeckt gewesen. Nach der Satzung habe die Gesellschaft alle Geschäfte betreiben und Maßnahmen ergreifen dürfen, die den Gegenstand des Unternehmens unmittelbar oder mittelbar zu fördern geeignet gewesen seien, wobei dieser Unternehmensgegenstand wiederum insbesondere in dem Erwerb, dem Halten und Verwalten sowie der Veräußerung von Immobilienbesitz bestanden habe. Das Zinshedging habe dazu gedient, der Insolvenzschuldnerin für ein künftiges mittel- bzw. langfristiges Kreditgeschäft das zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages geltende Zinsniveau zu sichern. Zu diesem Zweck sei es auch geeignet gewesen, wobei wiederum der ins Auge gefasste künftige Darlehensvertrag der Finanzierung des Erwerbs von Immobilien habe dienen sollen.

Die Kammer sei davon überzeugt, dass die Beklagten in dem Darlehensvertrag vom 14.11.2007 zu diesem Zweck die Verpflichtung eingegangen seien, die in Ziff. 13 genannten Forward-Zinsswaps abzuschließen, und nicht etwa zu demjenigen, durch ein Derivategeschäft mit spekulativem Charakter der Gesellschaft eine selbständige Einnahmequelle zu verschaffen. Diese Überzeugung gründe sich auf die Aussage des Zeugen C., der bekundet habe, dass nach seiner Einschätzung eine etwa vorhandene Spekulationsabsicht auf der Seite der Gesellschaft im Zusammenhang mit dem Derivategeschäft nicht zu Tage getreten sei, sondern dass dieses einzig und allein der Absicherung des Kreditgeschäfts gedient habe. 10

Die Beklagten hafteten auch nicht deswegen nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, weil sie die nach § 93 Abs. 1 S. 1 bei ihrer Geschäftsführung anzuwendende Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verletzt hätten. Die Kammer sei davon überzeugt, dass die Beklagten davon ausgegangen seien, bei der Vereinbarung des Zinshedgings mit der B-Bank am 14.11.2007 auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Eine unternehmerische Entscheidung sei nicht allein deshalb pflichtwidrig, weil sie nicht den erstrebten Erfolg habe. So liege ein pflichtwidriges Zinsderivategeschäft beispielsweise nicht allein deshalb vor, weil sich nachträglich feststellen lasse, dass es objektiv nicht zur Absicherung von Zinsänderungsrisiken aus dem Hauptgeschäft erforderlich gewesen sei (BGH, WM 2013, 456). Da der Art und Weise der Absicherung eine unternehmerische Entscheidung zugrunde liege, seien die in Anspruch genommenen Organe einer AG bereits dann entlastet, wenn sie vernünftigerweise annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Gem. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG treffe die Vorstandsmitglieder die Beweislast, wenn streitig sei, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hätten. Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Beklagten liege gemessen an diesen Maßstäben aber nicht vor. Die Beklagten hätten bewiesen, dass das mit der B-Bank am 14.11.2007 vereinbarte Zinshedging keinen spekulativen Charakter gehabt, sondern dazu gedient habe, sich das im Herbst 2007 gültige Zinsniveau langfristig zu sichern. Es komme darauf an, ob es der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters entsprochen habe, sich bereits im Herbst 2007 im Vorgriff auf eine beabsichtigte zukünftige mittel- oder langfristige Finanzierung des Immobilienportfolios ohne rechtlich bindende Zusage der B-Bank mithilfe der Forward-Zinsswaps das seinerzeitige Zinsniveau zu sichern. Hierbei sei maßgeblich, ob die Beklagten das Risiko hätten in Kauf nehmen dürfen, dass ein kongruenter Kreditvertrag ausbleiben würde, womit die Swaps spekulativen Charakter annehmen würden, und ob es zum Wohle der Gesellschaft unternehmerisch geboten, zumindest aber sinnvoll gewesen sei, 11

von einem langfristig gesehen ansteigenden Zinsniveau auszugehen und die Insolvenzschuldnerin hiergegen abzusichern. Letzteres sei zu bejahen, was zur Folge habe, dass die Beklagten auch das Nichtzustandekommen der beabsichtigten Anschlussfinanzierung hätten riskieren dürfen. Die Beklagten hätten vorgetragen, dass im Herbst 2007 alle Marktteilnehmer davon ausgegangen seien, dass im Anschluss an die seit dem Jahr 2005 bis Anfang 2007 herrschende Niedrigzinsphase mit einem deutlichen Anstieg der langfristigen Zinsen zu rechnen gewesen sei, was durch zahlreiche Indikatoren wie steigende Inflationsraten und Rohstoffpreise, hohes Wirtschaftswachstum und schnell steigende Immobilienpreise angezeigt worden sei. Als Beleg habe der Beklagte zu 2) eine Veröffentlichung des Bundesverbands öffentlicher Banken vorgelegt (Anlage 9), aus der hervorgehe, dass dieser für den Monat Juli 2007, bezogen auf einen Zeitraum von sechs Monaten, einen Anstieg der Kapitalmarktzinsen um mehr als zehn Basispunkte vorausgesagt habe. Dieser Sachvortrag sei als unstreitig zugrunde zu legen, dem Vorbringen des Klägers sei die Absicht, dies bestreiten zu wollen, nicht zu entnehmen. Darüber hinaus sei unstreitig, dass der im Herbst 2008 eingetretene Absturz des Zinsniveaus ein Jahr zuvor nicht voraussehbar gewesen sei. Dass die von den Beklagten angestellte Zinsprognose zutreffend gewesen sei, folge auch daraus, dass der in den am 12.12.2007 vereinbarten Zinsswaps zugrunde gelegte Basissatz, der 3-Monats-Euribor, in der Folgezeit angestiegen sei, was die Vertragsparteien bewogen habe, die Swaps gegen Zahlung von „Auflösungsgebühren“ durch die Bank aufzulösen und neue Konditionen zu vereinbaren.

Wenn aber die Zinsprognose der Beklagten zutreffend gewesen sei, sei es zum Wohle der Gesellschaft geboten gewesen, die Gesellschaft gegen steigende Zinsen abzusichern, da diese im Rahmen ihrer Expansionsstrategie gegenwärtig und zukünftig erheblichen Fremdkapitalbedarf gehabt habe bzw. haben würde und einen nennenswerten Zinsanstieg wegen ihrer geringen Eigenkapitalquote nicht oder nur schwer hätte verkraften können. Gleichzeitig folge aus der zutreffenden Zinsprognose, dass die Beklagten das Risiko des Nichtzustandekommens der mittel- oder langfristigen Anschlussfinanzierung bei der B-Bank hätten in Kauf nehmen dürfen, denn das in der trotz Fehlens einer entsprechenden Finanzierungszusage eingegangen Verpflichtung zum Abschluss der Forward-Zinsswaps liegende Risiko sei begrenzt gewesen. Dies folge aus dem Umstand, dass die Beklagten, den Markttendenzen entsprechend, zu Recht auf steigende Zinsen gesetzt hätten und, hätte sich der von ihnen prognostizierte Anstieg fortgesetzt, die Bank auf einen ungedeckten Swap Ausgleichszahlungen an die Insolvenzschuldnerin hätte leisten müssen. Dem bei Ausbleiben der Anschlussfinanzierung eintretenden spekulativen Charakter der Zinsswaps, der satzungswidrig gewesen wäre, hätten die Beklagten dadurch begegnen können, dass sie der B-Bank die - bereits zu Anfang des Jahres 2008 praktizierte - Auflösung der dieser nachteiligen Verträge hätten anbieten oder die Swaps auf eine andere finanzierende Bank hätten übertragen können. 12

Aus diesen Gründen sei es auch nicht zu beanstanden, dass die Beklagten sich bei ihrer Entscheidung, sich das im Herbst 2007 gültige Zinsniveau zu sichern, für Forward-Zinsswaps und gegen die von dem Zeugen C. erwähnten sog. Zinscaps entschieden hätten, für die nach Art einer Versicherungsprämie eine erhebliche Zahlung an die B-Bank zu leisten gewesen wäre. Nicht diesen Weg der Zinsabsicherung gewählt zu haben, sei wiederum eine unternehmerische Entscheidung der Beklagten gewesen, die nicht deswegen pflichtwidrig gewesen sei, weil sich im Nachhinein herausgestellt habe, dass die Entscheidung für die „Swap-Lösung“ mit erheblichen Nachteilen behaftet gewesen sei. Die Kammer teile nicht die Auffassung des Klägers, dass die Beklagten nicht dargelegt hätten, auf der Grundlage angemessener Information gehandelt zu haben. Da es letztlich darauf ankomme, ob die Beklagten die Entwicklung der Kapitalmarktzinsen richtig eingeschätzt hätten, müsse sich die 13

Beschaffung und Analyse der Entscheidungsgrundlagen hierauf beziehen. Dabei hätten die Beklagten keine externe Beratung in Anspruch nehmen müssen, weil die Beurteilung der Entwicklung der Zinsen für Immobilienkredite einschließlich der dafür maßgeblichen Randbedingungen ebenso wie die Beobachtung des Kapitalmarkts zum Kernbereich ihrer unternehmerischen Tätigkeit im Rahmen des satzungsmäßigen Gesellschaftszwecks gehört habe. Dass die Beklagten, wie festzustellen sei, die Zinsentwicklung richtig eingeschätzt und dabei den Zusammenbruch des Kapitalmarkts nicht hätten voraussehen können, beweise prima facie, dass sie über zutreffende Informationen verfügt hätten.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung, mit der er seinen Klageantrag in vollem Umfang weiterverfolgt. 14

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagten hätten ihre Pflichten als Vorstandsmitglieder zunächst dadurch verletzt, dass sie die erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats zu dem Abschluss des Darlehensvertrages nicht eingeholt hätten. Das Landgericht habe zwar zutreffend festgestellt, dass nach der maßgeblichen Geschäftsordnung der Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 der Zustimmung des Aufsichtsrats bedurft hätte, aber gemeint, die diesbezügliche Bestimmung aus der Geschäftsordnung sei unwirksam. Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe es aber weder der Einsetzung bestimmter Schwellenwerte bedurft noch sei die Regelung unbestimmt, da die Vorstandsmitglieder hätten erkennen können, ob eine Aufsichtsratszustimmung erforderlich sei. Die Bestimmung in der Geschäftsordnung nenne zwei klare, handhabbare Kriterien, zum einen, dass die Finanzierungen nicht den normalen Geschäftsverkehr beträfen, und zum anderen, dass sie in der Bedeutung für das Unternehmen wesentlich seien. Demgegenüber seien betragsmäßige Schwellenwerte nicht ohne weiteres geeignet, einen hinreichenden Schutz der Gesellschaft mittels der Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat zu gewährleisten, zumal jede Festlegung eines Schwellenwertes angesichts des kontinuierlichen Ausbaus der Geschäftstätigkeit der Schuldnerin möglicherweise nach kurzer Zeit schon wieder überholt gewesen wäre. Von daher sei die gewählte flexible Regelung nicht nur hinreichend bestimmt, sondern habe auch zu praktisch sinnvollen Ergebnissen geführt. Gegen die Auffassung des Landgerichts spreche zudem, dass aus der dann anzunehmenden Pflichtverletzung der Aufsichtsratsmitglieder nicht der Schluss gezogen werden könne, andere Organe der Gesellschaft könnten hiervon profitieren und nach Belieben schalten und walten. Hierdurch würde, so der Kläger, der mit dem Gebot der unternehmensbezogenen Konkretisierung des Zustimmungsvorbehalts bezweckte Schutz in sein Gegenteil verkehrt. Dies aber sei ein Zustand, der dem Gesetz noch fremder sei als die Maßgeblichkeit eines unzureichenden Zustimmungskataloges, zumal dieser nach § 111 Abs. 4 AktG zwingend geboten sei. Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts schütte das Kind mit dem Bade aus, da nun ein Zustand bestehe, der noch weniger dem Aktienrecht entspreche als der Zustand mit einem vielleicht unzureichenden, aber handhabbaren Zustimmungskatalog. 15

Abgesehen davon könnten sich die Beklagten ohnehin auch deshalb nicht auf den angeblich unwirksamen Zustimmungskatalog berufen, weil sie als Mitglieder des Vorstands entgegen der Auffassung des Landgerichts sehr wohl auf eine gesetzmäßige Beschlussfassung durch den Aufsichtsrat zu drängen gehabt hätten. Richtig sei zwar, dass der Aufsichtsrat den Vorstand kontrolliere und nicht umgekehrt, daraus folge aber nicht, dass der Vorstand nicht auch dafür zuständig sei, ein rechtswidriges Verhalten des Aufsichtsrats aufzugreifen. Erkenne der Vorstand, dass ein Zustimmungsvorbehalt nicht hinreichend konkretisiert sei, könne er nicht einfach untätig bleiben, ohne Zustimmung des Aufsichtsrats agieren und sich dann darauf berufen, dass der Zustimmungsvorbehalt unwirksam sei. 16

17

Die Beklagten hätten des Weiteren auch deshalb pflichtwidrig gehandelt, weil sie keinen Beschluss des Gesamtvorstands eingeholt und damit das dritte Vorstandsmitglied übergangen hätten. Nach der GOV seien „Angelegenheiten, die dem Aufsichtsrat vorzulegen sind“ einer Beschlussfassung des Gesamtvorstands vorbehalten. Da der Abschluss des Darlehensvertrags dem Aufsichtsrat vorzulegen gewesen wäre, gelte dies auch für den Gesamtvorstand.

