
Datum: 18.10.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 93/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1018.18U93.15.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 147/13

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 23.04.2015 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln (81 O 147/13) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.330.045,29 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.01.2014 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Der Beklagte ist des Rechtsmittels der Berufung verlustig, soweit er diese in Höhe eines Betrages von 695.054,79 Euro zurückgenommen hat. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Von den in erster Instanz entstandenen Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 81% und der Beklagte 19%. Die im Berufungsrechtszug entstandenen Kosten werden dem Kläger zu 82% und dem Beklagten zu 18% auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner bleibt vorbehalten, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger zuvor Sicherheit in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

G r ü n d e :

- I. 1
- Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der im Juli 2005 mit einem Stammkapital von 25.000 Euro gegründeten V GmbH (nachfolgend: Schuldnerin), einer mit der Errichtung eines Kongresszentrums in C befassten Projektgesellschaft mit Sitz in C. Ferner ist er Insolvenzverwalter über das Vermögen der im Januar 2006 mit einem Stammkapital von 25.000 Euro gegründeten T GmbH mit Sitz in C2. 2
- Ab Dezember 2005 war die im Dezember 2004 gegründete T2 (nachfolgend: T2) mit registriertem Sitz im Bundesstaat E/USA alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin. An der T2 waren die T3 mit einem Anteil von zuletzt 67,5%, die I mit einem Anteil von zuletzt 17,5% und die O mit einem Anteil von zuletzt 15% beteiligt. Von den Geschäftsanteilen der T3 hielten der Beklagte 51% und dessen Ehefrau 49%. An der I und der O waren ausschließlich Dritte beteiligt. Der Beklagte war ab Juni 2006 einer von zwei Geschäftsführern der Schuldnerin sowie ab Dezember 2004 Chief Executive Officer und Chairman des Board of Directors der T2. Neben dem Beklagten gehörten dem Board als Vertreter der I D und als Vertreter der O U an. 3
- Die Stadt C und die Schuldnerin schlossen am 08.03.2006 einen Projektvertrag (Anlage K1), in dem sich letztere verpflichtete, einen Gebäudekomplex auf bestimmten, in das Eigentum der Gesellschaft übergehenden Grundstücken zu errichten, zu finanzieren und zusammen mit bestehenden Bauten als Kongresszentrum zu betreiben. Die Vertragsparteien gingen von 139 Mio. Euro Gesamtinvestitionskosten aus. Darin sollten Landesmittel von 35,79 Mio. Euro als verlorener Zuschuss und Eigenkapital der Schuldnerin von 40 Mio. Euro einfließen. Mit Rücksicht darauf wurde das Stammkapital der Schuldnerin 2006 in zwei Schritten um 9,75 Mio. Euro auf 10 Mio. Euro erhöht und bis Mitte des Jahres von der T2 aus von ihr bei der U2 Ltd. (nachfolgend: U2 Ltd.) mit Sitz in I2/China aufgenommenen Kreditmitteln eingezahlt. Nach § 22.1 des Projektvertrages stand der Stadt C ein Heimfallanspruch unter anderem für den Fall der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin, der Anbringung eines Insolvenzantrags, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der nicht vertragsgemäßen Betreibung des Kongresszentrums zu. Der Schuldnerin hatte nach § 22.3 des Projektvertrages Anspruch auf Ausgleich für die Aufbauten in Höhe von 70% des Verkehrswertes, wenn die Stadt C von dem Heimfallanspruch Gebrauch macht. 4
- Zum Zwecke der Finanzierung des für die Realisierung des Projekts benötigten Fremdkapitals war eine Darlehensvergabe durch die T4 LC von 104,3 Mio. Euro in Aussicht genommen. Entsprechend der Grundsatzzusage gemäß Vorstandsbeschluss vom 02.11.2005 (vgl. dazu Seite 128-130, 140 f des Urteils der Strafkammer vom 10.05.2013 (27 KLS 03/11 LG Bonn) (Anlage K54) hatte das Geldinstitut die Vergabe der Mittel zunächst an die Bedingung einer seitens der Investoren zur erbringenden Bankbürgschaft über 30 Mio. Euro geknüpft. Diese Position gab die T4 gemäß modifizierter Finanzierungszusage vom 12.02.2007 (Anlage K2) zugunsten der Forderung nach einer erstrangigen Verpfändung von Guthaben/Wertpapieren von mindestens 10 Mio. Euro auf, die auf ein bei ihr zu unterhaltenden Konto/Wertpapierdepot transferiert werden sollten. Da weder er noch die T2 5

oder deren Anteilseigner in der Lage waren, der Schuldnerin das Geld aus eigenen Mitteln zur Verfügung zu stellen, und Bemühungen um eine Kapitalnutzung im Sinne einer längerfristigen Unternehmensfinanzierung zu marktüblichen Konditionen zunächst ohne Erfolg blieben (vgl. dazu Seite 143-145, 176-185 des Urteils der Strafkammer vom 10.05.2013 (27 KLS 03/11 LG Bonn) (Anlage K54), nahm der Beklagte bei der auf Zypern ansässigen B (Cyprus) Ltd. (nachfolgend: B Ltd.) gemäß Credit Facility Agreement (dt. Übers.: Kreditrahmenvertrag) vom 07.02.2007 persönlich einen Überbrückungskredit über 10,3 Mio. Euro mit einer Laufzeit von sechs Monaten (Fälligkeitsdatum: 08.08.2007) auf, für den vierteljährlich Zinsen von 1,5 Mio. Euro zu zahlen war. Die deutsche Übersetzung des von der Schuldnerin, der T2 und der I3 Co. Ltd. (nachfolgend: I3), einer Tochtergesellschaft der Ende 2007 insolvent gewordenen I, als Mitschuldner geschlossenen Credit Facility Agreements (Anlage K3) lautet u.a. wie folgt:

„1. Kreditrahmen	6
...	7
1.3 Der Kreditrahmen wird vom KREDITGEBER zur Verfügung gestellt, nachdem der KREDITNEHMER die folgenden Vorbedingungen erfüllt hat („Vorbedingungen“)	8
• a. Die Mitschuldner haben dem Kreditgeber Bürgschaften gewährt wie im Wesentlichen in Anhang I festgestellt, ...	10
...	11
<u>3. Sicherheitsleistung und Bürgschaften</u>	12
...	13
3.4 Jeder Mitschuldner garantiert hiermit dem KREDITGEBER bedingungslos und unwiderruflich , falls der KREDITNEHMER einen fälligen Betrag im Zusammenhang mit dem Kreditrahmenvertrag nicht zum Zeitpunkt, Datum oder zu anderen im Kreditrahmenvertrag festgelegten Konditionen zahlt, diese unverzüglich bis zu 100% des Kreditrahmens zuzüglich Zinsen und Kosten zu zahlen bei der ersten schriftlichen Aufforderung durch den KREDITGEBER ohne eine Verpflichtung des KREDITGEBERS die Zahlung zuerst vom KREDITNEHMER zu fordern. Jeder Mitschuldner wird eine eigenständige Bürgschaft unterzeichnen wie in Anhang I festgelegt. Der KREDITGEBER soll dazu berechtigt sein diese Bürgschaften aufzubewahren und zu nutzen bis zur vollständigen und letzten Zahlung eines jeden geschuldeten Betrages im Rahmen dieses Vertrages und verpflichtet sich, die Bürgschaften danach an die Mitschuldner zurückzugeben.	14
...	15
3.11 Mitschuldner I und der Kreditnehmer werden – in separaten Dokumenten – dem Kreditgeber einklagbare Schuldanerkenntnisse vorlegen, um ihre Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Kreditgeber zu unterstützen. ...“	16
Dementsprechend erkannten der Beklagte und die Schuldnerin mit notarieller Urkunde (Anlage K15) vom 07.02.2007 an, der B Ltd. gesamtschuldnerisch 13,3 Mio. Euro zu schulden, und unterwarfen sich hinsichtlich dieser Schuld der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen (vgl. Seite 185-189 des Urteils der Strafkammer des vom 10.05.2013	17

(27 KLS 03/11 LG Bonn) (Anlage K54). Mit weiterer notarieller Urkunde vom selben Tag erklärte die T2, dass sie der B Ltd. Geschäftsanteile an der Schuldnerin von 49% anbiete, wobei erstere das Angebot nicht vor dem 01.04.2009 und spätestens bis zum 31.12.2013 annehmen könne. Hinsichtlich der restlichen Geschäftsanteile war der B Ltd. ein Vorkaufsrecht eingeräumt.

