
Datum: 13.04.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 31/05
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:0413.7U31.05.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 8 O 364/00

Tenor:

Die Berufung der Kläger gegen das am 20.01.2005 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 8 O 364/00 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu 1.) zu 8 %, der Klägerin zu 2.) zu 13 %, dem Kläger zu 5.) und der Klägerin zu 6.) zu 28 %, dem Kläger zu 7.) zu 11 %, dem Kläger zu 8.) zu 8 %, dem Kläger zu 9.) zu 5 % und dem Kläger zu 10.) und der Klägerin zu 11.) zu 27 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger dürfen die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

Die Kläger nehmen den Beklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Immobilie auf Schadensersatz in Anspruch.	3
Der Beklagte war Alleinaktionär und Vorstand der E. Capital-Treuhand AG (im Folgenden: E.), die mit einem Grundkapital in Höhe von 500.000,00 DM ausgestattet war. Die E. wirkte in den Jahren 1982 bis 1986 bundesweit als Vertriebsgesellschaft bei Immobilien-Anlageprojekten mit. Die Anlagenobjekte waren große, meist in den sechziger oder siebziger Jahren errichtete Wohnanlagen, die jeweils von einem Zwischenerwerber angekauft und nach Aufteilung in Eigentumswohnungen an die einzelnen Anleger veräußert wurden. Eigenkapital brauchten die Anleger nicht aufzubringen. Für jedes Objekt wurde ein Kreditinstitut gewonnen, das den Erwerbspreis einschließlich Kosten und Gebühren (sogenannter Gesamtaufwand) regelmäßig zu 111 % - bei einem Disagio von 10 % - finanzierte. Außerdem wurden für mehrere Jahre Mieteinnahmen in bestimmter Höhe garantiert.	4
Ab dem Jahr 1988 wurden die E., der Beklagte als deren Vorstand und Alleinaktionär und weitere Beteiligte, namentlich Banken und Treuhandgesellschaften, von zahlreichen Anlegern wegen angeblicher Übertreibung der Wohnungen und Rückkaufzusagen auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Nachdem der Senat und ihm folgend der Bundesgerichtshof eine Haftung der anderen Beteiligten verneint hatten, haben die Anleger nur noch Ansprüche gegen die E. und deren Vorstand, den Beklagten, geltend gemacht. Dabei wurden sie durch die jetzigen Prozessbevollmächtigten der Kläger vertreten. Der Senat hat die Verfahren gegen den Beklagten jeweils wegen des laufenden Ermittlungsverfahrens 110 Js 24/88 StA Köln abgetrennt und ausgesetzt. Hinsichtlich der Ansprüche gegen die E. hat der Senat Beweis erhoben über die behaupteten Rückkaufzusagen. Je nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Senat die Klagen gegen die E. zugesprochen oder abgewiesen. Nachdem die E. die Klageforderungen – soweit zugesprochen – ausgeglichen hatte, wurden die gegen den Beklagten gerichteten Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt.	5
Ab dem Jahr 1992 hat es eine zweite Prozessrunde gegen die E. gegeben, an der auch die Kläger des vorliegenden Verfahrens beteiligt waren. Die Klagen richteten sich hierbei ausschließlich gegen die E.. Der Beklagte persönlich wurde wegen des Kostenrisikos nicht in Anspruch genommen, weil er neben den Rechtsanwälten der E. eigene Anwälte eingeschaltet hatte.	6
In den vorgenannten Verfahren haben sämtliche Kläger gegen die E. rechtskräftige Zahlungs- und Kostentitel erwirkt, auf die lediglich 20.000 DM - an den Kläger zu 1) - gezahlt wurden. Wegen der Einzelheiten – insbesondere der Höhe der titulierten Beträge – wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (LGU 5-8) verwiesen.	7
Mit der vorliegenden, am 14.09.2000 bzw. im Falle der Kläger zu 5.) bis 9.) am 20.11.2000 und im Falle der Kläger zu 10.) und 11.) am 27.12.2002 bei Gericht eingegangenen Klage nehmen die Kläger nunmehr den Beklagten persönlich in Anspruch.	8
Beginnend mit dem Jahr 1986 hat die Staatsanwaltschaft Köln gegen den Beklagten wegen Betruges ermittelt. Sie hat am 01.09.1994 Anklage erhoben.	9
Über diese im Jahr 1994 im Wesentlichen zugelassene Anklage hat das Landgericht Köln in der Zeit von Januar bis Oktober 1999 verhandelt und nach 45 Verhandlungstagen das Verfahren wegen überlanger Verfahrensdauer durch Urteil eingestellt. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hat der Bundesgerichtshof das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Landgericht Bonn verwiesen. Dieses hat den Beklagten	10

schließlich nach 43 Verhandlungstagen und der Vernehmung zahlreicher Zeugen in der Sitzung vom 30.11.2001 freigesprochen. Auf die Gründe des Urteils wird verwiesen (Bl. 343 – 379 d.A.).

Die Kläger stützen die persönliche Inanspruchnahme des Beklagten auf unerlaubte Handlung, Durchgriffshaftung nach den Grundsätzen des qualifiziert faktischen Konzerns, auf die unter dem Gesichtspunkt der Eigenhaftung des Vertreters, auf gepfändete Ansprüche der E. gegen den Beklagten sowie auf Insolvenzverschleppung, Bilanzfälschung und Vollstreckungsvereitelung. Sie tragen vor, der Beklagte habe das Revermarktungssystem konzipiert, eingeführt und bei Schulungsveranstaltungen gegenüber den Anlagevermittlern propagiert. Die Anlageberater hätten das Revermarktungssystem übernommen und an ihre Kunden weitergegeben, wobei die Person des Beklagten, eines früheren Spitzensportlers, besonders herausgestellt worden sei. Der Beklagte habe selbst die Objekte ausgesucht, die dann im Zuge eines Zwischenerwerbs in Wohnungseigentum aufgeteilt und durch die Vermittler der E. an Hunderte vom Erwerb im gesamten Bundesgebiet vermittelt worden seien. Die zwischengeschalteten Gesellschaften – insbesondere die D. Dienstleistungs- und Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH und die H. Vermögensvermittlungsgesellschaft mbH – seien von dem Beklagten bzw. der E. wirtschaftlich abhängig gewesen. Der Beklagte habe von diesen Gesellschaften erhebliche Provisionen und Honorare erhalten und so einen erheblichen Teil des Gewinns abgeschöpft. Sein Amt als Vorstand der E. habe er zum 01.09.1999 lediglich zum Schein niedergelegt. 11