Die Beklagten hätten ihre Pflichten aber auch dadurch verletzt, dass sie mit dem Abschluss des Darlehensvertrages und der Übernahme der Verpflichtung zu einem langfristigen, ungedeckten Zinsswapvertrag ein erhebliches Risiko für die Gesellschaft begründet hätten, welches sich nachfolgend auch realisiert habe. Die Beklagten hätten schon keine erkennbaren Ermessenserwägungen angestellt und diese erst recht nicht dokumentiert. Zu Unrecht berufe sich das Landgericht für seine Auffassung auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.01.2013 (WM 2013, 456). Dieses Urteil betreffe ein Macro-Hedging, welches der Schuldnerin, die keine Bank sei, aber nicht möglich gewesen sei. Der Abschluss eines Derivategeschäfts, das nicht zum eigentlichen Geschäftsgegenstand zähle, sei zwar nach diesem Urteil zulässig, aber nur dann, wenn es einem konkreten Darlehensvertrag zuzuordnen sei, mithin ein sog. Micro-Hedging vorliege, was hier aber gerade nicht der Fall sei. Eine Spekulationsabsicht der Beklagten sei dabei nicht erforderlich gewesen, ausreichend sei vielmehr bereits, dass sie gewusst hätten, dass das Zinssicherungsgeschäft ohne den Abschluss eines Grundgeschäfts spekulativen Charakter haben würde. Die Beklagten hätten die Verpflichtung gleichwohl übernommen und zwar ohne vertragliche Vorkehrungen für den Fall zu treffen, dass aus dem Zinssicherungsgeschäft ein Spekulationsgeschäft werde. Sie hätten ein Spekulationsgeschäft, welches nicht zum zulässigen Unternehmensgegenstand der Schuldnerin gehört habe, billigend in Kauf genommen, wodurch sie die Gesellschaft einem von ihrem Unternehmensgegenstand nicht gedeckten Spekulationsrisiko ausgesetzt hätten. Auf die Business Judgement Rule (im Folgenden: BJR) könnten sich die Beklagten nach ihrem eigenen Prozessvortrag nicht berufen, weil dieser nicht erkennen lasse, aufgrund welcher konkreten Begründung sie das Risiko eines ungedeckten Zinsswapvertrages eingegangen seien. Dass er Chancen und Risiken des Zinsswapvertrages abgewogen habe, mache der Beklagte zu 1), der von dem Geschäft keine Kenntnis gehabt haben wolle, schon nicht geltend. Der Vortrag des Beklagten zu 2) sei in sich widersprüchlich und schon deshalb unsubstantiiert und prozessual unbeachtlich. Eine eigene unternehmerische Entscheidung hätten die Beklagten mithin nach ihrem eigenen Vortrag nicht getroffen. Das Urteil sei insofern schon deshalb rechtsfehlerhaft, weil das Landgericht eigene Ermessenserwägungen angestellt habe. Maßgeblich seien aber die tatsächlichen Erwägungen der Beklagten, fehlten diese, könnten sie nicht durch das Gericht nachgeholt werden. Soweit das Landgericht angenommen habe, die Beklagten seien in vertretbarer Weise davon ausgegangen, dass die Zinsen am Kapitalmarkt langfristig steigen würden, weshalb sie das Risiko hätten eingehen dürfen, dass später kein langfristiger Darlehensvertrag zustande kommen würde, übersehe es, dass die womöglich in der Tat noch vertretbare Annahme, das Zinsniveau würde langfristig steigen, nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung dafür gewesen sei, den Darlehensvertrag mit der Verpflichtung zu einem langfristigen Zinsswapvertrag zu schließen. Die Beklagten hätten nämlich noch weitere Gesichtspunkte und Risiken berücksichtigen müssen, so das allgemein bekannte Risiko, dass die langfristigen Zinsen nicht steigen, sondern fallen würden, dass keine langfristige Finanzierung zustande kommen und der Zinsswapvertrag spekulative Wirkung haben würde, und vor allem einschätzen müssen, wie hoch das Risiko sein würde, dass später keine langfristige Anschlussfinanzierung zustande komme und welche Konsequenzen sich aus dem ungedeckten Zinsswapvertrag bei einem sinkenden Zinsniveau ergeben würden. Schließlich hätten die Beklagten auch geeignete Maßnahmen ergreifen

18

müssen, um bestandsgefährdende Risiken zu erkennen und zu bewerten, § 91 Abs. 2 AktG. Derartige Risiken habe der Vorstand nach Möglichkeit zu vermeiden, die Beklagten aber hätten hier „Nichts“ getan, insbesondere sei ihnen vorzuwerfen, dass sie keine Vorkehrungen getroffen hätten, um dieses Risiko auszuschließen. Die Risiken hätten mehr als EUR 10 Mio. betragen, also die Chancen des Geschäfts, wie etwa dass sich bei steigendem Zinsniveau hieraus günstige Konditionen für eine Anschlussfinanzierung ergeben würden, bei weitem überstiegen.

Aus dieser Pflichtverletzung sei ein Schaden mindestens in geltend gemachter Höhe entstanden. Er bestehe einerseits in den (Netting-)Zahlungen auf den ungedeckten Teil des Zinsswapvertrages und andererseits in der Belastung mit der Forderung der B-Bank aus der Auflösung des Zinsswaps, welche allerdings mittlerweile in vollem Umfang durch die Verwertung von Sicherheiten habe realisiert werden können. Unabhängig von der Befriedigung der B-Bank sei aber schon die Belastung mit der Insolvenzforderung ein Schaden in voller Höhe gewesen, da die Schuldnerin vor der Befriedigung als Schadensersatz Befreiung von der Verbindlichkeit hätte verlangen können. 19

Der Kläger beantragt (sinngemäß), 20

die Beklagten unter Abänderung des am 20.12.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf (22 O 152/11) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn EUR 9.877.081,65 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.01.2012 (Beklagter zu 1.) bzw. seit dem 28.01.2012 (Beklagter zu 2.) zu zahlen. 21

Die Beklagten beantragen, 22

die Berufung zurückzuweisen. 23

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil und meinen, das Landgericht habe den Anspruch des Klägers zutreffend verneint. 24

Der Beklagte zu 1), der vom 25.04.2007 bis zum 19.11.2008 (oder bis zum 25.11.2008, Bl. 68 GA) Vorsitzender des Vorstands (CEO) der Gesellschaft gewesen ist, macht unter Bezugnahme auf seinen erstinstanzlichen Sachvortrag im Wesentlichen geltend, das Landgericht habe mit überzeugender Argumentation dargestellt, dass es zu keinem Zeitpunkt ihr Ansinnen gewesen sei, den Zinsswap als ungedecktes, spekulatives Instrument einzusetzen. Neben dem Umstand, dass der Abschluss eines langfristigen Zinsswapvertrages dem Darlehensnehmer Planungssicherheit gebe und zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages die Zinslage derartig unsicher gewesen sei, dass es gerade kaufmännisch sinnvoll gewesen sei, langfristig Zinssätze zu sichern, um eine Finanzierung für die von der Schuldnerin angedachten Immobilienankäufe abzusichern, verschweige der Kläger auch, dass der Zinssicherungsvertrag ohne Weiteres auf einen bei einer anderen Bank abgeschlossenen langfristigen Darlehensvertrag hätte übertragen werden können. Das Problem sei nicht der Abschluss eines langfristigen Zinssicherungsvertrages gewesen, sondern dass es später nicht zu einer Anschlussfinanzierung gekommen sei. Dies aber habe nicht an ihnen, den Beklagen, gelegen. Vielmehr habe sich die Situation der Schuldnerin, die Eigenkapital nicht wie angedacht habe beibringen können, erheblich verändert. Auch hätten sich die Aktionäre der Gesellschaft nicht so verhalten, wie es ursprünglich von diesen selbst angedacht und kaufmännisch möglich gewesen wäre. Beim Abschluss des Darlehensvertrages habe nichts darauf hingedeutet, dass die B-Bank einem längerfristigen Engagement nicht entsprechen werde. Sowohl sie, die Beklagten, als auch die B-Bank seien bei Abschluss des Vertrages 25

von einem langfristigen Engagement ausgegangen, welches lediglich deshalb kurzfristig anlegt worden sei, weil noch nicht alle Immobilienprojekte hinreichend erkennbar gewesen seien. Die vom Kläger ohne Verständnis für die damalige Finanzierungssituation am Bankenmarkt behaupteten Alternativen und Gestaltungsmöglichkeiten seien nicht realisierbar gewesen.

Zutreffend habe das Landgericht festgestellt, dass es einer Zustimmung des Aufsichtsrates nicht bedurft habe, weil die Konkretisierung in der Geschäftsordnung nicht hinreichend und der Zustimmungsvorbehalt somit unwirksam gewesen sei. Auch soweit das Landgericht von einer vertretbaren unternehmerischen Entscheidung ausgegangen sei, gehe die Berufung fehl. Es lägen alle notwendigen Merkmale vor und der Zeuge C. habe überzeugend bekundet, wie es nach Abwägung alternativer Möglichkeiten zum Abschluss der Verträge gekommen sei und dass die von ihnen gewählte Gestaltung die für das Geschäftsmodell einzig mögliche gewesen sei, andere Angebote habe die Bank auch nicht unterbreitet. Im Übrigen hätten sie, die Beklagten, unter Beweisantritt vorgetragen, dass bereits eine um 1 % höhere Zinsbelastung als sie durch den Zinsswap gesichert worden sei, dazu geführt hätte, dass die Gesellschaft die Bankverbindlichkeiten aus liquiden Mitteln nicht hätte bedienen können, genau dies hätten sie errechnet und abgewogen. 26

Der Beklagte zu 2), der vom 25.04.2007 bis zum 31.03.2009 Finanzvorstand (CFO) der Gesellschaft gewesen ist, meint ebenfalls, der Zustimmungsvorbehalt in der Geschäftsordnung sei wegen fehlender Bestimmtheit unwirksam, erforderlich sei eine eindeutige Bezeichnung der zustimmungsbedürftigen Maßnahmen, auch fehle ein Schwellenwert. Es könne schlechterdings nicht sein, dass eine gegebenenfalls existenzbedrohende Haftung eines Vorstands davon abhängig sein solle, ob er völlig unbestimmte Generalklauseln in einer Weise ausgelegt habe, die der ex-post-Betrachtung der Gesellschaft entspreche. Der Hinweis des Klägers auf gesetzliche Formulierungen etwa im HGB verfange nicht, dort gehe es nicht um Haftungsvorschriften. 27

Im Übrigen sei der Aufsichtsrat auch nicht übergangen worden, er sei zu jeder Zeit über die geplante Finanzierung unterrichtet gewesen und habe sich auch inhaltlich mit dem abzuschließenden Darlehensvertrag befasst. Dem Aufsichtsrat sei das Term Sheet der B-Bank in dessen Sitzung vom 12.09.2007 vorgelegt und erläutert worden, wie sich aus dem Protokoll der Aufsichtsratssitzung ergebe. Abgesehen davon, dass eine Zustimmung des Aufsichtsrats für den Abschluss des Darlehensvertrages nicht erforderlich gewesen sei, weil diese Finanzierung „den normalen Geschäftsverkehr“ betroffen habe, liege ein Kompetenzverstoß aber auch schon deshalb nicht vor, weil der Aufsichtsrat die Zustimmung in der Sitzung vom 12.09.2007 erteilt habe. Dem stehe weder die Abwesenheit des Aufsichtsratsmitglieds J. noch das Fehlen einer förmlichen Beschlussfassung entgegen. Wäre der Aufsichtsrat der Auffassung gewesen, eine formalisierte Beschlussfassung sei über das in der Sitzung zum Ausdruck gebrachte Einverständnis hinaus notwendig, wäre es seine Verpflichtung gewesen, einen solchen Beschluss herbeizuführen. Die Auffassung des Landgerichts, eine Zustimmung des Aufsichtsrats lasse sich dem Protokoll nicht entnehmen, sei falsch. 28

Eine Pflichtwidrigkeit liege auch nicht darin, dass kein Beschluss des Gesamtvorstands eingeholt worden sei. Das dritte Vorstandsmitglied G. habe an der Aufsichtsratssitzung vom 12.09.2007 ebenfalls persönlich teilgenommen und sei über alle Details der Kreditvertragsverhandlungen informiert gewesen. 29

Ein unzulässiges Spekulationsgeschäft habe nicht vorgelegen, der Abschluss der Zinsswapgeschäfte habe vielmehr, wie der Zeuge C. betont habe, einer unabdingbaren 30

Forderung der B-Bank entsprochen, die ohne eine entsprechende Zinsabsicherung zur Einräumung der auf ein Jahr befristeten Kreditlinie über 128 Mio. € nicht bereit gewesen wäre. Das Derivategeschäft habe einzig und allein der Absicherung der geplanten Anschlussfinanzierung gedient, der Abschluss des Darlehensvertrages und der hiermit verbundene Abschluss der Zinssicherungsgeschäfte seien Bestandteil einer unternehmerischen Strategie der Absicherung von Zinsrisiken gewesen, die von ihrem Ermessen gedeckt sei. Im Rahmen dieser unternehmerischen Entscheidung hätten sie, die Beklagten, sich von Spezialisten der B-Bank und erfahrenen Rechtsanwälten beraten lassen, auch aus dem mit aktiven und ehemaligen Bankvorständen besetzten Aufsichtsrat seien Bedenken zu keinem Zeitpunkt vorgebracht worden. Dass die B-Bank zur Gewährung der Kreditlinie nur bei gleichzeitigem Abschluss eines Zinssicherungsgeschäftes bereit gewesen sei, führe entgegen der Ansicht des Klägers nicht dazu, dass eine unternehmerische Entscheidung nicht vorliege. Insoweit habe das Landgericht auch mit Recht berücksichtigt, dass es zum Wohle der Gesellschaft geboten gewesen sei, diese gegen steigende Zinsen abzusichern, zumal sie im Rahmen ihrer Expansionsstrategie Fremdkapitalbedarf gehabt habe bzw. haben würde und einen nennenswerten Zinsanstieg wegen ihrer geringen Eigenkapitalquote nicht oder nur sehr schwer hätte verkraften können. Gleichwertige Alternativen für die dringend zu beschaffende Finanzierung hätten nicht zur Verfügung gestanden und es habe in jedem Fall Vorsorge wegen des allseits erwarteten Zinsanstiegs getroffen werden müssen.

