
Datum: 27.11.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 6/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:1127.2U6.13.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 12 O 10/11

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 15.01.2013 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Aachen, 12 O 10/11, wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil sowie das vorgenannte Urteil des Landgerichts Aachen sind vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des beklagten Landes durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht das beklagte Land vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

1

(Anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen gem. § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO)

2

I.

3

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der T GmbH (im Folgenden: Insolvenzschriftführerin oder T), eingetragen im Handelsregister B (HRB 9001) des Amtsgerichts Aachen (Bl. 676 ff. d. A.). Der Geschäftsgegenstand der Insolvenzschriftführerin umfasste u.a. den Ein- und Verkauf sowie die Ein- und Ausfuhr von Handelswaren aller Art, insbesondere von Textilien. Sie war zudem als Systempartnerin von SB-Warenhäusern im

4

Bereich Textilien tätig. Hierbei übernahm sie den Einkauf, aber auch die Warenwirtschaft und insbesondere die Warenverantwortung einschließlich der Restantenvermarktung. Darüber hinaus führte sie bis zum 31.12.2005 im Niedrigpreissegment sogenannte „MiniTextil-Märkte“. Mit der Klage macht der Kläger Rückgewähransprüche wegen geleisteter Umsatzsteuerzahlungen in Höhe von 6.524.493,52 € zuzüglich Zinsen gegen das beklagte Land, vertreten durch das Finanzamt B Stadt, geltend.

Über das Vermögen der T GmbH – T2 & Sohn (im Folgenden: T3), eingetragen im Handelsregister B des Amtsgerichts Aachen - HRB 1638 (Bl. 673 ff. d. A.) - war durch Beschluss des Amtsgerichts Aachen vom 01.05.2002 (19 IN 154/02) das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Die Geschäftsanteile der T3 wurden ausschließlich von den Familien C und H gehalten. Zum Insolvenzverwalter der T3 wurde Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. N bestellt; zwischenzeitlich war für die T3 Herr Rechtsanwalt Dr. G als Sonderinsolvenzverwalter tätig.

Am 28.06.2002 kam zwischen der in Gründung befindlichen Insolvenzschuldnerin und dem Insolvenzverwalter der T3 ein Kauf-, Pacht-, Kaufoptions-, Darlehens-, Kooperations- und Überleitungsvertrag zustande (Urkundenrollen-Nr. 768/2002 W des Notars Dr. C2 in X; Anlage K 2 zur Klageschrift). Gegenstand dieses Vertrages war u.a. die Veräußerung des gesamten beweglichen Anlagevermögens der T3 an die Insolvenzschuldnerin, die Übertragung aller immateriellen Wirtschaftsgüter, die Verpachtung der Betriebsimmobilie O 191 in B durch die T3 an die Insolvenzschuldnerin zu einem Mietpreis von 1.080.000,00 € jährlich, die Gewährung eines Darlehens bis zu 10.650.000,00 € durch die T3 und die Übernahme der Gewährleistungen der T3 durch die Insolvenzschuldnerin. Bezüglich der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Vertrages vom 28.06.2002 verwiesen (Anlage K 2 der Anlagehefter zur Klageschrift).

Die Insolvenzschuldnerin wurde dann am 01.07.2002 gegründet. Die Geschäftsanteile der Insolvenzschuldnerin wurden zunächst von dem Insolvenzverwalter der T3 gehalten. Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin waren anfangs Herr W, Herr I, Herr O2 und Herr F, wobei Herr W, Herr I und Herr O2 auch Geschäftsführer der T3 gewesen waren. Als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin schieden am 28.07.2003 Herr I und am 17.11.2004 Herr F aus.

Am 19.07.2004 veräußerte der Insolvenzverwalter der T3, Herr Prof. Dr. N, 66% der Geschäftsanteile der Insolvenzschuldnerin an die in den Niederlanden ansässige N2 Holding B.V. und 34% an den Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin, Herrn O2, wobei dessen Anteile im Jahre 2005 auf die N2 Holding übergingen, welche noch heute zu 100 % Anteilseignerin der Insolvenzschuldnerin ist.

Die Insolvenzschuldnerin erbrachte an das Finanzamt Umsatzsteuerzahlungen für das Jahr 2002 in Höhe von insgesamt 2.084.855,79 €, für das Jahr 2003 in Höhe von insgesamt 3.246.351,83 € und für den Zeitraum Januar bis Juni 2004 in Höhe von 1.193.285,96 €.

Insoweit erfolgten für den Zeitraum Juni 2002 bis Dezember 2002 Zahlungen in Höhe eines Betrages von insgesamt 614.587,95 € aufgrund der jeweiligen monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen für diese Monate, wobei aufgrund einer gewährten Dauerfristverlängerung nach §§ 46 ff. UStDV die Zahlungen jeweils am 15. des übernächsten Monats des jeweiligen Voranmeldezeitraums fällig waren. Der Gesamtbetrag ist entsprechend spätestens zum 15.02.2003 beglichen worden.

Im Rahmen einer am 06.05.2004 angeordneten Umsatzsteuersonderprüfung für das Jahr 2002 (Anlage K 12 der Anlagehefter zur Klageschrift) wurde festgestellt, dass die T3 für das

Jahr 2002 zu Unrecht Umsatzsteuer in Höhe von 1.470.267,84 € gezahlt hatte, die Insolvenzsuldnerin nach dem Bescheid des Finanzamtes B-Außenstadt vom 21.07.2004 (Anlage K 11 der Anlagehefter zur Klageschrift) dagegen einen Betrag von 1.492.320,84 € bis zum 26.08.2004 nachzuzahlen hatte. Der Insolvenzverwalter der T3 trat in einer an das Finanzamt gerichteten Abtretungsanzeige vom 06.08.2004 diesen Erstattungsanspruch gegen das beklagte Land in Höhe eines Betrages von 1.470.268,00 € an die Insolvenzsuldnerin ab (Anlage K15 der Anlagehefter zur Klageschrift).	
Aufgrund dieser Erklärung veranlasste das Finanzamt eine „Umbuchung“ in Höhe eines Betrages von 1.460.780,89 € und damit Tilgung der Umsatzsteuerschuld der Insolvenzsuldnerin für das Jahr 2002 in Höhe dieses Betrages (K 16 der Anlagehefter zur Klageschrift). Weitere 22.053,00 € an Nachzahlungszinsen gem. § 227 AO wurden der T auf Antrag erlassen. Den Restbetrag von 9.487,03 € zahlte diese bis zum 26.08.2004.	12
Die Umsatzsteuer für das Jahr 2003 in Höhe von insgesamt 3.299.597,96 € wurde von der Insolvenzsuldnerin überwiegend monatlich im Anschluss an die laufenden monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen, d.h. bis zum 15.02.2004, und ein Restbetrag von 53.246,13 € aufgrund des Bescheides des Finanzamtes B-Außenstadt vom 14.01.2005 (Anlage K 17 der Anlagehefter zur Klageschrift) am 31.01.2005 beglichen.	13
Die Umsatzsteuer für die Zeit von Januar bis Juni 2004 in Höhe von insgesamt 1.193.285,96 € zahlte die Insolvenzsuldnerin ebenfalls im Rahmen der monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen (Anlagen K 18a bis 18f der Anlagehefter zur Klageschrift) am jeweils 15. des übernächsten Monats, d.h.	14
für Januar 2004 am 15.03.2004 einen Betrag von	176.633,84 €, 15
für Februar 2004 am 15.04.2004 einen Betrag von	194.303,95 €, 16
für März 2004 am 15.05.2004 einen Betrag von	237.506,42 €, 17
für April 2004 am 15.06.2004 einen Betrag von	141.885,98 €, 18
für Mai 2004 am 15.07.2004 einen Betrag von	267.206,45 €, 19
für Juni 2004 am 15.08.2004 einen Betrag von	175.749,32 €. 20
Ein Darlehen über einen Betrag von 2.000.000,00 €, das die Firma F2 GmbH der Insolvenzsuldnerin gewährt hatte, war am 30.06.2004 zur Rückzahlung fällig. Es kam zu – bezüglich der Einzelheiten streitigen - Gesprächen über eine Prolongation des Darlehens, die die Firma F2 GmbH der Insolvenzsuldnerin letztlich gewährte. Das Darlehen ist von der Insolvenzsuldnerin in den Jahren 2004 und 2005 vollständig zurückgeführt worden.	21
Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzsuldnerin wurde aufgrund eines am 09.10.2006 vom Hauptzollamt gestellten Antrags durch Beschluss des Amtsgerichts Aachen (92 IN 296/06) vom 16.01.2007 eröffnet (Anlage K 1 der Anlagehefter zur Klageschrift). Am 03.06.2011 zeigte der Kläger Masseunzulänglichkeit an.	22
Der Kläger beantragte mit Schreiben vom 21.09.2009 die Aufhebung der Umsatzsteuerbescheide für die Jahre 2002 bis 2004 (Anlage K 19 der Anlagehefter zur Klageschrift), die Aufhebung der bestandskräftigen Umsatzsteuerfestsetzungen für die Jahre 2002 und 2003 und eine Berichtigung des Umsatzsteuerbescheids für das Jahr 2004. Mit Bescheid vom 18.11.2009 wies das Finanzamt B-Stadt diese Anträge zurück. Unter dem	23

18.12.2009 legte der Kläger hiergegen Einspruch ein. Seit dem Jahre 2012 ist vor dem Finanzgericht L ein Verfahren anhängig, in dem der Kläger die Aufhebung der Steuerfestsetzungen für die Jahre 2002 und 2003 auf der Grundlage des § 174 AO begehrt. Bislang ist eine Aufhebung der Umsatzsteuerfestsetzungen nicht erfolgt. Am 28.05.2010 war bezüglich des Umsatzsteuerbescheids 2004, der unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangen war, vom Finanzamt B-Stadt die Aufhebung dieses Vorbehalts angeordnet worden, wogegen der Kläger unter dem 30.06.2010 Einspruch einlegte. Über diesen Einspruch ist noch keine Entscheidung ergangen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Umsatzsteuerzahlungen der Insolvenzschuldnerin in den Jahren 2002 bis 2004 in Höhe von insgesamt 6.524.493,52 € seien gem. § 134 InsO anfechtbar. Die Insolvenzschuldnerin habe Umsatzsteuerzahlungen auf eine nicht bestehende Schuld geleistet. Sie sei bis zur Veräußerung der Geschäftsanteile am 19.07.2004 nicht umsatzsteuerpflichtig gewesen, vielmehr habe eine unerkannte umsatzsteuerliche Organschaft i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG mit T3 vorgelegen, die als Organträger die Umsatzsteuer habe entrichten müssen. Der Kläger hat zudem behauptet, die T3 sei nicht zur Zahlung der Umsatzsteuer in der Lage gewesen. 24

Darüber hinaus hat der Kläger die Auffassung vertreten, dass zumindest alle Zahlungen ab November 2003 nach § 133 InsO anfechtbar seien. Insoweit hat er behauptet, die Insolvenzschuldnerin sei spätestens am 30.06.2004 überschuldet gewesen. Dies ergebe sich aus einem von ihm vorgelegten Gutachten des Prof. Dr. H2, welches - unstreitig - in einem von der N2 Holding B.V. gegen Rechtsanwalt Prof. Dr. N u.a. vor dem Landgericht Aachen geführten Rechtsstreit, 10 O 520/06, eingeholt worden ist (Anlage K 27 der Anlagehefter zur Klageschrift). In diesem Gutachten ist der gerichtlich beauftragte Sachverständige zu dem Ergebnis einer bilanziellen Überschuldung der Insolvenzschuldnerin gelangt. 25

Zudem hat sich der Kläger darauf berufen, die Zahlungsunfähigkeit folge auch daraus, dass die Insolvenzschuldnerin am 30.06.2004 das endfällige Darlehen über 2.000.000,00 € der F3 Service GmbH nicht habe bedienen können. Dieses Darlehen ist – insoweit unstreitig – am 28. Juli 2004 in Höhe eines Teilbetrages von 1.000.000,00 € getilgt, in Höhe eines weiteren Teilbetrag von 1.000.000,00 € prolongiert und später vollständig getilgt worden. 26

Zudem sei im Jahr 2004 - unstreitig - eine Steuerschuld der Insolvenzschuldnerin in Höhe von 1.470.286,00 € durch Abtretung eines Erstattungsanspruchs der T3 beglichen worden. Da die Insolvenzschuldnerin zu diesem Zeitpunkt selbst nur in der Lage gewesen sei, einen knapp fünfstelligen Betrag aufzubringen, sei für das beklagte Land erkennbar gewesen, dass die Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschuldnerin gedroht habe. Zudem hätten dem Finanzamt „zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlungen“ bereits die Jahresabschlüsse 2002 und 2003 vorgelegen, aus welchen ebenfalls eine Zahlungsunfähigkeit ersichtlich gewesen sei. 27