Nach Eingang der Darlehensvaluta abzüglich angefallener Beratungskosten (laut Urteil der Strafkammer vom 10.05.2013 (27 KLS 03/11 LG Bonn), dort Seite 189: 10,085 Mio. Euro) auf einem Konto des Beklagte bei der T4 LC, dessen Guthaben – wie in der modifizierten Finanzierungszusage vom 12.02.2007 (Anlage K2) vorgesehen – von diesem für Zwecke der Schuldnerin zu deren Gunsten verpfändet worden war, schlossen die Gesellschaft und das Geldinstitut am 07.03.2007 einen Vertrag über einen zeitlich befristeten Multifunktionskredit bis zur Höhe von insgesamt 104,3 Mio. Euro mit einer maximalen Laufzeit bis zum 30.08.2009 (Anschubfinanzierung) sowie ein langfristiges Darlehen bis zur Höhe von 74,3 Mio. Euro mit einer maximalen Laufzeit von 25 Jahren (Anschlussfinanzierung). Nach dem Kreditvertrag mit der T4 LC vom 07.03.2007 war es Schuldnerin untersagt, „wesentliche“ Finanzverbindlichkeiten einzugehen (§ 16.6) und Vermögensgegenstände zu verpfänden (§ 16.7). Ferner war der Schuldnerin aufgegeben, beabsichtigte Änderungen im Gesellschafterbestand mitzuteilen (§ 16.2.4). Die Nichteinhaltung dieser Auflage berechnete die T4 zur Kündigung des Kreditvertrages (§ 17.1.5). Am 19.03.2007 verpflichtete sich die Stadt C gegenüber der T4, für den näher definierten Ausfall des Darlehens als neuer Kreditnehmer in den Vertrag einzutreten (vgl. Seite 190 des Urteils der Strafkammer vom 10.05.2013 (27 KLS 03/11 LG Bonn) (Anlage K54)).

In der Folge bemühte sich der Beklagte, das für eine Umschuldung der Verbindlichkeiten gegenüber den Zwischenkreditgebern (U2 Ltd. und B Ltd.) und für weitere von ihm betriebene Projekte benötigte Kapital mit Hilfe der auf Hawaii ansässigen I4 Inc. (nachfolgend: I4 Inc.) einzuwerben (vgl. Seite 194-205 des Urteils der Strafkammer vom 10.05.2013 (27 KLS 03/11 LG Bonn) (Anlage K54)). Da es ihm indes nicht einmal gelang, rechtzeitig die zur Ablösung des bei der B Ltd. aufgenommenen Überbrückungskredits erforderlichen Mittel zu beschaffen, schloss der Beklagte mit dieser am 15.08.2007 einen notariellen Vertrag, mit dem 94% der Geschäftsanteile der T2 an der Schuldnerin auf die B Ltd. übertragen wurden (Anlage K20). Ferner erkannte die T2 an, der B Ltd. 13,3 Mio. Euro zu schulden, und unterwarf sich hinsichtlich dieser Schuld der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Der T2 war ein Rükckerwerbsrecht unter der Bedingung der vollständigen Zahlung von 13,3 Mio. Euro zuzüglich der durch die Rückübertragung veranlassten Kosten bis zum 15.09.2007, davon 1 Mio. US Dollar bis zum 16.08.2007. Durch monatlich fällig werdende weitere Zahlungen konnte die Gesellschaft von diesem Recht bis zum 15.02.2008 Gebrauch machen. Gleichfalls am 15.08.2007 beurkundete der Notar die Bestellung einer Buchgrundschuld in Höhe von 13,3 Mio. Euro zugunsten der B (Holland) BV (nachfolgend: B BV) (Anlage K21).

Am 31.08.2007 schloss die T GmbH, die mit Generalübernehmervertrag vom 06.06.2005 (Anlage K8, Bl. 45-52 AH I) gegenüber der Schuldnerin die schlüsselfertige Erstellung des Kongresszentrums übernommen hatte und deren einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagte am 27.06.2006 geworden war, vertreten durch ihren weiteren Geschäftsführer I5, mit der T2 einen Darlehensvertrag (Anlage K39, Bl. 179 AH I), in dem es unter anderem heißt, die T GmbH gewähre der T2 „einen Kredit in Höhe von 306.792,27 Euro zzgl. Zinsen bis zum 30.09.2007 in Höhe von 23.558,56 Euro“ und mit dem Beklagten persönlich einen Darlehensvertrag (Anlage K42, Bl. 187 AH I), in dem es heißt, die T GmbH gewähre dem Beklagten „einen privaten Kredit in Höhe von 52.745,21 Euro“. Am 08.09.2007 schloss die T GmbH, wiederum vertreten durch ihren Geschäftsführer I5, mit der T2 Dubai

einen Darlehensvertrag (Anlage K33, Bl. 169 AH I), in dem es unter anderem heißt, die T GmbH gewähre der T2 Dubai „einen Kredit in Höhe von 521.003,83 Euro“.

Aufgrund einer am 19.09.2007 getroffenen Vereinbarung zwischen der T2 und der I4 Inc. gelang es dem Beklagten, mittels Emission von Anleihen durch die amerikanische Gesellschaft Fremdmittel von nominal rund 47 Mio. US Dollar einzuwerben. Davon wurde zunächst das von der T2 bei der U2 Ltd. aufgenommene Darlehen nebst aufgelaufenen Zinsen getilgt. Der an die Corporation ausgezahlte Restbetrag von 32 Mio. US Dollar wurde zu einem geringen Teil für die Erhaltung des Rechts auf Rückerwerb der Anteile an der Schuldnerin gegenüber der B Ltd., ganz überwiegend aber für Zwecke verwandt, die mit der Realisierung des von dieser betriebenen Projekts in keinerlei Zusammenhang standen (vgl. Seite 224 des Urteils der Strafkammer vom 10.05.2013 (27 KLS 03/11 LG Bonn) (Anlage K54)).

Aufgrund einer am 14.04.2008 zwischen der Schuldnerin und der I4 Inc. getroffenen Vereinbarung gelang es dem Beklagten mittels Ausgabe von Schuldverschreibungen durch die GmbH weitere Fremdmittel von rund 20 Mio. US Dollar einzuwerben. Nachdem dieses Geld auf ein Konto der Schuldnerin bei der E2 AG eingezahlt worden war, erwirkte die B Ltd. am 22.04.2008 wegen einer Hauptforderung nebst Kosten und Zinsen von rund 11,7 Mio. Euro gegen den Beklagten und die Schuldnerin einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (Anlage K23). Am 08.05.2008 wurde ein Guthaben von 11.719.990,50 Euro an die anwaltlichen Bevollmächtigten der B Ltd. überwiesen (Anlage K23).