Der Kläger habe einen kausalen Schaden immer noch nicht substantiiert dargelegt und lasse unberücksichtigt, dass ein positiver Ertrag in Höhe von insgesamt 1.832.500,00 € erwirtschaftet worden sei, der im Wege der Vorteilsausgleichung auf einen etwaigen Schaden anzurechnen sei. Schließlich verkenne der Kläger, dass sie, die Beklagten, für eine negative Entwicklung nach ihrem Ausscheiden nicht verantwortlich gemacht werden könnten, die im Hinblick auf die reduzierte Darlehenssumme nicht mehr benötigten Zinsswaps hätten ab April 2009 jederzeit aufgelöst werden können. 31

Der Kläger repliziert hierauf, ein Beschluss des Aufsichtsrats existiere nicht und die notwendige Beschlussfassung könne auch nicht dadurch ersetzt werden, dass der Aufsichtsrat später Kenntnis von dem Abschluss des Geschäfts erlange und dieses widerspruchslos hinnehme. Eine konkludente Beschlussfassung gebe es nicht. Auch ein Beschluss des Gesamtvorstands liege nicht vor, die angebliche Kenntnis des Vorstandsmitglieds G. ersetze keinen nach Abwägung des Für und Wider zustande gekommenen Beschluss. Die Geschäftsordnung habe nicht jedes wesentliche Geschäft, sondern nur jeden wesentlichen Finanzierungsvertrag der Zustimmung des Aufsichtsrats unterstellt, das sei ausreichend bestimmt. Der Schwellenwert sei nur eine, aber nicht die einzige, Möglichkeit, den Zustimmungsvorbehalt in hinreichender Weise zu bestimmen. Der Vergleich mit den §§ 331 ff., 285 Nr. 21 und 289 Abs. 2 Nr. 1 HGB liege keineswegs neben der Sache, immerhin handele es sich um Strafvorschriften. Wenn aber eine solche gesetzliche Regelung hinreichend bestimmt sei, treffe dies auch auf die Geschäftsordnung zu. Abgesehen davon seien die Beklagten im Vorfeld selbst von der Zustimmungsbedürftigkeit ausgegangen und hätten den Aufsichtsrat über einige, aber nicht alle Einzelheiten informiert, es aber versäumt, einen Aufsichtsratsbeschluss herbeizuführen, obgleich es auch ihre Aufgabe sei, eine rechtmäßige Amtsführung des Aufsichtsrats sicherzustellen. Unklarheiten der Zustimmungsvorbehalte gingen daher auch zu Lasten des Vorstands, zumal ein unbestimmter Zustimmungskatalog nicht dazu führen könne, dass kein Zustimmungskatalog vorliege, das Ergebnis sei gesetzeswidrig, § 111 Abs. 4 AktG. 32

33

Die Beklagten hätten, obwohl ihnen hätte klar sein müssen, dass bei ungünstigem Verlauf (fehlende Anschlussfinanzierung und Sinken des allgemeinen Zinsniveaus) die Gefahr der Belastung der Gesellschaft mit einem Spekulationsgeschäft bestünde, den Vertrag bewusst geschlossen, obwohl die Voraussetzungen für den Abschluss eines zulässigen Spekulationsgeschäftes nicht vorgelegen hätten. Die Verlängerung mit der B-Bank sei keineswegs sicher gewesen, diese sei nicht zum Abschluss eines weiteren Darlehensvertrages verpflichtet gewesen. Dennoch habe der Darlehensvertrag die Verpflichtung zu einem langfristigen Zinsswap enthalten, womit die Gefahr bestanden habe, auf die die Beklagten auch hingewiesen worden seien, dass die Gesellschaft auf einem ungedeckten Zinsswapvertrag „sitzenbleibe“. Tatsächlich hätten die Beklagten in verschiedener Weise reagieren können, getan hätten sie nichts. Nach der Aussage des Zeugen C. seien keine Möglichkeiten der Risikobegrenzung für die Gesellschaft besprochen worden, die Beklagten hätten dieses Thema in den Vertragsverhandlungen gar nicht angesprochen. Auch habe die B-Bank weder den Abschluss eines Zinsswapvertrages nach der Aussage des Zeugen verlangt noch hätten die Beklagten hierüber verhandelt. Vielmehr habe der Zeuge bekundet, das Ansinnen der Bank auf eine Zinssicherung sei bei den Beklagten „auf keinen Widerstand gestoßen“. Daher sei es auch unrichtig, dass der Abschluss des Darlehensvertrages in der vorgelegten Form alternativlos gewesen sei, die Beklagten hätten nicht einmal versucht, das Risiko des ungedeckten Zinsswap-Vertrages zu vermeiden. Eine für die tatsächliche Ausübung unternehmerischen Ermessens erforderliche Abwägung von Chancen und Risiken hätten die Beklagten immer noch nicht konkret dargelegt.

Die wesentlichen Bestandteile des Schadens seien spätestens in Folge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die damit verbundene Beendigung des Zinsswapvertrages offenkundig und auch unstreitig. Ein Hinweis der Beklagten auf eine Kündigung des Zinsswapvertrages sei erst in diesem Rechtsstreit erfolgt. Eine solche Kündigung wäre aber auch nicht möglich gewesen, da sie nur gegen Zahlung einer Aufhebungsentschädigung möglich gewesen wäre, die Schuldnerin hierfür aber nicht die Mittel gehabt hätte, was den Beklagten auch bestens bekannt sei. 34

Zur Vervollständigung des Vorbringens der Parteien zum Sach- und Streitstand wird auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen, den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 18.09.2014 und die in diesem Urteil getroffenen Feststellungen verwiesen. 35

II. 36

Die Berufung des Klägers hat teilweise Erfolg. 37

Die Beklagten haften der Schuldnerin gesamtschuldnerisch aus §§ 93 Abs. 2 S. 1 AktG, 249, 421 BGB auf Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden ist, dass die Beklagten durch den Abschluss des Darlehensvertrages mit der B-Bank vom 14.11.2007, auf dem die weiteren Verträge zwischen der Schuldnerin und der B-Bank, insbesondere der Zinsswapvertrag vom 14.08.2008 beruhen, eine Verpflichtung der Schuldnerin zum Abschluss von Zinsswapverträgen begründet haben, obwohl am 14.11.2007 das Zustandekommen einer Anschlussfinanzierung durch den Abschluss von den Zinsswaps nach Umfang und Zeitdauer entsprechenden Darlehensverträgen nicht sichergestellt war. Die Beklagten haben mit der Unterzeichnung des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 möglicherweise ihre Sorgfaltspflichten gegenüber der Schuldnerin gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, bei der Beschaffung von Kreditmitteln den Unternehmenszweck zu beachten und mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vorzugehen, verletzt [s.u. **3.**]. Die Beklagten haben sich nicht gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG exkulpiert [s.u. **4.**]. Der 38

Schuldnerin ist aus diesem möglicherweise pflichtwidrigen Verhalten der Beklagten ursächlich ein Schaden in zuerkannter Höhe entstanden [s.u. **5.**]. Der Ersatzanspruch ist nicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB wegen einer Verletzung von Schadensminderungspflichten zu kürzen [s.u. **6.**].

1. Der Kläger ist als Insolvenzverwalter über das Vermögen der A. GmbH, nachdem auf deren Eigenantrag vom 03.09.2012 mit Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 28. September 2012 (AG Köln .. IN …/12) das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet worden ist, zur Geltendmachung des streitgegenständlichen Anspruchs befugt, § 80 InsO. Vor diesem Hintergrund kommt es auf die im ersten Rechtszug noch strittige Frage, ob der Inanspruchnahme der Beklagten ein wirksamer Beschluss der Gesellschafter vorausgegangen ist, nicht mehr an. 39

Der Beklagte zu 1) war nach der gemäß Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 23.02.2007 erfolgten Umwandlung der D. GmbH in die E. AG (E. AG; bis zum 26.03.2007 firmierend als F. AG) zunächst deren alleiniger Vorstand (Handelsregisterauszug AG Düsseldorf HRB …, Anlage K 2). Mit Wirkung zum 25.04.2007 wurden zum einen der Beklagte zu 2) und Herr G. zu weiteren Vorstandsmitgliedern und zum anderen der Beklagte zu 1) zum Vorsitzenden des Vorstands der E. AG bestellt. Der Mitarbeiterin der E. AG Frau H. wurde außerdem Prokura erteilt (Niederschrift über die Sitzung des Aufsichtsrates der E. AG am 25.04.2007, Anlage K 25). 40

Der Beklagte zu 1) war bis zu seinem Ausscheiden zum 25.11.2008 (Bl. 68 GA) - oder zum 19.11.2008 (Bl. 121 GA) - nach der GOV als Vorstandsvorsitzender u.a. für die Geschäftsentwicklung, das Portfoliomanagement sowie für das Vertrags- und Asset-Management zuständig. Der Beklagte zu 2), seit dem 25.04.2007 bis zu seinem Ausscheiden per 31.03.2009 Finanzvorstand der Schuldnerin, war zuständig für das Finanz- und Rechnungswesen sowie für Personal und Recht. Das dritte Vorstandsmitglied, Herr G., war für den Einkauf der Immobilien zuständig. 41

2. Nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Verletzen sie ihre Pflichten, sind sie der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet, § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Eine Pflichtverletzung liegt nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dann nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Hierbei hat nach gefestigter Rechtsprechung die Gesellschaft lediglich darzulegen und ggf. zu beweisen, dass ihr durch ein Verhalten des Vorstandsmitglieds in seinem Pflichtenkreis, das möglicherweise pflichtwidrig ist, ein Schaden entstanden ist. Das Vorstandsmitglied hat dagegen nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG darzulegen und zu beweisen, dass es seine Pflichten nicht verletzt oder jedenfalls schuldlos gehandelt hat oder dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre, was ggf. den Nachweis der Einhaltung seines grundsätzlich weiten unternehmerischen Ermessensspielraums einschließt (BGH, Urt. v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, WM 2013, 456 ff.). D.h. auch die Voraussetzungen, unter denen sich das in Anspruch genommene Organmitglied für den Nachweis der Einhaltung seines unternehmerischen Ermessensspielraums nach der BJR berufen kann, fallen unter die Vortragslast des Vorstandsmitglieds (so auch die herrschende Meinung im Schrifttum, vgl. etwa Krieger/Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, 2. Auflage, § 93 Rn 32; a.A. zum Beispiel Paefgen NZG 2009, 891 und AG 2014, 554 ff., 565/566). Generell ist dabei schließlich zu beachten, dass potenziell haftungsausschließend nur rechtmäßige 42

unternehmerische Entscheidungen sind, d.h. sie dürfen nicht gesetzes- oder satzungswidrig sein. Außerhalb der Grenzen, die durch das Gesetz und die Satzung gezogen werden, bedarf es keines Entscheidungsfreiraums. Dabei ergibt sich aus der Bindung des Vorstands an die Satzung der Gesellschaft, dass sich seine Maßnahmen innerhalb des Unternehmensgegenstandes bewegen müssen (statt anderer Hüffer/Koch, AktG, 11. Auflage 2014 § 93 Rn. 16 m.w.N.).

3. Gemessen an diesen Grundsätzen hat der Kläger einen Schaden der Schuldnerin und dessen Verursachung durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten der Beklagten ausreichend dargelegt [dazu im Einzelnen unter **d)**]. 43

a) Zutreffend ist das Landgericht entgegen der Auffassung der Berufung allerdings davon ausgegangen, dass den Beklagten keine Pflichtwidrigkeit in Form der Missachtung eines Zustimmungsvorbehalts vorgeworfen werden kann. 44

aa) Nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG hat die Satzung oder der Aufsichtsrat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Die Satzung der Schuldnerin (Anlage K 3) enthält keine Zustimmungsvorbehalte gemäß § 111 Abs. 4 AktG. Verzichtet der Satzungsgeber auf die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten, was zulässig ist, da gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG eine Beschlussfassung des Gesamtaufsichtsrats genügt, muss der Aufsichtsrat aktiv werden und der mit Inkrafttreten des TransPuG vom 19.07.2002 eingeführten Pflicht, Zustimmungsvorbehalte anzuordnen, nachkommen und einen entsprechenden Katalog aufstellen. Der Aufsichtsrat kann Zustimmungsvorbehalte in einer Geschäftsordnung für den Vorstand oder den Aufsichtsrat selbst oder durch gesonderten Beschluss festsetzen, auch ein Ad-hoc Beschluss ist möglich (BGH, Urt. v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, BGHZ 124, 111 ff./juris Tz. 42; Hüffer/Koch, AktG § 111 Rn 39; Habersack/MüKo, AktG, 4. Auflage 2014, § 111 Rn 106 und 115). Die Festsetzung der Zustimmungsvorbehalte ist dem Vorstand bekannt zu geben (vgl. z.B. Drygala in K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, 2. Auflage, § 111 Rn 50 und Hüffer/Koch, AktG, 11. Auflage, § 111 Rn 38). 45

bb) Der Kläger hat den geltend gemachten Kompetenzverstoß auf den in den GOV der Schuldnerin vom 25.04.2007 (Anlage K 25) und vom 20.02.2008 (Anlage K 4) unter § 9 1.8 (Anlage K 25, unterzeichnete Fassung) beziehungsweise unter § 6 1.8 [Anlage K 25 (nicht unterzeichnete Fassung) und Anlage K 4] enthaltenen auf 46

„Finanzierungen, soweit diese nicht den normalen Geschäftsverkehr betreffen und sie in der Bedeutung für das Unternehmen als wesentlich zu betrachten sind“ 47

bezogenen Zustimmungsvorbehalt gestützt. 48

Die Beklagten bestreiten indes, die „Geschäftsordnung vom 25.04.2007 gemäß Anlage K 25“ erhalten zu haben. Mit Recht hat der Beklagte zu 2) zudem angemerkt, dass als Anlage K 25 zwei teilweise voneinander abweichende Fassungen der GOV vorgelegt worden sind und zudem nur eine der beiden Fassungen die Unterschrift des damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden K. trägt. Wann - und in welcher Fassung - den Beklagten die vom Aufsichtsrat am 25.04.2007 laut Niederschrift der Aufsichtsratssitzung (Anlage K 25) beschlossene GOV übergeben worden ist, legt der Kläger nicht dar. Dass der Aufsichtsrat mit Wirkung für die Beklagten den strittigen Zustimmungsvorbehalt nach § 9 1.8 bzw. § 6 1.8 GOV festgesetzt hatte, ist vor diesem Hintergrund nicht feststellbar. 49

50

cc) Eine Aufklärung dieser Frage ist jedoch entbehrlich, da es hierauf nicht entscheidend ankommt. Gleiches gilt für die von der Berufung aufgeworfenen Fragen, ob sich die Beklagten auf die unterbliebene Bekanntgabe der GOV berufen könnten und ob es ihnen womöglich oblegen hätte, den Aufsichtsrat aufzufordern, ihnen die in der Sitzung vom 25.04.2007 beschlossene GOV zu übergeben. Den Beklagten könnte eine Missachtung des darin enthaltenen Zustimmungsvorbehalts im Rahmen ihrer Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG ohnehin nicht vorgeworfen werden, weil dieser Zustimmungsvorbehalt aufgrund seiner fehlenden Bestimmtheit unwirksam war. Gleiches gilt für den wortgleichen Zustimmungsvorbehalt unter § 6 1.8 der GOV vom 20.02.2008 (Anlage K 4), die den Beklagten unstreitig vorlag.