Die E. sei bereits zum 31.12.1997 überschuldet gewesen. Als deren Vorstand hätte der Beklagte Insolvenzantrag stellen müssen. In der Bilanz der E. zum 31.12.1997 seien bei den Aktiva Forderungen der E. gegen verbundene Unternehmen in Höhe von 4.890.154,88 DM aufgeführt, wobei hiervon 3.726.619,11 DM auf die D. und 1.091.377,38 DM auf die H. entfielen. Die Forderung der E. gegen die D. hätte indessen wegen Überschuldung der D. in Höhe von 1.853.000,00 DM wertberichtigt werden müssen. Allein dies habe nicht nur zu einem vollständigen Verlust des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals, sondern darüber hinaus zu einem Fehlbetrag von 1.276.000,00 DM geführt. Trotz Überschuldung der E. wäre aber im Rahmen eines Insolvenzverfahrens genügend Masse vorhanden gewesen, um die Forderungen der Kläger vollständig zu befriedigen. Zu berücksichtigen sei die in der Bilanz ausgewiesene Forderung der E. gegen die D. in Höhe von 3.726.619,11 DM, diese zumindest in Höhe des wertberichtigten Betrages. Als Haftungsmasse hätten ferner die in der Bilanz zum 31.12.1997 aufgeführten weiteren Vermögensgegenstände von 2.402.865,00 DM zur Verfügung gestanden. Darüber hinaus habe der E. gegen die H. eine Forderung in Höhe von 1.091.377,00 DM zugestanden, die zumindest zum 01.09.1999 noch bestanden habe, wie dies der Beklagte – das ist unstreitig – unter dem 15.05.2003 an Eides statt versichert hat. 12

Der Beklagte hat geltend gemacht, der Sachvortrag der Kläger sei widersprüchlich. Einerseits trügen sie vor, die E. sei bereits zum 31.12.1997 hoffnungslos überschuldet gewesen, andererseits solle so viel Haftungsmasse vorhanden gewesen sein, dass die Forderungen der Kläger aus der Insolvenzmasse hätten in vollem Umfang befriedigt werden können. 13

Darüber hinaus hat der Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben. 14

Wegen weiterer Einzelheiten, insbesondere der in erster Instanz gestellten Anträge, wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr.1 ZPO. 15

Das Landgericht hat die Klage – unter Aufhebung zugunsten der Kläger zu 1) bis 9) zunächst ergangener Versäumnisurteile – abgewiesen.	
Wegen der Begründung wird auf Bl. 757 – 783 d.A. Bezug genommen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Kläger zu 1.), 2.), und 5.) bis 11.), mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageantrag weiterverfolgen.	17
Sie behaupten weiterhin, der Beklagte habe den Vermittlern auf Schulungsveranstaltungen erklärt, mit Rücknahmezusagen werben zu können. Der Beklagte habe Provisionen teilweise im 6-stelligen Bereich erhalten; daraus folge sein wirtschaftliches Interesse. In einigen Fällen hätten die Vermittler auf die persönliche Seriosität und Bekanntheit des Beklagten als ehemaligen Spitzensportler verwiesen. Durch die von ihm inszenierten Rücknahmezusagen habe er die E. einem Haftungsvolumen von 42.000.000,00 DM pro Jahr ausgesetzt. Darin liege ein existenzvernichtender Eingriff. Der Beklagte habe auch die ihm obliegende Insolvenzantragspflicht verletzt. Die E. sei zum 31.12.1997 bzw. 31.12.1998 überschuldet gewesen. Die Forderung der E. gegen die D. hätte wertberichtigt werden müssen, weil sich aus der Bilanz der D. ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag von mehr als 8.000.000,00 DM ergebe; nennenswerte stille Reserven bestünden nicht. Der Habenumsatz von 2,6 Mio. DM sei darauf zurückzuführen, dass der Beklagte eine Summe von 2.000.000,00 DM aus der Schweiz transferiert habe und innerhalb der Firmengruppe "L." hieß. Im Falle eines Insolvenzverfahrens wären die Ansprüche der Kläger befriedigt worden. Auch habe der Beklagte es pflichtwidrig unterlassen, die Forderung der E. in Höhe von 1.091.377,98 DM nebst Zinsen gegen die H. geltend zu machen.	18
Die Kläger zu 1.), 2.) sowie 5.) bis 9.) beantragen,	19
das Urteil des Landgerichts Köln vom 20.01.2005 – 8 O 364/00 – abzuändern und das zu ihren Gunsten ergangene Versäumnisurteil der Kammer vom 19.02.2001 aufrecht zu erhalten,	20
die Kläger zu 10.) und 11.) beantragen,	21
das Urteil der Kammer abzuändern und den Beklagten gemäß dem erst- instanzlichen Klageantrag zu verurteilen.	22
Der Beklagte beantragt,	23
die Berufung zurückzuweisen.	24
Er erhebt die Einrede der Verjährung und vertritt erneut die Auffassung, das Vorbringen der Kläger, die einerseits behaupteten, die Forderungen der E. gegen verbundene Unternehmen seien wertlos gewesen, und andererseits, sie seien im Falle eines Insolvenzantrags befriedigt worden, sei widersprüchlich.	25
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	26
Der Senat hat die Akten 110 Js 518/00 und 112 Js 418/02 StA Köln sowie 71 IN 378/02 AG Köln beigezogen und zum Gegensand der mündlichen Verhandlung gemacht.	27
II.	28
	29

Die prozessual bedenkenfreie Berufung der Kläger hat in der Sache keinen Erfolg. Sie haben einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Beklagten persönlich als ehemaligen Vorstand und alleinigen Inhaber der E. nicht schlüssig dargetan.