Am 31.08.2008 leitete die Staatsanwaltschaft Bonn ein Ermittlungsverfahren gegen den Beklagten wegen des Verdachts des Betruges im besonders schweren Fall ein (Seite 243 des Urteils der Strafkammer vom 10.05.2013 (27 KLS 03/11 LG Bonn) (Anlage K54)). Daraufhin kündigten die T4 LC – nach Darstellung des Beklagten in einem vor dem Landgericht Frankfurt am Main angestregten Rechtsstreit gegen die B Ltd. u.a. wegen vertragswidriger Übertragung von Geschäftsanteilen der T2 an der Schuldnerin auf die zypriotische Gesellschaft (Seite 47 der Klageschrift vom 30.12.2010 (Anlage K52) – am 25.09.2009 den mit der Schuldnerin geschlossenen Kreditvertrag und die Stadt C – nach Darstellung des Beklagten in jenem Rechtsstreit u.a. wegen Verletzung der Vertragspflicht zur ordnungsgemäßen Finanzierung des Bauvorhabens (Seite 47 der Klageschrift vom 30.12.2010 (Anlage K52) – am 28.09.2009 den mit der Schuldnerin geschlossenen Projektvertrag (vgl. Seite 245 des Urteils der Strafkammer vom 10.05.2013 (27 KLS 03/11 LG Bonn) (Anlage K54)). Auf den Eigenantrag der Schuldnerin vom 29.09.2009 eröffnete das Amtsgericht Bonn durch Beschluss vom 08.01.2010 (96 IN 160/09) (Anlage K4, Bl. 49 AH I) das Insolvenzverfahren über deren Vermögen.

Durch Urteil des Landgerichts Bonn vom 10.05.2013 wurde der Beklagte wegen Betruges in zwei Fällen und wegen falscher Versicherung an Eides statt zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision hat der Beklagte zurückgenommen. Gegenstand des Urteils waren mehrere Taten, die der Beklagte und zwei seiner anwaltlichen Berater – so die auf der Grundlage umfangreicher Beweiserhebung gewonnene Überzeugung der Strafkammer – bei unterschiedlicher Beteiligung begangen haben: Zunächst hat das Strafgericht den Beklagten und Rechtsanwalt Dr. D2 des Betruges zum Nachteil der Stadt C schuldig gesprochen, weil beide Ratsmitglieder über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der T2 getäuscht und dadurch den Zuschlag für die Durchführung des Projekts erschlichen hätten (Fall 3 der Anklage). In diesem Fall habe Dr. D2 zudem städtische Bedienstete bestochen (Fall 2 der Anklage).

Darüber hinaus (Fall 4 der Anklage) hat die Strafkammer einen in mittelbarer Täterschaft des Beklagten begangenen Betrug zum Nachteil der I4 Inc. darin gesehen, dass jener – unterstützt durch Rechtsanwalt U3 – die Investmentgesellschaft unter Vorspiegelung nicht vorhandener Sicherheiten (hier vor allem: die nicht mehr vorhandene Eigenschaft der T2 als alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin) zur Auskehrung von 32 Mio. US Dollar an die T2 Unternehmen veranlasst habe. Wegen der Einzelheiten der getroffenen Feststellungen wird auf das als Anlage K54 zur Akte gereichte Strafurteil (27 KLS - 430 Js 461/09 - 6/09 LG Bonn) Bezug genommen.

Der Kläger hat den Beklagten aus eigenem Recht der Schuldnerin auf Ausgleich von deren Leistung an die B Ltd., d.h. auf Zahlung von 11.719.990,50 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins ab Rechtshängigkeit (06.01.2014) in Anspruch genommen. Hilfsweise hat er dieses Begehren auf Schadensersatz wegen der Verletzung der Sorgfaltspflichten des Beklagten als Geschäftsführer der Schuldnerin gestützt. Dieser habe, wie der Kläger mit näherer Begründung, auf die Bezug genommen wird (Bl. 84a-101 GA), insbesondere unter Bezugnahme auf die Feststellungen der Strafkammer gemäß Urteil vom 10.05.2013 (27 KLS - 430 Js 461/09 - 6/09 LG Bonn) (Anlage K54) sowie auf ein im Auftrag der Staatsanwaltschaft Bonn von Oberregierungsrat X erstattetes Gutachten zur Überschuldung der Gesellschaft vom 05.08.2011 (Anlage K63) geltend gemacht hat, die Mithaft der Schuldnerin für das von ihm aufgenommene Überbrückungsdarlehen nicht begründen dürfen, weil – wie er gewusst habe – weder dessen Rückzahlung noch die Gesamtfinanzierung des Projekts gesichert gewesen sei. Dem von X erstellten Überschuldungsstatus (Anlage K62) lasse sich entnehmen, dass die Schuldnerin bereits per 31.12.2007 überschuldet gewesen sei. Dementsprechend hafte der Beklagte aus § 43 Abs. 2 GmbHG und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 StGB.

Ferner wird der Beklagte aus abgetretenem Recht des Klägers als Verwalter in dem am 07.01.2010 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der T GmbH in Anspruch genommen. Insoweit hat der Kläger Rückzahlung des Privatdarlehens in Höhe von 57.619,24 Euro und Schadensersatz wegen angeblicher Uneinbringlichkeit der Darlehensforderungen gegenüber der T2 und der T2 Dubai in Höhe von 837.435,55 Euro abzüglich einer im Wege des Vergleichs erfolgten Zahlung von I5 in Höhe von 200.000,00 Euro, mithin zusammen Leistung von 695.054,79 Euro nebst Zinsen verlangt. Der Kläger hat gemeint, der Beklagte schulde nicht nur gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB Rückzahlung des Privatdarlehens, sondern hafte auch gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG wegen der beiden ausgereichten Geschäftsdarlehen, weil jener, wie er behauptet, die Gewährung der ungesicherten Kredite veranlasst habe. Da er unterlassen habe, für eine Rückführung des an die T2 vergebenen Kredits zu sorgen, müsse er insoweit auch nach § 826 BGB einstehen. Was den an T2 Dubai vergebenen Kredit betreffe, hafte der Beklagte zudem aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 StGB, da er versäumt habe, einen zur Darlehenstilgung bestimmten Betrag von 400.000 US Dollar an die T GmbH weiterzuleiten.

Der Beklagte ist beiden Begehren mit näherer Begründung entgegen getreten und hat gegenüber den aus abgetretenem Recht des Klägers in seiner Eigenschaft als Verwalter über das Vermögen der T GmbH aus abgetretenem Recht seiner Ehefrau mit einem Betrag von 57.619,24 Euro unter Hinweis, die Gegenforderung sei dem Kläger bekannt, die Aufrechnung erklärt.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung hat der Beklagte zunächst in vollem Umfang Klageabweisung erstrebt. Zur Begründung hat er auf sein erstinstanzliches Vorbringen Bezug

genommen. Im Übrigen hat die Berufungsbegründung lediglich Ausführungen zur der vom Landgericht angenommenen Haftung aus eigenem Recht der Schuldnerin in Höhe von 11.719.990,50 Euro enthalten.