§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG enthält zwar keine inhaltlichen Vorgaben, verlangt aber schon seinem Wortlaut nach die eindeutige Bezeichnung der zustimmungsbedürftigen Maßnahme oder Entscheidung, da sich der Zustimmungsvorbehalt auf „bestimmte Arten von Geschäften“ beziehen muss. Damit steht zugleich fest, dass einerseits eine inhaltsleere Generalklausel, die beispielsweise lediglich den Gesetzeswortlaut oder die Formulierung unter Ziffer 3.3 DCGK wiedergibt, nicht ausreichend sein kann, aber andererseits auch ein bis ins Detail gehender Katalog von Vorbehaltstatbeständen nicht zu fordern ist. Die Pflicht des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zielt unter Berücksichtigung des Wortlauts der Vorschrift und ihres Zwecks, die präventive Einbindung des Aufsichtsrats bei wesentlichen Maßnahmen des Vorstands und der Verbesserung der Corporate Governance (vgl. hierzu RegBegr. TransPuG BT-Drs. 14/8769, dort Seite 17 f.), auf die Schaffung eines auf die Verhältnisse der konkreten Gesellschaft zugeschnittenen Mindestkatalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte von grundlegender Bedeutung. Was unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse der betroffenen Gesellschaft als „grundlegendes Geschäft“ in diesem Sinne anzusehen ist, hat der Aufsichtsrat „unternehmensbezogen zu konkretisieren“ (statt anderer Habersack/MüKo, AktG, § 111 Rn 107 m.w.N. sowie z.B. Fleischer, BB 2013, 835 ff.; Hüffer, NZG 2007, 47). Darin, wie er diese Konkretisierung vornimmt, ist der Aufsichtsrat zwar weitgehend frei. Er kann hierbei insbesondere die erfassten Geschäfte nach allgemeinen Merkmalen, d.h. zum Beispiel nach Geschäftstypen, bestimmen und dabei auch konkrete Schwellenwerte oder Betragsgrenzen vorsehen, zwingend sind derartige Grenzwerte indes nicht. Entscheidend ist, dass die zustimmungsbedürftige Maßnahme für den Vorstand eindeutig erkennbar ist (wohl allgM, statt anderer Habersack a.a.O. Rn 106 m.w.N.). 51

dd) Gemessen an diesen Anforderungen ist die hier gewählte Formulierung deshalb nicht ausreichend, weil sie zwar einen konkreten Geschäftstyp bezeichnet, nämlich die „Finanzierung“, sodann aber lediglich in generalklauselartiger Weise zu umschreiben versucht, welche „Finanzierungen“ zustimmungsbedürftig sein sollen. Dies gelingt aber nur insofern, als ersichtlich und somit auch „für den Vorstand eindeutig erkennbar“ nicht alle Finanzierungen erfasst sein sollen. Damit ist für das Verständnis des in Rede stehenden Zustimmungsvorbehalts nichts gewonnen. Dieser Befund ergibt sich ohne weiteres schon aus der Verantwortlichkeitsverteilung innerhalb der Gesellschaft, §§ 76, 77 und 111 Abs. 1 AktG. Hiernach hat der Vorstand das Unternehmen in eigener freier Verantwortung zu leiten, was Eingriffe des Aufsichtsrates in Finanzierungsmaßnahmen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes nicht zulassen würde. 52

Konkrete Kriterien oder Anhaltspunkte, anhand derer die Beklagten als Vorstandsmitglieder hätten erkennen können, ob eine anstehende Finanzierungsmaßnahme zustimmungsbedürftig ist oder nicht, fehlen. Denn die gewählten Begriffe „normaler Geschäftsverkehr“ und „wesentlich“ sind ihrerseits auslegungsbedürftig, wobei jedoch der 53

vom Aufsichtsrat formulierte Katalog für die erforderliche Auslegung keine Hilfestellung in Form von den Verhältnissen der Gesellschaft angepassten Grenzwerten oder ähnlichem bietet.

ee) Soweit der Kläger argumentiert, das - vom Senat geteilte - Verständnis des Landgerichts führe zu einem ungesetzlichen Zustand, weil es dann in der Konsequenz entgegen der zwingenden Vorschrift in § 111 Abs. 4 AktG an einem Zustimmungsvorbehalt für die betroffenen Finanzierungsgeschäfte in der GOV der Schuldnerin gänzlich fehle, ist sein Befund zwar durchaus richtig, jedoch nicht geeignet, ein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Ganz abgesehen davon übersieht der Kläger aber auch, dass dem Aufsichtsrat der Schuldnerin die Anordnung eines Zustimmungsvorbehaltes gleichwohl in concreto sowohl in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht möglich gewesen wäre, er von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch gemacht hat. Auch hat er keine Zustimmung erteilt. 54

Wie erwähnt, kann ein Beschluss, wonach bestimmte Arten von Rechtsgeschäften oder auch konkrete Einzelgeschäfte nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen, vom Aufsichtsrat auch ad hoc gefasst werden (BGH, Urt. v. 15.11.1993 - II ZR 235/92, BGHZ 124, 111 ff./juris Tz. 42 m.w.N.; Koch/Hüffer § 111 Rn 39 m.w.N.). 55

Der Aufsichtsrat der Schuldnerin hat sich in seiner Sitzung am 12.09.2007 mit den Regelungen des Darlehensvertrages befasst (Sitzungsniederschrift, Anlage K 8). Die Beklagten haben dem Aufsichtsrat in dieser Sitzung über die Angelegenheit unter Vorlage eines Term Sheets der B-Bank [evtl. das auf den 13.09.2007 datierte = Anlage B 15 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 1)] berichtet. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagten selbst und/oder der Aufsichtsrat zu diesem Zeitpunkt von einem Zustimmungsvorbehalt das ins Auge gefasste Finanzierungsgeschäft betreffend ausgegangen sind, fehlen, sodass anzunehmen ist, dass die Beklagten in der Aufsichtsratssitzung vom 12.09.2007 lediglich ihrer Berichterstattungspflicht gemäß § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AktG nachgekommen sind, zumal außer Streit steht, dass es sich um ein Geschäft von erheblicher Bedeutung für die Rentabilität der Geschäfte und die Liquidität der Schuldnerin gehandelt hat. Wäre der Aufsichtsrat am 12.09.2007 davon ausgegangen, dass die GOV in Bezug auf das Finanzierungsgeschäft einen Zustimmungsvorbehalt enthält, wäre zu erwarten gewesen, dass er diese Einschätzung dem Vorstand gegenüber auch zum Ausdruck bringt. Dem Protokoll der Aufsichtsratssitzung vom 12.09.2007 (Anlage K 8) ist jedoch Entsprechendes nicht zu entnehmen. 56

Der Aufsichtsrat hätte zwar, da er in der Sitzung wegen des Fehlens seines dritten Mitglieds nicht beschlussfähig gewesen wäre, am 12.09.2007 nicht die Möglichkeit gehabt, ad hoc einen Zustimmungsvorbehalt zu beschließen - vorausgesetzt, er wäre vom Fehlen eines entsprechenden Zustimmungsvorbehaltes in der GOV ausgegangen oder hätte erkannt, dass die Regelung in der GOV zu unbestimmt und daher unwirksam ist. Er hätte aber auch in diesem Fall Entsprechendes zum Ausdruck bringen müssen, woran es gleichfalls fehlt. 57

ff) Schließlich mag zwar fraglich sein, ob den Beklagten die Berufung auf die Unwirksamkeit der Regelung in der GOV verwehrt wäre, wie der Kläger unter Hinweis auf deren Pflichten nach §§ 111 Abs. 1, Abs. 4 S. 2, 116 S. 1 AktG meint. Indes bedarf diese Frage keiner abschließenden Entscheidung durch den Senat, da die Beklagten, wie nachfolgend unter **d)** ausgeführt werden wird, aufgrund einer anderen Pflichtverletzung auf Schadensersatz haften. 58

b) Ob die Beklagten womöglich auch insofern pflichtwidrig gehandelt haben, als sie bei dem Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 (Anlage K 5), aber auch des Rahmenvertrages vom 16.11.2007 (Anlage K 6) und des Zinsswapvertrages vom 14.08.2008 59

(Anlage K 10), ihre Kompetenzen überschritten haben, weil sie das dritte Vorstandsmitglied G. nicht in zu fordernder Weise eingebunden haben, § 82 Abs. 2 AktG, kann nach dem soeben unter a) ff) Gesagten ebenso dahinstehen wie die Frage, ob die Entscheidung über den Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 als Leitungsaufgabe in die Zuständigkeit des Gesamtvorstands gefallen wäre, § 76 Abs. 1 AktG, da es auch hierauf nicht entscheidungserheblich ankommt.

c) Ein bereits aufgrund seiner Satzungswidrigkeit und nach dem weiter oben Ausgeführten von vorneherein unrechtmäßiges Verhalten der Beklagten kann in Bezug auf den Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 (Anlage K 5) oder den Zinsswapvertrag vom 14.08.2008 (Anlage K 10) jedenfalls insoweit nicht festgestellt werden, als sie keine rein spekulativen Geschäfte betrieben haben. Die Beklagten haben mit der Verpflichtung der Schuldnerin zum Abschluss von Zinsswapverträgen kein vom Unternehmenszweck der Schuldnerin überhaupt nicht gedecktes Geschäft betrieben. Derartige Geschäfte wären allerdings grundsätzlich pflichtwidrig (BGH, Urt. v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, WM 2013, 456 unter Hinweis auf das Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305 ff.). 60

Gegenstand des Unternehmens war im hier maßgeblichen Zeitraum nach § 2 (1) der Satzung der Schuldnerin (Anlage K 3) die „Verwaltung eigenen Vermögens, insbesondere der Erwerb, das Halten und Verwalten sowie die Veräußerung von Immobilienbesitz“, wobei die Gesellschaft nach § 2 (2) Satz 1 ihrer Satzung zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt sein sollte, die „den Gegenstand des Unternehmens unmittelbar oder mittelbar zu fördern geeignet sind“. 61

Nach § 82 Abs. 2 i.V.m. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG und der Satzung der Schuldnerin war den Beklagten mithin einerseits ein Handeln außerhalb dieses Bereichs verboten, andererseits mussten sie aber auch den Unternehmensgegenstand ausfüllen (sog. Verbot der Satzungsunterschreitung). Anerkannt ist vor diesem Hintergrund, dass für den jeweiligen Einzelfall im Wege der Auslegung der Satzung unter Berücksichtigung einer branchen- und marktbezogenen Verkehrsauffassung zu ermitteln ist, welchen Spielraum der Vorstand hat (statt anderer Seibt in K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, 2. Auflage, § 82 Rn 13, 14 m.w.N.). 62

aa) Mit Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass ein Zinshedging den Beklagten nicht grundsätzlich verboten, sondern als Hilfsgeschäft im Rahmen der Finanzierung eines Immobilienerwerbs erlaubt war. Die Beklagten hatten den Unternehmensgegenstand durch entsprechende Geschäftsführungsmaßnahmen aktiv zu fördern. Dies brachte es geradezu zwangsläufig mit sich, dass sie, da die Schuldnerin unstreitig zu keinem Zeitpunkt über das erforderliche Eigenkapital verfügte, die Immobilien aus eigenen Mitteln zu kaufen, die für die Förderung des Unternehmensgegenstandes benötigten Fremdmittel beschafften und im Zusammenhang damit jeweils die banküblichen Sicherheiten beibrachten. Dass Banken auch in 2007/2008 zur Zinssicherung Swapgeschäfte abschlossen haben, ist dem Senat, der mit Bankrecht seit Jahren regelmäßig befasst ist, aus einer Vielzahl von Verfahren bekannt. Dass dies damals bei Finanzierungen der vorliegenden Art unüblich gewesen wäre, wird dementsprechend auch von keiner Seite vorgebracht. 63

Für ein grundsätzliches Verbot des Zinshedgings kann auch der weiter oben schon zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.01.2013 (II ZR 90/11, WM 2013, 456 ff.) nichts entnommen werden. Zum einen waren die dortigen Beklagten Vorstände einer Aktiengesellschaft, deren Gegenstand der Betrieb einer Hypothekenbank im Sinne des Hypothekenbankgesetzes war, und der schon aus diesem Grund Zinsderivategeschäfte nur innerhalb der sich aus dem Hypothekenbankgesetz ergebenden Grenzen erlaubt gewesen sind. Zum anderen ist der Entscheidung ein generelles Verbot von Zinsswapgeschäften für 64

Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand nicht gesetzlich eingeschränkt ist, aber auch nicht zu entnehmen (so auch Wittmann, jurisPR-BKR 9/2013 Anm. 3). Dies gilt umso mehr dann, wenn die Zinsswapgeschäfte als Hilfsgeschäfte im Rahmen der Finanzierung anzusehen sind, weil sie der Zinssicherung dienen sollen.

bb) Dass die Beklagten die in Rede stehenden Verträge von vorneherein als reine Spekulationsgeschäfte abgeschlossen haben, hat das Landgericht nicht feststellen können. Hieran ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, da von der Berufung konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser tatsächlichen Feststellungen nicht aufgezeigt werden und sich derartige Anhaltspunkte auch bei der Überprüfung durch den Senat nicht ergeben haben. 65

Nach der glaubhaften Aussage des Zeugen C. haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Beklagten und/oder die B-Bank beabsichtigt haben, Spekulationsgeschäfte zu tätigen. Vielmehr ging es, wofür im Übrigen ganz entscheidend auch der Inhalt der darlehensvertraglichen Abreden spricht, beiden Seiten stets um den Abschluss eines langfristigen Kreditvertrages, dessen Absicherung die Zinsswapgeschäfte dienen sollten. Soweit später kongruente Darlehensverträge abgeschlossen worden sind, fehlt dem Swapgeschäft mithin der spekulative Charakter und ist den Beklagten kein Vorwurf zu machen. Dementsprechend stützt der Kläger den geltend gemachten Ersatzanspruch auch nur auf den „ungedeckten“ Teil des Swapgeschäftes. 66

cc) Soweit kongruente Darlehensverträge nach dem 14.11.2007 weder mit der B-Bank noch mit einem anderen Kreditinstitut abgeschlossen worden sind, haben die Swapgeschäfte hingegen ausschließlich spekulativen Charakter gehabt und waren vom Unternehmenszweck der Schuldnerin folglich auch nicht mehr gedeckt. Wie im Folgenden darzustellen sein wird, war den Beklagten bei Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 bekannt, dass die abzuschließenden Swapgeschäfte im Umfang des Ausbleibens kongruenter Darlehensverträge spekulativen Charakter haben würden. 67

Ob hier in dem Eingehen der Verpflichtung zum Abschluss von Zinsswapgeschäften eine auch unter dem Aspekt der Überschreitung des Unternehmenszwecks zum Schadensersatz nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG führende eigenständige Pflichtwidrigkeit zu sehen wäre, kann offen bleiben. 68

d) Denn den Beklagten ist als möglicherweise pflichtwidrig in jedem Fall vorzuwerfen, die Schuldnerin durch den Abschluss des von beiden Beklagten persönlich unterzeichneten Darlehensvertrages vom 14.11.2007 (Anlage K 5) verpflichtet zu haben, mit der B-Bank langfristige Zinsswapverträge über 100 Mio. € abzuschließen, ohne dass zu diesem Zeitpunkt der Abschluss von den Zinsswapgeschäften nach Umfang und Zeitdauer entsprechenden Darlehensverträgen bereits sichergestellt gewesen ist. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des den Beklagten bei der Erfüllung der ihnen nach § 76 AktG zugewiesenen Aufgabe, die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten, eingeräumten unternehmerischen Ermessens und des Umstandes, dass sie auch eine unternehmerische Entscheidung getroffen haben. Eine Schadensersatzhaftung kommt zwar in derartigen Fällen erst in Betracht, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung und Ausschöpfung der in der konkreten Entscheidungssituation verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art und auf dieser Entscheidungsgrundlage beruhendes, die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abschätzendes und den erkennbaren Risiken Rechnung tragendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in 69

unverantwortlicher Weise überspannt und das mit der unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilt worden ist (RegBegr. BT-Drs. 15/5092 S.11; BGH, Urt. v. 21.04.1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 ff. = NJW 1997, 1926; BGH NJW 2008, 33361 ff.; AG 2009, 117 ff.).