Der Kläger hat beantragt, 28

das beklagte Land zu verurteilen, 29

an ihn 6.524.493,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten 30

über dem Basiszinssatz 31

auf einen Betrag in Höhe von 614.587,95 € seit dem 15.02.2003, 32

33

auf einen Betrag in Höhe von 3.246.351,83 € seit dem 15.02.2004,	
auf einen Betrag in Höhe von 176.633,84 € seit dem 15.03.2004,	34
auf einen Betrag in Höhe von 194.303,95 € seit dem 15.04.2004,	35
auf einen Betrag in Höhe von 237.506,42 € seit dem 15.05.2004,	36
auf einen Betrag in Höhe von 141.885,98 € seit dem 15.06.2004,	37
auf einen Betrag in Höhe von 267.206,45 € seit dem 15.07.2004,	38
auf einen Betrag in Höhe von 175.749,32 € seit dem 15.08.2004,	39
auf einen Betrag in Höhe von 1.470.267,84 € seit dem 26.08.2004,	40
auf einen Betrag in Höhe von 53.246,13 € seit dem 31.01.2005	41
zu zahlen.	42
Das beklagte Land hat beantragt,	43
die Klage abzuweisen.	44
Es hat behauptet, eine Überschuldung der Insolvenzschuldnerin habe zum 30.06.2004 nicht bestanden. Aus der Tatsache, dass ein Darlehen nicht habe bedient werden können, könne hierauf nicht geschlossen werden. Auch aus den Jahresabschlüssen habe sich eine Zahlungsunfähigkeit nicht ergeben. Es ist der Ansicht, alle streitgegenständlichen Umsatzsteuerzahlungen beruhten auf bestandskräftigen Festsetzungen. Eine umsatzsteuerliche Organschaft liege ersichtlich nicht vor, die Insolvenzschuldnerin sei weder finanziell, noch wirtschaftlich, noch organisatorisch in die T3 eingegliedert gewesen.	45
Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht (§ 296a ZPO) hat der Kläger mit Schriftsatz vom 09.01.2013, der nicht nachgelassen worden ist, weiter neu vorgetragen und neue Beweismittel angeboten.	46
Das Landgericht Aachen hat durch das angefochtene Urteil die Klage abgewiesen. Es hat Ansprüche gem. §§ 143 Abs. 1, 133 Abs. 1, 134 Abs. 1 InsO, 812 BGB verneint und hierzu ausgeführt, ein Anspruch gem. §§ 143 Abs. 1, 134 Abs. 1 InsO scheide aus, weil die Insolvenzschuldnerin mit ihren Zahlungen ihre Umsatzsteuerschuld getilgt und deshalb nicht rechtsgrundlos gezahlt habe. Das Vorliegen der Voraussetzungen einer umsatzsteuerlichen Organschaft sei zweifelhaft, weil es an einer wesentlichen Beteiligung des Organträgers an der Organgesellschaft gefehlt habe. Unabhängig davon habe die Insolvenzschuldnerin aber auch deshalb auf eine eigene Verbindlichkeit gezahlt, weil sie für den Fall des Vorliegens einer umsatzsteuerlichen Organschaft ebenfalls auf eine eigene Verbindlichkeit, nämlich den Haftungsanspruch gem. § 73 AO gezahlt habe. Zudem seien die ihren Zahlungen zugrunde liegenden Steuerbescheide bestandskräftig, zumindest aber existent, so dass sie auch aus diesem Grund auf eigene Verbindlichkeiten gezahlt habe. Aus diesem Grund käme auch ein Anspruch gem. § 812 BGB nicht in Betracht. Ein Anspruch gem. §§ 143 Abs. 1, 133 Abs. 1 InsO scheide aus, weil der Kläger zu den Voraussetzungen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes der Insolvenzschuldnerin und der Kenntnis der Beklagten hiervon nicht substantiiert vorgetragen habe. Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe des Urteils vom 15.01.2013 verwiesen (Bl. 406 ff. d. A.).	47

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner rechtzeitig eingelegten und rechtzeitig begründeten Berufung. Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Begehren weiter.	48
Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und vertritt die Auffassung, § 134 InsO sei auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar. Dem stehe entgegen der Auffassung der Kammer die Entscheidung des BGH vom 19.01.2012 nicht entgegen, weil der dort entschiedene Fall mit dem vorliegenden nicht vergleichbar sei. In dem vom BGH entschiedenen Rechtsstreit habe es sich um eine von Anfang an bekannte und steuerlich offen zu Tage getretene umsatzsteuerliche Organschaft gehandelt. Da dem Finanzamt in diesem Fall zudem bekannt gewesen sei, dass der Organträger zum Ausgleich der Umsatzsteuerschuld nicht in der Lage war, habe das Finanzamt dort den Haftungsanspruch gem. § 73 AO gegen die Organgesellschaft realisieren wollen. Der BGH habe insoweit zu Recht entschieden, dass die Organgesellschaft nicht eine fremde Steuerschuld, sondern eine eigene Schuld gem. § 73 AO beglichen habe. Im vorliegenden Fall habe die Insolvenzschriftschuldnerin dagegen in dem Glauben gezahlt, eine eigene Steuerschuld zu begleichen. Wie sich später erst herausgestellt habe, habe es sich objektiv allerdings um eine Steuerschuld des Organträgers, der T3 gehandelt. Die Zahlung sei daher rechtsgrundlos im Sinne von § 134 InsO erfolgt, zumal die T3 zu keinem Zeitpunkt in der Lage gewesen sei, die Steuerschuld selbst zu begleichen. § 73 AO sei nicht anwendbar. Ein Haftungsbescheid sei nicht erlassen worden; sein Erlass sei nach Insolvenzeröffnung auch nicht mehr möglich. Eine Aufrechnung sei nicht erklärt worden, heute auch nicht mehr möglich. Zudem erfasse § 73 AO nur die Steuerschuld, nicht aber die Zinsen.	49
Der Kläger vertritt weiterhin die Auffassung, die Bestandskraft der Steuerbescheide stehe einer Anfechtung gem. §§ 129 ff. InsO nicht entgegen. Ob eine Steuerschuld bestehe, ergebe sich allein aus dem Gesetz; der Steuerbescheid sei nur deklaratorisch. Unentgeltlichkeit im Sinne von § 134 InsO liege vor, wenn der Insolvenzschriftschuldner irrtümlich eine vermeintliche, in Wirklichkeit nicht bestehende Schuld erfülle. So liege der Fall hier, weil die Insolvenzschriftschuldnerin irrtümlich auf die Umsatzsteuerschuld der T3 gezahlt habe. Dass ein entsprechender Steuerbescheid vorgelegen habe, sei unerheblich.	50
Weiter meint der Kläger, die Tatbestandsvoraussetzungen einer umsatzsteuerlichen Organschaft gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG seien gegeben. Die finanzielle Eingliederung der Insolvenzschriftschuldnerin in die T3 liege schon deshalb vor, weil die T3 während der maßgeblichen Zeit vom 01.07.2002 bis zum 19.07.2004 alle Anteile der Insolvenzschriftschuldnerin gehalten habe. Hierbei sei entgegen der Auffassung der Kammer unerheblich, wer in dieser Zeit Gesellschafter der T3 gewesen und ob vor oder nach Gründung der Insolvenzschriftschuldnerin ein Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Die wirtschaftliche Eingliederung der Insolvenzschriftschuldnerin in die T3 sei gegeben, da der Insolvenzschriftschuldnerin alle wesentlichen Aktiva, die sie benötigt habe, seitens der T3 übertragen worden seien. Auch die organisatorische Eingliederung liege vor. Die Geschäftsführung beider Gesellschaften sei in der fraglichen Zeit zeitweise identisch, zeitweise im Wesentlichen identisch gewesen.	51
Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2013, der am Tag vor der mündlichen Verhandlung - am 22. Oktober 2013- bei Gericht eingegangen ist, hat der Kläger nochmals zu der umsatzsteuerlichen Organschaft vorgetragen und einen Bericht des Finanzamtes für Groß- und Konzernbetriebsprüfung B vom 4. Oktober 2013 (Bl. 1040 ff. d. A.) vorgelegt. Dort heißt es u.a.:	52
<i>„Die Annahme einer umsatzsteuerlichen Organschaft zwischen „T3“ und der Bfa. lt. Antrag des Herrn RA X2 vom 21.09.2009 wird seitens der Betriebsprüfung insgesamt verneint und</i>	53

abgelehnt. Für die Jahre 2002 und 2003 kann dem Antrag des Weiteren nicht gefolgt werden, da die Steuerschuld aufgrund eingetretener Festsetzungsverjährung für die Umsatzsteuer formell bestandskräftig geworden ist.

..... 54

Eine wirtschaftliche Eingliederung liegt jedoch nicht vor, das sie an der notwendigen strukturellen Eingliederung der Bfa. in die „T3“ scheitert. Die vermeintliche Organgesellschafter (Bfa.) hat der Unternehmen des vermeintlichen Organträgers „T3“ weder gefördert bzw. ergänzt, noch haben die beiden Gesellschaften in einem Überordnungsverhältnis gestanden. 55

..... 56

Auf der Grundlage des vorliegenden Sachverhalts ist eine organisatorische Eingliederung nicht gegeben.“ 57

Der Kläger vertritt weiterhin die Auffassung, es bestehe in Höhe des eingeklagten Betrages auch ein Anspruch gem. § 812 BGB. Die Zahlungen der Insolvenzschriftnerin seien rechtsgrundlos erfolgt. 58

Schließlich beruft sich der Kläger darauf, entgegen der Auffassung der Kammer würden auch die Voraussetzungen einer Anfechtung gem. § 133 InsO vorliegen. Sein Vorbringen in erster Instanz sei hinreichend substantiiert gewesen. Hierzu behauptet er, die Insolvenzschriftnerin sei spätestens am 30.06.2004 überschuldet gewesen. Dies ergebe sich aus dem Gutachten des Prof. Dr. H2 vom 29.07.2008 (K 27 der Anlagehefter zur Klageschrift). Zudem sei die Insolvenzschriftnerin zahlungsunfähig gewesen und habe ihre Zahlungen eingestellt. Hierfür spreche bereits, dass sie nicht in der Lage gewesen sei, gegenüber dem beklagten Land die – vermeintlich – geschuldete Umsatzsteuernachzahlung für das Jahr 2002 aus der im Jahre 2004 durchgeführten Betriebsprüfung zu erbringen und das am 30.06.2004 endfällige Darlehen gegenüber der Firma F3 Service GmbH zu bedienen. Dieses Darlehen sei erst später im Zusammenhang mit der Zahlung einer ersten Rate prolongiert worden. Die zweite Rate, die Ende 2004 fällig gewesen sei, sei dann bei Fälligkeit zunächst nicht gezahlt worden. Dabei habe der Geschäftsführer der Insolvenzschriftnerin die Zahlungsunfähigkeit gegenüber der F3 Service GmbH eingestanden. 59

Mit Schriftsatz vom 10.10.2013 (Bl. 628 ff. d. A.), bei Gericht im Original eingegangen am 14.10.2013, hat der Kläger Kopien (ohne Anlagen) eines – ausweislich des Eingangsstempels bereits am 31.07.2013 bei ihm eingegangenen - Gutachtens des Sachverständigen Dr. I2 vom 16.07.2013 vorgelegt, das der Sachverständige in einem beim Landgericht Aachen (10 O 193/08) geführten Rechtsstreit „N gegen T GmbH u.a.“ erstellt hat (Bl. 680 ff. d. A.) und die Beiziehung und Verwertung des Gutachtens gem. § 411a ZPO beantragt. Zugleich hat er eine von ihm in dem dortigen Rechtsstreit unter dem 01.10.2013 zu dem Gutachten eingereichte eigene umfangreiche Stellungnahme zu den Akten gereicht (Bl. 857 ff. d. A.), in dem u.a. die Ausführungen in dem Sachverständigengutachten Dr. I2 angegriffen und weitere Beweise durch Einholung von Gutachten, Zeugenvernehmungen, Ortstermine angeboten werden. Weiterhin hat er in dem vor dem Landgericht Aachen geführten Rechtsstreit eine mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen beantragt. Unter Berufung auf dieses Gutachten - welches nach Auffassung des Klägers „nicht in allen Belangen zutreffend“ ist und „in Teilbereichen handwerkliche Mängel“ aufweist - behauptet der Kläger, die Insolvenzschriftnerin sei seit Februar 2003 drohend zahlungsunfähig gewesen. 60

Weiterhin behauptet der Kläger, das beklagte Land bzw. das Finanzamt habe auch Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Insolvenzschuldnerin besessen. Das beklagte Finanzamt habe die Struktur der Insolvenzschuldnerin als Auffanggesellschaft der insolventen T3 gekannt. Zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung seien dem beklagten Land die Jahresabschlüsse für die Jahre 2002 und 2003 bekannt gewesen. Daraus habe sich ergeben, dass Verbindlichkeiten im achtstelligen Euro-Bereich bestanden hätten. Aufgrund des Umstands, dass die Insolvenzschuldnerin nicht in der Lage gewesen sei, die – vermeintliche – Umsatzsteuerschuld in Höhe von rund 1,49 Mio. Euro zu begleichen, habe das beklagte Land auch gewusst, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte. Aufgrund des dem beklagten Land vorliegenden Jahresabschlusses für das Jahr 2003 hätte ihm auch bewusst sein müssen, dass die Insolvenzschuldnerin das Darlehen der Firma F3 GmbH aus eigenen Mitteln nicht würde zurückzahlen können. Das Finanzamt sei insoweit auch hinreichend sachkundig. Ein Beweisanzeichen für die drohende Zahlungsunfähigkeit und damit sowohl für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Insolvenzschuldnerin aber auch die Kenntnis des Anfechtungsgegners liege im Übrigen vor, wenn inkongruente Leistungen erfolgen. Inkongruent sei hier die Abtretung des Steuererstattungsanspruchs der T3 in Höhe von 1.470.286,00 € an die Insolvenzschuldnerin.