1.) 30

Ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB, § 826 BGB, wie ihn die Kläger aus der Initiierung des Rücknahmesystems herleiten, ist nicht begründet. 31

a.) 32

Die Kläger haben einen Betrugs – bzw. Schädigungsvorsatz des Beklagten in den Jahren 1983 und 1984 nicht schlüssig dargetan. Gegen die billigende Inkaufnahme einer Schädigung der Erwerber durch den Beklagten bei Propagierung des Rücknahmesystems auf den Schulungsveranstaltungen spricht zum einen, dass zum damaligen Zeitpunkt völlig offen war, welche Anlagevermittler mit Rücknahmezusagen werben und wieviele Erwerber hiervon Gebrauch machen würden, zum anderen, dass die E. noch bis Oktober 1998 ihre titulierten Verbindlichkeiten sämtlich aus Rücknahmezusagen beglichen hat. Die Kläger selbst gestehen dem Beklagten zu, daran geglaubt zu haben, das Rücknahmesystem würde funktionieren (Bl. 924 d.A.). Die billigende Inkaufnahme einer Schädigung der Erwerber lässt sich vor diesem Hintergrund nicht feststellen. 33

b.) 34

Deliktische Ansprüche der Kläger wären im übrigen sämtlich nach – dem hier noch anwendbaren - § 852 BGB a.F. verjährt. 35

aa.) 36

Die 3-jährige Verjährungsfrist des § 852 BGB a.F. kann allenfalls durch den Eingang der Klageschrift am 14.09.2000 bezüglich der Kläger zu 1.) und 2.), am 20.11.2000 im Bezug auf die Kläger zu 5.) bis 9.) unterbrochen worden (§ 209 Abs. 1 BGB a.F., § 270 Abs. 3 ZPO a.F.) und in Bezug auf die Kläger zu 10.) und 11.) am 27.12.2002 durch ihren Beitritt gehemmt worden sein (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F., § 167 ZPO, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). Das setzt indessen voraus, dass die betreffenden Kläger vor dem 14.09.1997, 20.11.1997 bzw. 27.12.1999 noch nicht den für den Beginn maßgeblichen Kenntnisstand hatten. Diesen Kenntnisstand hatten die betreffenden Kläger jedoch an den vorgenannten Stichtagen. 37

bb.) 38

Die Verjährung beginnt nach § 852 BGB a.F. von dem Zeitpunkt an, in dem der Verletzte von dem Schaden, der Schädigungshandlung und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Hierfür ist nicht erforderlich, dass der Geschädigte die Einzelheiten des Tatgeschehenes kennt; ausreichend ist Kenntnis vom Kern der Schädigungshandlung. Dabei müssen sich die Kläger nach den Grundsätzen zur Zurechenbarkeit der Kenntnis eines Wissensvertreters den Kenntnisstand ihres Prozessbevollmächtigten, der sowohl die Kläger in deren Verfahren gegen die E. als auch weitere Geschädigte in der sogenannten ersten Prozessrunde gegen die E. und den Beklagten persönlich in 1. Instanz vertreten hat, zurechnen lassen (vgl. BGH, WM 91, 2135, 2136). Bereits in der ersten Prozessrunde, in der der Beklagte persönlich wegen des von ihm angeblich initiierten Rücknahmeversprechens in Anspruch genommen worden war, ging es im Kern um dasselbe Tatgeschehen. Dem 39

Prozessbevollmächtigten der Kläger war daher neben dem Tatvorwurf die Person des Beklagten und dessen Anschrift bekannt.

Den Klägern kann dieses Wissen zwar erst von dem Zeitpunkt an zugerechnet werden, als sie ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten in den Verfahren gegen die E. mandatierten – spätestens also im Zeitpunkt der damaligen Klageerhebung. Daran ändert nichts, dass nach dem Klagevortrag der Beklagte persönlich in der sog. 2. Prozessrunde lediglich wegen des Kostenrisikos nicht in Anspruch genommen wurde – die Kläger also jedenfalls bei Klageerhebung gegen die E. sämtliche auspruchsbegründenden Tatsachen in Bezug auf den Beklagten gekannt haben müssen. Der genaue Zeitpunkt dieser Kenntniserlangung ist nämlich nicht feststellbar.

cc) 41

Gleichwohl wären etwaige deliktische Ansprüche der Kläger zu 1), 2), 5), 6), 10) und 11) schon nach den vorgenannten Grundsätzen verjährt: 42

Die Klage des Klägers zu 1.) gegen die E. (29 O 289/96 LG Köln) ist vor dem 14.09.1997 anhängig geworden. Das gilt auch für die Klägerin zu 2.) als Erbin des früheren Klägers zu 2), dessen Klage gegen die E. unter dem Aktenzeichen 29 O 163/97 beim LG Köln anhängig war. 43

Die Klage der Kläger zu 5.) und 6.) ist bereits 1995 anhängig geworden (29 O 132/95 LG Köln) während ihr Beitritt im vorliegenden Rechtsstreit mehr als 3 Jahre später am 20.11.2000 erfolgte. 44

Die Kläger zu 10.) und 11.) haben die E. bereits im Jahr 1997 in Anspruch genommen (29 O 70/97 LG Köln); sie sind dem vorliegenden Verfahren erst am 27.12.02 beigetreten. 45

dd) 46

Die Klagen der Kläger zu 7) (15 O 417/98 LG Köln), zu 8) (15 O 581/98 LG Köln) und zu 9) (15 O 91/99 LG Köln) sind zwar nach dem für sie maßgeblichen Stichtag vom 20.11.1997 eingegangen, ohne dass sich eine Beauftragung ihres Prozessbevollmächtigten vor diesem Zeitpunkt feststellen lässt. Die Kläger zu 7) – 9) hatten jedoch aus anderen Gründen vor dem 20.11.1997 Kenntnis aller anspruchsbegründenden Umstände: 47

Der Kläger zu 7) hat die E. nach eigenem Vorbringen (Bl. 53,58 d.A.) bereits im Jahr 1993 gerichtlich wegen zweier anderer Objekte in Anspruch genommen, die jedenfalls auch eine Rücknahmezusage zum Gegenstand hatten (27 O 276/93 LG Köln). Da der Kläger zu 7) schon im damaligen Prozess von seinem jetzigen Prozessbevollmächtigten vertreten wurde, ist ihm dessen – aus der sog. 1. Prozessrunde resultierendes – Wissen um die Propagierung des Rücknahmesystems auf Schulungsveranstaltungen durch den Beklagten zuzurechnen. Aufgrund dessen hatte er vor dem 20.11.1997 jedenfalls Kenntnis von der Person des Schädigers und der Richtung der Schädigungshandlung. 48

Auch die Kläger zu 8.) und 9.) hatten drei Jahre vor dem Eingang der Klage am 20.11.2000 von dem Kern des Tatgeschehens und der Person des Schädigers Kenntnis. Die Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft Köln im September 1994 – sie war u.a. auf die Initiierung des Rücknahmesystems gestützt (vgl. Bl. 375 d.A.) war – wie der Beklagte zutreffend vorträgt (Bl. 896 d.A.) – Gegen- 49

stand einer ausführlichen bundesweiten Berichterstattung in der Presse. Das ist – worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat – nicht nur gerichtsbekannt, sondern von den Klägern auch nicht bestritten worden. Da die Kläger zu 8.) und 9.) – wie im Übrigen die anderen Kläger auch - als potenziell Geschädigte naturgemäß ein besonderes Interesse an der Berichterstattung hatten, hält es der Senat für ausgeschlossen, dass ihnen ein Ereignis von solcher Medienwirkung verborgen geblieben ist.