Nach den gegebenen Umständen kommt ein solches, über die Grenzen des unternehmerischen Ermessens hinausgehendes Verhalten hier in Betracht. 70

aa) Im September 2007, also rechtzeitig vor Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007, wurde den Beklagten das „Aktive Zinsmanagement“ seitens der B-Bank vorgestellt. In den der Schuldnerin überlassenen - beiden Beklagten unstreitig inhaltlich bekannt gewordenen - schriftlichen Präsentationsunterlagen der B-Bank (Anlage K 7) finden sich zunächst Angaben zum Anlass der Finanzierungsmaßnahme, nämlich die Absicht der Schuldnerin, innerhalb eines Jahres im Rahmen einer Zwischenfinanzierung „50 großflächige Einzelhandelsimmobilien“ zu erwerben und sich dabei bereits das „Zinsniveau am Kapitalmarkt auf aktueller Basis zu sichern“. 71

Im Folgenden wird im Rahmen der Erläuterung der Funktionsweise eines Forward-Zinsswaps erwähnt, dass dieser ein vom etwaigen Grundgeschäft, also dem noch abzuschließenden Darlehensvertrag, rechtlich eigenständiges Zinsprodukt ist und im Falle einer zukünftigen Inanspruchnahme einer Finanzierung (Grundgeschäft) in Form eines variablen Kredits dafür sorgt, dass sich beide Geschäfte gemeinsam betrachtet wie eine Festzinsfinanzierung zu dem schon heute vereinbarten Zinssatz darstellen. Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass ohne ein zugehöriges Grundgeschäft der direkte Absicherungscharakter dieses Produkts fehlt, das Investment dann „reine Spekulation“ sei und der Forward-Zinsswap in diesem Fall aufzulösen ist (Seite 5 der Präsentation). In einer grafischen Darstellung des beabsichtigten Mechanismus (Seite 7 der Präsentation) findet sich der Hinweis, dass die Finanzierung zu einem aus dem Swapsatz und der Kreditmarge zusammengesetzten „synthetischen Festsatz“ voraussetzt, dass die Nominalbeträge im Swap und Kredit identisch sind. Schließlich werden die Chancen und Risiken erläutert, insbesondere wird - sogar zweifach - darauf hingewiesen, dass Swaps, sofern alle Vertragsparteien zustimmen, grundsätzlich jederzeit auch teilweise aufgelöst werden können, in diesem Fall aber ein Barwertausgleich erfolgt, wobei der Barwert der Abzinsung aller im (Teil-)Swap zukünftig anfallenden Zahlungen auf den dann aktuellen Zeitpunkt entspricht, als Ergebnis der vorzeitigen Auflösung also sowohl eine Zahlung der Bank an den Kunden als auch eine solche des Kunden an die Bank erfolgen kann (Marktbewertung). Abschließend wird in der Präsentation nochmals festgehalten, dass die Zinsderivat-Vereinbarung von der zugrunde liegenden Finanzierung rechtlich unabhängig ist und dass mit dem Abschluss des Zinsderivats keine Zusage für eine aktuelle oder zukünftige Finanzierung durch die B-Bank verbunden ist sowie, dass bei Forward-Konstellationen die Zahlungen erst nach dem Start der Zinssicherung erfolgen, das Geschäft aber bereits bei Abschluss für beide Seiten verbindlich ist und somit vorzeitig nur gegen Ausgleich des Marktwertes aufgelöst werden kann, wozu die B-Bank „bei entsprechendem Wunsch grundsätzlich bereit sein“ werde (Seite 10 der Präsentation). 72

Vor dem Hintergrund dieser Risiken des beabsichtigten Zinssicherungsgeschäftes war - gemessen an dem objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG - zu verlangen, den Finanzierungsbedarf sowie das für den Erwerb der Immobilien benötigte Eigenkapital der Schuldnerin und den Umfang der Zinssicherungsgeschäfte sorgfältig aufeinander abzustimmen, damit die Schuldnerin nicht mit Swaps belastet wird, für die später ein Grundgeschäft nicht zustande kommt und die daher reinen Spekulationscharakter hätten und 73

nur noch gegen Zahlung des Barwertes und mit Zustimmung der B-Bank aufgelöst werden könnten.

bb) Möglicherweise pflichtwidrig haben die Beklagten die Schuldnerin durch Abschluss des Darlehensvertrages dazu verpflichtet, mehrjährige Zinsswaps im Umfang von (zunächst) 100 Mio. € abzuschließen, obwohl das Zustandekommen der Anschlussfinanzierung in dieser Höhe nicht sichergestellt war, sondern vielmehr das Risiko bestand, dass ein kongruentes Grundgeschäft nicht zustande kommen wird und die Zinsswapgeschäfte deswegen nur teilweise Zinssicherungscharakter haben würden. Dieses Risiko hat sich im Folgenden unstreitig auch realisiert. Weder mit der B-Bank (noch mit einem anderen Kreditinstitut) hat die Schuldnerin nach Umfang und Zeitdauer auch nur annähernd kongruente Darlehensverträge abgeschlossen. 74

aaa) Mit dem Darlehensvertrag vom 14.11.2007 (Anlage K 5) hat die B-Bank der E. AG eine (kurzfristige) Ankaufsfinanzierungslinie in Höhe von bis zu 128 Mio. € eingeräumt, welche - bei Vorliegen der vereinbarten Auszahlungsvoraussetzungen - gemäß der Regelung unter 5.1 des Darlehensvertrages bis zum 356. Bankarbeitstag nach Unterzeichnung des Vertrages in Anspruch genommen werden konnte. Nach der Regelung unter 13.1 des Darlehensvertrages war die E. AG verpflichtet, spätestens vier TARGET-Tage nach Unterzeichnung des Darlehensvertrages einen Forward-Zinsswap über € 75.000.000 auf wenigstens sieben Jahre und einen weiteren Forward-Zinsswap über € 25.000.000 auf wenigstens fünf Jahre mit der B-Bank abzuschließen und die Ansprüche daraus an die B-Bank zu verpfänden. Durch Änderungsvertrag vom 17.12.2007, der auf Seiten der E. AG von dem Beklagten zu 1) und Frau H. unterzeichnet worden ist [Anlage B 15 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)], ist die Regelung unter 13.1 dahin neu gefasst worden, dass die E. AG die beiden Forward-Zinsswaps mit einer Laufzeit bis zum 30.11.2015 bzw. 29.11.2013 bis spätestens zum 12.03.2008 abzuschließen hat. 75

Nach 13.2 des Darlehensvertrages war die B-Bank berechtigt, die Zinsswaps auf Kosten des Darlehensnehmers aufzulösen oder auf ein anderes Institut zu übertragen, sofern und soweit nach Fälligkeit des Darlehens, die am 360. Tag nach Unterzeichnung des Vertrages (6.1 des Darlehensvertrages) eintrat, keine Anschlussfinanzierung durch die B-Bank erfolgte. Durch den bereits erwähnten Änderungsvertrag vom 17.12.2007 ist der B-Bank in Ergänzung der Regelungen unter 14.1 des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 außerdem ein Recht zur fristlosen Kündigung für den Fall eingeräumt worden, dass die E. AG ihre Verpflichtungen aus Ziffer 13.1. nicht fristgerecht und vollständig erfüllt. 76

bbb) Nach Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 und des Rahmenvertrages für Finanztermingeschäfte vom 16.11.2007, der auf Seiten der E. AG von dem Beklagten zu 2) und der Prokuristin Frau H. unterzeichnet worden ist (Anlage K 6), kamen verschiedene Swapgeschäfte zustande, auf die unter **5.** im Zusammenhang mit dem zu ersetzenden Schaden näher einzugehen ist. 77

Am 14.08.2008 schloss die Schuldnerin, in diesem Fall wiederum vertreten durch den Beklagten zu 2) und die Prokuristin Frau H., den Zinssatzswapvertrag unter der Referenznummer … (Anlage K 10). Mit diesem Vertrag wurden zum einen die zuvor abgeschlossenen „Swaptions“ aufgelöst und hat sich die Schuldnerin zum anderen verpflichtet, beginnend am 28.11.2008 und endend am 30.11.2015 an die B-Bank bezogen auf den jeweiligen Bezugsbetrag, der anfangs 75.000.000,00 € betrug, einen Zinssatz in Höhe von 4,42 % zu zahlen. Die B-Bank hatte an die Schuldnerin einen variablen Zinssatz in Höhe des Basis-Satzes (1-Monats-Euribor) zu zahlen. Die wechselseitigen Zahlungspflichten sollten dabei nach der Regelung unter Nr. 3 des Rahmenvertrages (Anlage K 6) saldiert 78

(„genettet“) werden. Eine Zahlung sollte nur erfolgen, wenn und soweit einer Partei ein Überschussbetrag („Nettingbetrag“) zustand. Wegen der weiteren Einzelheiten der Funktionsweise des Zinssatzswaps wird auf den Inhalt der Anlage K 10 verwiesen.

Schon an dieser Stelle ist festzuhalten, dass der von der Schuldnerin zu zahlende Betrag aufgrund des sinkenden Zinsniveaus durchgängig den von der B-Bank zu zahlenden Betrag überstieg, wodurch jeweils Nettinggebühren zulasten der Schuldnerin anfielen. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf den Inhalt der als Anlage K 32 zu den Akten gereichten Tabelle verwiesen. Nach der von den Beklagten lediglich mit Nichtwissen bestrittenen Darstellung des Klägers, für deren Richtigkeit indes ganz entscheidend die Forderungsanmeldung der B-Bank spricht (Anlage K 33), sind die Nettinggebühren bis einschließlich Juli 2012 von der Schuldnerin gezahlt worden. 79

Der Beklagte zu 2) hatte in Verhandlungen mit der B-Bank im Juli 2008 erreicht, dass die Verpflichtung zum Abschluss von (Forward-)Zinsswaps von den ursprünglich vereinbarten 100 Mio. € auf 75 Mio. € reduziert wird (3. Änderungsvertrag, Bl. 740 ff. GA). Vor dem Hintergrund, dass sich das zu finanzierende Immobilienvolumen zwischenzeitlich reduziert hatte und eine Anschlussfinanzierung von rund 75 Mio. € ausreichend sein würde, wurde außerdem mit der B-Bank der 4. Änderungsvertrag vom 23.09.2008 zu dem Darlehensvertrag vom 14.11.2007 geschlossen. Dabei wurde die E. AG von beiden Beklagten vertreten und ist Ziffer 1. des Darlehensvertrages dahin neu gefasst worden, dass die B-Bank der E. AG ein Darlehen von 75.200.000,00 € gewährt, auf welches die bereits erfolgten Auszahlungen (40.409.000,00 €) angerechnet werden [Anlage B 19 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)]. 80

ccc) Unstreitig ist eine langfristige Anschlussfinanzierung durch die B-Bank aber auch in der bereits wie gerade erwähnt reduzierten Höhe von 75 Mio. € zu keinem Zeitpunkt zustande gekommen. Am 02.12.2008 (Anlage K 12) hat die Schuldnerin, vertreten durch den Beklagten zu 2) und das dritte Vorstandsmitglied G., mit der B-Bank unter Bezugnahme auf den Darlehensvertrag vom 14.11.2007 - und diverse Änderungsverträge hierzu - einen Vertrag über ein Darlehen in Höhe von 51 Mio. € geschlossen, welches bis zum 30.06.2009 zurückzuzahlen sein sollte, 6.1 des Vertrages. In der Präambel des Darlehensvertrages vom 02.12.2008 ist unter (C) festgehalten, dass die Schuldnerin die ihr (durch den Darlehensvertrag vom 14.11.2007) gewährte Kreditlinie per 08.11.2008 nur in Höhe von 43.582.921,96 € in Anspruch genommen hatte. Das mit Vertrag vom 02.12.2008 (Anlage K 12) gewährte Darlehen in Höhe von 51 Mio. € ist von der B-Bank im Folgenden bis zum 30.12.2009 prolongiert worden. Sodann ist das Ausbleiben der Rückzahlung von der Bank im Wege von Stillhalteabkommen bis zum 31.07.2010 geduldet worden (Präambel Anlage K 14). Unter dem 09./21.12.2010 schloss die Schuldnerin mit der B-Bank einen weiteren Darlehensvertrag über einen Teilbetrag von 44 Mio. € des zu diesem Zeitpunkt offenen Betrages von rund 48 Mio. € (Anlage K 14), welches bis zum 30.12.2011 zurückzuzahlen gewesen wäre, 6.1 des Vertrages. 81

ddd) Unter 16.2 des Darlehensvertrages vom 02.12.2008 (Anlage K 12) und auch unter 15.2 des Darlehensvertrages vom 09./21.12.2010 (Seite 19 Anlage K 14) ist unter Hinweis auf das Zinssicherungsgeschäft über 75.000.000 € geregelt, dass die Schuldnerin dieses oder ein gleichwertiges Zinssicherungsgeschäft nebst Konnexitätsvereinbarung gemäß Anhang 2 maximal zum vorgenannten Festzinssatz (4,42 %) und mindestens in Höhe des Darlehensbetrages während der gesamten Laufzeit des Darlehens aufrechtzuerhalten hat. Nach der Regelung unter Ziffer 3 des Anhangs 3 (Anlage K 12) bzw. 2 (Anlage K 14) zu dem jeweiligen Darlehensvertrag berechtigte die vorzeitige teilweise oder gesamte Rückzahlung 82

des Darlehens die B-Bank zu einer Anpassung des zu sichernden Darlehensbetrages und des Nominalbetrages der Derivate-Abschlüsse.