Der Kläger beantragt,

das beklagte Land unter Abänderung des am 15.01.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Aachen zu verurteilen, an ihn 6.524.493,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

auf einen Betrag in Höhe von 614.587,95 € seit dem 15.02.2003,

auf einen Betrag in Höhe von 3.246.351,83 € seit dem 15.02.2004,

auf einen Betrag in Höhe von 176.633,84 € seit dem 15.03.2004,

auf einen Betrag in Höhe von 194.303,95 € seit dem 15.04.2004,

auf einen Betrag in Höhe von 237.506,42 € seit dem 15.05.2004,

auf einen Betrag in Höhe von 141.885,98 € seit dem 15.06.2004,

auf einen Betrag in Höhe von 267.206,45 € seit dem 15.07.2004,

auf einen Betrag in Höhe von 175.749,32 € seit dem 15.08.2004,

auf einen Betrag in Höhe von 1.470.267,84 € seit dem 26.08.2004,

auf einen Betrag in Höhe von 53.246,13 € seit dem 31.01.2005

zu zahlen,

hilfsweise die Sache an das Landgericht Aachen zurückzuverweisen.

Das beklagte Land beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das beklagte Land verteidigt das angegriffene Urteil und wiederholt sowie vertieft das erstinstanzliche Vorbringen. Es vertritt die Auffassung, eine Anfechtung gem. § 134 InsO

komme nicht in Betracht. Es fehle an einer rechtsgrundlosen Leistung der Insolvenzsuldnerin. Selbst wenn eine Organschaft vorliege, was bestritten werde, hafte die Insolvenzsuldnerin gem. § 73 AO für die Umsatzsteuer. § 73 AO begründe einen eigenständigen Haftungsanspruch gegen die Organgesellschaft. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 19.01.2012 (IX ZR 2/11) erfasse entgegen der Auffassung des Klägers auch den vorliegenden Fall. Es komme nicht darauf an, ob die Organschaft bekannt sei, oder ob ein Haftungsbescheid erlassen worden sei. Im Übrigen sei das beklagte Land zur Aufrechnung berechtigt, die hilfsweise geltend gemacht werde.

Das beklagte Land bestreitet, dass T3 nicht in der Lage gewesen sei, die Umsatzsteuer an das beklagte Land zu zahlen, und dass das Verfahren T3 dauerhaft masseunzulänglich sei bzw. bleibe. 79

Das beklagte Land verweist darauf, dass die Umsatzsteuer für die Jahre 2002 bis 2004 bestandskräftig festgesetzt sei. Die ergangenen, nicht aufgehobenen Bescheide seien bei der Entscheidung über eine Insolvenzanfechtung gem. § 134 InsO zugrunde zu legen, ohne dass deren Rechtmäßigkeit zu prüfen wäre. Die Leistungen der Insolvenzsuldnerin seien daher nicht rechtsgrundlos erfolgt, sondern zum einen im Hinblick auf die bestandskräftigen Steuerbescheide und zum anderen wegen § 73 AO mit Rechtsgrund. Die Voraussetzungen einer Organschaft lägen im Übrigen nicht vor. Es fehle die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung der Insolvenzsuldnerin in die T3. Ein Anspruch des Klägers gem. § 812 BGB bestehe nicht, weil die Steuerzahlungen der Insolvenzsuldnerin mit Rechtsgrund erfolgt seien. 80

Das beklagte Land vertritt weiterhin die Auffassung, die Voraussetzungen einer Anfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO lägen nicht vor und seien vom Kläger auch nicht dargelegt worden. Hierauf habe die Kammer bereits erstinstanzlich hingewiesen. Eine Nachbesserung des Vortrags durch den Kläger sei in erster Instanz nicht erfolgt. Soweit der Kläger in zweiter Instanz neu vortrage, sei er mit seinem Vorbringen ausgeschlossen. Im Übrigen sei sein Vortrag auch in zweiter Instanz unzureichend. 81

Das beklagte Land macht geltend, die Insolvenzsuldnerin sei am 30.06.2004 nicht überschuldet gewesen. Dies ergebe sich nicht aufgrund des Gutachtens des Prof. Dr. H2, da sich dieses Gutachten nur mit der Frage der bilanziellen Überschuldung befasst habe, nicht aber mit der insolvenzrechtlichen Überschuldung, wie schon das Oberlandesgericht Köln in einem weiteren Rechtsstreit des Klägers gegen Herrn W - 18 U 242/11 – durch Urteil vom 30.08.2012 zutreffend festgestellt habe. Für eine Zahlungseinstellung der Insolvenzsuldnerin spreche auch nicht der am 30.06.2004 fällige Darlehensrückzahlungsanspruch der Firma F3 Service GmbH. Das Darlehen sei nämlich verlängert und letztendlich zurückgezahlt worden. 82

Weiterhin bestreitet das beklagte Land, dass die Insolvenzsuldnerin zur Zeit der maßgeblichen Rechtshandlungen mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt habe. Dementsprechend fehle es auch an der entsprechenden Kenntnis von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Soweit der Kläger auf die Jahresabschlüsse für die Jahre 2002 und 2003 verweise, seien sie zum Zeitpunkt der maßgeblichen Rechtshandlungen nicht bekannt gewesen; im Übrigen habe der Kläger auch nicht dargelegt, welche konkreten Hinweise auf die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit sich aus diesen Abschlüssen ergeben sollen. Die Insolvenzsuldnerin sei in der Lage gewesen, im Jahre 2004 die Umsatzsteuernachzahlung in Höhe von ca. 1,49 Mio. Euro durch Zahlung zu erbringen. Dies sei aber gar nicht nötig gewesen, da ihr die T3 ihren Erstattungsanspruch abgetreten habe. 83

Bezüglich der Schriftsätze des Klägers vom 10.10.2013 und 21.10.2013 rügt das beklagte Land Verspätung.	
Der Kläger hat nach Schluss der mündlichen Verhandlung (§ 296a ZPO) vor dem Senat in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 6.11.2013 (Bl. 1082 ff.) weiter vorgetragen.	85
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den gesamte vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze einschließlich aller Anlagen zu diesen Schriftsätzen und auf das Urteil des Landgerichts vom 15.01.2013 Bezug genommen.	86
II.	87
Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht die Klage abgewiesen. Die hiergegen mit der Berufung erhobenen Angriffe rechtfertigen keine andere Beurteilung.	88
Der Kläger hat gegen das beklagte Land keinen Anspruch auf Erstattung der von der Insolvenzschuldnerin für die Zeit vom 01.07.2002 bis zum 19.07.2004 erbrachten diversen Umsatzsteuerzahlungen in Höhe von insgesamt 6.524.493,52 €.	89
1.	90
Ein Anspruch auf Rückgewähr ergibt sich nicht gem. § 143 Abs. 1 i.V.m. § 134 Abs. 1 InsO.	91
a)	92
Sollte, wovon das beklagte Land und auch das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung B - in dem von dem Kläger nunmehr vorgelegten Bericht der Außenprüfung bei der Insolvenzschuldnerin - ausgehen, keine umsatzsteuerliche Organschaft zwischen „T3“ und „T“ vorliegen, scheidet eine Anfechtung der erbrachten Umsatzsteuerzahlungen gem. § 134 InsO schon mangels unentgeltlicher Leistungen aus. In diesem Fall hat die Insolvenzschuldnerin jeweils eigene Umsatzsteuerverbindlichkeiten erfüllt. Die Zahlungen erfolgten dann jeweils im Zusammenhang mit entsprechenden Umsatzsteuervoranmeldungen bzw. Umsatzsteuerfestsetzungen.	93
b)	94
Unterstellt man zugunsten des Klägers das Vorliegen einer umsatzsteuerlichen Organschaft, sind die Voraussetzungen des § 134 InsO aus mehreren unabhängigen Gesichtspunkten nicht gegeben.	95
aa)	96
Es bestehen bereits Bedenken, ob auf der Grundlage des Prozessvortrages des Klägers überhaupt hinsichtlich jeder einzelnen der in dem streitbefangenen Zeitraum erfolgten Umsatzsteuerzahlungen von einer Leistung der Insolvenzschuldnerin im Sinne von § 134 Abs. 1 InsO ausgegangen werden kann.	97
Vom Begriff der Leistung im Sinne von § 134 InsO werden Rechtshandlungen des Schuldners erfasst, die dazu dienen, einen Vermögenswert aus dem haftenden Vermögen des Schuldners zugunsten eines anderen zu entfernen, wodurch der Anfechtungsgegner einen Vermögensvorteil erlangt (z.B. Hamburger Kommentar/Rogge/Leptien, InsO, 4. Aufl.	98

2012, § 134 Rn. 2, 6, 7 m.w.N.). Da der Kläger seinen auf § 134 InsO gestützten Rückgewähranspruch auf eine Vielzahl einzelner Umsatzsteuerzahlungen stützt, bedarf es – wie der Senat mit den Parteien erörtert hat - hinsichtlich jeder einzelnen Zahlung einer näheren Darlegung. Jede einzelne Zahlung und damit Leistung des Schuldners könnte ein selbstständiges Rückgewährschuldverhältnis im Sinne des § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. § 134 InsO begründen. Entsprechend muss für jede einzelne Zahlung konkret aufgezeigt werden, dass es sich hierbei überhaupt um eine Leistung des Schuldners handelt. Hierauf weist der Kläger in der Berufungsbegründungsschrift und dem Schriftsatz vom 10.10.2013 zwar zutreffend hin, ohne jedoch dem mit der Berufung gerecht zu werden. Es wird – wie der Senat erörtert hat - auch weiterhin nicht hinsichtlich jeder einzelnen Umsatzsteuerzahlung konkret eine Leistung der Insolvenzschuldnerin aufgezeigt.

So ist hinsichtlich eines Teilbetrages von 1.460.780,89 € zweifelhaft, ob auf der Grundlage des Prozessvortrages des Klägers überhaupt eine Leistung der Insolvenzschuldnerin vorliegt. Das beklagte Land hat unstreitig diesen Betrag dadurch erlangt, dass der Insolvenzverwalter der T3 einen bestehenden Steuererstattungsanspruch in Höhe von 1.470.267,84 € an die Insolvenzschuldnerin zur Verrechnung mit den Steuerverbindlichkeiten abgetreten hatte und dadurch dem Finanzamt die Möglichkeit eröffnet worden ist, in Höhe eines Teilbetrages von 1.460.780,89 € die Steuerschuld der Insolvenzschuldnerin durch „Umbuchung zur Tilgung zu bringen“.

Soweit der Kläger erstmals in dem Schriftsatz vom 10.10.2013 ohne konkreten Sachvortrag behauptet, es sei seitens der Insolvenzschuldnerin „eine Nachzahlung in Höhe von 1.470.269,00 € erfolgt“ (Bl. 646 d. A.) stehen diese Ausführungen im Widerspruch zu dem eigenen bisherigen Vortrag, zu den von ihm zu dem Akten gereichten Unterlagen sowie den für den Senat bindenden Feststellungen des Landgerichts in dem Tatbestand der angefochtenen Entscheidung (§ 314 ZPO).

Auch hinsichtlich der weiteren Zahlungen in Höhe von insgesamt 5.063.712,63 € ist der Prozessvortrag nur pauschal. So stützt der Kläger seinen Anfechtungsanspruch für das Jahr 2002 pauschal darauf, die Zahlungen in Höhe eines Betrages von insgesamt 614.587,95 € seien aufgrund der jeweiligen monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen für die Monate Juni bis Dezember 2002, fällig jeweils am 15. des übernächsten Monat, bis spätestens zum 15.02.2003 erfolgt. Hieraus ist aber weder erkennbar, welcher konkrete Betrag im jeweiligen Monat gezahlt wurde, noch ist ersichtlich, wie die einzelnen Umsatzsteuerzahlungen in diesem Zeitraum erfolgt sind, etwa per Barzahlung, per Überweisung seitens der Schuldnerin oder im Lastschriftinzugsverfahren von einem Konto der Schuldnerin.