Kenntnis des Klägers zu 8.) von einem ihm entstandenen Schaden lag bereits Anfang der neunziger Jahre vor, als das Finanzamt die Steuervorteile für das Anlagemodell aberkannte (Bl. 63 d.A.). Sämtliche Kläger hatten im übrigen bereits mit dem Konkurs der Mietgarantiesgesellschaft J. im Jahr 1986 von der eigenen Schadensbetroffenheit Kenntnis, da sie alle geringere Mieteinnahmen erzielten als garantiert. Hierdurch hat sich die Vermögenslage der Kläger im Vergleich zu vorher dem Grunde nach verschlechtert. 51

Angesichts dessen wäre es – eine deliktische Haftung des Beklagten unterstellt – dem Kläger zu 7) bereits im Jahre 1993, den übrigen Klägern im Jahre 1994 zumutbar gewesen, aufgrund der ihnen bekannten bzw. ihrer Kenntnis zuzurechnenden Tatsachen gegen den Beklagten mit Aussicht auf Erfolg Feststellungsklage zu erheben. Ungeachtet dessen wäre es für die Kläger zu 1), 2), 5), 6), 10) und 11), die ihre ab 1995 erhobenen Klagen nur aus Kostengründen auf die E. beschränkt hatten, jedenfalls zumutbar gewesen, neben der E. auch den Beklagten persönlich zu verklagen. Dass der anzustrengende Prozess mehr oder weniger risikolos erscheint, ist für den Beginn der Verjährung nicht erforderlich (BGH NJW 94, 3092). 52

2.) 53

Das Schadensersatzbegehren der Kläger findet seinen rechtlichen Grund auch nicht in den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Aus Verschulden bei Vertragsschluss haftet im Grundsatz nur, wer Vertragspartner ist oder werden soll, vorliegend also die E.. Für die Verbindlichkeiten der E. haftet gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Aktiengesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Die nur ausnahmsweise in Betracht kommende Haftung des Vertreters aus culpa in contrahendo setzt voraus, dass der Vertreter – hier: der Beklagte als Vorstand der E. - entweder in besonderem Maße persönliches Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat oder aber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an dem Vertragsschluss hatte (BGH, NJW 04, 2523, 2525). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. 54

a.) 55

Ein besonderes persönliches Vertrauen hat der Beklagte nicht in Anspruch genommen. Er ist unstreitig bei den Verhandlungen mit den Klägern über den Erwerb der Wohnungen nicht persönlich in Erscheinung getreten. Die Verträge wurden vielmehr alle durch Vermittler der E. abgeschlossen. Die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens setzt voraus, dass der Vertreter an den Vertragsverhandlungen entweder selbst beteiligt ist oder mit einem Anspruch auf Vertrauen hervorgetreten ist. Die letztgenannte Voraussetzung erfordert nicht, dass der Vertreter die Verhandlung selbst führt. Er muss sie aber von einem anderen für sich führen lassen und dem Vertragspartner gegenüber als die Person erscheinen, von der der Vertragsschluss abhängig ist. Daran fehlt es hier. Die Vermittler haben die Anlagen nicht für den Beklagten persönlich, sondern für die E. vermittelt. Die der Behauptung der Kläger zufolge erfolgten Hinweise der Vermittler in einigen Fällen auf die Bekanntheit des Beklagten als ehemaligen Spitzensportler – in den Prospekten ist ein Hinweis darauf nicht enthalten – lässt den Schluss auf eine besondere persönliche Seriosität nicht zu, erst recht nicht auf eine besondere geschäftliche Seriosität. Dass an den Kläger zu 1.) gerichtete, zeitlich nach 56

Abschluss des Kaufvertrags liegende, vom Beklagten unterschriebene Schreiben der E. vom 31.10.1995 enthält keine Rücknahmezusage des Beklagten persönlich, sondern ein Angebot der E. zur Benennung eines Käufers für die von dem Kläger zu 1.) erworbene Wohnung.

b.) 57

Ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse des Beklagten haben die Kläger ebenfalls nicht schlüssig dargetan. Der Umstand, dass der Beklagte alleiniger Vorstand der E. war, ist hierfür nicht ausreichend. Die maßgebliche Beteiligung des Vertreters an der Gesellschaft ist anerkanntermaßen nicht ausreichend, um eine Haftung wegen unmittelbaren wirtschaftlichen Eigeninteresses zu begründen (BGH, ZIP 88, 1543, 1544; BGHZ 126, 181, 184), weil das Gesetz eine persönliche Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gerade nicht vorsieht. Es müssen vielmehr zusätzliche Umstände hinzukommen, die den Schluss darauf zulassen, der Vertreter habe gleichsam "in eigener Sache" gehandelt. Hierfür ist weder etwas vorgetragen noch ersichtlich. Die Vereinnahmung von Provisionen – wenn auch in beträchtlicher Höhe – oder sonstiger Entgelte für Beratungsleistungen im Vorfeld der von den Klägern abgeschlossenen Kaufverträge reicht für die Annahme eines unmittelbaren wirtschaftlichen Eigeninteresses ebenso wenig aus wie das – legitime – Interesse des Vorstandes am wirtschaftlichen Erfolg der von ihm geleiteten Gesellschaft. 58

3.) 59

Ein Schadensersatzanspruch der Kläger wegen Initiierung und Propagierung des Rücknahmesystems durch den Beklagten besteht auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Konzernhaftung. 60

a.) 61

Die Voraussetzungen des § 317 Abs. 3 Aktiengesetz liegen nicht vor. Der Beklagte war zwar als Unternehmer im Sinne des Aktiengesetzes anzusehen, weil er sich in anderen mit der E. de facto verbundenen Unternehmen wirtschaftlich betätigt hat. Davon ist der Beklagte in seinem Abhängigkeitsbericht für die E. vom 1.9.1997 (Bl. 366 d.A.) selbst ausgegangen. Es fehlt aber an der Zufügung eines quantifizierbaren Nachteils. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung des nachteiligen Charakters und der Höhe des Nachteils ist der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts (Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 4. Aufl., § 311 Randziffer 44). Dies ist hier der Hinweis an die Vermittler, die Kaufbereitschaft der Interessenten erforderlichenfalls mit dem Rücknahmeversprechen zu steigern. Welche Vermittler mit dem Rücknahmeversprechen werben würden – die Klagen gegen die E. sind in vielen Fällen mangels Nachweises einer Rücknahmezusage abgewiesen worden 62