Derartige Anpassungen sind bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens unstreitig nicht vorgenommen worden. 83

cc) Die Beklagten haben die Schuldnerin mithin am 14.11.2007 dazu verpflichtet, womöglich nicht kongruente und daher spekulative Zinsswapgeschäfte jedenfalls in dem Umfang einzugehen, in dem die Kreditmittel später nicht benötigt werden und/oder von der B-Bank - aus in der Sphäre der E. AG liegenden Gründen wie etwa einer fehlenden Eigenkapitalausstattung - nicht (langfristig) gewährt werden würden. Die zu den genannten Zeitpunkten (23.09.2008 und 08.11.2008) nur in dem dargestellten Umfang erfolgte Inanspruchnahme der Kreditmittel durch die E. AG indiziert bereits, dass es der Gesellschaft schon am 14.11.2007 und auch in der Folgezeit entweder an geeigneten Investitionsobjekten und/oder an den für den Erwerb nach den darlehensvertraglichen Abreden benötigten Eigenmitteln fehlte. In der ungeachtet dessen eingegangenen Verpflichtung, Zinsswapgeschäfte in festgestelltem Umfang abzuschließen, liegt ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten, für das die Beklagten nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG einzustehen haben. 84

3. Dementsprechend war es gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und den eingangs dargestellten Grundsätzen nunmehr Sache der Beklagten, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass sie bei dem Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 zu den darin vorgesehenen Konditionen, speziell bei Eingehung der Verpflichtung zum Abschluss der Zinsswapgeschäfte, die ihnen als Vorstandsmitgliedern obliegenden Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters wahrgenommen haben. Es gilt ein typisierter Maßstab, sodass die Beklagten für die Fähigkeiten und Kenntnisse einzustehen haben, die die ihnen anvertrauten Leitungsaufgaben objektiv erforderten (RGZ 163, 200 ff; BGH WM 1971, 1548 u.a. sowie statt anderer MüKo-AktG/Spindler, § 93 Rn 158 ff. m.w.N.). 85

Die Beklagten haben sich nicht zu entlasten vermocht. Insbesondere dass sie vernünftigerweise annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, lässt sich anhand ihres Sachvortrages nicht feststellen. 86

a) Soweit der Beklagte zu 1) sich im ersten Rechtszug, wenn auch in anderem Zusammenhang, darauf berufen hat, der Abschluss der Verträge habe insgesamt nicht in seine Ressortverantwortung gehört und er habe dementsprechend auch weder die Rahmenvereinbarung noch die einzelnen Zinsswapverträge unterzeichnet, entlastet ihn dies schon deshalb nicht, weil die haftungsauslösende Handlung die Unterzeichnung des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 ist. Mit diesem Vertrag haben die Beklagten die E. AG zum Abschluss von (Forward-)Swapverträgen im Umfang von 100 Mio. € verpflichtet. Auf dieser in dem Darlehensvertrag begründeten Verpflichtung beruhen nicht nur der „Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte“ (Anlage K 6), sondern auch die einzelnen Swapgeschäfte, insbesondere der Swapvertrag vom 14.08.2008. Hinzu kommt, dass die Gespräche über die Finanzierung nach den unwidersprochen gebliebenen Bekundungen des Zeugen C. zu Beginn ausschließlich mit dem ihm bereits persönlich bekannten Beklagten zu 1) geführt wurden und, auch nachdem ihm der Beklagte zu 2) als CFO der E. AG vorgestellt worden und für die Angelegenheit zuständig gewesen sei, im Zuge der Verhandlungen mehrfach auch mit dem Beklagten zu 1) geführt wurden. 87

b) Sollten die Beklagten ihr Vorbringen im Zusammenhang mit der Frage des Vorliegens eines wirksamen Zustimmungsvorbehaltes auch dahin gemeint haben, dass sie sich auf eine 88

Billigung der Finanzierungsentscheidung mitsamt Zinssicherungsgeschäft durch den Aufsichtsrat am 12.09.2007 berufen wollen, würde sie auch dies nicht entlasten, § 93 Abs. 4 S. 2 AktG.

c) Die Beklagten kann entgegen ihrer Auffassung nicht entlasten, dass sie nicht die Absicht hatten, Zinsswaps als ungedecktes, spekulatives Instrument einzusetzen, sondern als Zinssicherungsinstrument im Rahmen einer langfristigen Anschlussfinanzierung. Der gesamte diesbezügliche Sachvortrag der Beklagten greift zu kurz, weil er den ihnen vom Kläger gemachten Vorwurf nicht trifft und ihn schon deshalb auch nicht entkräften kann. Der Kläger wirft ihnen nicht vor, einen die Verpflichtung zum Abschluss von Zinsswapgeschäften enthaltenden Darlehensvertrag geschlossen zu haben. Auch stützt er den Ersatzanspruch nicht darauf, dass sie die künftige Zinsentwicklung falsch eingeschätzt hätten oder dass eine längerfristige Absicherung der E. AG gegen steigende Zinsen nicht sinnvoll gewesen sein würde. Der Kläger - und im Übrigen auch der Senat - gehen vielmehr mit den Beklagten davon aus, dass die Gesellschaft zu dem in Rede stehenden Zeitpunkt (2007) Kapitalbedarf hatte und dass die Kreditaufnahme mitsamt einem, da die mit einem Zinscap verbundene, wie es der Zeuge C. ausgedrückt hat, „relativ hohe Geldsumme“ von der E. AG nicht hätte geleistet werden können, Swap, der „im Gegensatz zum Cap zu Beginn nichts kostete“, wie der Zeuge C. bekundet hat, im Grundsatz nicht einmal zu beanstanden wäre. Dabei kann auch zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass die B-Bank die Absicherung mittels der Swaps verlangt und ebenso wenig wie ein anderes Kreditinstitut bereit gewesen wäre, der E. AG ein Darlehen ohne eine zusätzliche Absicherung durch Derivate zu gewähren, weil auch all dies die Beklagten für sich genommen noch nicht entlasten würde. Von dem ihnen gemachten Vorwurf hätten sich die Beklagten vielmehr nur durch die Darlegung konkreter Umstände, aufgrund derer sie am 14.11.2007 mit Recht hätten davon ausgehen können, dass eine nach Umfang und Zeitdauer den Zinsswapverpflichtungen entsprechende Anschlussfinanzierung zustande kommen würde, entlasten können oder durch Vortrag dazu, dass sie (erfolglos) versucht hätten, mit der B-Bank eine engere Verknüpfung der Swaps mit dem späteren Grundgeschäft, beispielsweise in Form von Bedingungen, zu vereinbaren. 89

aa) Letzteres machen die Beklagten schon nicht geltend. Weder behaupten sie, überhaupt versucht zu haben, mit der B-Bank die Kongruenz beider Geschäfte zumindest der Höhe nach zu vereinbaren, noch tragen sie vor, dass es nicht möglich gewesen wäre, eine solche die spätere Kongruenz sicherstellende Abrede bei der B-Bank durchzusetzen. Sie berufen sich lediglich ganz allgemein darauf, ein Kredit sei ohne das Zinssicherungsgeschäft nicht zu bekommen gewesen. Dass sich die B-Bank auf ein entsprechendes Ansinnen der Beklagten eingelassen hätte, hält der Senat für zumindest nicht ausgeschlossen, wie sich schon aus den weiter oben bereits wiedergegebenen Hinweisen zu etwaigen Auflösungsmöglichkeiten im Falle fehlender Kongruenz und den darlehensvertraglichen Abreden ergibt. 90

bb) Ohne Erfolg berufen sich die Beklagten darauf, den Darlehensvertrag vom 14.11.2007 im Rahmen einer „nahezu alternativlosen“ unternehmerischen Strategie abgeschlossen zu haben. Ihr diesbezüglicher Sachvortrag ist in den entscheidenden Punkten nach wie vor substanzarm, da er nicht erkennen lässt, dass sich die Beklagten in der konkreten Entscheidungssituation in angemessener Weise auch mit den Risiken des Vertragsabschlusses in Bezug auf die später benötigte Anschlussfinanzierung befasst haben. Die unter b) aufgeführten Umstände mögen geeignet sein, die Kreditaufnahme mitsamt Swap generell als vertretbar oder sogar geboten erscheinen zu lassen, wenn man unterstellt, dass die E. AG ihre Expansionsstrategie fortsetzen wollte, worauf sich die Beklagten ja berufen. Anderes gilt aber für die Höhe der eingegangenen Verpflichtung zum Kauf von Zinsswaps. Der Sachvortrag der Beklagten lässt nicht erkennen, aufgrund welcher Tatsachen sie am 91

14.11.2007 davon hätten ausgehen können, dass die E. AG ein Grundgeschäft im Umfang von 100 Mio. € würde abschließen können, aufgrund welcher Umstände also „die Anschlussfinanzierung durchaus als gesichert“ angesehen werden konnte oder welche „tatsächlichen deutlichen Anhaltspunkte“ dafür bestanden, dass es zu entsprechenden Langfristfinanzierungen auch kommen würde. Daher füllt ihr Vorbringen die Voraussetzungen einer Berufung auf die BJR schon nicht aus.

(1) Es lässt sich zunächst nicht feststellen, dass die E. AG im November 2007 über einen Bestand von Grundstücksprojekten verfügte, den sie aus Kreditmitteln der B-Bank in Höhe von über 100 Mio. € bezahlen musste. Es wird nicht ansatzweise dargetan, von welcher Gesamtkaufpreisverpflichtung der E. AG die Beklagten ausgegangen sind und auf welcher Grundlage sie einen Kreditbedarf von rund 100 Mio. € ermittelt haben. Die Beklagten machen insofern nur geltend, die E. AG habe sich nach dem im Sommer 2007 gescheiterten Börsengang in einer schwierigen Situation befunden, in welcher sie auch noch erheblichen Fremdkapitalbedarf gehabt habe, um ihren Expansionskurs fortzusetzen, und behaupten, zum damaligen Zeitpunkt habe man davon ausgehen können, dass die Anschlussfinanzierung zustande kommt, da eine „Vielzahl von Immobilienprojekten bereits vorhanden“ gewesen sei. 92

Die (als Anlagen B 1 und B 20) von dem Beklagten zu 1) zu den Akten gereichten Übersichten lassen nicht erkennen, welche der darin aufgelisteten Immobilien aus von der B-Bank zu gewährenden Darlehensmitteln erworben werden sollten. Die Liste gemäß Anlage B 1 gibt den Bestand des Immobilienportfolios per 30.06.2007 wieder. Die Liste gemäß Anlage B 20 verhält sich darüber, wie hoch der jeweilige Kaufpreis und das Darlehen waren, wann der wirtschaftliche Übergang stattgefunden hat und wie die insgesamt 105 Immobilien finanziert wurden, konkret „mit oder ohne Anleihe“, gibt also für den in Rede stehenden Kreditbedarf der E. AG im November 2007 ebenfalls nichts her. Zudem war die B-Bank nicht die einzige finanzierende Bank, der E. AG waren beispielsweise von der „L-Bank“, bei welcher der Zeuge C. vor Beginn seiner Tätigkeit für die B-Bank beschäftigt gewesen ist, verschiedene Darlehen gewährt worden (Anlagenkonvolute K 27 und K 28), u.a. ein Rahmenkredit über 75 Mio. € am 03.05./04.05.2007 (Anlage K 28). Außerdem hat die E. AG zwecks Kapitalbeschaffung bei privaten Kapitalanlegern 3 Anleihen begeben, was der Liste gemäß Anlage B 20 zu entnehmen ist. 93

Es mag sein, dass zu irgendeinem Zeitpunkt während der Verhandlungen mit der B-Bank der Erwerb der aus dem Anhang 1 zum Darlehensvertrag vom 14.11.2007 ersichtlichen 47 Grundstück beabsichtigt war. Vortrag haben die Beklagten hierzu keinen gehalten. Vor oder jedenfalls nach dem 14.11.2007 müssen sich insoweit Änderungen ergeben haben, weil ausweislich des Anhangs 1 zu dem am 02.12.2008 abgeschlossenen Kreditvertrag (Anlage K 12) Darlehen nur zu insgesamt 22 Objekten valutiert worden sind. Die Nummerierung in dieser Liste nimmt Bezug auf Objektnummern der E. AG, bei denen es sich aber erkennbar nicht um diejenigen aus dem Anhang 1 zu dem Darlehensvertrag vom 14.11.2007 handelt. Nur einige der in dem Anhang 1 zum Darlehensvertrag vom 14.11.2007 aufgeführten Immobilien tauchen in dem Anhang 1 zum Darlehensvertrag vom 02.12.2008 auf. Dem Vortrag der Beklagten ist hierzu wiederum nur Allgemeines zu entnehmen, nämlich dass bezüglich einzelner Objekte Rücktrittsoptionen geprüft worden seien. 94

Auch in welcher Höhe Kreditmittel der B-Bank für den Erwerb der 47 aus dem Anhang 1 zu dem Darlehensvertrag vom 14.11.2007 ersichtlichen Grundstücke ihrer Einschätzung nach benötigt worden wären, haben die Beklagten nicht vorgetragen. Dass zu diesem Zeitpunkt der Erwerb der aufgeführten Immobilien überhaupt bereits sicher feststand, wird von ihnen 95

nicht einmal behauptet. Zweifel hieran sind aber schon deshalb begründet, weil die E. AG die ihr am 14.11.2007 gewährte Kreditlinie bis September 2008 aus von den Beklagten nicht erläuterten Gründen nur in Höhe von rund 40 Mio. € und per 03.11.2008 in Höhe von rund 45 Mio. € in Anspruch genommen hat und zwar bezogen auf 22 Objekte.