Mit Beschluss vom 04.07.2016 (Bl. 477 GA) hat der Senat darauf hingewiesen, dass beabsichtigt sei, die Berufung als unzulässig zu verwerfen, soweit sie sich gegen zuerkannte Ansprüche des Klägers aus abgetretenem Recht der T GmbH in Höhe von 695.054,79 Euro richtet, hat der Beklagte sein Rechtsmittel insoweit mit Schriftsatz vom 24.08.2016 (Bl. 499 GA) zurückgenommen. 29

Nunmehr beantragt der Beklagte sinngemäß, 30

das Urteil des Landgerichts Köln vom 23.04.2015 – 81 O 147/13 – in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 01.06.2015 aufzuheben und die Klage insoweit abzuweisen, als er zu mehr als 695.054,79 Euro verurteilt worden ist. 31

Der Kläger beantragt, 32

die Berufung zurückzuweisen. 33

Er meint, die Berufungsbegründung genüge insgesamt nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bis 4 ZPO. Im Übrigen verteidigt er das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. 34

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen. 35

II. 36

Soweit sie sich gegen zuerkannte Ansprüche aus eigenem Recht der Schuldnerin in Höhe 11.719.990,50 Euro richtet, ist die Berufung des Beklagten zulässig und überwiegend begründet. 37

1. Entgegen der Ansicht des Klägers erfüllt die Berufungsbegründung des Beklagten, soweit dessen Haftung aus eigenem Recht der Schuldnerin in Frage steht, die Voraussetzungen des § 520 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 ZPO. Danach muss die Berufungsbegründung die bestimmte Bezeichnung der im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung sowie die neuen Beweismittel und Beweiseinreden enthalten, die die Partei zur Rechtfertigung ihrer Berufung anführen will (BGH, Beschluss vom 26.07.2004 – VIII ZB 29/04, NJW-RR 2004, 1716-1717, zitiert nach juris, Rn. 5). Diesen Anforderungen hat der Beklagte genügt. Seiner Berufungsbegründung ist zu entnehmen, dass er sich gegen die Verurteilung auch insoweit wendet, als der Kläger Ansprüche aus eigenem Recht der Schuldnerin verfolgt. Hierzu legt er dar, weshalb entgegen der Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG nicht gegeben seien. 38

2. Die Berufung hat überwiegend Erfolg. Auf der Grundlage beiderseitigen Parteivortrags ist der Beklagte lediglich verpflichtet, 1.634.990,50 Euro an den Kläger zu zahlen. 39

a) Das Landgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass der geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht auf § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB gestützt werden kann. Dabei kann offenbleiben, ob der Darlehensrückzahlungsanspruch der B Ltd. gegenüber dem Beklagten im Hinblick auf eine Bürgschaft der Gesellschaft gegenüber dem Kreditgeber 40

gemäß §§ 488 Abs. 1, 774 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Schuldnerin übergegangen ist.

Auch wenn der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat und der bei dem Hauptschuldner Rückgriff nimmt, nicht die Ausgleichsforderung aus dem Innenverhältnis mit dem Hauptschuldner, sondern die auf ihn übergegangene Forderung aus dem Hauptschuldverhältnis geltend macht, ist der Hauptschuldner dem Bürgen nur im Rahmen des Innenverhältnisses verpflichtet. Er kann deshalb gemäß § 774 Abs. 1 Satz 3 BGB auch gegenüber der übergegangenen Forderung aus dem Hauptschuldverhältnis einwenden, er sei dem Bürgen gegenüber nicht einstandspflichtig (BGH, Urteil vom 20.02.1992 – IX ZR 225/91, WM 1992, 908-909, zitiert nach juris, Rn. 11). Insbesondere kann er geltend machen, dass dem Bürgen der Regress gegenüber dem Hauptschuldner versagt ist, weil die Bürgschaft für eine Schuld aufgenommen worden, die eigentlich den Bürgen angeht und in dessen Interesse aufgenommen worden ist (vgl. RG, Urteil vom 08.10.1898 – I 282/98, RGZ 42, 35, 38; Staudinger/Norbert Horn (2012), BGB, § 774 Rn. 33; Palandt/Sprau, BGB, 75. Auflage 2016, § 774 Rn. 11).

Daran gemessen kann der Kläger aus §§ 488 Abs. 1, 774 Abs. 1 Satz 1 BGB keine Rechte gegenüber dem Beklagten herleiten. Dieser hat den Überbrückungskredit bei der B Ltd. nur mittelbar im eigenen Interesse aufgenommen. Die Darlehensvaluta ist abzüglich der mit der Darlehensaufnahme verbundenen Kosten ausschließlich der Schuldnerin zugeflossen.

b) Da nicht der Beklagte persönlich, sondern allenfalls die T2 als Alleingesellschafterin der Schuldnerin für die Ausstattung mit dem für ihre wirtschaftliche Betätigung nötigen Kapital aufgerufen war, stehen der Schuldnerin – wie das Landgericht zutreffend erkannt hat – auch keine Ansprüche aus §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB gegen den Beklagten zu. Nach dem durch das Credit Facility Agreement begründeten Innenverhältnis der Beteiligten ist der Beklagte nicht verpflichtet, an die Schuldnerin Zahlung zu leisten.

c) Auf der Grundlage des beiderseitigen Parteivortrags ist der Beklagte wegen der Besicherung des ihm von der B Ltd. gewährten Darlehens durch die Schuldnerin auch nicht aus § 43a GmbH zur Zahlung in Höhe von 11.719.990,50 Euro an den Kläger verpflichtet.

aa) Diese Vorschrift ist zwar nicht nur auf Kredite im engeren Sinne, sondern – wie hier – auch auf die Besicherung von Verbindlichkeiten des Geschäftsführers gegenüber Dritten anzuwenden (Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage 2012, § 43a Rn. 6; Uwe H. Schneider in: Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2014; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 43a Rn. 6). Verboten sind nach § 43a GmbHG aber nur Darlehen an Geschäftsführer und/oder die Besicherung von Verbindlichkeiten des Geschäftsführers gegenüber Dritten, die – eine fehlende Werthaltigkeit von Rückzahlungs-, Rückgriffs und/oder Freistellungsansprüchen gegenüber dem Geschäftsführer unterstellt – bei bestehender Unterbilanz ausgereicht werden oder die dazu führen, dass eine Unterbilanz entsteht. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, darf auch einem Geschäftsführer ein Darlehen oder eine Sicherheit für Verbindlichkeiten gegenüber Dritten gewährt werden (vgl. BGH, Urteil vom 23.04.2012 – II ZR 252/10, MDR 2012, 784-785, zitiert nach juris, Rn. 35).

bb) Daran gemessen kann im Streitfall nicht davon ausgegangen werden, dass § 43a GmbHG eingreift. Die Mithaft der Schuldnerin für die Darlehensverbindlichkeiten des Beklagten gegenüber der B Ltd. ist am 07.02.2007 begründet und der Überbrückungskredit ist am 08.02.2007 ausgezahlt worden. Dessen ungeachtet hat sich der Kläger lediglich darauf berufen, dass das Stammkapital der Schuldnerin zum 31.12.2007 aufgezehrt gewesen sei, und sich wegen der Einzelheiten auf ein im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft Bonn in Auftrag gegebenes Gutachten vom 05.08.2011 (Anlage K63) nebst

Überschuldungsstatus (Anlage K62) bezogen. Nicht dargelegt hat er, dass bereits bei Ausreichung des Überbrückungskredits und bei Begründung der Mithaft eine Unterbilanz bestanden hat oder durch die Maßnahmen eine Unterbilanz entstanden ist. Da das Klagevorbringen keinen genügenden Anhalt dafür bietet, dass das Stammkapital bereits bei Kreditgewährung und Besicherung betroffen war, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte nach § 43a GmbHG zur sofortigen Rückzahlung verpflichtet war.

d) Dementsprechend ist der Beklagte auch nicht aus §§ 43 Abs. 3, 31 Abs. 1, 30 Abs. 1 GmbHG wegen der der B Ltd. gewährten Besicherung des Überbrückungskredits zur Schadensersatzzahlung an den Kläger verpflichtet. 47

aa) Allerdings hat es sich bei der Übernahme der Mithaft für die Verbindlichkeiten des Beklagten aus dem von der B Ltd. gewährten Überbrückungskredit wirtschaftlich um die Bestellung einer sogenannten „Upstream“-Sicherheit, d.h. einer Sicherheit zugunsten der Gläubiger der Muttergesellschaft (vgl. dazu Vetter BB 2007, 1965, 196; Strohn/Simon, GmbHR 2010, 1181, 1184) gehandelt, weil der Schuldnerin Rückgriffsansprüche aus §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB gegenüber ihrer Alleingesellschafterin zugestanden haben. Denn aufgrund der mit der T4 LC getroffenen Absprachen war es Sache der T2, ihre Tochtergesellschaft in Höhe von weiteren 10 Mio. Euro mit Eigenkapital auszustatten. 48

bb) Unter welchen Voraussetzungen „Upstream“-Sicherheiten geeignet sind, eine Haftung nach § 30 Abs. 1 GmbHG zu begründen, ist ungeklärt. Umstritten ist insbesondere, auf welchen Zeitpunkt für die Prüfung eines (potenziellen) Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsregeln abzustellen ist. 49

Teilweise wird erst in der Verwertung der Sicherheit die Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG gesehen mit der Folge, dass die Bestellung von Sicherheiten erst zu dem Zeitpunkt bilanzwirksam wird, in dem wegen drohender Inanspruchnahme aus der Sicherheit eine Rückstellung zu bilden ist, die nicht durch Aktivierung eines korrespondierenden Freistellungs- bzw. Rückgriffsanspruchs gegen den Kreditnehmer ausgeglichen werden kann (Kohlmorgen/Santelmann/Weiß, BB 2009, 1818, 1819). 50

Nach anderer Ansicht ist auf die Bestellung der Sicherheit abzustellen (hierfür Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 30 Rn. 61; Verse in Scholz, GmbHG, 11. Auflage 2012, § 30 Rn. 103) mit der Folge, dass eine Pflicht zur Passivierung der Sicherheit in diesem Zeitpunkt nur besteht, wenn bereits konkret mit einer Inanspruchnahme zu rechnen ist. Anderenfalls ist die Sicherheit gemäß § 251 HGB lediglich unter der Bilanz zu vermerken (Strohn/Simon, GmbHR 2010, 1181, 1184). 51

cc) Welche Meinung den Vorzug verdient, bedarf keiner Entscheidung. 52

Einerseits hätte die Schuldnerin im konkreten Fall zwar nach beiden Ansätzen bereits im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit eine Rückstellung in Höhe von 13,3 Mio. Euro bilden müssen. Da ihre Mithaft gerade wegen der zweifelhaften Bonität des Kreditnehmers und der übrigen Sicherungsgeber begründet worden ist, war eine Inanspruchnahme aus der Sicherheit von Anfang an in hohem Maße wahrscheinlich. Gleichzeitig war nichts dafür ersichtlich, dass nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung auf Grundlage der Bonität des Gesellschafters, wie sie auch bei der Bewertung von Forderungen aus Drittgeschäften im Rahmen der Bilanzierung (§ 253 HGB) maßgeblich ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 01.12.2008 – II ZR 102/07, GmbHR 2009, 199-2003, zitiert nach juris, Rn. 13), bestehende Rückgriffsansprüche, insbesondere solche auf Aufwendungsersatz bzw. Freistellung 53

gegenüber der T2 vollwertig waren.

Andererseits hat die Schuldnerin von dem Überbrückungskredit profitiert, da der ihrem Vermögen wirtschaftlich zugeflossene Teil der Darlehensvaluta von 10,085 Mio. Euro zur Besicherung anderer Kreditverbindlichkeiten verwandt worden ist. Dementsprechend kann ohne nähere, hier (wie oben ausgeführt) fehlende Darlegung nicht davon ausgegangen werden, dass bei der Schuldnerin gerade durch die Ausreichung des Überbrückungskredits und die Begründung der Mithaft eine Unterbilanz entstanden oder vertieft worden ist. 54

dd) Eine Haftung des Beklagten lässt sich in diesem Zusammenhang schließlich auch nicht mit der Erwägung begründen, dieser habe versäumt, auf eine haftungsbeschränkende Vereinbarung in Bezug auf die Verwertung der Sicherheit zu Lasten der Schuldnerin – etwa durch die Verpflichtung des Sicherungsnehmers, die Sicherheit nicht zu verwerten, soweit dies zu einer Unterbilanz der Gesellschaft führt bzw. eine solche vertieft – hinzuwirken (vgl. hierzu Strohn/Simon, GmbHR 2010, 1181, 1184). Denn im konkreten Fall erscheint der Zugriff auf die von der Schuldnerin gewährte Sicherheit schon deshalb nicht von vornherein unzulässig, weil die Gesellschaft selbst von der Leistung des Sicherungsnehmers profitiert hat (vgl. zu diesem Ansatz Kohlmorgen/Santelmann/Weiß, BB 2009, 1818, 1822). 55

e) Dem Kläger steht indes ein Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB aus dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs zu. 56

aa) Nach diesem vom II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entwickelten Konzept (vgl. dazu die Grundsatzentscheidung vom 16.07.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246-269 – TRIHOTEL sowie das Urteil vom 09.02.2009 – II ZR 292/07, BGHZ 179, 344-361, zitiert nach juris, Rn. 16 - SANITARY) haftet der Gesellschafter – auch wenn er nur an einer Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist (Strohn, ZinsO 2008, 706, 708) – gemäß § 826 BGB für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen auf Schadensersatz. Ebenso einzustehen hat gemäß § 830 Abs. 2 BGB der Geschäftsführer, der sich an dem Vermögensentzug durch den Gesellschafter beteiligt (Strohn, ZinsO 2008, 706, 708). 57

bb) Daran gemessen stellt sich das Credit Facility Agreement aus Sicht der Schuldnerin als existenzvernichtender Eingriff dar. 58

(1) Die darin vorgesehene Verwendung von Gesellschaftsvermögen als Grundlage zur Besicherung eines von dem Beklagten persönlich aufgenommenen und unter anderem durch eine Mithaft ihrer Alleingesellschafterin besicherten Kredits hat als sogenannte „Upstream“-Sicherheit zu einem Eingriff in die – dem für die Existenzvernichtungshaftung vom Bundesgerichtshof zugrundegelegten weiten Vermögensbegriff (vgl. dazu Strohn ZinsO 2008, 706, 708) – unterfallenden Geschäftsressourcen der Schuldnerin und in der Folge auch in deren Vermögenssubstanz geführt. 59

(2) Kompensationslos ist der Eingriff allerdings nur insoweit, als aufgrund der Mithaft im Wege der Zwangsvollstreckung mehr als 10,085 Mio. Euro begetrieben worden sind. Denn indem der Beklagte diesen Betrag – wie vorgesehen – auf das für Zwecke der Gesellschaft eingerichtete, bei der T4 LC geführte und zu deren Gunsten verpfändete Konto transferiert hat, ist der Schuldnerin dieser Teil der Darlehensvaluta zugutegekommen. 60

(3) Das Credit Facility Agreement hat auch insolvenzverursachend oder -vertiefend gewirkt. 61

Dabei kann dahinstehen, ob der durch das im Auftrag der Staatsanwaltschaft Bonn erstellte Gutachten des Oberregierungsrates X vom 05.11.2011 (Anlage K63) unterlegte Vortrag des Klägers zutreffend ist, die Schuldnerin sei entsprechend dem 2007 geltenden Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 InsO a.F., nach dem eine positive Fortführungsprognose für sich allein eine Insolvenzreife des Schuldners nicht ausräumen kann, sondern lediglich für die Bewertung seines Vermögens nach Fortführungs- oder Liquidationswerten von Bedeutung ist, bereits aufgrund der Besicherung des dem Beklagten gewährten Überbrückungskredits spätestens ab dem 31.12.2007 überschuldet gewesen.

Die von dem Credit Facility Agreement ausgehende potenzielle Beeinträchtigung der Fähigkeit der Schuldnerin, ihren eigenen Verbindlichkeiten nachzukommen, hat sich nämlich jedenfalls dadurch insolvenzverursachend oder insolvenzvertiefend realisiert, dass die T4 LC den ihr gegenüber verborgen gehaltenen Überbrückungskredit mitsamt den nachfolgend getroffenen Vereinbarungen vom 15.08.2007 (hier vor allem: die Änderung im Gesellschafterbestand), die zu akzeptieren der Beklagte sich mangels rechtzeitiger Anschlussfinanzierung genötigt sah, zum Anlass genommen hat, das T4darlehen vom 03.07.2007 zu kündigen, wodurch die Insolvenz der Schuldnerin praktisch unausweichlich wurde. 63

(4) Das von dem Beklagten abgeschlossene Credit Facility Agreement war auch geeignet, die Schuldnerin sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB zu schädigen. 64

Ein Verstoß gegen die aus der Organstellung resultierenden Pflichten ist sittenwidrig, wenn diese zur Durchsetzung von Gesellschafterinteressen in einer Weise missbraucht wird, die als grobe Missachtung des Mindestmaßes an Loyalität und Rücksichtnahme im Verhältnis zur Gesellschaft zu werten ist (vgl. BGH, Urteil vom 09.02.2009 – II ZR 292/07, BGHZ 179, 344-361, zitiert nach juris, Rn. 20 – SANITARY). Das ist hier der Fall. 65

Zwar brachten es die wirtschaftlichen Verhältnisse der T2, ihrer Anteilseigner und den dahinter stehenden Personen einschließlich des Beklagten, die seinerzeit weder für sich genommen noch gemeinsam über die gemäß den mit der Stadt C und der T4 LC getroffenen Absprachen erforderlichen Mittel verfügten, um das vertraglich vorausgesetzte Eigenkapital von 40 Mio. Euro in das Projekt einzubringen, zwangsläufig mit sich, dass diese darauf angewiesen waren, Fremdmittel zu beschaffen und im Zusammenhang damit jeweils bankübliche Sicherheiten beizubringen. Mögen dazu grundsätzlich auch „Upstream“-Sicherheiten zählen, so ist dem Beklagten gleichwohl insofern der Vorwurf anstößigen Verhaltens zu machen, als von dem ab 2005 ausgehandelten T4darlehen abhing, ob die Schuldnerin das Projekt realisieren und ihre Gläubiger befriedigen konnte. Dementsprechend musste der Beklagte als deren Geschäftsführer von Maßnahmen absehen, die Anlass zur vorzeitigen Kündigung des T4darlehens vom 07.03.2007 geben konnten. Mit Rücksicht auf §§ 16.2.4 und 17.1.5 des Kreditvertrages durfte er insbesondere das Credit Facility Agreement und erst Recht die nachfolgenden Vereinbarungen vom 15.08.2007 schon wegen der damit zunächst nur potenziell und alsdann tatsächlich verbundenen Änderungen im Gesellschafterbestand nicht vor der T4 LC verborgen halten. 66

Mögen auch die mit dem Credit Facility Agreement verbundenen wirtschaftlichen Nachteile (hier: Abfluss von rund 11,7 Mio. Euro) die wirtschaftlichen Vorteile (hier: Zufluss von rund 10,1 Mio. Euro) gemessen am Gesamtinvestitionsvolumen nur vergleichsweise geringfügig überwogen haben, so stellt sich die Vereinbarung aus Sicht der Schuldnerin dennoch als sittenwidriger Vermögensentzug zugunsten ihrer Alleingesellschafterin dar. Da eine Inanspruchnahme der Schuldnerin aus der Sicherheit in hohem Maße wahrscheinlich war und aus der hier allein maßgeblichen ex-ante-Perspektive nichts dafür ersichtlich ist, dass 67

bestehende Rückgriffsansprüche gegenüber der T2 vollwertig waren, verfolgte der Beklagte bei Bestellung der „Upstream“-Sicherheit vorrangig Gesellschafterinteressen. Diese eigennützige Maßnahme war im Verhältnis zur Schuldnerin unlauter, weil der Beklagte, indem er die mit dem Credit Facility Agreement möglicherweise und mit dem notariellen Vereinbarung vom 15.08.2007 tatsächlich verbundenen Auswirkungen auf den Gesellschafterbestand der Schuldnerin gegenüber der Stadt C und der T4 LC geheim gehalten hat, die Gesellschaft dem (sich später realisierenden) Risiko der Kündigung des Projektvertrages vom 08.03.2006 und des Darlehensvertrages vom 07.03.2007 ausgesetzt und damit deren Schuldendeckungsfähigkeit aufs Spiel gesetzt hat.

(5) Den Beklagten kann es in entsprechender Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht entlasten, dass das Credit Facility Agreement als kurzfristige Überbrückung bis zum Zustandekommen einer langfristigen Anschlussfinanzierung gedacht war. Konkrete Umstände, aufgrund derer er am 07.02.2007 davon ausgehen konnte, dass eine entsprechende Anschlussfinanzierung rechtzeitig zustande kommen würde, sind nicht aufgezeigt. Dass es dem Beklagten durch Übereinkunft mit I4 vom 19.09.2007 gelungen ist, mittels Emission von Anleihen durch die T2 Fremdmittel von nominal rund 47 Mio. US Dollar einzuwerben, steht nicht entgegen. Abgesehen davon, dass der Beklagte nicht einmal die Verwendung der Mittel zur Tilgung des von der B Ltd. ausgereichten Überbrückungskredits sicherstellen konnte, bietet sein Sachvortrag bereits keine hinreichende Grundlage dafür, dass das Zustandekommen einer solchen Finanzierung am 07.02.2007 überhaupt absehbar war. Die Feststellung der Strafkammer, der Beklagte habe sich eines in mittelbarer Täterschaft begangenen Betrugs zum Nachteil der I4 Inc. schuldig gemacht, indem er – unterstützt durch Rechtsanwalt U3 – die Investmentgesellschaft unter Vorspiegelung nicht vorhandener Sicherheiten (hier vor allem: die Stellung T2 als alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin) zur Auskehrung von 32 Mio. US Dollar an die T2 veranlasst habe, legt im Gegenteil nahe, dass diese Mittel nur durch Begehung einer Straftat beschafft werden konnten. Dafür, dass sich die verantwortlichen Entscheidungsträger bei der I4 Inc. in Kenntnis der Änderung des Gesellschafterbestandes bei der Schuldnerin auf die Vereinbarungen vom 19.09.2007 eingelassen haben, bietet das Vorbringen des Beklagten keinen genügenden tatsächlichen Anhalt. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass es dem Beklagten aufgrund einer am 14.04.2008 getroffenen Vereinbarung mit I4 gelungen ist, mittels Ausgabe von Schuldverschreibungen durch die GmbH weitere Fremdmittel von rund 20 Mio. US Dollar einzuwerben, obwohl er – so die Strafkammer – deren Entscheidungsträger am 14.01.2008 darüber aufgeklärt hatte, dass die B Ltd. Mehrheitsgesellschafterin der Schuldnerin geworden war. Denn der Sachvortrag des Beklagten lässt nicht erkennen, weshalb die Feststellung der Strafkammer, wonach I4 die Aufgabe der Gesellschafterrechte durch die B Ltd. zur Voraussetzung der Finanzierungsvereinbarung gemacht habe, unzutreffend ist.

cc) Auch die subjektiven Voraussetzungen des § 826 BGB – mindestens Eventualvorsatz – sind gegeben: 69

Dafür reicht es aus, dass die faktische dauerhafte Beeinträchtigung des Vermögens der Schuldnerin im Hinblick auf die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten die voraussehbare Folge des Eingriffs war und der Beklagte diese Rechtsfolge in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts billigend in Kauf nahm (BGH, Urteil vom 16.07.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246-269, zitiert nach juris, Rn. 30 – TRIHOTEL). 70

Mag auch der effektive Vermögensabfluss, der mit dem Credit Facility Agreement für die Schuldnerin verbunden war, gemessen am Gesamtinvestitionsvolumen auch vergleichsweise gering gewesen sein, so besteht angesichts der Gesamtumstände an einer vorsätzlichen 71

Handlungsweise des Beklagten dennoch kein Zweifel. Dem Beklagten war bewusst, dass die T4 LC ihre Entscheidung zur Vergabe des Darlehens über 104,3 Mio. Euro auf fehlerhafter Tatsachengrundlage traf, die sie bei der gebotenen richtigen Information über die ungewisse Fähigkeit, die namens der T2 abgegebenen Zusagen zur Eigenkapitalaufbringung einhalten zu können, überhaupt nicht oder aber nur zu anderen Konditionen getroffen hätte. Das Risiko der späteren Kündigung von T4ndarlehen und Projektvertrag sowie der damit verbundenen Beeinträchtigung der Schuldendeckungsfähigkeit der GmbH als Folge seiner – direkt vorsätzlichen – Handlungsweise nahm der Beklagte zumindest billigend in Kauf.

Ein solcher Eventualvorsatz des Beklagten hinsichtlich der als Folge seines Tuns mindestens für möglich gehaltenen Entwicklung lässt sich nicht aufgrund der Tatsache, dass er die Realisierung des Projektes mittels Aufnahme des Überbrückungskredits bei der B Ltd. hat „retten“ wollen, als bloße Fahrlässigkeit einstufen. Nach der Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass dem Beklagten als dem unter anderem mit der zentralen Aufgabe der Projektfinanzierung befassten Organ der Schuldnerin und ihrer Alleingesellschafterin, der über die potenziellen Auswirkungen der Zwischenfinanzierungsmaßnahme Bescheid wusste, über vermeintliche Chancen und Zukunftsperspektiven der Schuldnerin nicht lediglich eine unternehmerische Fehlentscheidung unterlaufen ist. Zunächst ist schon nicht ersichtlich, worauf über die insoweit nicht ausreichende bloße Hoffnung hinaus eine gesicherte Erwartung hinsichtlich der nötigen Anschlussfinanzierung hätte gestützt werden können. Dass er das Credit Facility Agreement vor Auftrag- und Kreditgebern verborgen hielt und später auch Entscheidungsträger der I4 Inc. über die fehlende Bereitschaft der B Ltd. zur Aufgabe ihrer Gesellschafterrechte bei der Schuldnerin im Unklaren ließ, deutet zudem darauf hin, dass der Beklagte bereit war, Rechtsverhältnisse zur Schuldnerin so zu gestalten, dass die einseitige Verfolgung der Interessen der Gesellschafter (hier: der T2 und ihrer Anteilseigner) gegenüber ihrer Gesellschaft (hier: der Schuldnerin) unmittelbar zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger (hier: vor allem der T4 LC und I4) ausschlagen musste, d.h. eine Gläubigergefährdung begründete. 72

f) Da der Senat einen Fall der Existenzvernichtung annimmt, folgt die Ersatzpflicht des Beklagten – wie das Landgericht im Ergebnis zu Recht angenommen und worauf der Senat im Termin vom 01.09.2016 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner mit Beschluss vom 04.07.2016 (Bl. 477 GA) geäußerten gegenteiligen Rechtsauffassung hingewiesen hat – auch aus § 43 Abs. 2 GmbHG (vgl. BGH, Urteil vom 18.03.2013 – II ZR 86/11, zitiert nach juris, Rn. 33 mit weiteren Nachweisen). Darauf, ob die beanstandeten Maßnahmen des Beklagten im Zusammenhang mit der Aufnahme des Überbrückungskredits bei der B Ltd. von der T2 als alleiniger Gesellschafter der Schuldnerin gebilligt worden sind, kommt es nicht an. 73

g) Als Rechtsfolge der sittenwidrigen Schädigungshandlung ist der Beklagte gemäß § 826 BGB und § 43 Abs. 2 GmbHG verpflichtet, den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn er diese nicht vorgenommen hätte. 74

aa) Der aufgrund eines existenzvernichtenden Eingriffs zu ersetzende Schaden besteht nicht regelmäßig in den im Insolvenzverfahren angemeldeten Forderungen, die nicht befriedigt werden konnten. Zu ersetzen sind die durch den Eingriff verursachten Vermögensnachteile der Gesellschaft. Das sind die entzogenen Vermögenspositionen, insolvenzbedingte Zerschlagungsverluste sowie ein etwa entgangener Gewinn der Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 16.07.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246, zitiert nach juris, Rn. 33 und 54 f - TRIHOTEL) und, wenn die Gesellschaft ohne den Eingriff nicht insolvenzreif geworden wäre, die Kosten des vorläufigen Insolvenzverfahrens und des Insolvenzverfahrens (BGH, Urteil vom 16.07.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246, zitiert nach juris, Rn. 57 - TRIHOTEL). Die 75

gesamten im Insolvenzverfahren angemeldeten Forderungen zuzüglich der Kosten des (vorläufigen) Insolvenzverfahrens stellen die Obergrenze dar, die aber nur dann zu ersetzen sind, wenn ohne den existenzvernichtenden Eingriff alle Gläubiger hätten befriedigt werden können (BGH, Urteil vom 24.07.2012 – II ZR 177/11, MDR 2012, 1173-1174, zitiert nach juris, Rn. 29). Schließlich entfällt im Sinne des § 826 BGB ein Schaden, wenn der Betrag zur Befriedigung von Gläubigern nicht mehr benötigt wird (BGH, Urteil vom 16.07.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246, zitiert nach juris, Rn. 56 - TRIHOTEL).

bb) Unter Anwendung dieser Grundsätze können dem Kläger nur 1.634.990,50 Euro gebilligt werden; im Übrigen ist die Klage schon nicht schlüssig und abzuweisen. 76