– und welche Erwerber von dem Rücknahmerecht Gebrauch machen würden, war im Zeitpunkt der Schulung der Vermittler noch völlig offen. 63

Die Kläger haben abgesehen davon auch unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 287 ZPO einen Schaden der E. als dem abhängigen Unternehmen nicht schlüssig dargetan mit der Folge, dass § 317 AktG auch deshalb nicht eingreift (Emmerich/Habersack a.a.O. Rdnr. 43). Der Schaden beurteilt sich danach, wie die abhängige Gesellschaft wirtschaftlich stünde, wenn sie nicht entsprechend der nachteiligen Veranlassung gehandelt hätte (vgl. Koppensteiner, in: Kölner Komm. zum AktG, 3. Aufl. § 317 Rdnr. 15). Hierbei kann nicht auf die Summe der zu Lasten der E. titulierten Ansprüche abgestellt werden. Die E. hat aus dem Vertrieb der Wohnungen auch Gewinne erzielt, die bei der Ermittlung des Schadens Berücksichtigung finden müssen. Hierzu fehlt jeder Sachvortrag der Kläger. 64

b.)	65
Eine Haftung des Beklagten persönlich folgt auch nicht aus den Grundsätzen des existenzvernichtenden Eingriffs.	66
Diese vom Bundesgerichtshof – nach Aufgabe der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns (dazu noch BGH NJW 93, 1200) - für das GmbH-Recht entwickelte Haftungsgrundlage ist jedenfalls bei Insolvenz der abhängigen Gesellschaft auf die Aktiengesellschaft übertragbar (Kölner Kommentar zum Aktiengesetz/Koppensteiner, Anhang 318 Rdnr. 73 ff.; Emmerich/Habersack, a.a.O, Anhang § 318 Rdnr. 38 ff).	67
Ein existenzvernichtender Eingriff liegt vor, wenn der Aktionär Vorstand auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keinerlei Rücksicht nimmt und der Gesellschaft ohne angemessenen Ausgleich Vermögenswerte entzieht, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt. Erforderlich ist ein gezielter, betriebsfremder Eingriff, etwa durch Verlagerung des Kundenstamms oder Warenbestandes auf ein anderes abhängiges Unternehmen oder die Eingehung hoch spekulativer Geschäfte, die in ihrem Verlustpotenzial deutlich über die Eigenkapitalausstattung hinausgehen (BGH NZG 05, 215; BGHZ 151, 181; BGH NJW 94, 447). Bloße Managementfehler begründen dagegen keine Haftung unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs (BGH NZG 05, 215).	68
Die Kläger leiten die persönliche Haftung des Beklagten daraus her, dass der Beklagte durch die nach Behauptung der Kläger von ihm veranlassten Rücknahmeversprechen Schadensersatzforderungen gegen die E. in Millionenhöhe ausgelöst habe. Bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung stellt die Werbung mit Rücknahmezusagen bzw. die Veranlassung hierzu keinen existenzvernichtenden Eingriff dar. Die Kläger behaupten nicht, dass der Beklagte die Vermittler strikt angewiesen hat, in jedem Fall mit dem Rücknahmeversprechen zu werben. Eine solche Behauptung würde auch dem Ergebnis der Beweisaufnahme in den gegen die E. gerichteten Verfahren widersprechen; dort sind in einer Vielzahl – etwa der Hälfte aller Verfahren – die Klagen der Anleger im Berufungsverfahren abgewiesen worden, weil ein Rücknahmeversprechen der für die E. tätigen Vermittler nicht bewiesen worden war. Im Zeitpunkt der Schulung der Vermittler war völlig offen, ob und in welchem Umfang es zu Rücknahmeverlangen kommen würde. Dies hing zum einen davon ab, ob die Vermittler den Erwerbern wie im Falle der Kläger Rücknahmeversprechen erteilten, zum anderen davon, ob die Erwerber von ihrem Rücknahmerecht Gebrauch machen würden und schließlich von der Immobilienpreisentwicklung. An einem <u>gezielten</u> Eingriff fehlt es nach Auffassung des Senats, wenn sich die als Eingriff in Betracht kommende Maßnahme überhaupt nur infolge des Verhaltens Dritter - den mit den Rücknahmezusagen werbenden Vermittlern – und Vierter – den von ihrem Rücknahmerecht Gebrauch machenden Anlegern – zu einem unbestimmten Zeitpunkt als Liquiditätsentzug auswirken kann. Wirkung und Umfang dieser Maßnahme waren im Zeitpunkt der Schulungsveranstaltungen noch völlig offen.	69
Die Maßnahme des Beklagten war auch nicht betriebsfremd. Geschäftsgegenstand der E. war der Vertrieb von Wohnungen; dazu gehörte auch die Schulung der die Anlagenmodelle vertreibenden Vermittler.	70
Die - zu unterstellende – Initiierung des Rücknahmesystems durch den Beklagten machte den Vertrieb der Wohnungen auch nicht zu einem hoch spekulativen Geschäft, dessen Risiken außer Verhältnis zur Vermögenslage der E. standen (vgl. BGH ZIP 00, 493,494). Die Rücknahmezusagen bewirkten keine unüberschaubaren Risiken. Die Kläger stellen nicht in Abrede, dass dem Beklagten am wirtschaftlichen Wohlergehen der E. gelegen war und der	71

Beklagte an das Revermarktungssystem geglaubt hat (Seite 4 des Schriftsatzes vom 29.08.2005, Bl. 924). Ausweislich der Jahresabschlüsse hatte die E. in den Jahren 1993 bis 1996 Rückstellungen in der Größenordnung zwischen 3,8 und 6,8 Mio. DM gebildet und dadurch das Risiko der Inanspruchnahme zumindest teilweise abgesichert. Die E. hat ihre Verbindlichkeiten aus der ersten, bereits im Jahre 1988 begonnenen Prozessrunde zudem bis Oktober 1998 erfüllt. Das spricht dagegen, dass das durch die Rücknahmezusagen übernommene Risiko eindeutig im Widerspruch zu den Vermögensverhältnissen der E. stand. Die Behauptung der Kläger, es habe sich sämtlich um Schrottimmobilien gehandelt, hat sich in den Verfahren gegen die E. gerade nicht bestätigt.

Die Ansprüche der Kläger zu 10.) und 11.) wären darüber hinaus verjährt. Ansprüche aus existenzvernichtendem Eingriff verjähren in 5 Jahren ab dem Nichtausgleich bis zum Ende des Geschäftsjahres. Im Falle der Kläger zu 10.) und 11.) befand sich die E. seit 01.01.1996 mit der Rücknahmeverpflichtung in Verzug. Die Verjährung wäre danach Ende des Jahres 2000 eingetreten. Die Klage ist erst am 27.12.2002 bei Gericht eingegangen.

72

4.)

73

Auch der Umstand, dass der Beklagte eine Forderung der E. gegen die H. in Höhe von 1.091.377,00 DM nicht durchgesetzt hat, begründet keinen Schadensersatzanspruch der Kläger. Zwar kommt grundsätzlich eine Haftung des Gesellschafters wegen existenzvernichtenden Eingriffs in Frage, wenn er es unterlässt, Ansprüche der Gesellschaft geltend zu machen (BGH, NJW RR 05, 335, 337 = NZG 05, 177). Die Kläger haben aber nicht schlüssig dargetan, dass die Geltendmachung der Forderung der E. gegen die H. Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Die Jahresabschlüsse der H. für 1999 und 2000 (Anlage BB 18 zur Berufungsbegründung, Bl. 561 d.A.), auf die sich die Kläger insoweit stützen, weisen zwar Einnahmen in Höhe von 322.370,00 DM bzw. 417.140,00 DM aus. Die Bilanz der H. per 31.12.1997 enthält jedoch einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von 257.088,00 DM, per 31.12.1998 einen Fehlbetrag von 138.080,00 DM und noch per 31.12.1999 – als der Beklagte schon nicht mehr Vorstand der E. war – einen solchen von 46.825,68 DM (Bl. 551, 556, 561 d.A.). Bei derartigen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbeträgen ist die erfolgreiche Durchsetzung einer Forderung in Höhe von mehr als 1.000.000,00 DM kaum vorstellbar. Jedenfalls handelt es sich bei der unterlassenen Geltendmachung allenfalls um einen sogenannten Managementfehler, der – mag er auch unvernünftig sein – nicht zu einer Haftung des Geschäftsführers/Vorstandes unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs führt (vgl. BGH, NZG 05, 214, 215).

74

5.)

75

Eine Haftung des Beklagten aus Insolvenzverschleppung (§ 92 Abs. 3 AktG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB) scheidet ebenfalls aus.

76

a) Die behauptete Überschuldung der E. zum 31.12.1997 oder zu einem späteren Zeitpunkt vor dem Ausscheiden des Beklagten als Vorstand haben die Kläger nicht schlüssig dargetan. Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Gesellschaft rechnerisch überschuldet und eine negative Fortbestehensprognose gegeben ist (vgl. BGH NZG 05, 482, 483). Dies lässt sich auf der Grundlage des Klägervortrags im hier fraglichen Zeitraum nicht feststellen:

77

Die Kläger leiten – gestützt auf einen entsprechenden Vermerk des Wirtschaftsreferenten K. der StA Köln vom 12.2.2002 (Anlage K 103) – eine Überschuldung der E. daraus her, dass ihre in der Bilanz per 31.12.1997 ausgewiesene Forderung gegen die D. von 3.726.619 DM wegen deren Überschuldung in Millionenhöhe bereits für das Geschäftsjahr 1997 in Höhe von

78

1.853.000 DM hätte wertberichtigt werden müssen. Andererseits legen sie einen weiteren Vermerk der StA Köln vom 10.10.2002 vor (Bl. 469 d.A.), wonach die Schuld der D. gegenüber der E. in der Zeit vom 1.1.98 bis 31.12.99 von 3.726.000 DM auf 1.852.916 DM zurückgeführt wurde – nach dem Gutachten des Insolvenzverwalters der E. sogar auf nur noch 285.000 DM (Bl. 204 d. Beiakte 71 N 358/02 AG Köln). Da für einen Forderungserlass oder eine Erfüllung durch Dritte nichts ersichtlich ist, muss die D. notwendigerweise gezahlt haben. Dass die D. Zahlungen geleistet hat, steht ihrer rechnerischen Überschuldung zwar grundsätzlich nicht entgegen, zumal die Zahlungen hier nach dem 31.12.1997 erfolgt sind. Zahlungen in dieser Größenordnung sind jedoch ein Indiz für die Werthaltigkeit der Forderung gegen die D..

Überdies behaupten die Kläger einerseits hinsichtlich der Forderung gegen die D. einen Wertberichtigungsbedarf von 1.853.000 DM und infolgedessen einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag der E. in Höhe von 1.276.000 DM (vgl. Bl. 612 d.A.). Andererseits beziffern sie die Vermögenswerte der E. per 31.12.1997 oder 1.1.1999 – ausgehend von der Bilanz per 31.12.1997 (Bl. 454 ff. d.A.) - mit insgesamt 7.555.921 DM, schließen dabei die angeblich im Wert zu berichtigende Forderung gegen die D. in voller Höhe mit ein (Bl. 735 d.A.) und machen geltend, bei rechtzeitigem Insolvenzantrag des Beklagten hätten unter Berücksichtigung des Forderungsbestandes von 3.726.000 DM sämtliche – sich insgesamt auf 1.606.054 DM belaufende – Klageforderungen in vollem Umfang – nicht nur in Höhe einer Quote - erfüllt werden können (Bl. 621 d.A.). Zur Begründung führen die Kläger an (S. 41 ff. der Berufungsbegründung – Bl. 860 ff. d.A.), sie seien – abgesehen von einem weiteren Anleger namens C. mit einer erst nach 1999 titulierten Hauptforderung von 95.486,91 DM sowie der B. H. mit einer Avalzinsforderung von ca. 30.000 DM - die einzigen Gläubiger der E. gewesen. Der Hinweis des Landgerichts auf das Vorhandensein weiterer Gläubiger sei – so die Kläger – eine "unhaltbare" Annahme. 79

Dieses Vorbringen ist in sich widersprüchlich und lässt nicht erkennen, warum der Beklagte – auch wenn man seine Kenntnis von der Vermögenslage der D. unterstellt - zum 31.12.1997 oder später für die E. Insolvenzantrag wegen Überschuldung hätte stellen müssen. Abgesehen davon, dass die von den Klägern selbst errechneten Vermögenswerte der E. (7.555.921 DM) das Gesamtvolumen der Verbindlichkeiten (1.606.054 DM + 95.486,91 DM + 30.000 DM = 1.731.540,91 DM) – selbst wenn man Zinsen und Kosten hinzurechnet – bei weitem überstiegen, wurden die Forderungen der Kläger überhaupt erst ab Oktober 1998 rechtskräftig titulierte. Bis zum 1.9.1999 – Niederlegung des Vorstandsamtes durch den Beklagten – lagen lediglich zugunsten des Klägers zu 1) - Senatsurteil vom 22.10.1998 über 116.713,82 DM nebst Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts vom 8.1.1999 über 23.917,32 DM -, der Klägerin zu 2) - Senatsurteil vom 22.4.1999 über 173.299,26 DM nebst KFB des Landgerichts vom 22.7.1999 über 25.078,06 DM -, der am Berufungsverfahren nicht beteiligten Kläger zu 3) und 4) – LG-Urteil vom 2.7.1999 über 72.928,03 DM nebst KFB vom 28.1. und 26.7.1999 über insgesamt 13.298,28 DM - sowie der Kläger zu 5) und 6) - Senatsurteil vom 22.7.1999 über 327.279,22 DM sowie weitere 26.456,66 DM - rechtskräftige Titel gegen die E. vor, die sich auf insgesamt rund 778.000 DM zuzüglich Zinsen beliefen. Die Forderungen der übrigen Kläger und des Anlegers C. wurden erst ab dem Jahr 2000 rechtskräftig titulierte. Angesichts dessen ist die Annahme einer Insolvenzantragspflicht des Beklagten wegen Überschuldung nicht plausibel. Das gilt auch, wenn man die in der Bilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen in Höhe von 645.544,62 DM sowie sonstige Verbindlichkeiten in Höhe von 138.519,12 DM hinzurechnet. 80

Ungeachtet dessen fehlt es auch an der erforderlichen negativen Fortbestehensprognose. Nach der von der Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des § 19 Abs. 2 InsO am 1.1.1999 81

vertretenen zweistufigen Überschuldungsfeststellung kam es insoweit darauf an, ob eine Fortführung des Unternehmens ohne Eintritt der Zahlungsunfähigkeit überwiegend wahrscheinlich war (vgl. dazu K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. Vor § 64 Rdnr. 18, 19). Nach der in § 19 Abs. 2 InsO vorgesehenen bilanziellen Überschuldungsmessung ist die Prognose indessen positiv, wenn die Verwertung unter Fortführung des Unternehmens – sei es auch im Liquidations- oder Insolvenzverfahren – wahrscheinlich ist (K. Schmidt a.a.O. Rdnr. 19). Beides ist hier selbst bei Unterstellung des behaupteten Wertberichtigungsbedarfs aus der Sicht des Senats zu bejahen. Die unstreitig noch bis einschließlich Oktober 1998 erfolgten Zahlungen der E. an Anleger sind ein entscheidendes Indiz dafür, dass eine negative Prognose per 31.12.1997 nicht gerechtfertigt war. Hinsichtlich des darüber hinausgehenden Zeitraums bis zum 1.9.1999 stehen einer negativen Fortbestehensprognose – die nach dem Vorbringen der Kläger allein an einen angeblichen Wertberichtigungsbedarf in Bezug auf die Forderung gegen die D. anknüpfen könnte – die nach den Feststellungen der StA Köln und des Insolvenzgutachters von der D. an die E. bis 31.12.1999 erbrachten Zahlungen auf diese Forderung entgegen.	
Hinzu kommt, dass der Insolvenzgutachter Dr. K. mit Schreiben vom 9.3.2003 an das Amtsgericht – Insolvenzgericht – Köln (Bl. 210 d. Beilagen 110 Js 518/00) unter Bezugnahme auf vom Prozessbevollmächtigten der Kläger eingereichte Unterlagen u.a. ausgeführt hat:	82
<i>"Auch nach Durchsicht der nunmehr eingereichten Dokumente ergibt sich keine Veränderung zu den Ausführungen im Sachverständigengutachten vom 4.3.2004...."</i>	83
<i>Die Frage, zu welchem Zeitpunkt bei der Schuldnerin eine Überschuldung gegeben war, ist aus den vorliegenden Unterlagen nicht zu beantworten..."</i>	84
Aus dieser Stellungnahme, die der Senat jedenfalls im Wege des Urkundenbeweises verwerten kann, ergibt sich, dass der Zeitpunkt der Überschuldung der E. anhand der vorhandenen Unterlagen nicht mehr festgestellt werden kann. Damit steht fest, worauf der Senat bereits in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat, dass auch ein gerichtlicher Sachverständiger nicht mehr in der Lage wäre, insoweit zuverlässige Feststellungen zu treffen. Dass dem Insolvenzgutachter nicht alle erforderlichen Unterlagen zur Verfügung standen, ist weder ersichtlich noch vorgetragen. Der genaue Zeitpunkt der Überschuldung ist somit nicht beweisbar. Dies geht zu Lasten der insoweit beweispflichtigen Kläger. Für eine Beweisvereitelung durch den Beklagten, die zu einer Umkehr der Beweislast führen würde, hat der Senat keine Anhaltspunkte.	85
Vor diesem Hintergrund kommt es auch nicht darauf an, ob für die in der Bilanz per 31.12.1997 ausgewiesene Forderung der E. gegen die H. in Höhe von 1.091.377 DM ebenfalls ein Wertberichtigungsbedarf bestand.	86
b) Eine Zahlungsunfähigkeit der E. ab Anfang 1999 – sie wird im Wesentlichen daraus hergeleitet, dass die E., nachdem die Titel der ersten drei Klageparteien vorlagen, nicht mehr leistete - haben die Kläger auch unter Berücksichtigung des im Schriftsatz vom 13.2.2006 angeführten Urteils BGH BKR 06, 15 ff. nicht hinreichend dargelegt.	87
Nach der vorgenannten Entscheidung ist regelmäßig im Sinne einer widerlegbaren Vermutung von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn eine Liquiditätslücke des Schuldners mehr als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten beträgt und innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigen ist. Zur Feststellung der Liquiditätslücke sind dabei die aktuell verfügbaren und kurzfristig wieder verfügbar werdenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fällig werdenden und ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten. Nach diesen	88

Grundsätzen kann in dem von den Klägern reklamierten Zeitraum nicht von Zahlungsunfähigkeit der E. ausgegangen werden:

Dass die E. trotz rechtskräftiger Titulierung der vom Kläger zu 1) geltend gemachten Schadensersatzansprüche durch Senatsurteil vom 22.10.1998 (7 U 21/98) keine Zahlungen an diesen Kläger erbrachte, mag nach den vom BGH (a.a.O.) aufgestellten Kriterien zwar die Annahme einer bloßen Zahlungsstockung ausschließen. Das bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Im Streitfall geht es nämlich nicht um die Abgrenzung zwischen Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit, sondern um die Abgrenzung zwischen Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsunwilligkeit. Die Kläger berufen sich zwar zur Begründung einer Insolvenzantragspflicht des Beklagten auf Zahlungsunfähigkeit der E., ihr Vorbringen ergibt aber, dass sie in Wahrheit – die keinen Insolvenzeröffnungsgrund darstellende (vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. Vor § 64 Rdnr. 10) - Zahlungsunwilligkeit meinen: So behaupten sie unter Beweisantritt (S. 8/9 des Schriftsatzes vom 11.10.2004 – Bl. 741, 742 d.A.), der Beklagte habe von Anfang an vorgehabt, diese Forderungen (der ersten drei Klageparteien) nicht mehr zu bezahlen bzw. die E. habe im Jahre 1999 nicht mehr beabsichtigt, die Forderungen der Kläger zu erfüllen – was nichts anderes als Zahlungsunwilligkeit bedeutet, denn eine zahlungsunfähige Gesellschaft kann insoweit keine absichtsvollen Entscheidungen mehr treffen. Auf S. 11 ihres Schriftsatzes vom 25.8.2005 (Bl. 931 d.A.) tragen die Kläger u.a. vor:

89

"Demnach kann aus der Tatsache, dass der Beklagte keine einzige der vorliegenden Klageforderungen auch nur ansatzweise zu erfüllen bereit war, nur der Schluss gezogen werden, dass sie auch nicht mehr erfüllt werden sollten. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass im Jahre 1999 noch Zahlungen der E. in Höhe von DM 1,7 Mio. erfolgten (BB S. 45, K104), denn gerade dadurch manifestierte sich die Zahlungsunwilligkeit gegenüber den Klägern. Dies ändert nichts an der Insolvenzantragspflicht des Beklagten, zumal bekanntermaßen das Insolvenzverfahren gerade dazu dient, die Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen."

90

Auf S. 12 des vorgenannten Schriftsatzes (Bl. 932 d.A.) heißt es:

91

"Der vorliegende Sachverhalt ist jedoch dadurch gekennzeichnet, dass der Beklagte die Forderungen der Kläger offenkundig ab Oktober 1998 bewusst ignoriert hat, gleichwohl Zahlungen in erheblicher Höhe von 1,7 Mio. DM in 1999 geleistet wurden, ohne dass die Berechtigung für diese Zahlungen nach Gläubigern und Zahlungsgrund jemals konkretisiert wurde."

92

"Wir halten demnach die Entscheidung des II. Zivilsenats vom 31.3.2003 sehr wohl für einschlägig, denn es besteht kein Unterschied, ob die Insolvenzantragspflicht auf Zahlungsunfähigkeit oder auf bewusster Zahlungsunwilligkeit zu Lasten bestimmter Gläubiger beruht."

93

Auf S. 13 dieses Schriftsatzes (Bl. 933 d.A.) werfen die Kläger dem Beklagten – im Zusammenhang mit einem angeblich existenzvernichtenden Eingriff – vor, bewusst mit Vorsatz gehandelt zu haben, *"indem er die Mittel aus den Forderungen der E. noch nicht einmal teilweise zur Erfüllung der Ansprüche der Kläger verwendete."*

94

Zwar haben sich die Kläger – an anderer Stelle (Bl. 865 d.A.) - nur hilfsweise auf die Zahlungen der E. in 1999 über 1,7 Mio. DM berufen. Andererseits stützen sie sich auf diese Zahlungen ausdrücklich im Rahmen ihres Hauptvorbringens, indem sie mit ihnen begründen, bei rechtzeitiger Stellung eines Insolvenzantrages durch den Beklagten in voller Höhe

95

befriedigt worden zu sein (Bl. 865 unten, 932 d.A.). Darüber hinaus haben auch die Äußerungen des Prozessbevollmächtigten der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ergeben, dass die Kläger – unter dem Blickwinkel der Insolvenzantragspflicht – Zahlungsunwilligkeit mit Zahlungsunfähigkeit gleichsetzen. Schließlich erschließt sich dem Senat nicht, warum der Beklagte ab 1.1.1999 zur Stellung eines Insolvenzantrags wegen Zahlungsunfähigkeit verpflichtet gewesen sein soll, wenn – so der durch SV-Gutachten unter Beweis gestellte Vortrag der Kläger (Bl. 742 d.A.) – nach dem Vermögensstand der E. per 1.1.1999 die Forderungen sämtlicher Klageparteien hätten erfüllt werden können. Vor diesem Hintergrund hilft den Klägern die Entscheidung des BGH in BKR 06, 15 nicht weiter.

Auch der von den Klägern vorgetragene tatsächliche Ablauf enthält kein hinreichendes Indiz für eine Zahlungsunfähigkeit – anstelle einer Zahlungsunwilligkeit. Dass ein Vollstreckungsversuch des vom Kläger zu 1) beauftragten Obergerichtsvollziehers Q. vom 31.3.1999 bei der E. ebenso wie ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gegen die F. Bank vom 15.1.1999 erfolglos blieben, spricht nicht gegen die von den Klägern an anderer Stelle (s.o.) selbst behauptete Zahlungsunwilligkeit. 96

c) Das Vorbringen der Kläger im – nicht nachgelassenen - Schriftsatz vom 13.2.2006, die E. sei jedenfalls ab September 1999 zahlungsunfähig gewesen, rechtfertigt nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Der Beklagte hat sein Vorstandsamt bei der E. unstreitig am 1.9.1999 niedergelegt. Für eine persönliche Haftung aus § 92 AktG wegen unterlassener Stellung eines Insolvenzantrags ist ab diesem Zeitpunkt kein Raum mehr. Der Umstand, dass der Beklagte seine Nachfolger im Vorstandsamt nach Behauptung der Kläger über die finanziellen Belange der E. nur unzureichend informiert und ihnen auch nicht die vollständigen Geschäftsunterlagen zur Verfügung gestellt hat, mag Ansprüche der neuen Vorstandsmitglieder oder der E. gegen den Beklagten begründet haben. Es rechtfertigt aber nicht, den Beklagten weiterhin als den nach § 92 AktG verantwortlichen Vorstand der E. anzusehen. 97

6. Da eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der E. nicht dargetan ist, scheidet auch eine Haftung des Beklagten aus §§ 92 Abs. 3, 93 Abs. 3 Nr. 6, Abs. 5 AktG aus. 98

7. Die nach dem Vortrag der Kläger bewusste Nichterfüllung ihrer Forderungen durch die E. reicht auch für die Annahme einer Haftung des Beklagten persönlich aus § 826 BGB nicht aus. 99

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 100

8. Zu einer Zulassung der Revision besteht keine Veranlassung. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Entscheidung beruht auf einer Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse. 101