Hinzu tritt: Dem Aufsichtsrat der E. AG wurde in der Sitzung vom 12.09.2007 [Niederschrift Anlage B 10 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 1)] mitgeteilt, bis Ende September 2007 bestehe die Möglichkeit, „für EUR 60 Mio. einzukaufen“ und eine Liste der per 30.06.2007 kontrahierten Objekte vorgelegt. Auch dies spricht - zumindest ohne erläuternden Vortrag der Beklagten - nicht für einen Kreditbedarf in Höhe von 100 Mio. € im November 2007 und zwar unabhängig davon, ob „für 60 Mio. € eingekauft“ worden ist oder nicht. Denn dass Objekte „nach dem 30.06.2007 kontrahiert“ worden sind, wird weder geltend gemacht noch lässt sich dem Akteninhalt hierfür Konkretes entnehmen. 96

Außerdem macht der Beklagte zu 1) selbst geltend, dass für die gewählte Variante der „Ankaufslinie“ und gegen den Abschluss eines langfristigen Darlehensvertrages bereits im November 2007 das Risiko gesprochen habe, keine Immobiliengeschäfte in Höhe des Darlehensbetrages ausführen zu können. 97

Nach alldem ist der Kreditbedarf der E. AG im Zeitpunkt der Eingehung der Verpflichtung zum Abschluss von Swapgeschäften im Umfang von 100 Mio. € bezogen auf konkrete Objekte oder wenigstens der Höhe nach nicht feststellbar. 98

(2) Dass die Erwartung der Beklagten, es werde zu einer Anschlussfinanzierung im Umfang von 100 Mio. € kommen, wenigstens aufgrund anderer konkreter Umstände berechtigt gewesen ist, lässt sich anhand ihres Vortrages ebenfalls nicht feststellen. 99

Die B-Bank war zu einer Kreditgewährung nach Auslaufen der für 360 Tage eingeräumten Kreditlinie nicht verpflichtet, worauf, wie weiter oben festgestellt worden ist, von ihr im Zusammenhang mit den Swapgeschäften ausdrücklich hingewiesen wurde. Sichergestellt war ein Grundgeschäft im Umfang der Swaps also nicht. Das Zustandekommen der Anschlussfinanzierung war vielmehr davon abhängig, in welcher Höhe tatsächlich Kreditbedarf gegeben war und vor allem, ob die B-Bank oder ein anderes Kreditinstitut bereit sein würde, der Gesellschaft den Kredit auch zu wirtschaftlich tragbaren Konditionen zu gewähren, was unstreitig auch von der Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse der E. AG abhing. 100

Die E. AG verfügte aber nach Lage der Akten weder im November 2007 noch am 14.08.2008 über die für Investitionen in erheblichem Umfang notwendige Eigenkapitalausstattung. Sie befand sich nach dem eigenen Vortrag der Beklagten aufgrund des im Sommer 2007 gescheiterten Börsenganges in einer schwierigen Lage, in der die Beklagten Investitionen im Wesentlichen mit Fremdkapital vornehmen mussten und sich parallel um die Beschaffung neuen Kapitals bemühten. 101

(a) Konkrete Angaben dazu, in welchem Umfang die E. AG am 14.11.2007 zu einer Eigenkapitalunterlegung überhaupt in der Lage gewesen wäre, machen die Beklagten nicht. Die B-Bank war im Rahmen der Kurzfristfinanzierung zur Darlehensgewährung maximal in Höhe von 85,4% des durch Wertgutachten nachgewiesenen Marktwertes der aus der Anlage 1 ersichtlichen Immobilien bereit, was sich aus der Vereinbarung unter 1. des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 ergibt. Dass die deutlich hinter 100 Mio. € zurückbleibende Inanspruchnahme der gewährten Kreditmittel nicht ausschließlich oder zumindest auch darauf zurückzuführen ist, dass der E. AG das für den Erwerb von weiteren 102

Immobilien benötigte Eigenkapital fehlte, machen die Beklagten nicht geltend. Auch vor diesem Hintergrund ist unklar, auf welche Tatsachen sie am 14.11.2007 die Annahme stützten, es werde zu einem Grundgeschäft im Umfang der eingegangenen Swap-Verpflichtungen kommen.

(b) In dem Darlehensvertrag vom 02.12.2008 gewährte die B-Bank das Darlehen noch maximal in Höhe von 76,0% der von der Bank ermittelten Marktwerte bzw. der 10fachen Jahresnettokaltmiete bonitätsmäßig einwandfreier Mieter, was nicht für eine substantielle Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der E. AG spricht. 103

(c) Konkrete Tatsachen trägt der Beklagte zu 1) lediglich in Bezug auf Gespräche mit einem Investor (M. LLP) vor. Auch dieser Vortrag entlastet die Beklagten aber nicht, weil sich hierauf eine hinreichend konkrete Erwartung in Bezug auf ein Grundgeschäft über 100 Mio. € ebenfalls nicht stützen lässt. Wann die Gespräche aufgenommen wurden, legt der Beklagte zu 1) nicht dar. Dass schon am 14.11.2007 die Aussicht auf eine „substantielle Eigenkapitalbeteiligung“ dieses Investors - oder der „CPI“ - bestand, wird weder behauptet noch liegen hierfür konkrete Anhaltspunkte vor. Soweit nach den zur Akte gereichten Unterlagen ersichtlich, wurde dem Aufsichtsrat erstmals in dessen Sitzung vom 23.04.2008 [Seite 5 Anlage B 7 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)] von dem Interesse dieser Investoren berichtet. In der Sitzung des Aufsichtsrates vom 20.02.2008 [Seiten 3/4 Anlage B 6 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)] war ausweislich der Niederschrift jedenfalls nur über „Fondsmodelle“ berichtet worden. Von einem durchaus ernsthaften Interesse des Investors „M.“ kann zwar angesichts des von ihm am 02.05.2008 unterzeichneten „Memorandum of Understanding“ [Anlage B 17 des Beklagten zu 2)] durchaus ausgegangen werden. Allerdings stand bereits am 02.06.2008 fest, dass eine Beteiligung nicht erfolgen wird [Anlage B 18 des Beklagten zu 1)]. Dies mag zwar, worauf die Beklagten u.a. auch abheben, am Verhalten ihres Mehrheitsaktionärs (der N-Bank) gelegen haben, ändert aber nichts daran, dass der Vortrag letztlich deshalb irrelevant ist, weil es allein auf das jeweilige Wissen zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Entscheidungen ankommt. Wie erwähnt, lässt sich nicht feststellen, dass der Investor am 14.11.2007 schon ernsthaftes Interesse bekundet hatte und sich die Erwartung der Beklagten hinsichtlich des Zustandekommens eines Grundgeschäftes hierauf stützte. Am 14.08.2008, also bei Abschluss des Zinsswapvertrages über 75 Mio. €, waren die Verhandlungen über eine Eigenkapitalbeteiligung bereits gescheitert. 104

d) Schließlich können auch die Feststellungen der Abschlussprüfer in den Lageberichten der E. AG die Beklagten nicht entlasten. Die umfangreichen Ausführungen hierzu gehen schon wegen der unterschiedlichen Zielrichtung von deren Aufgabenstellung fehl, § 317 HGB. Es obliegt dem von der Gesellschaft beauftragten Wirtschaftsprüfer demnach nicht zu prüfen, ob Organmitglieder im Zusammenhang mit Finanzierungsentscheidungen ihre Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt haben. 105

Dass in den Bilanzen der E. AG bezogen auf den Darlehensvertrag vom 14.11.2007 und die Swaps Bewertungseinheiten i.S.d. § 254 HGB gebildet worden sind, wie der Beklagte zu 1) in diesem Zusammenhang pauschal behauptet hat, lässt sich dem zur Akte gelangten Konzernlagebericht 2007 jedenfalls nicht entnehmen. Gewinne aus dem Verkauf von Zinsswaps wurden unter „sonstige betriebliche Erträge“ ausgewiesen, in dem Lagebericht fehlt auch der Bericht gemäß § 285 Nr. 23 bzw. § 314 Nr. 15 HGB [Anlage B3 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 1)]. Dass erstmals in dem Lagebericht für das Geschäftsjahr 2010 (Anlage K 20, dort Seite 7) ausdrücklich erwähnt worden ist, dass keine Bewertungseinheiten gebildet worden sind, belegt nicht die Richtigkeit der Behauptung des 106

Beklagten zu 1) für die Vorjahre.

4. Die Beklagten haben auch jeweils schuldhaft i.S.v. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG gehandelt. Der Schadensersatzanspruch setzt Verschulden voraus, d.h. eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Wie schon erwähnt, gilt ein typisierter Sorgfaltsmaßstab, wobei das Verschulden des Vorstandsmitglieds vermutet wird, § 93 Abs. 2 S. 2 AktG. Die Beklagten haben nicht dargetan, dass sie nicht schuldhaft gehandelt haben, insbesondere dass sie nicht hätten erkennen können, dass sie eine Verpflichtung zum Abschluss von Zinswapverträgen zulasten der E. AG eingehen, denen Zinssicherungscharakter mangels eines vollumfänglich kongruenten Grundgeschäfts nicht zukommen wird. 107

a) Der Beklagte zu 1) hat im Wesentlichen eingewandt, der Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 und des Zinsswapvertrages vom 14.08.2008 seien nicht pflichtwidrig gewesen. Soweit in seiner Argumentation Schuldelemente berührt worden sind, was etwa im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit des geschaffenen Risikos der Fall ist, ist hierauf bereits unter 3. eingegangen worden. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen Bezug genommen. 108

b) Der Beklagte zu 2) hat ergänzend geltend gemacht, der Vorstand habe sich bei den Vertragsverhandlungen mit der B-Bank im Hinblick auf die Zinsabsicherung von deren hochspezialisierten Mitarbeitern und von im Bankrecht erfahrenen Rechtsanwälten beraten lassen. 109

aa) Inwiefern ihm als Finanzvorstand die fachliche Expertise gefehlt hat, legt der Beklagte zu 2) allerdings nicht dar, obgleich die Entlastung unter dem Aspekt der Einholung eines fachlichen Rats nur dann in Betracht kommen kann, wenn dem betroffenen Organmitglied das eigene Fachwissen fehlt oder dieses nicht ausreichend ist. Der Zeuge C. hat bekundet, dass sich der Beklagte zu 2) „aufgrund seiner vorherigen Tätigkeiten mit solchen Dingen wie einer Zinssicherung“ ausgekannt habe. 110

bb) Der gänzlich substanzarme weil auf die bloße Behauptung der Inanspruchnahme des fachlichen Rats beschränkte Sachvortrag des Beklagten zu 2) lässt zudem die Inhalte der Beratung nicht erkennen, was der Kläger schon im ersten Rechtszug mehrfach gerügt hat. Weder trägt der Beklagte zu 2) vor, welche Fragen er gestellt und ggf. wie diese beantwortet wurden, noch legt er (hinsichtlich der anwaltlichen Beratung) dar, dass und inwieweit sich diese auf die hier in Rede stehenden - gerade nicht juristischen - Fragestellungen bezogen hat. Der Beklagte zu 2) hat lediglich ausgeführt, dem ständig mit der rechtlichen Beratung und Begleitung der Schuldnerin betrauten Rechtsanwalt O., der für die Beratung wegen seines Tätigkeitsbereichs „Banking & Finance“ (Anlage 13 zum Schriftsatz vom 19.03.2013) geradezu prädestiniert gewesen sei, den Entwurf des Kreditvertrages mit E-Mail vom 24.10.2007 (um 12.50 Uhr, Anlage 12 zum Schriftsatz vom 19.03.2013) zur Überprüfung übersandt und am gleichen Tag ab 14.30 Uhr auch in Bezug auf die Vereinbarungen zum Abschluss der Forward-Zinswaps eingehend besprochen zu haben. Rechtsanwalt O. habe keinerlei Bedenken gegen die Ausgestaltung des Darlehensvertrages und den Abschluss der Hedging-Vereinbarungen geäußert. Dass dabei die Möglichkeit der fehlenden Kongruenz von Kredit- und Zinsswap-Vertrag überhaupt angesprochen worden ist, behauptet der Beklagte zu 2) selbst nicht. 111

cc) Das Vorbringen des Beklagten zu 2) genügt aber auch darüber hinaus nicht den zu stellenden Anforderungen. Eine schlichte Anfrage bei einer von dem Vorstandsmitglied für kompetent gehaltenen Person reicht grundsätzlich nicht aus. Eine Entlastung des 112

Vorstandsmitglieds kommt nur dann in Betracht, wenn sich das Organmitglied unter umfassender Darstellung des für die (rechtliche) Bewertung relevanten Tatsachenstoffs von einem sorgfältig ausgewählten, unabhängigen, für die zu klärende Fragestellung fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Auskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht (BGH, Urt. v. 20.09.2011 - II ZR 234/09, NZG 2011, 1271 und v. 14.05.2007 - II ZR 48/06, NZG 2007, 545 ff.; zuletzt hierzu auch OLG Saarbrücken, Urt. v. 22.01.2014 - 2 U 69/13, AG 2014, 584 ff./juris Tz. 44 ff.). Eine diesen Anforderungen genügende Auswahl des Beraters und dessen umfassende Information legt der Beklagte zu 2) bereits nicht ausreichend dar, eine eigene Plausibilitätskontrolle behauptet er auch nicht.

dd) Eine Entlastung der Beklagten unter dem Aspekt des fachlichen Rats Dritter scheidet schließlich auch aus einem weiteren Grund aus. Dabei kann in Bezug auf die namentlich nicht näher bezeichneten Mitarbeiter der B-Bank dahinstehen, ob eine Beratung durch diese den Vorstand der Schuldnerin überhaupt entlasten könnte, da diese ohnehin keinesfalls unabhängig beraten hätten, sondern in erster Linie die Interessen der Bank zu wahren gehabt haben. Hinzu kommt nämlich, dass die B-Bank die Schuldnerin unstreitig jedenfalls in der Präsentation der „Zinssicherung mittels Forward-Zinsswap“ vom 13.09.2007 (Anlage K 7), also rund zwei Monate vor Unterzeichnung des Darlehensvertrages (14.11.2007), auf die Chancen und Risiken des langfristigen Zinsswaps hingewiesen hat und den mit derartigen Finanzierungsgeschäften nach eigenem Vortrag auch nicht unerfahrenen Beklagten der Inhalt dieser Präsentation bekannt war. 113

5. Der Kläger hat schließlich auch einen durch den Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007, soweit er pflichtwidrig gewesen ist, verursachten Schaden der Schuldnerin in Höhe von 7.099.452,42 € schlüssig dargelegt. Im Rahmen der Vorteilsausgleichung muss sich der Kläger jedoch erzielte Gewinne aus der Auflösung von „Swaptions“ anrechnen lassen. 114

a) Es gelten nach ständiger Rechtsprechung auch im Rahmen des § 93 Abs. 2 AktG die §§ 249 ff. BGB, d.h. der Schaden ist durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses tatsächlich eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, zu ermitteln (BGH, Urt. v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, WM 2013, 456 ff./juris Tz. 21 ff.). Die Schuldnerin ist danach so zu stellen, als wäre das pflichtwidrige Geschäft nicht abgeschlossen worden. Haftungsbegründend war der Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007, da er die Verpflichtung zum Abschluss zweier Zinsswap-Verträge enthält und das Risiko begründet hat, dass die ins Auge gefasste Anschlussfinanzierung nicht vollumfänglich kongruent sein würde. Den Beklagten kommt zugute, dass später eine Reduzierung der Verpflichtung auf 75 Mio. € vereinbart werden konnte. Dem hat der Kläger auch Rechnung getragen. 115

b) Der Kläger hat auf entsprechende Nachfrage des Senats erklärt, den geltend gemachten Ersatzanspruch zunächst auf die Netting-Gebühren bezüglich des am 14.08.2008 abgeschlossenen Zinsssatzswapvertrages zu stützen. Da seit August 2008 das Zinsniveau gesunken war, überstieg der von der Schuldnerin ab dem 28.11.2008, erstmals am 31.12.2008 zu zahlende Betrag den von der B-Bank zu zahlenden Betrag, wodurch durchgängig Nettinggebühren zulasten der Schuldnerin anfielen (Abrechnungen der Bank bis November 2010, Anlagenkonvolut K 16), die auch bis einschließlich Juli 2012 bezahlt worden sind. Die Beklagten bestreiten dies zwar mit Nichtwissen, die Richtigkeit des klägerischen Vortrags lässt sich aber mit hinreichender Sicherheit der Forderungsanmeldung der B-Bank entnehmen (Anlage K 33), in der nur eine Rücklastschrift (August 2012) erwähnt ist. 116

117

Der Kläger macht dabei zutreffend nur den Betrag geltend, der sich aus dem jeweils ungedeckten Teil des Zinssatzswaps ergibt, d.h. Nettingbeträge denen kein Darlehensvertrag zugrunde lag bzw. gegenüber stand. Diese belaufen sich nach dem nicht substantiiert bestrittenen Vortrag des Klägers und ausweislich der hierfür erstellten Tabelle (Anlage K 36, Bl. 804 GA) auf insgesamt **3.373.646,42 €**. Der Senat schätzt den Schaden auf dieser Grundlage gemäß § 287 ZPO.