(1) Entgegen der Ansicht des Landgerichts entspricht der Schaden der Schuldnerin nicht der Höhe ihrer Inanspruchnahme durch die B Ltd. (hier: 11.719.990,50 Euro); aufgrund der sittenwidrigen Schädigungshandlung entzogen worden ist der Gesellschaft nur eine Vermögensposition in Höhe von 1.634.990,50 Euro. Die von der B Ltd. ausgezahlte Darlehensvaluta ist nämlich wirtschaftlich zu einem Teilbetrag von 10,085 Mio. Euro dem Vermögen der Schuldnerin zugeführt worden und konnte zur Tilgung anderer Verbindlichkeiten (hier: gegenüber der T4 LC) herangezogen werden. Diesbezüglich hat der Beklagte den Darlehensbetrag nicht zu eigenen, sondern für Zwecke der GmbH verwendet. Insoweit ist die Schuldnerin nicht geschädigt (vgl. BGH, Urteil vom 21.03.1994 - II ZR 260/92, GmbHR 1994, 459-460, zitiert nach juris, Rn. 6). Bezüglich der entzogenen Vermögensposition kommt es für die Bemessung der Schadenshöhe nicht darauf an, dass der Überbrückungskredit mit weiteren über die I4 Inc. beschafften Fremdmitteln getilgt worden ist. 77

(2) Im Übrigen wäre auch der die Vorteilsanrechnung rechtfertigende innere Zusammenhang zwischen dem Nachteil (Vermögensminderung durch Belastung der Gesellschaft mit dem der B Ltd. Darlehensrückzahlungsanspruch) und dem Vorteil (Vermögensmehrung durch Verpfändung der Darlehensvaluta zugunsten der Gesellschaft) zu bejahen. 78

Bei der Berechnung des Schadens ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht nur darauf abzustellen, dass die 11.719.990,50 Euro dann nicht aus dem Vermögen der Schuldnerin an die B Ltd. abgeflossen wären, sondern weiter zu berücksichtigen, dass das haftungsbegründende Ereignis (hier: Darlehensaufnahme bei der B Ltd.) zu einem adäquat kausalen Vorteil für die geschädigte Schuldnerin geführt (hier: Zufluss von 10,085 Mio. Euro in das Vermögen der Schuldnerin in Gestalt der Verpfändung zugunsten eines Gesellschaftsgläubigers) geführt hat und dessen Anrechnung Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, d.h. die geschädigte Schuldnerin nicht unzumutbar belastet und den schädigenden Beklagten nicht unbillig begünstigt. 79

Dagegen sind der Schuldnerin entgegen der Ansicht des Beklagten in Gestalt von verlorenen Zuschüssen aus Landesmitteln in Höhe von 35,79 Mio. Euro zugeflossene Vorteile nicht anzurechnen. Denn hierbei handelt es sich um Vorteile, deren Grund vor dem haftungsbegründenden Ereignis gelegt worden ist. Diese dürfen dem Schädiger nicht zu Gute kommen (vgl. BGH, Urteil vom 16.05.1980 – V ZR 91/79, BGHZ 77, 151-157, zitiert nach juris, Rn. 18). 80

(3) Dass die (nicht bezifferten) Kosten des vorläufigen Insolvenzverfahrens und des Insolvenzverfahrens, auf die das Klagebegehren nicht gestützt ist, zu dem vom Beklagten zu ersetzenden Schaden gehören, ist nicht erkennbar. Denn der Kläger hat nicht dargelegt, dass die Schuldnerin ohne den schädigenden Eingriff (hier: den Abschluss des Credit Facility Agreement) nicht insolvenzreif geworden wäre. 81

(4) In der Verteidigung der Ansicht des Landgerichts, von einer „Schadenskompensation“ könne mit Rücksicht auf die von der I4 Inc. und der T4 LC zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen nicht die Rede sein, kann zwar die Erklärung gesehen werden, für den Schadensersatzanspruch (hilfsweise) auf den Ausfall (sämtlicher) Gläubiger abstellen zu wollen. Inwieweit ohne den Eingriff (hier: Abschluss des Credit Facility Agreement) eine Befriedigung aller (nunmehr angemeldeten) Gläubiger möglich gewesen wäre und der Gesamtschaden – entzogene Vermögensposition von 1.634.990,50 Euro einschließlich der weiteren Schäden – den Betrag von wenigstens 11.719.990,50 Euro erreicht, ist nicht erkennbar. Dem im Auftrag der Staatsanwaltschaft Bonn erstellten Gutachten zur Überschuldung vom 05.08.2011 nebst Überschuldungsstatus (Anlagen K62 und K63) ist zu entnehmen, dass die GmbH auch unabhängig von den bilanziellen Auswirkungen des bei der B Ltd. aufgenommenen Überbrückungskredits überschuldet war. Dass ohne die Mithaft der Schuldnerin für den Überbrückungskredit alle Gläubiger hätten vollständig befriedigt werden können, liegt danach eher fern. Mangels näherer Darlegung besteht auch kein Anhalt dafür, dass wenigstens 10,085 Mio. Euro hätten verteilt werden können.

h) Ob der Beklagte dem Kläger wegen des Abschlusses des Credit Facility Agreements und/oder den nachfolgend mit der B Ltd. getroffenen Vereinbarungen vom 15.08.2007 gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 StGB zum Schadensersatz verpflichtet, bedarf keiner Entscheidung. Denn auf der Grundlage des beiderseitigen Parteivortrags kann nicht festgestellt werden, dass für diesen Fall ein höherer Schaden zu ersetzen wäre.

Für die Annahme eines Vermögensschadens im Sinne von § 266 StGB ist erforderlich, dass durch die Tathandlung eine Minderung des Vermögens eintritt, die nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung durch einen Vergleich des Vermögensstandes vor und nach der Tat unter lebensnaher wirtschaftlicher Betrachtungsweise festzustellen ist. Ein Nachteil liegt deshalb nicht vor, wenn durch die Handlung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird (BGH, Versäumnisurteil vom 18.06.2013 – II ZR 217/12, GmbHR 2013, 1321-1323, zitiert nach juris, Rn. 9)

Nach diesem Maßstab rechtfertigt das Klagevorbringen nicht die Annahme, dass der Schuldnerin durch die vom Kläger als Untreuehandlungen des Beklagten beurteilten Handlungen ein Vermögensschaden im Sinne des § 266 StGB von mehr als 1.634.990,50 Euro entstanden ist. Die Schuldnerin ist zwar von der B Ltd. auf Zahlung von 11.719.990,50 Euro in Anspruch genommen worden. Das bedeutet aber nicht, dass sie einen Vermögensnachteil in entsprechender Höhe erlitten hat. Denn dieser Leistung stand ein Vermögenszufluss in Höhe von 10,085 Mio. Euro gegenüber.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 97 Abs. 1, 516 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

4. Die Voraussetzungen, unter denen die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist, liegen nicht vor. Die für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgeblichen Fragen sind höchstrichterlich geklärt; die Rechtsanwendung des Senats stützt sich auf spezifische Umstände des Einzelfalles.

5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird festgesetzt auf 12.415.045,29 Euro für die Zeit bis zum 24.08.2016 und für die Zeit danach auf 11.719.990,50 Euro.

Am 21.03.2016 erging folgender Berichtigungsbeschluss

1. Das Datum des Beschlusses des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln über die Zurückweisung der Berufung wird gemäß § 319 ZPO wegen offener Unrichtigkeit dahingehend berichtigt, dass der Beschluss nicht am 11. Februar 2015, sondern am 11. Februar 2016 gefasst worden ist.

2. Der Tenor des Zurückweisungsbeschlusses des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 11. Februar 2016 wird gemäß § 319 ZPO wegen offener Unrichtigkeit dahingehend berichtigt, dass es in dem die Abwendungsbefugnis betreffenden Absatz 3 Satz 2 des Tenors heißt: "Dem Beklagten bleibt jedoch nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet." 91

Gründe: 92

Die Entscheidung beruht insofern auf § 319 ZPO, als sowohl die Angabe des Beschlussdatums als auch die Parteibezeichnung im Rahmen der Abwendungsbefugnis auf einem offensichtlichen Versehen beruht. 93