Bezüglich der Zahlungen für das Jahr 2003 in Höhe von insgesamt 3.246.351,83 € und für das Jahr 2004 gelten die vorstehenden Ausführungen zum Vorjahr entsprechend. Es wird seitens des darlegungs- und beweispflichtigen Klägers weder die Höhe noch die Art und Weise der monatlichen Zahlungen angegeben. So heißt es in der von dem Kläger zu den Akten gereichten Abrechnung für 2003 über Umsatzsteuer (Anlage K 17), der Restbetrag von 53.246,13 € werde zum Zeitpunkt der Fälligkeit am 31.01.2005 „vom Konto 0000xxxxx0 bei Sparkasse B per Lastschrift eingezogen“. Dies legt die Vermutung nahe, dass zumindest die Restforderung nicht durch eine Zahlung seitens der Insolvenzschuldnerin, sondern im Wege der Einziehung durch das Finanzamt beglichen worden ist.

bb)

Hinsichtlich der für das Jahr 2002 erbrachten Zahlungen in Höhe von insgesamt 614.587,95 € scheidet – wie der Senat erörtert hat - ein auf § 134 InsO gestützter Rückgewähranspruch

aber auch aus einem anderen Grund aus. Bereits auf der Grundlage des eigenen – vom Beklagten insoweit nicht bestrittenen - Vortrages des Klägers kann bereits nicht davon ausgegangen werden, dass der gesamte Betrag innerhalb der vierjährigen Frist seit Insolvenzantragstellung geflossen ist. Der Insolvenzantrag ist am 09.10.2006 gestellt worden. Der Lauf der Frist begann daher am 09.10.2002. Der Kläger selbst beruft sich darauf, dass die erste – angefochtene - Zahlung für den Monat Juni 2002 am 15.08.2002 fällig war und diejenige für den Monat Juli 2002 am 15.09.2002. Hierzu ist dann unstreitig, dass die Umsatzsteuervorauszahlungen pünktlich erfolgt sind, so dass mangels anderweitiger Anhaltspunkte feststeht, dass zumindest die ersten beiden Zahlungen vor dem 09.10.2002 und damit außerhalb der kritischen Zeit erfolgt sind. Da aber die Höhe der einzelnen monatlichen Vorauszahlungen nicht von dem Kläger mitgeteilt, ist bereits nicht feststellbar, in welchem Umfang Leistungen vor bzw. nach dem 09.10.2002 erbracht worden sind.

Insoweit ist entgegen der Rechtsauffassung des Klägers in dem nicht nachgelassenen 105
Schriftsatz vom 06.11.2013 nicht unstreitig, dass sämtliche Zahlungen innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Insolvenzantrag erfolgt sind. Vielmehr hat der Kläger selbst bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragen, dass Zahlungen, deren Höhe nicht weiter mitgeteilt wurde, bereits im August und September 2002 fällig waren, pünktlich und damit außerhalb des maßgeblichen Anfechtungszeitraum bezahlt worden sind. Unzutreffend ist die Auffassung des Klägers, das Landgericht habe in dem unstreitigen Tatbestand des angefochtenen landgerichtlichen Urteils festgestellt, dass sämtliche Zahlungen innerhalb der maßgeblichen Frist erfolgt sind. Die Kammer hat hinsichtlich der einzelnen Zahlungen weder zu der Höhe noch zu dem Zeitpunkt der Zahlung Feststellungen getroffen. Vielmehr heißt es hinsichtlich der Umsatzsteuerzahlungen für das Jahr 2002 nur:

*„T erbrachte Umsatzsteuerzahlungen für das Jahr 2002 in Höhe von insgesamt 2.084,855,79 106
EURO“*

cc) 107

Weiterhin fehlt es - wie der Senat ebenfalls mit den Parteien erörtert hat - an der für eine 108
erfolgreiche Anfechtung notwendigen Unentgeltlichkeit der einzelnen Leistungen. Die Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit ist entgeltlich, wenn diese Verbindlichkeit durch einen entgeltlichen Vertrag oder durch ein gesetzliches Schuldverhältnis rechtswirksam begründet wurde, da der Schuldner auf diese Weise von der Verbindlichkeit frei wird (Hamburger Kommentar/Rogge/Leptien, InsO, 4. Auflage 2012, § 134 Rn. 22; BGH, NZI 2008, 556 Rn.13). Hier hat die Insolvenzschuldnerin bezüglich eines Teilbetrages von 9.487,03 € (Restbetrag von 2002) schon deshalb auf ihre eigene Umsatzsteuerschuld geleistet, weil die Steuerschuld zu Lasten der Insolvenzschuldnerin bestandskräftig festgesetzt worden ist und die Insolvenzschuldnerin im Hinblick auf diesen Steuerbescheid geleistet hat, worauf das beklagte Land schon mit Schriftsatz vom 25.09.2012 und der Senat im Beschluss vom 29.03.2012 – 2 W 119/11 - hingewiesen haben. Solange dieser Steuerbescheid nicht aufgehoben wird, besteht auch die Zahlungspflicht der Insolvenzschuldnerin gegenüber dem beklagten Land.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist dieser Steuerbescheid im vorliegenden Rechtsstreit 109
auch zu beachten. Verwaltungsakte binden in den Grenzen ihrer Bestandskraft andere Gerichte und Behörden (BGH NZI 2011, 323; BGH ZIP 2006, 2234; BGHZ 158, 19 [22]). Die Gerichte haben Verwaltungsakte, selbst wenn sie fehlerhaft sein sollten, grundsätzlich zu beachten, solange sie nicht durch die zuständige Behörde oder durch ein zuständiges Gericht aufgehoben worden sind (BGH NZI 2011, 323; BGH ZIP 2006, 2234; BGHZ 73, 114, 117; MünchKomm/Wolf, ZPO, 2. Aufl., § 17 GVG Rn. 13). Sie haben die durch den

Verwaltungsakt getroffene Regelung oder Feststellung unbesehen, ohne eigene Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, zugrunde zu legen (BGH, NZI 2006, 249). Entgegen der in der Berufungsbegründung vom 18.04.2013 vertretenen Auffassung des Klägers ist ein bestandskräftiger Verwaltungsakt gerade nicht mit einem nichtigen Kaufvertrages vergleichbar.

Die Ausführungen des Klägers zum Verhältnis von Insolvenzanfechtungsrecht und Steuerrecht rechtfertigen ebenfalls keine andere Beurteilung. Es ist zwar zutreffend, dass Zahlungen von Steuerschuldnern grundsätzlich insolvenzrechtlich auch dann angefochten werden können, wenn den Leistungen bestandskräftige Steuerbescheide zugrundeliegen. Das ist bei den Anfechtungstatbeständen wie §§ 130, 131, 133 InsO möglich. Eine andere Frage ist jedoch, ob eine Leistung unentgeltlich im Sinne von § 134 Abs. 1 InsO erbracht worden ist. Hier stellen sich nämlich Vorfragen. Insoweit können auch bestandskräftige Steuerbescheide maßgeblich sein, die im Einzelfall dazu führen können, dass eine Anfechtung nach § 134 InsO gerade nicht durchgreift. Die Umsatzsteuer für das Jahr 2002 ist durch bestandskräftigen Bescheid vom 21.07.2004 festgesetzt worden. Die Restzahlung von 9.487,03 € erfolgte aufgrund dieses Bescheides. 110

Ob die vorstehenden Überlegungen auch für alle übrigen Umsatzsteuerzahlungen gelten, denen zum Zeitpunkt der jeweiligen Zahlungen kein bestandskräftiger Bescheid zugrunde liegt, sondern nur Umsatzsteuervoranmeldungen der Insolvenzschuldnerin, kann offen bleiben. Die Insolvenzschuldnerin hat auch insoweit entgeltlich geleistet, weil ihre Umsatzsteuerschuld durch ein gesetzliches Schuldverhältnis rechtswirksam begründet und sie infolge ihrer Zahlungen von den Verbindlichkeiten frei wurde. Dies gilt auch, wenn man zugunsten des Klägers davon ausgeht, dass zur Zeit der jeweils angefochtenen Leistung der Tatbestand des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG und damit eine umsatzsteuerliche Organschaft im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG vorgelegen hat. Auch in diesem Fall liegen keine unentgeltlichen Leistungen vor. 111

Gem. § 73 AO haftet eine Organgesellschaft (hier die Insolvenzschuldnerin) persönlich für solche Steuern des Organträgers (hier die T3), für welche die Organschaft zwischen ihnen steuerlich von Bedeutung ist. Diese Haftung entsteht zugleich mit dem Steueranspruch gegen den Organträger, ohne dass es - entgegen der Auffassung des Klägers - eines entsprechenden Haftungsbescheides gegenüber der Organgesellschaft bedarf. Entsprechend hat der Bundesgerichtshof in dem Urteil vom 19.01.2012 (NZI 2012, 177) in Rn. 17 ausgeführt: 112

„Mit dem Steueranspruch gegen den Organträger wird zugleich der Haftungsanspruch gegen die Organgesellschaft begründet. Ein Haftungsanspruch entsteht, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Haftungsfolge knüpft. Wegen der Akzessorietät des Haftungsanspruchs ist hierfür im Regelfall erforderlich, daß auch die Steuerschuld, für die haftet werden soll, entstanden ist und noch besteht. Für die Entstehung des Haftungsanspruchs als abstrakten, materiell-rechtlichen Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis bedarf es nicht des Erlasses eines Haftungsbescheids. Der Haftungsbescheid konkretisiert lediglich den bereits entstandenen Haftungsanspruch und bildet die Grundlage für die Verwirklichung dieses Anspruchs. Der Haftungsbescheid hat demnach ebenso wie der Steuerbescheid keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung (BFH, Urteil vom 15. Oktober 1996 - VII R 46/96, BFHE 181, 392, 394 f.). Die Entstehung des Haftungstatbestandes als materiell-rechtlicher Anspruch aus dem Steuerverhältnis erfordert nach dieser weiter maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs also nicht den Erlass eines Haftungsbescheides (OLG O2, ZInsO 2010, 113

207). Im Streitfall war der Haftungsanspruch mit Begründung der ihm zugrunde liegenden Umsatzsteuerschuld entstanden. In der Subsidiarität des § 219 Satz 1 AO liegt kein Entstehungshindernis der Haftpflicht. Selbst ein Haftungsbescheid gemäß § 191 AO kann - trotz aussichtsreicher Vollstreckung gegen den Steuerschuldner - ergehen. Nur das Leistungsgebot gemäß § 254 AO hat dann als Folge der Subsidiarität zu unterbleiben (Alber in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, 2011, § 219 Rn. 10, 12). Da der Schuldnerin gegen den von dem beklagten Land verfolgten Haftungsanspruch wegen der Zahlungsfähigkeit des Organträgers ein Leistungsverweigerungsrecht (vgl. etwa § 273 BGB) eröffnet war, konnte das beklagte Land als Haftungsgläubiger die im Lastschriftverfahren erlangte Deckung "nicht zu der Zeit" beanspruchen (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO, § 131 Rn. 40; Hamburger Kommentar/Rogge, InsO, aaO, § 131 Rn. 18; Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, aaO, § 131 Rn. 68). Dieser Umstand lässt aber die Stellung der Finanzbehörde als Gläubigerin der Schuldnerin unberührt. (BGH, Urteil vom 19. Januar 2012 – IX ZR 2/11, BGHZ 192, 221).“

Diese Ausführungen werden von dem Senat uneingeschränkt geteilt. Ließe man in Fällen der Zahlungsunfähigkeit des Organträgers die Anfechtung des Insolvenzverwalters der Organgesellschaft nach § 134 Abs. 1 InsO durchgreifen, würde der Zweck des § 73 AO, eine umfassende Sicherung des Steueranspruchs zu gewährleisten (BFH, ZIP 2009, 2455), insolvenzrechtlich verfehlt, weil die Organgesellschaft wie ein bloßer Drittzahler behandelt würde (BGH, NZI 2012, 177). 114

Unerheblich ist auch, ob die Insolvenzschriftschuldnerin zum Zeitpunkt der jeweiligen Zahlung Kenntnis von dem Vorliegen einer Organschaft hatte. Die Frage, ob der Leistung des Schuldners eine ausgleichende Gegenleistung gegenüberstehen, bestimmt sich – worauf der Kläger bereits in der Klageschrift hingewiesen hat - nach objektiven Gesichtspunkten (BGH ZIP 2011, 484). Maßgeblich ist, ob sich Leistung und Gegenleistung in ihrem objektiv zu ermittelnden Wert entsprechen; subjektive Vorstellung und Absichten treten demgegenüber zurück. Entsprechend kommt es nicht darauf an, ob die Insolvenzschriftschuldnerin bei der Zahlung bereits Kenntnis von dem Bestehen – einer hier unterstellten – Organschaft hatte. Auch § 73 AO differenziert für eine Haftung nicht zwischen einer von Beginn an bekannten und einer unerkannten Organschaft. Vielmehr besteht eine Haftung stets dann, wenn die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 2 Nr. UStG erfüllt sind; sie ist nicht von den subjektiven Vorstellungen des Zahlenden abhängig. 115

Ob und in welchem Umfang die T3, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden war und – ausweislich der öffentlichen Bekanntmachungen auf der Internetplattform „www.insolvenzbekanntmachungen.de“ - am 17.01.2006 die Masseunzulänglichkeit angezeigt worden ist, jemals in der Lage und auch bereit gewesen ist, im Falle einer eigenen Inanspruchnahme durch das Finanzamt die Umsatzsteuerschulden umfänglich auszugleichen, kann letztlich dahingestellt bleiben. Im Rahmen des Anfechtungsrechts sind, worauf auch der Kläger zutreffend in der Berufungsbegründungsschrift hinweist, hypothetische Kausalverläufe nicht zu berücksichtigen. Gleiches gilt auch für die von dem Kläger mit der Berufungsschrift pauschal aufgezeigte denkbare Möglichkeit einer Inanspruchnahme des Insolvenzverwalters der T3 gem. §§ 60, 61 InsO im Falle einer fehlenden Möglichkeit der Erfüllung der Umsatzsteuerschulden durch die Organträgerin. 116

Insoweit bestand – entgegen der Auffassung der Berufung – hinsichtlich der Inanspruchnahme keine Ermessensreduzierung. Der Anspruch aus dem Steuerverhältnis und der Haftungsanspruch bestehen unabhängig voneinander. Eine Zahlung durch den Haftungsschuldner wirkt gem. § 44 Abs. 2 S. 1, S. 2 AO zugunsten des Steuerschuldners (BFHE 195, 510, 515). Mit der Zahlung durch den Haftenden geht die Steuerforderung auf 117

diesen über, wenn er im Innenverhältnis gem. § 426 Abs. 2 BGB von dem Steuerschuldner Ausgleich verlangen kann. Zudem hätte unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes das Finanzamt im Insolvenzverfahren mit Haftungsforderungen aufrechnen können, die – wie hier – vor Verfahrenseröffnung entstanden sind, ohne dass es des vorherigen Erlasses eines Haftungsbescheides, der Feststellung der Haftungsforderung oder ihrer Anmeldung zur Tabelle bedarf. Auch § 96 InsO steht einer entsprechenden Aufrechnung nicht entgegen (BFHE 217, 216).

Soweit der Kläger gelten macht, § 73 AO betreffe nur die Steuerschulden, nicht aber Nebenleistungen wie Zinsen, verhilft dies der Berufung nicht zum Erfolg. Inwieweit dies von Relevanz sein soll, erschließt sich indes nicht, zumal der Kläger hierzu nicht weiter vorträgt. Dies gilt auch für den Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 10.10.2013, § 73 AO erfasse nicht sämtliche geleisteten Umsatzsteuervorauszahlungen. Der Vortrag ist ohne jede Substanz. Es ist nicht nachvollziehbar, dass auf „gewisse Umsätze“ entfallene Umsatzsteuer zwar nicht dem § 73 AO unterfallen sollen, auf der anderen Seite die Insolvenzschuldnerin aber von der T3 geschuldete Umsatzsteuer beglichen haben soll. 118

2. 119

Das Landgericht hat ebenfalls zu Recht einen auf § 143 Abs. 1 i.V.m. § 133 Abs. 1 InsO gestützten Rückgewähranspruch verneint. 120

a) 121

Wie vorstehend bereits für die jeweiligen Leistungen der Insolvenzschuldnerin näher aufgezeigt worden ist, fehlt es schon an einer konkreten Darlegung der einzelnen der Anfechtung unterliegenden Rechtshandlungen. Hierauf hat das beklagte Land bereits erstinstanzlich hingewiesen. Insbesondere bezüglich der „Umbuchung“ der abgetretenen Forderung in Höhe von 1.460.780,89 € wird bereits nicht konkret aufgezeigt, worin die Rechtshandlung der Schuldnerin liegt. Gleiches gilt für die möglicherweise im Wege der Lastschrift eingezogenen Umsatzsteuerzahlungen. 122

b) 123

Zudem kann auch auf der Grundlage des eigenen Prozessvortrages des Kläger sowie des unstreitigen Vorbringen nicht davon ausgegangen werden, dass die Insolvenzschuldnerin bei jeder einzelnen Zahlung mit der von § 133 Abs. 1 InsO geforderten Benachteiligungsabsicht gehandelt hat. 124

aa) 125

Der Benachteiligungsvorsatz ist gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung (§ 140 InsO) die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als mutmaßliche Folge - sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils - erkannt und gebilligt hat. Die Beweislast für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners liegt ebenso wie für die übrigen Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 S. 1 InsO beim Insolvenzverwalter. Da es sich bei dem Benachteiligungsvorsatz um eine innere, dem Beweis nur schwer zugängliche Tatsache handelt, hat die Rechtsprechung zur Feststellung eines Benachteiligungsvorsatzes im Laufe der Zeit bestimmte aus der Lebenserfahrung abgeleitete Grundsätze entwickelt (BGH NJW 2003, 3560). Die durch die Rechtsprechung entwickelten Erfahrungssätze und Beweisanzeichen dürfen hierbei nicht schematisch im Sinne einer zu widerlegenden 126

Vermutung angewendet werden, denn solche machen eine Gesamtwürdigung nicht entbehrlich (BGH ZInsO 2009, 2149).

Ein Insolvenzschnldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt in aller Regel mit Benachteiligungsvorsatz. Dessen Vorliegen ist schon dann zu vermuten, wenn der Insolvenzschnldner seine drohende Zahlungsunfähigkeit kennt. Dies ergibt sich mittelbar aus § 133 Abs. 1 S. 2 InsO. Da für den anderen Teil die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schnldners vermutet wird, wenn er wusste, dass dessen Zahlungsunfähigkeit drohte, können für den Vorsatz des Schnldners selbst keine strengeren Anforderungen gelten (BGH ZInsO 2011, 1410). 127

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit beurteilt sich im gesamten Insolvenzrecht und darum auch im Rahmen des Insolvenzanfechtungsrechts nach § 17 InsO (BGH ZInsO 2011, 1410). Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO kann eine Liquiditätsbilanz aufgestellt werden. Eine solche Liquiditätsbilanz ist im Anfechtungsprozess jedoch entbehrlich, wenn eine Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 S. 2 InsO) die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründet (BGH ZInsO 2011, 1410). Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schnldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (BGH ZInsO 2011, 1410; BGHZ 149, 178 (184 f.)). Es muss sich mindestens für die beteiligten Verkehrskreise der berechnigte Eindruck aufdrängen, dass der Schnldner außerstande ist, seinen fälligen Zahlungsverpflichtungen zu genügen (BGH WM 2007, 1616). Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus (BGH WM 2008, 452). Das gilt selbst dann, wenn tatsächlich noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschnlden nicht den wesentlichen Teil ausmachen (BGH WM 2010, 711). Die Nichtzahlung einer einzigen Verbindlichkeit kann eine Zahlungseinstellung begründen, wenn die Forderung von insgesamt nicht unbeträchtlicher Höhe ist (BGHZ 149, 178, 185). Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, ist regelmäßig von Zahlungseinstellung auszugehen (BGH WM 2006, 2312). Eine bloß vorübergehende Zahlungsstockung liegt nicht vor, wenn es dem Schnldner über mehrere Monate nicht gelingt, seine fälligen Verbindlichkeiten spätestens innerhalb von drei Wochen auszugleichen und die rückständigen Beträge insgesamt so erheblich sind, dass von lediglich geringfügigen Liquiditätslücken keine Rede sein kann (BGH WM 2010, 711). Eine Zahlungseinstellung kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in der Rechtsprechung entwickelter Beweisanzeichen gefolgert werden (BGH WM 2006, 1215). Sind derartige Indizien vorhanden, bedarf es nicht einer darüber hinaus gehenden Darlegung und Feststellung der genauen Höhe der gegen den Schnldner bestehenden Verbindlichkeiten oder gar einer Unterdeckung von mindestens 10 % (BGH WM 2006, 1631). Dafür kann auch ein Vortrag ausreichend sein, der zwar in bestimmten Punkten lückenhaft ist, eine Ergänzung fehlender Tatsachen aber schon auf der Grundlage von Beweisanzeichen zulässt (vgl. BGH ZIP 1998, 2008, 2010). Es obliegt dann dem Tatrichter, ausgehend von den festgestellten Indizien eine Gesamtabwägung vorzunehmen, ob eine Zahlungseinstellung gegeben ist. 128

bb) 129

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann kein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz festgestellt werden: 130

Der Kläger hat die Voraussetzungen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes der Insolvenzschnldnerin zu dem jeweils maßgeblichen Zeitpunkt nicht schlüssig aufgezeigt. Fehl 131

geht der pauschale Hinweis des Klägers in dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu den Akten gereichten Schriftsatz vom 06.11.2013, er habe bereits in erster Instanz ausführlich dargelegt und unter Beweis gestellt, dass die Geschäftsführung von T die vorliegende Insolvenzreife kannte, mithin mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht handelte. Der Kläger hat sich für die Gläubigerbenachteiligungsabsicht maßgeblich auf die nach seinem Vortrag bereits zum 30.06.2004 eingetretene Zahlungsunfähigkeit gestützt. Folgte man dem Kläger in seiner Argumentation, so würde dies dazu führen, dass nur hinsichtlich der ab diesem Zeitpunkt erfolgten bzw. hinsichtlich der Umbuchung zugunsten des Klägers unterstellten Rechtshandlungen eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht vorliegen kann, so dass ein Rückgewähranspruch nur hinsichtlich folgender Beträge in Betracht käme: nämlich die Verrechnung der abgetretenen Forderung i.H.v. 1.460.780,89 €, die Zahlung der restlichen Umsatzsteuer für 2004 (26.08.2004) i.H.v. 9.487,03 €, die Umsatzsteuerzahlung für Mai 2004 (15.07.2004) i.H.v. 267.206,45 €, die Umsatzsteuerzahlung für Juni 2004 (15.08.2004) i.H.v. 175.749,32 € und die Zahlung der restlichen Umsatzsteuer für 2003 am 31.01.2005 i.H.v. 53.246,13 €.

cc) 132

Das Vorbringen des Klägers im Berufungsverfahren, die Insolvenzschriftschuldnerin sei bereits seit Februar 2003 drohend zahlungsunfähig, ist neu und gem. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Der Kläger hätte nämlich schon in erster Instanz im Hinblick auf die ihm bereits vorliegenden Gutachten auch ohne Kenntnis des erst im Juli 2013 in einem anderen Rechtsstreit eingeholten Gutachtens substantiiert zu einer früheren drohenden Zahlungsunfähigkeit vortragen und entsprechende eigene Beweismittel anbieten können. 133

Soweit sich der Kläger erstmals in dem Schriftsatz vom 10.10.2013 auf das ihm am 31.07.2013 übersandte Gutachten des Sachverständigen Dr. I2 stützt, dessen Verwertung das beklagte Land widersprochen hat, ist dieses Beweisangebot gem. §§ 525, 296 Abs. 2, 282 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückzuweisen. Das Gutachten des Sachverständigen Dr. I2 ist entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht so zeitig vorgelegt worden, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Das Gutachten lag dem Kläger am 31.07.2013 vor. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass er das Gutachten noch im August 2013 zur Akte reichen und zum Gutachten Stellung nehmen würde. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Senat noch keinen Termin bestimmt. Er hätte auf dieses neue Vorbringen reagieren und durch prozessleitende Verfügungen einer Verzögerung des Rechtsstreits entgegenwirken können, z.B. durch vorsorgliche Ladung des Sachverständigen Dr. I2 zum Termin. 134

Die Berücksichtigung des erst am 10.10.2013 zur Akte gereichten Gutachtens hätte dagegen eine Verzögerung des Rechtsstreits zur Folge. Es ist nämlich ungeklärt, ob das Gutachten im vorliegenden Rechtsstreit gem. § 411a ZPO verwertet werden kann. Denn allein zum maßgeblichen Stichtag des 30.06.2004 weist das Gutachten bezüglich der materiellen Verschuldung zwei Werte auf, nämlich einen Wert „inkl. Korr. Buchungen“ und einen Wert „ohne Korr. Buchungen“. In dem einen Fall ist von einer Überschuldung in Höhe von 955.439,75 €, im anderen Fall ist von einer Überdeckung von 512.302,23 € auszugehen. Da die Parteien im vorliegenden Rechtsstreit zu Überbewertungen von Aktivvermögenswerten, die den unterschiedlichen Ergebnissen des Sachverständigen Dr. I2 zugrunde liegen, gar nicht – konkret - vorgetragen haben, wäre den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren und der Sachverständige gegebenenfalls zu hören gewesen. 135

Die Verspätung ist auch nicht hinreichend entschuldigt. Die persönliche Verhinderung des Klägers im Sommer 2013 aus familiären Gründen reicht nicht. Soweit der Kläger aufgrund 136

des bedauerlichen persönlichen Schicksals nicht in der Lage war, zeitnah den aus seiner Sicht für die Prozessführung maßgeblichen Sachverhalt vorzutragen und das Beweismittel dem Senat vorzulegen bzw. die entsprechenden Unterlagen zu lesen, hätte er hiermit entweder ein anderes Mitglied seiner Kanzlei oder einen anderen Rechtsanwalt beauftragen können und letztlich auch müssen. So sieht § 53 Abs. 1 Nr. 1 BRAO zwingend vor, dass ein Rechtsanwalt für seine Vertretung sorgen „muss“, wenn er länger als eine Woche daran gehindert ist, seinen Beruf auszuüben (Nr. 1) bzw. wenn er sich länger als eine Woche von seiner Kanzlei entfernen will (Nr. 2).

Aber auch eine Zulassung des neuen Vorbringens sowie des Beweismittels würde keine andere Beurteilung hinsichtlich des von dem Kläger nunmehr geltend gemachten Zeitpunkts rechtfertigen. Selbst wenn – so der Kläger – bereits im Februar 2003 oder zu einem späteren Zeitpunkt die Fortführungsprognose der Insolvenzschuldnerin negativ gewesen sein sollte, rechtfertigt allein dieser Hinweis noch nicht einen Rückschluss auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit zu eben diesem Zeitpunkt. Der Vortrag des Klägers, drohende Zahlungsunfähigkeit habe schon im Februar 2003 vorgelegen, folgt aber gar nicht aus dem vorgelegten Gutachten. Der Sachverständige Dr. I2 gelangt in seinem – in einem anderen Rechtsstreit erstatteten - Gutachten vom 16.07.2013 nicht zu dem Ergebnis einer bestehenden oder zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit im Februar 2003. Diese Feststellung war auch nicht Aufgabe des Sachverständigen. Vielmehr war dieser entsprechend dem Beweisbeschluss des Landgerichts Aachen vom 03.02.2011 u.a. mit der Beantwortung folgender Frage beauftragt:

137

„War T – und wenn ja ab/zu welchem/welchen Zeitpunkt/Zeitpunkten – überschuldet [wobei vom Überschuldungsbegriff im Sinne der Rechtsprechung zum Eigenkapitalschutz nach alter Rechtslage auszugehen ist; d.h. deckte das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht (rechnerische Überschuldung) und reichte die Finanzkraft der Gesellschafter nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens aus (Überlebens- oder Fortbestehensprognose)? – zweistufiger Überschuldensbegriff -] und ihr Stammkapital angegriffen oder aufgezehrt?“

138

Insoweit hat der Sachverständige für bestimmte im Gutachten näher dargelegte Stichtage Feststellungen zur mittelfristigen Finanzkraft bzw. zur Überschuldung der T gemacht. Für den von dem Kläger geltend gemachten Zeitpunkt Februar 2003 werden hierbei keine Feststellungen getroffen. Statt dessen verweist der Sachverständige für den 30.06.2003 und 31.12.2003 auf den anhand der „Jahresabschluss- und Buchhaltungsunterlagen bestehenden positiven Cash-flow“.

139

Zudem sind die Ausführungen des Klägers zu dem Gutachten Dr. I2 nicht frei von Widersprüchen. Wenn der Kläger dieses Gutachten zur Grundlage seines Vorbringens machen möchte, ist nicht nachvollziehbar, wieso er mit dem ebenfalls zu den Akten gereichten – an das Landgericht Aachen gerichteten - Schriftsatz vom 01.10.2013 die sachverständigen Ausführungen in Frage stellt, die Einholung weiterer Sachverständigengutachten als Beweis anbietet und eine mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen beantragt.

140

dd)

141

Letztlich steht aber auch nicht fest, dass bereits am 30.06.2004 von einer Zahlungsunfähigkeit oder von einer zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit auszugehen war. Soweit der Kläger vorträgt, ein Indiz für die Zahlungseinstellung der

142

Insolvenzschuldnerin ergebe sich daraus, dass Herr Prof. Dr. H2 in seinem Gutachten vom 09.07.2008 (Anlage K 27 der Anlagehefter zur Klageschrift) die bilanzielle Überschuldung der Insolvenzschuldnerin festgestellt habe, kann dem nicht gefolgt werden. Die Handelsbilanz ist zur Messung der Überschuldung im Sinne von § 19 Abs. 2 InsO ungeeignet (Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 19 Rn. 10). Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (BGHZ 146, 264, 267 f.; BGHZ 125, 141, 146; BGH, Urt. v. 12. Juli 1999 - II ZR 87/98, ZIP 1999, 1524; Urteil vom 18. Dezember 2000 - II ZR 191/99) kann das Vorhandensein einer Überschuldung nicht auf der Grundlage einer fortgeschriebenen Jahresbilanz, mag deren negativem Ergebnis auch indizielle Bedeutung zukommen, festgestellt werden; hierzu bedarf es vielmehr der Aufstellung einer Überschuldungsbilanz, in welcher die Vermögenswerte der Gesellschaft mit ihren aktuellen Verkehrs- oder Liquidationswerten auszuweisen sind. Hierzu fehlt aber entsprechender Vortrag des Klägers.

Dementsprechend hat auch der 18. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln in dem – von dem beklagten Land bereits im erstinstanzlichen Verfahren zu den Akten gereichten - Urteil vom 30.08.2012 – 18 U 242/11 - in der Sache des Klägers gegen Herrn W, einen ehemaligen Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin und der T3, wegen eines Anspruchs gem. § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. festgestellt, dass die Insolvenzreife der Insolvenzschuldnerin für das Jahr 2004 aufgrund des Gutachtens des Prof. Dr. H2 und des Sachverständigen L2 nicht festgestellt werden könne, sondern frühestens ab dem 31.03.2015 bestand. Entsprechend hat der 18. Zivilsenat hierzu ausgeführt (Bl. 386 ff. d.GA.): 143

„1. Der vom Kläger in erster Linie verfolgte Anspruch aus § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. kann schon deshalb nicht festgestellt werden, weil nicht feststeht, dass die Schuldnerin bereits im Jahr 2004 insolvenzreif gewesen ist. 144

a) Die Insolvenzreife der Schuldnerin bereits im Jahr 2004 lässt sich nicht aus dem vom Kläger vorgelegten Gutachten des betriebswirtschaftlichen Sachverständigen Prof. Dr. H2 (Anlagen K 4 und K 60) ableiten. Der Senat teilt im Ergebnis die Auffassung des Landgerichts, dass dieses Gutachten die Feststellung der Überschuldung nicht zulässt. Das beruht allerdings nicht darauf, dass das Gutachten „mangelhaft“ ist, sondern darauf, dass es sich gar nicht mit der Frage der Überschuldung i. S. des § 19 InsO befasst. Das ergibt sich ohne Weiteres bereits aus der abschließenden Feststellung: 145

„Die T GmbH war nach unserer Auffassung damit bereits am 30.06.2004 bilanziell überschuldet.“ (K 4, S. 18; ebenso K 60, S. 11) 146

Die bilanzielle Überschuldung ist jedoch etwas anderes als die insolvenzrechtliche Überschuldung. 147

Verständlich wird das Gutachten Prof. Dr. H2 nur, wenn man es im Zusammenhang mit der Zwischenbilanz der Schuldnerin zum 30.06.2004 liest, die für die Verhandlungen mit der N2 erstellt wurde (Anlage K 8). Diese Zwischenbilanz weist einen Überschuss zum 30.06.2004 in Höhe von 333.336,19 € aus. In dem Rechtsstreit, in dem das Gutachten erstattet wurde, ging es um die Frage, ob die Bilanz das Vermögen der Schuldnerin zutreffend ausweist. Deshalb war es sachgerecht, dass sich der Sachverständige Prof. Dr. H2 unter bilanzrechtlichen Gesichtspunkten kritisch mit dieser Bilanz auseinandergesetzt hat. Für ihn ging es darum, wie eine Handelsbilanz der Schuldnerin zum 30.06.2004 auszusehen gehabt hätte. Die schließlich getroffene Feststellung der bilanziellen Überschuldung hat aber für die Feststellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung in diesem Fall nur sehr begrenzte Aussagekraft. Diese ist so gering, dass auf eine Überschuldungsbilanz zur Feststellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung nicht verzichtet werden kann. Das beruht auf 148

Folgendem:

- Die Schuldnerin verfügte ausweislich der Zwischenbilanz über Anlagevermögen in Höhe von über 1,8 Mio. €. Hierin können stille Reserven stecken, die in einer Handelsbilanz nicht offen gelegt werden. Der Sachverständige Prof. Dr. H2 meint hierzu zwar: 149

„Stille Reserven im Anlagevermögen sind nach unserem Dafürhalten auszuschließen,...“ 150
(Anlage K 4, S. 17)

Das ist jedoch eine substanzlose Vermutung. Deshalb hätte der Kläger schon darlegen müssen, woraus das Anlagevermögen bestand und warum es maximal den Buchwert hatte. Es erscheint im Übrigen eher fernliegend, dass das gesamte Anlagevermögen nur noch den Buchwert hatte. Der Vortrag des Klägers, dass keine stillen Reserven bestanden hätten, krankt bereits daran, dass er von der handelsrechtlichen Bewertung durch den Sachverständigen Prof. Dr. H2 ausgeht. Das erkennt jedoch, dass die stillen Reserven gerade die Differenz zwischen dem Zeitwert und dem Buchwert von Vermögensgegenständen darstellen. Wer nur die Buchwerte berücksichtigt, kann schon gedanklich stille Reserven gar nicht erfassen. Insofern erkennt der Kläger auch die ihm obliegende Darlegungslast: Erst wenn er nachvollziehbar dargelegt hat, dass im Anlage- oder Umlaufvermögen keine stillen Reserven vorhanden sind, ist es Sache des Beklagten aufzuzeigen, wo er solche sieht (vgl. BGH, Urteil vom 15.03.2011 – II ZR 106/10 -, Rn 4 m. w. N.). 151

- Gravierender ist jedoch Folgendes: In der Bilanz wurden die Warenvorräte mit ca. 12,5 Mio. € bewertet und zwar in der Weise, dass vom jeweiligen Preis ein bestimmter Abschlag vorgenommen wurde. Das entspricht dem bilanzrechtlichen Grundsatz vorsichtiger Bewertung. Der Sachverständige Prof. Dr. H2 hält die Warenvorräte bilanzrechtlich jedoch immer noch für überbewertet, weil nach seiner Auffassung höhere Abschläge geboten gewesen wären. So nimmt er bei den im Zentrallager befindlichen Warenvorräten einen Abschlag von 3,92 % vom Großhandelspreis vor (Anlage K 4, S. 11). Für die Feststellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung wäre jedoch anders vorzugehen gewesen. Es hätte zunächst einmal festgestellt werden müssen, ob eine positive oder negative Fortführungsprognose bestand. Die Fortführung des Unternehmens für geraume Zeit über den Stichtag 30.06.2004 hinaus spricht eher für eine positive Fortführungsprognose. Sodann wären die Warenvorräte zu den – je nach dem, zu welcher Prognose man kommt unterschiedlichen – Verkaufspreisen zu bewerten gewesen. Das führt nur dann zu dem von dem Sachverständigen ermittelten Wert von Großhandelseinkaufspreis abzüglich 3,92 %, wenn man davon ausgeht, dass diese Warenvorräte insgesamt nicht einmal kostendeckend zu veräußern gewesen wären. Das kann zwar so sein, lässt sich dem Vortrag des Klägers aber nicht ansatzweise entnehmen. Angesichts des Umstandes, dass die Schuldnerin noch bis in das Jahr 2007 tätig war, hätte die Darlegung auf der Grundlage der tatsächlich erzielten Veräußerungserlöse erfolgen können und müssen. 152

- Schließlich zeigt sich die unterschiedliche Herangehensweise auch an der Bewertung der Firma. Während in der Handelsbilanz überhaupt nur der erworbene Firmenwert aktiviert wird (§§ 246 Abs. 1 S. 4, 266 Abs. 2 HGB), der dann linear abzuschreiben ist, ist bei der Überschuldungsbilanz jedenfalls bei positiver Fortführungsprognose auch der originäre Firmenwert zum Zeitwert zu aktivieren – sofern man die Aktivierung von Firmenwerten überhaupt zulässt (vgl. Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., 2010, § 19 Rn 67 m. w. N.). 153

b) Der Senat kann dem Kläger auch insoweit nicht folgen, wie er meint, dass sich die Insolvenzreife der Schuldnerin im Juli 2004 aus dem Gutachten des Sachverständigen L2 154

ergebe, das dieser im Jahre 2007 im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens (302 Js 45/06 StA Aachen) erstellt hat (Gutachten L2 I, Anlage BB 1). Gegenstand dieses Gutachtens war u. a. die Frage „Wann lag eine Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung der Firma T GmbH vor?“ (Anlage BB 1, S. 5). Nach Auswertung der ihm zur Verfügung stehenden Unternehmensunterlagen kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass unter Ansatz von Liquidationswerten eine Überschuldung zum 31.03.2005 vorgelegen habe (Anlage BB 1, S. 38). Dabei ist er davon ausgegangen, dass die Bilanz der Schuldnerin zum 31.12.2004 (Anlage III zur Klageerwiderung), die einen Überschuss in Höhe von 181.376,04 € ausgewiesen hat, nicht zu beanstanden sei (Anlage BB 1, S. 18). Nur im Hinblick darauf, dass die Schuldnerin ab Januar 2005 durchgehend Verluste im operativen Geschäft erwirtschaftete, ist der Sachverständige ab Ende März 2005 von einer fehlenden Fortführungsprognose ausgegangen und hat die Bewertung des Vermögens nach Liquidationswerten vorgenommen (Anlage BB 1, 35 ff.). Für den hier interessierenden Zeitraum bis Ende 2004 bietet dieses Gutachten für den Vortrag des Klägers, es habe Zahlungsunfähigkeit vorgelegen, keine Stütze. Der Sachverständige akzeptiert vielmehr den im Jahresabschluss 2004 ausgewiesenen Überschuss. Dies hat er in seinem weiteren Gutachten aus dem Jahr 2010, in dem er sich auch mit dem Gutachten von Prof. Dr. H2 auseinander setzt, bestätigt (S. 16 des Gutachtens L2 II; Bl. 165 d. A.)

Die Auffassung des Klägers, dass die Feststellung der Überschuldung zum 31.03.2005 den Rückschluss zulasse, dass bereits im hier interessierenden Zeitraum Überschuldung vorgelegen habe, ist bei dieser Ausgangslage nicht vertretbar. Der Sachverständige L2 hatte den Auftrag den frühesten Zeitpunkt der Überschuldung festzustellen. Wenn er dann zu dem Ergebnis kommt, dass dies der 31.03.2005 war, kann dieser Zeitpunkt nicht mehr weiter nach vorne verlegt werden, denn sonst hätte der Sachverständige selbst ja schon die Feststellung für einen früheren Zeitpunkt getroffen. Dagegen spricht insbesondere auch, dass der Sachverständige für 2004 noch den Ausweis eines Überschusses als richtig akzeptiert hat. 155

c) Auch eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bereits im Jahr 2004 kann nicht festgestellt werden. 156

(1) Eine Liquiditätsbilanz, aus der sich die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin ergeben würde, hat der Kläger nicht vorgelegt. Auch aus dem Gutachten des Sachverständigen L2 lässt sich eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bereits im Jahr 2004 nicht ableiten. Der Sachverständige kommt zu dem Ergebnis, dass (erst) ab Ende März 2005 von einer Zahlungseinstellung i. S. des § 17 Abs. 2 S. 2 InsO auszugehen sei (Anlage BB 1, S. 46). Für denselben Zeitpunkt geht er auch von drohender Zahlungsunfähigkeit i. S. des § 18 InsO aus (Anlage BB 1, S. 47). Genau für diesen Zeitpunkt geht er auch aufgrund einer wirtschaftskriminalistischen Betrachtungsweise von Zahlungsunfähigkeit aus (Anlage BB 1, S. 50). Aus dem Gutachten L2 lässt sich demnach auch der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit für den hier interessierenden Zeitraum bis Ende 2004 nicht ableiten.“ 157

Der erkennende Senat nimmt für seine Entscheidung auf diese überzeugenden, von ihm geteilten Ausführungen des 18. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln Bezug. 158

Ein Indiz für eine Zahlungseinstellung der Insolvenzschuldnerin ergibt sich ebenso wenig aus dem Umstand, dass das Darlehen der Firma F2 GmbH über einen Betrag von 2.000.000,00 € bei Fälligkeit am 30.06.2004 nicht sofort zurückgezahlt worden ist. Das Darlehen ist nämlich nach Fälligkeit prolongiert und dann in zwei Raten insgesamt zurückgezahlt worden. Im Übrigen wird vom Kläger nicht vorgetragen, dass die Firma F2 GmbH nach Fälligkeit ernsthafte Bemühungen unternommen hätte, die sofortige Rückzahlung des Darlehens zu erreichen. Vielmehr haben die Insolvenzschuldnerin und die Firma F2 GmbH schon vor 159

Eintritt der Fälligkeit Verhandlungen über eine Verlängerung des Darlehens aufgenommen. Mit Schreiben vom 05.04.2004 (Anlage K 22 der Anlagenhefter zur Klageschrift) hat die Insolvenzschriftschuldnerin entgegen dem Vortrag des Klägers nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie das Darlehen nicht würde zurückzahlen können; sie hat lediglich darauf hingewiesen, dass „die Kapitaldecke nach wie vor hauchdünn“ sei, die Ablösung des Darlehens durch Investoren bis zum 30.06.2004 in zeitlicher Hinsicht problematisch werden könnte und sie deshalb um eine Prolongation bitte. Die folgenden Verhandlungen sind auch nicht „unmissverständlich“ abgelehnt worden, wie der Kläger meint. Das Schreiben der Firma F2 GmbH vom 28.04.2004 (Anlage K23) ist zwar durchaus als Ablehnung der Anfrage der Insolvenzschriftschuldnerin, ob eine Prolongation des Darlehens in Betracht komme, anzusehen. Anschließend hat sich die Darlehensgeberin mit weiteren Verhandlungen über eine Prolongation einverstanden erklärt.

Entsprechend hat der 18. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln in seinem Urteil vom 30.08.2012, dem sich der erkennende Senat auch insoweit anschließt, überzeugend ausgeführt: 160

„(2) Auch die vom Kläger herangezogenen Indizien rechtfertigen die Annahme einer Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bereits im Juli 2004 nicht.“ 161

(a) In einem beim Landgericht Münster (102 O 113/10) anhängigen Rechtsstreit des Klägers gegen die F2 GmbH wurde auf der Grundlage des Vortrags des Klägers ein Beweisbeschluss zur Insolvenzreife der Schuldnerin erlassen. Grundlage hierfür sollen die Anlagen K 20, 21, 27, 12 und BB 6 im vorliegenden Verfahren sein. 162

Bei der Anlage K 20 – Anlage K 21 betrifft den gleichen Sachverhalt - handelt es sich um ein Schreiben des Beklagten vom 05.04.2004 an die F2. Diese hatte der Schuldnerin ein bis zum 30.06.2004 befristetes Darlehen gewährt. In dem Schreiben wird über die anstehenden Verhandlungen mit Investoren berichtet, deren Kapital für die Ablösung des Darlehens benötigt wird. Abschließend wird im Hinblick auf die noch nicht abgeschlossenen Verhandlungen mit Investoren um eine Verlängerung des Darlehens gebeten, „um uns vom Zeitdruck zu befreien“. 163

Aus diesem Schreiben ergibt sich nur, dass die Schuldnerin bei Fälligkeit nicht würde zahlen können, wenn sie keine Investoren findet. Das ist noch kein Beleg für Zahlungsunfähigkeit. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass ein asiatischer Investor (M Europe Limited) bereits eine positiv verlaufene due diligence-Prüfung durchgeführt hatte. Zu einer Beteiligung dieser Gesellschaft war es bislang nur deswegen nicht gekommen, weil die Geschäftsführung der Schuldnerin ihrerseits die vom Investor gewünschte „Kompensation“ durch Wareneinkäufe abgelehnt hatte (Anlage BB 2). Am 01.04.2004 hatte der Gesellschafter der Schuldnerin mit der N3 B. V. einen Anteilskaufvertrag geschlossen (Anlage K 6). Schließlich wurde am 19.07.2004 ein Vertrag mit N2 geschlossen, durch den der Schuldnerin 2,5 Mio. € neues Kapital zuflossen. Hieraus wurden 1 Mio. € an F2 gezahlt und das Restdarlehen wurde bis zum Jahresende prolongiert. 164

Selbst wenn man davon ausgeht, dass bei Fälligkeit der Darlehensrückzahlung am 30.06.2004 das erforderliche Kapital noch nicht zur Verfügung gestanden hat – das ergibt sich aus Anlage K 27, wo der Gesellschafter der Schuldnerin dokumentiert, wie er auf das Geld wartet -, steht der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit jedenfalls noch entgegen, dass der Rückzahlungsanspruch nicht ernsthaft geltend gemacht wurde. Gerade hiervon geht der Senat nach der Vernehmung des Zeugen Prof. Dr. N aus. 165

Der Zeuge Prof. Dr. N hat in seiner Aussage bestätigt, dass die F2 GmbH sich Ende Juni/Anfang Juli 2004 mit einer Prolongation des zum 30.06.2004 fälligen Darlehens über 2 Mio. € einverstanden erklärt hat. Der Senat hat auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Zeuge, der selbst Beklagter in einem Parallelverfahren (18 U 30/12) ist und insofern ein eigenes Interesse am Ausgang dieses Rechtsstreits hat, keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Darstellung. Dies beruht entscheidend darauf, dass allein diese Darstellung sich zwanglos in das weitere unstreitige Geschehen einfügen lässt. Es steht nämlich fest, dass das Darlehen schließlich im August 2004 zur Hälfte getilgt und im Übrigen bis zum Ende des Jahres 2004 prolongiert worden ist (Anlagen K 14 und K 75). Bis zum August 2004 sind auch keinerlei Maßnahmen seitens der F2 GmbH erfolgt, mit der die Zahlung der seit dem 30.06.2004 fällig gewesenen 2 Mio. € angemahnt worden wären. Ohne eine Absprache zwischen der Schuldnerin und der F2 GmbH, wie sie der Zeuge bekundet hat, wäre aber schon aufgrund der Höhe der Forderung zu erwarten gewesen, dass die F2 GmbH die Zahlung zumindest anmahnt. Vor diesem Hintergrund erscheint dem Senat auch nicht zweifelhaft, dass der handschriftliche Vermerk auf dem Schreiben der Notare Dr. C2 und Dr. G2 vom 05.07.2004 (Anlage BE 5; Bl. 1316 d. A.)

„01xx/2xxxxx0

167

Herr Dr. N, tel. x.x.xx

168

3 Monate Prolongation“

169

tatsächlich von dem damaligen Geschäftsführer der F2 GmbH, dem inzwischen verstorbenen Herrn F4, stammt. Die in dem Vermerk enthaltene Rufnummer gehört jedenfalls zum Handy des Zeugen Prof. Dr. N wie der Senat im Rahmen der Beweisaufnahme festgestellt hat.

170

Unerheblich ist insoweit, dass eine wirksame Prolongation möglicherweise der Schriftform bedurft hätte, eine solche schriftliche Prolongation aber erst im August 2004 erfolgt ist. Für die Frage, ob eine Forderung (noch) ernsthaft eingefordert wird, kommt es nicht entscheidend auf die Wirksamkeit einer Prolongation oder Stundung an, sondern es reicht schon, dass diese faktisch erfolgt, denn für die insolvenzrechtliche Fälligkeit kommt es auch auf den Willen des Gläubigers an, die Erfüllung der Forderung zu verlangen (BGH, Beschluss vom 19.07.2007 – IX ZB 36/07 -, Rn 18).

171

Entgegen der noch vom Senat in dem Hinweis- und Beweisbeschluss vom 28.03.2012 geäußerten Auffassung kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch nicht davon ausgegangen werden, dass durch die Kündigung des Restdarlehens im Dezember 2004 Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Es ist der Schuldnerin nämlich noch rechtzeitig gelungen, diese Zahlungsverpflichtung durch den Verkauf von Waren an die Gläubigerin und die Verrechnung der wechselseitigen Forderungen zum Erlöschen zu bringen. Dies hat der Zeuge E, der damalige Leiter der Buchhaltung der Schuldnerin, bestätigt. Der Senat hat auch keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Aussage, weil sie der Dokumentenlage entspricht. Die Darstellung des Zeugen entspricht dem, was sich aus der Rechnung der Schuldnerin an die F2 GmbH vom 31.12.2004 (Anlage 3 zum Schriftsatz des Beklagten vom 30.05.2012; Bl. 807 d. A.) ergibt. Danach wurden für Waren im Wert von über 2,3 Mio. € nur 1.073.785,70 € berechnet. Der Differenzbetrag entspricht dem zum 31.12.2004 fälligen Darlehensrückzahlungsanspruch nebst Zinsen. Dementsprechend weist auch der Jahresabschluss der Schuldnerin zum 31.12.2004 das Darlehen der F2 GmbH als getilgt aus (Anlage 7 zum Jahresabschluss. S. 7; Bl. 880 d. A.).“

172

173

Soweit der Kläger weiterhin auf verschiedene Erklärungen des Insolvenzverwalters der T3 oder der Geschäftsführer der Insolvenzschriftnerin zur Liquidität der Insolvenzschriftnerin aus der Zeit vor dem 01.07.2004 verweist, haben diese Erklärungen keinen erheblichen Aussagewert, weil es sich um Mutmaßungen und Prognosen handelt, es letztlich aber allein auf die konkreten Umstände zum maßgeblichen Zeitpunkt ankommt.

Auch der Umstand, dass die Insolvenzschriftnerin die mit Bescheid vom 21.07.2004 festgesetzte Umsatzsteuernachzahlung für das Jahr 2002 über 1.492.320,84 € im August 2004 nicht aus eigenen Mitteln, sondern durch eine Verrechnung mit einem ihr von der T3 abgetretenen Steuererstattungsanspruch getilgt hat, rechtfertigt nicht die Annahme einer Zahlungsunfähigkeit bzw. drohenden Zahlungsunfähigkeit. Dabei kann es dahinstehen, ob es sich hierbei um eine kongruente oder inkongruente Leistung der T3 handelte. Dass eine verbend tätige Firma eine Umsatzsteuernachzahlung in Millionenhöhe nicht sofort aus freien Mitteln zurückführen kann, lässt noch keinen Rückschluss auf ihre Zahlungsunfähigkeit zu. Vielmehr spricht der Umstand, dass ein Dritter zur Abtretung eigener fälliger Ansprüche bereit war, dafür, dass die Insolvenzschriftnerin zu dem damaligen Zeitpunkt in der Lage war, noch finanzielle Mittel zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten aufzutun. 174

Soweit der Kläger mit der Berufung neu vorträgt, ist sein Vorbringen gem. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Dies gilt insbesondere für seine - im Übrigen auch substanzlose - Behauptung, die Insolvenzschriftnerin habe schon in den Jahren 2002 und 2003 fällige Verbindlichkeiten gegenüber T3 aus begebenen Darlehen nicht bezahlen können. 175

Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände kann auf der Grundlage des Prozessvortrages des Klägers sowie der unstreitigen Umstände nicht von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Insolvenzschriftnerin ausgegangen werden, zumal andere Indizien, die auch typischerweise für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sprechen können, wie z.B. vielfache Vollstreckungsversuche, nicht eingelöste Lastschriften, androhte Insolvenzanträge etc. von dem Kläger nicht aufgezeigt werden. 176

c) 177

Selbst bei einem zugunsten des Klägers unterstellten Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Insolvenzschriftnerin scheidet ein auf den Anfechtungsgrund des § 133 Abs. 1 InsO gestützter Rückgewähranspruch des Klägers hinsichtlich der zwischen 2002 und 2004 jeweils erbrachten Umsatzsteuerzahlungen aus. 178

Denn das beklagte Land bzw. das Finanzamt hatte zum Zeitpunkt der jeweils maßgeblichen Rechtshandlung keine Kenntnis von einem jeweils bestehenden - unterstellten - Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Insolvenzschriftnerin. Diese Kenntnis wird nach § 133 Abs. 1 S. 2 InsO zwar vermutet, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die jeweilige Handlung die Gläubiger benachteiligte. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung können - weil es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt - meist nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden. Soweit dabei Rechtsbegriffe wie die Zahlungsunfähigkeit betroffen sind, muss deren Kenntnis außerdem oft aus der Kenntnis von Anknüpfungstatsachen erschlossen werden. Der Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit steht auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinweisen (BGH ZInsO 2010, 1598). Es genügt daher, dass der Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher 179

Bewertung die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt (BGH, ZInsO 2010, 1598). Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass solche Tatsachen nur mehr oder weniger gewichtige Beweisanzeichen darstellen, die eine Gesamtwürdigung nicht entbehrlich machen und nicht schematisch im Sinne einer vom anderen Teil zu widerlegenden Vermutung angewandt werden dürfen.

Diese Voraussetzungen hat der Kläger entgegen seiner Annahme in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 06.11.2013 nicht aufgezeigt. So fehlt es schon an einem konkreten Prozessvortrag zu der Kenntnis des beklagten Landes – zu dem jeweiligen maßgeblichen Zeitpunkt - von dem Vorliegen eines „Sanierungsfalles“ bzw. einer „inkongruenten Deckung.“ 180

Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung liegen hier unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände nicht vor (§ 286 ZPO): Soweit der Kläger behauptet, dem beklagten Land seien die Jahresabschlüsse für die Jahre 2002 und 2003 am 30.06.2004 bekannt gewesen, ist dieses Vorbringen ohne Substanz. Der Kläger legt bereits nicht konkret dar, wann dem beklagten Land die Jahresabschlüsse vorgelegt worden sind. Erst recht ist nicht ersichtlich, warum dem beklagten Land aufgrund der Kenntnis von diesen Jahresabschlüssen hätte bekannt sein müssen, dass zum 30.06.2004 die Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschriftschuldnerin drohte. Es fehlen nämlich jegliche Angaben zum Inhalt dieser Abschlüsse. Insbesondere ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher Angaben in den Bilanzen das beklagte Land die entsprechende Kenntnis von Umständen, die auf eine zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit hindeuteten, hatte oder hätte gewinnen können. 181

Der Einwand des Klägers, dem beklagten Land sei aufgrund der vorgelegten Jahresabschlüsse bekannt gewesen, dass das Darlehen der Firma F2 GmbH zum 30.06.2004 zur Rückzahlung anstanden hätte und dass die Insolvenzschriftschuldnerin außerstande gewesen sei, die Rückzahlung zu erbringen, ist ohne Substanz. Es wird nämlich nicht aufgezeigt, woher das beklagte Land hätte wissen können, dass – unterstellt, sie wusste, dass ein Darlehen zur Rückzahlung anstand – die Insolvenzschriftschuldnerin nicht in der Lage gewesen sein soll, die Rückzahlung zu erbringen, zumal kurz nach dem Fälligkeitstermin ein Teil der Forderung zurückgeführt und die Restforderung prolongiert wurde. Unstreitig ist das Darlehen noch lange vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens insgesamt zurückgeführt worden. 182

Selbst wenn man unterstellen würde, dass sich aufgrund der vorgelegten Abschlüsse - entsprechend den Angaben des Prof. Dr. H2 in seinem Gutachten - eine bilanzielle Überschuldung der Insolvenzschriftschuldnerin ergeben hätte, würde das indes nicht bedeuten, dass das beklagte Land auch von einer insolvenzrechtlichen Überschuldung oder einer Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschriftschuldnerin hätte ausgehen müssen. Im Übrigen ist gar nicht dargelegt worden, warum das beklagte Land bzw. dessen Mitarbeiter die vorgelegten Jahresabschlüsse auf die Zahlungsunfähigkeit oder insolvenzrechtliche Überschuldung der Insolvenzschriftschuldnerin hin hätte überprüfen sollen. 183

Die Ausführungen des Klägers über die bekannte Struktur der Auffanggesellschaft sind, wie das beklagte Land zu Recht rügt, unsubstantiiert und weder seitens des beklagten Landes einlassungsfähig noch seitens des Senats auf ihre Maßgeblichkeit für die Beurteilung der Kenntnis von dem – unterstellten - Gläubigerbenachteiligungsvorsatz überprüfbar. Der weitere Vortrag des Klägers zu anderen vermeintlichen Indizien, die die Kenntnis des beklagten Landes vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Insolvenzschriftschuldnerin belegen sollen, ist substanzlos. So ist unklar, was sich aus der Teilnahme der Mitarbeiter des beklagten Landes an der Gläubigerversammlung der T3 im Hinblick auf die Insolvenzschriftschuldnerin konkret 184

ergeben soll. Ebenso unsubstantiiert ist der Vortrag, die Insolvenzschriftführerin sei als „Auffanglösung“ bezeichnet oder die „Auffanggesellschaft“ sei stets als Sanierungsfall dargestellt worden. Insoweit handelt es sich um leere Formulierungen. Daraus lassen sich keine Rückschlüsse auf eine Kenntnis des beklagten Landes vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Insolvenzschriftführerin herleiten.

Letztlich begründet die Art und Weise des Ausgleichs der Umsatzsteuernachforderung des beklagten Landes im August 2004 noch keine Kenntnis des beklagten Landes von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Insolvenzschriftführerin. Wie die Kammer zutreffend ausgeführt hat, sind für eine solche Verrechnung vielfältige Gründe denkbar. Diese Gründe müssen nicht zwangsläufig auf einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschriftführerin beruhen. Umgekehrt spricht die Abtretung eines werthaltigen Anspruchs eher dafür, dass der Abtretende nicht von einer alsbaldigen Zahlungsunfähigkeit des Abtretungsempfängers ausgeht. Im Übrigen dürften wohl die meisten Firmen in Deutschland nicht in der Lage sein, eine – unerwartete - Steuernachforderung in Höhe von ca. 1.500.000 € unmittelbar mit vorhandenen Barmitteln zu befriedigen. 185

Im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Umstände ist zu berücksichtigen, dass die Insolvenzschriftführerin die Umsatzsteuervorauszahlungen sowie die Umsatzsteuernachforderungen in dem maßgeblichen Zeitraum gegenüber dem beklagten Land stets pünktlich beglichen hat, ohne dass Mahnungen oder gar Vollstreckungsmaßnahmen notwendig waren. Damit liegen gerade nicht die Indizien vor, die typischerweise für eine entsprechende Kenntnis des Anfechtungsgegners sprechen können. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Finanzbehörden ansonsten Vollstreckungsmaßnahmen einleiten mussten bzw. dass Lastschriften nicht eingelöst wurden. Bei dieser Sachlage kann von dem Vorliegen einer entsprechenden Kenntnis des beklagten Landes vom einem (etwaigen) Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Insolvenzschriftführerin nicht ausgegangen werden. 186

3. 187

Ein Anspruch ergibt sich auch nicht gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. 188

Entsprechend dem Urteil der Kammer erfolgten die Umsatzsteuerzahlungen seitens der Insolvenzschriftführerin aufgrund der wirksamen Steuerfestsetzungen in dem Bescheid vom 21.07.2004 und den Umsatzsteuervoranmeldungen (§ 168 S. 1 AO) mit Rechtsgrund. Der Senat ist an diese Festsetzungen bis zu ihrer Aufhebung gebunden. 189

4. 190

Neue tatsächliche Ausführungen und neue Angriffsmittel in dem nicht nachgelassenen nach Schluss der mündlichen Verhandlung zu den Akten gereichten Schriftsatz des Klägers vom 06.11.2013 durfte der Senat nicht mehr berücksichtigen (§§ 525, 296a ZPO). Die Voraussetzungen für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 156 ZPO) lagen nicht vor. Der Kläger hatte in dem Berufungsverfahren sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme. 191

Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass der Vorsitzende in der mündlichen Verhandlung vom 23.10.2013 bei der Darstellung der vorläufigen Rechtsauffassung des Senats nicht zum Ausdruck gebracht hat, der Schriftsatz vom 10.10.2013 sei noch nicht gelesen worden. Vielmehr ist dieser Schriftsatz im Original am 14.10.2013 zu den Akten gelangte Schriftsatz noch umfänglich bei der senatsinternen Vorberatung berücksichtigt 192

worden. Lediglich der Inhalt der beiden dem Senat am Morgen des Sitzungstages vorgelegten Schriftsätze des Klägers vom 21.10.2013 sowie des beklagten Landes vom 18.10.2013, die beide erst am Vortrag bei Gericht eingegangen sind, konnten nicht mehr von allen Senatsmitgliedern gelesen und vor Beginn der Sitzung - um 9.00 Uhr - beraten werden. Auf diesen Umstand hat der Vorsitzende in der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

III. 193

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit findet ihre rechtliche Grundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1, S. 2 ZPO. 194

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO) sind nicht erfüllt. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch bedarf es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Die hier maßgeblichen Rechtsfragen, insbesondere zu einer Anfechtung nach § 134 InsO bei einer Haftung gem. § 73 AO, sind in der obergerichtlichen Rechtsprechung hinreichend geklärt. Im Übrigen beruht die Beurteilung des Streitfalles nur auf einer Würdigung des Vorbringens zu den konkreten Umständen des vorliegenden Einzelfalles. 195

Berufungsstreitwert: 6.524.493,52 € 196