Die ursprüngliche Berechnung des Teilschadens (Anlagen K 15 und K 32) hat der Kläger auf entsprechenden Hinweis des Senats für die „vertragslose“ Zeit mit Schriftsatz vom 04.11.2014 korrigiert und nur noch den (rechtlich wie faktisch) ungedeckten Teil der Nettingbeträge in Ansatz gebracht. Nur diese Berechnung des Teilschadens berücksichtigt, dass dem Swapgeschäft vom 14.08.2008 eine Darlehensgewährung auch in der „vertragslosen Zeit“ tatsächlich zugrunde gelegen hat, da eine Rückführung der Beträge unstreitig nicht erfolgt ist. So hat es im Übrigen nach dem Vortrag des Klägers, der Nettingbeträge für den gesamten Zeitraum dartut, auch die B-Bank gehandhabt und auch in diesem Zeitraum „genettet“. 118

c) Hinzu kommt die nach dem durch die Forderungsanmeldung der B-Bank belegten Vortrag des Klägers nicht gezahlte Nettingebühr für August 2012 in Höhe weiterer **100.944,78 €.** 119

d) Den „Auflösungsschaden“ schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf der Grundlage der klägerischen Berechnungen, die rechnerisch plausibel sind und den im Termin geäußerten Bedenken Rechnung tragen, auf **3.624.861,22 €**. Für diesen Teilschaden kann nichts anderes gelten als für den Schaden in Form der Netting-Gebühren, da auch in Bezug auf den Auflösungsschaden zu berücksichtigen ist, dass der Abschluss des Darlehensvertrages vom 14.11.2007 nur insoweit pflichtwidrig war, als es tatsächlich nicht zu einem Grundgeschäft gekommen ist. 120

Der von der B-Bank zur Tabelle angemeldete Betrag, der sich aus dem nach Auflösung des Swaps per 03.09.2012 (Insolvenzantragstellung) ergebenden Wert von 9.154.771,00 € zuzüglich Zinsen und den Rücklastschriftkosten zusammensetzt, und die Anlagen zur Forderungsanmeldung der B-Bank (Bl. 686 – 689 GA) lassen nicht erkennen, welcher Teilbetrag auf den ungedeckten Teil entfällt. Im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO wurde daher, wie schon bei den Netting-Gebühren, der ungedeckte und der gedeckte Teil ins Verhältnis gesetzt. Bei einer Valutierung des Darlehens von zuletzt 41.981.250,00 € ergab sich bezogen auf die Vertragssumme (des Swaps) von 69.500.000,00 € für den ungedeckten Teil ein Faktor von 39,60%. 121

d) Der Kläger muss sich aber auf den Schadensersatzanspruch wegen der entstandenen Verluste grundsätzlich auch Gewinne anrechnen lassen. Dies folgt aus den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung. Die Darlegungs- und Beweislast für anzurechnende Gewinne tragen die Beklagten. Dabei sind nur solche Gewinne nicht anzurechnen, die aus pflichtgemäß abgeschlossenen Zinsderivategeschäften stammen; insofern treffen die Verluste die Gesellschaft, sodass ihr auch die Gewinne zustehen (BGH a.a.O./juris Tz. 28). Auch insoweit ist mithin in konsequenter Fortführung des Haftungsansatzes zwischen dem ungedeckten und dem gedeckten Teil des Swapvertrages zu differenzieren, woraus sich ein im Rahmen der Vorteilsausgleichung berücksichtigungsfähiger Betrag von 551.666,67 € ergibt. 122

aa) Gewinne aus Swapverträgen mit einem Bezugsbetrag von 25 Mio. € sind in vollem Umfang anzurechnen, da es sich nicht um Gewinne aus pflichtgemäß abgeschlossenen Zinsderivategeschäften handeln kann. Berücksichtigungsfähig sind demnach die folgenden Geschäfte: 123

Am 05.12.2007 wurde ein Zinssatzswap über 25 Mio. € abgeschlossen [Ref.-Nr. …, Anlage B 10 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)], der am 12.12.2007 wieder aufgelöst wurde [Anlage B 14 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)]. Die Auflösung dieses Zinssatzswaps löste eine Zahlungsverpflichtung der B-Bank gegenüber der E. AG in Höhe von **158.000,00 €** aus. Am 03.01.2008 wurde ein weiterer Zinssatzswap über 25 Mio. € erworben [Ref.-Nr. …, Anlage B 17 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)], der im Mai 2008 aufgelöst wurde. Welche Zahlungspflichten durch diese Auflösung entstanden, teilen die Beklagten nicht mit. Eine Auflösungsbestätigung ist hierzu nicht zu den Akten gelangt. Am 29.05.2008 wurden zwei „Swaptions“ über einen Bezugsbetrag von 25 Mio. € vereinbart [Ref.-Nr. … und …, Anlagen 1 zum Schriftsatz des Beklagten vom 14.10.2014, Bl. 729 ff. bzw. K 30], die am 16.07.2008 aufgelöst wurden [Anlagen 2 und 3 zum Schriftsatz des Beklagten vom 14.10.2014, Bl. 736/737 GA und 738/739 GA). Die Auflösungen führten im erstgenannten Fall zu einer Zahlungspflicht der E. AG in Höhe von **90.500,00 €** (Bl. 736 GA) und im zweitgenannten Fall zu einer Zahlungspflicht der B-Bank in Höhe von **288.500,00 €** (Bl. 738 GA). Es ergibt sich ein anzurechnender Gewinn von 356.000,00 € (158.000,00 € - 90.500,00 € + 288.500,00 €). 124

bb) Gewinne aus Swapverträgen mit einem Bezugsbetrag von 75 Mio. € sind mit einem gemäß § 287 ZPO geschätzten Anteil von 1/3 berücksichtigt worden und zwar ausgehend von dem Darlehensvertrag über 51 Mio. €, der am 02.12.2008 zustande gekommen ist (Anlage K 12). Berücksichtigungsfähig sind insofern nach Lage der Akten die folgenden Swapgeschäfte: 125

Ebenfalls am 05.12.2007 wurde ein Zinssatzswap über 75 Mio. € abgeschlossen [Ref.-Nr. ´…, Anlagen B 2 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 1) = Anlage B 11 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)], der am 12.12.2007 aufgelöst wurde [Anlage B 13 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)] und eine Zahlungsverpflichtung der B-Bank in Höhe von **587.000,00 €** auslöste. Am 03.01.2008 wurde ein weiterer Zinssatzswap über 75 Mio. € erworben [Ref.-Nr. …, Anlage 16 zur Klageerwiderung des Beklagten zu 2)], der im Mai 2008 aufgelöst wurde. Auch im Hinblick auf diese Auflösung sind keine Unterlagen zu den Akten gereicht worden. Am 29.05.2008 vereinbarten die Schuldnerin und die B-Bank nochmals zwei „Swaptions“, nach der Darstellung des Beklagten zu 2) in dem Schriftsatz vom 14.10.2014 (dort Seiten 6-7, Bl.717/718 GA) unter den Referenzendnummern „**00**“ und „**02**“. Bis auf die in der Tat unvollständige Anlage K 29 sind hierüber keine Unterlagen zu den Akten gelangt, insbesondere keine solchen, aus denen sich Belege für die Richtigkeit der erstmals in dem Schriftsatz vom 14.10.2014 unter Bezugnahme auf konkrete Swapverträge aufgestellten Behauptung zu angeblich insofern erzielten berücksichtigungsfähigen Erträgen ergeben würden. Richtig ist allein, dass sich aus dem Zinssatzswapvertrag vom 14.08.2008 (Anlage K 10, dort Seite 3) ergibt, dass die (der Höhe nach nicht angegebene) Prämie mit den beiden per 14.08.2008 aufgelösten „Swaptions“ mit den Referenzendnummern „00“ und „02“ verrechnet wird und Ausgleichszahlungen entfallen. Auf dieser Grundlage sind Feststellungen zur Höhe zugunsten der Beklagten berücksichtigungsfähiger Gewinne ebenso wenig möglich wie aufgrund der vom Beklagten zu 2) in dem Schriftsatz vom 14.10.2014 ergänzend in Bezug genommenen Anlage B 18, dem zweiseitigen Auszug aus dem Lagebericht für das Geschäftsjahr 2008. Wie sich der darin erwähnte Ertrag zusammensetzt, d.h. auf welche der im Jahr 2008 abgeschlossenen Swapgeschäfte er sich bezieht, ist unklar. Die Beweisantritte des Beklagten zu 2) sind unbeachtlich, weil sie auf eine grundsätzlich unzulässige Sachverhaltsausforschung gerichtet sind, nämlich die Ermittlung der Höhe der angeblichen Gewinne der E. AG. Unberücksichtigt bleibt aufgrund der fehlenden Tatsachengrundlage allerdings auch die allein auf die unvollständige Anlage K 29 gestützte Behauptung des Klägers, die E. AG habe auf den Vertrag mit der Referenzendnummer „02“ eine Zahlung von 126

548.000,00 € zu leisten gehabt, da eine Gesamtbetrachtung unmöglich ist. Insgesamt ergibt sich somit ein anzurechnender Gewinn von 195.666,67 € (1/3 von 587.000,00 €).

6. Der von den Beklagten adäquat kausal verursachte Schaden ist nicht unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens der Schuldnerin nach § 254 Abs. 2 BGB wegen einer Verletzung von Schadensminderungspflichten in Form einer nach dem Ausscheiden der Beklagten von der Schuldnerin unterlassenen Auflösung der ungedeckten Swaps von dieser im Verhältnis zu den Beklagten selbst zu tragen. 127

a) Ganz abgesehen davon, dass sich die Beklagten auch insofern nicht die Mühe gemacht haben, wie der Kläger, hinreichend zwischen dem ungedeckten und dem gedeckten Teil des Swaps zu differenzieren und darzutun, welche anteiligen Auflösungskosten die Schuldnerin im Falle einer anteiligen vorzeitigen Auflösung des Swapvertrages vom 14.08.2008 zu zahlen gehabt hätte, wendet der Kläger ein, dass die Schuldnerin finanziell nicht in der Lage gewesen wäre, einen aus der vorzeitigen Auflösung resultierenden Zahlungsanspruch der B-Bank, den die Beklagten mit 1,5 Mio. € im Sommer 2009 angeben, zu befriedigen. Dem sind die Beklagten im ersten Rechtszug nicht hinreichend entgegen getreten, § 138 ZPO. 128

aa) Der in dem Schriftsatz des Beklagten zu 2) vom 14.10.2014 gehaltene Vortrag ist, soweit er neue Tatsachenbehauptungen enthält, nicht zu berücksichtigen, § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, da nicht dargetan ist, dass die Verteidigungsmittel nicht schon im ersten Rechtszug hätten geltend gemacht werden können. 129

bb) Selbst wenn man den Vortrag für zulassungsfähig hielte, ergäbe sich nichts anderes. Der Kläger hat zum einen zur wirtschaftlichen Lage und finanziellen Ausstattung der E. AG bis zur Stellung des Insolvenzantrages vorgetragen und zum anderen mit Recht darauf hingewiesen, dass den Beklagten diese Umstände auch bekannt seien. Den zu den Akten gereichten Niederschriften zu den Aufsichtsratssitzungen kann im Übrigen entnommen werden, dass sich die E. AG in einer schwierigen Lage befand. Die Beklagten selbst machen dies ausdrücklich geltend, um den Kapitalbedarf 2007/2008 zu begründen. Schon vor diesem Hintergrund ist die Behauptung, die E. AG hätte Mitte 2009 über liquide Mittel in erforderlicher Höhe verfügt, kritisch zu hinterfragen. Jedenfalls gilt, dass der Hinweis des Beklagten zu 2) auf die in den Jahren 2007 und 2008 erzielten Auflösungserträge und die Verpfändung eines Betrages von 1,2 Mio. € an die B-Bank kein substantiiertes Bestreiten der Behauptung des Klägers und erst recht kein substantiiertes Behaupten der für ihn günstigen Tatsache der ausreichenden Leistungsfähigkeit der E. AG darstellt und der Vortrag deshalb unbeachtlich ist. Es fehlt somit an der Zumutbarkeit der Schadensabwendungsmaßnahme. 130

b) Die Schuldnerin muss sich auch das Verhalten der späteren Organmitglieder im Verhältnis zu den Beklagten aus Rechtsgründen nicht zurechnen lassen. Zwar kommt eine Zurechnung eines etwaigen Fehlverhaltens von anderen Organen für die Zeit nach dem Ausscheiden des auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Organmitglieds grundsätzlich in Betracht. Dies gilt aber jedenfalls dann nicht, wenn - wie hier - nicht von einer nach diesem Zeitpunkt eingetretenen alleinigen Verantwortung der anderen Organe auszugehen ist, sondern davon, dass, wenn überhaupt, allenfalls eine Haftungseinheit angenommen werden könnte (zu einem anders gelagerten Sachverhalt: OLG Oldenburg, Urt. v. 22.06.2006 – 1 U 34/03, GmbHR 2006, 1263 ff./juris Tz. 79 ff.). Erstmals in dem Schriftsatz vom 14.10.2014 gehaltener Tatsachenvortrag des Beklagten zu 2) hierzu ist im Übrigen aus den schon genannten Gründen nicht berücksichtigungsfähig, § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. Der Mitverschuldenseinwand wurde bereits erstinstanzlich erhoben und war Gegenstand wechselseitiger Ausführungen der Parteien. 131

132

7. Der zuerkannte Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

III. 133

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 134

Gründe, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor. Es handelt sich um eine auf der Würdigung der konkreten Einzelfallumstände beruhende Entscheidung unter Anwendung der zitierten Rechtsprechung, von der nicht abgewichen wird. 135

Streitwert des Berufungsverfahrens: 9.877.081,65 € 136

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE