
Datum: 25.01.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 76/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:0125.18U76.14.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 12 O 413/07

Tenor:

Unter teilweise Abänderung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 11.03.2014, Az.: 12 O 413/07, wird der Beklagte verurteilt, an den Kläger 2.000.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.09.2007 zu zahlen.

Dem Beklagten wird vorbehalten, nach Erstattung des Verurteilungsbetrages an die Masse seine Rechte gegen den Kläger zu verfolgen, wobei sich der ihm zustehende Anspruch nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den die durch die verbotswidrigen Zahlungen begünstigten Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätten.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des gegen ihn vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand:

1

2

I.	
1.	3
Der Kläger ist aufgrund Beschlusses des Amtsgerichts Aachen vom 16.01.2007 ? 92 IN 296/06 - Insolvenzverwalter der vormals im Textileinzel- und Textilgroßhandel tätigen und in A ansässigen B GmbH (nachfolgend: „Insolvenzschuldnerin“).	4
Der Beklagte war bis ins Jahr 2005 Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin.	5
Die Insolvenzschuldnerin war im Jahr 2002 als Auffanggesellschaft für die B GmbH C & Sohn (künftig: D) gegründet worden. Über das Vermögen der D war im Mai 2002 durch Beschluss des Amtsgerichts Aachen (19 IN 154/02 II) das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Zum Insolvenzverwalter der D wurde Rechtsanwalt Prof. E bestellt. In dieser Eigenschaft gründete er die Insolvenzschuldnerin, deren Eintragung ins Handelsregister am 26.08.2002 erfolgte. Sie nahm ab dem 01.07.2002 ihren Geschäftsbetrieb auf.	6
2.	7
Die Parteien streiten über eine Forderung in Höhe von 2.000.000,00 €, die der Kläger vom Beklagten im Wege einer offenen Teilklage in Zusammenhang mit dessen Tätigkeit als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin geltend macht.	8
Die Klageforderung stützt der Kläger im Wege einer Eventualklagehäufung auf verschiedene Lebenssachverhalte und Anspruchsgrundlagen in der nachfolgend aufgeführten Reihenfolge.	9
a)	10
Der Kläger verlangt von dem Beklagten vorrangig Ersatz gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. für Zahlungen in Höhe von insgesamt 2.058.926,45 €, welche die Insolvenzschuldnerin in der Zeit vom 30.09.2005 bis zum 10.10.2005 von kreditorisch geführten Konten vornahm. Wegen der näheren Einzelheiten dieser Zahlungen wird auf die Auflistung im Schriftsatz vom 12.04.2011 (Bl. 648 ff. d.A.) Bezug genommen. Den Ersatz für die einzelnen Zahlungen macht der Kläger in absteigender Reihenfolge nach Wertstellungstag bis zu einer Gesamtsumme von 2.000.000,00 € geltend.	11
b)	12
Hilfsweise verlangt der Kläger von dem Beklagten Ersatz gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. für Zahlungen in Höhe von insgesamt 34.143.070,00 €, welche die Insolvenzschuldnerin im Zeitraum vom 01.04.2005 bis zum 30.09.2005 vornahm. Wegen der näheren Einzelheiten zu diesen Zahlungen wird auf die Anlage BB 3 zu Berufungsbegründung vom 12.06.2014 (Bl. 1154 ff. d.A.) Bezug genommen. Auch den Ersatz für diese Zahlungen macht der Kläger absteigender Reihenfolge nach Wertstellungstag bis zu einer Gesamtsumme von 2.000.000,00 € geltend.	13
c)	14
Ferner verlangt der Kläger vom Beklagten hilfsweise zu den vorgenannten Ansprüchen Zahlung von 100.000,00 € aus § 133 InsO wegen Anfechtung einer Abfindungszahlung an den Beklagten in dieser Höhe, die im Anfang Januar 2006 erfolgte.	15
d)	16

Schließlich verlangt der Kläger vom Beklagten hilfsweise zu den vorgenannten Ansprüchen zur Begründung seiner Klageforderung Zahlung von 1.900.000,00 € gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG a.F. und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB wegen behaupteter Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften.	17
3.	18
Nach ihrer Gründung entwickelte sich die Insolvenzschuldnerin wie folgt:	19
Durch Vertrag vom 28.06.2002 (Anlage K6) stellte der Insolvenzverwalter der D der Insolvenzschuldnerin ein Darlehen in Höhe von 10,65 Mio. € zur Verfügung und verpachtete ihr zudem die Betriebsimmobilie in A. Die Insolvenzschuldnerin zahlte in der Folge an die D Zinsen für das Darlehen und Pachtzins für die Nutzung der überlassenen Betriebsimmobilie. Diese Zahlungen verlangt der Kläger mit dem letztgenannten, hilfsweise erhobenen Klageanspruch zurück. Wegen der Einzelheiten der geltend gemachten Darlehens- und Pachtzinszahlungen wird auf die Auflistung in der Replik vom 07.01.2008 (Bl. 164/165 d.A.) Bezug genommen.	20
Mit Vertrag vom 19.07.2004 (Anlage AST1, Bl. 172 ff. d.A.) übertrug der Insolvenzverwalter über das Vermögen der D und Alleingesellschafter der Schuldnerin mit notariellem Vertrag seine Anteile zu 66 Prozent auf die niederländische Gesellschaft F B.V. (nachfolgend „F“) und zu 34 Prozent auf den Beklagten.	21
Am 27.05.2005 sandte der Beklagte im Namen der Insolvenzschuldnerin ein Schreiben an den Insolvenzverwalter der D, in dem er eine Strategie zur Sanierung der Schuldnerin vorstellte (Bl. 1370 ff. d.A.). Darin schlug der Beklagte insbesondere vor, dass sich die Insolvenzschuldnerin auf das Kooperations- und Großhandelsgeschäft konzentrieren solle. Zu diesem Zweck solle das Einzelhandelsgeschäft verkauft werden. Darüber hinaus bat der Beklagte den Insolvenzverwalter der D um einen Sanierungsbeitrag in Form eines Darlehensverzichts in Höhe von 6.130.000,00 €. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf das Schreiben Bezug genommen.	22
Im Juni 2005 wies der Beklagte die Gläubigerversammlung der D auf überfällige Forderungen der Insolvenzschuldnerin in Höhe von € 2,8 Mio. hin, die nicht bedient werden konnten.	23
Am 08.07.2005 genehmigte der Gläubigerausschuss der D die zur Rettung der Insolvenzschuldnerin geplanten Maßnahmen. Er erklärte sich insbesondere mit dem Forderungsverzicht in Höhe von 6.130.000,00 € einverstanden.	24
Am 13.09.2005 wurde eine Sanierungsvereinbarung geschlossen, die zu einer Entlastung der Schuldnerin führte. In dem entsprechenden Notarvertrag verpflichtete sich die F, zusätzlich zu bis Juni 2005 bereits gewährten Darlehen in Höhe von 3.000.000,00 €, der Insolvenzschuldnerin zum Zwecke der Sanierung eine zusätzliche Finanzierung bis zum Höchstbetrag von 2.500.000,00 € zu gewähren. Der Insolvenzverwalter der D erklärte einen Forderungsverzicht gegenüber der Insolvenzschuldnerin auf das ausstehende Darlehen, soweit es den Betrag von 3.150.000,00 € überstieg. Daneben erklärten die F und die D für ihre jeweiligen (verbliebenen) Forderungen gegenüber der Insolvenzschuldnerin einen Rangrücktritt. Wegen des Wortlauts des vereinbarten Rangrücktritts und der übrigen Einzelheiten des Notarvertrags vom 13.09.2005 wird auf diesen Bezug genommen (Bl. 716 ff. d.A.).	25

Am 11.10.2005 wurde der Beklagte formell als Geschäftsführer der Insolvenzschriftnerin abberufen. Mit notariellem Vertrag vom gleichen Tage (Anlage B11, Bl. 426 ff. d.A.) wurde der Geschäftsanteil des Beklagten eingezogen. Außerdem wurde in § 5 Ziff. 3 vereinbart, dass die Haftung des Beklagten mit Ausnahme der in § 4 des Vertrages aufgezählten Garantiefälle, soweit gesetzlich zulässig ausgeschlossen sein sollte, mit Ausnahme von Fällen grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz. Dem Beklagten wurde in dem Vertrag gleichzeitig „Entlastung“ erteilt. Weiter sollte der Anstellungsvertrag des Beklagten zum 30.06.2006 enden (§ 3.2). Für den Verlust des Arbeitsplatzes verpflichtete sich die Insolvenzschriftnerin in § 3.4 des Vertrages zu einer Abfindungszahlung in Höhe von 100.000,00 €. Die Abfindung wurde dem Beklagten Anfang des Jahres 2006 ausgezahlt. Die Anfechtung dieser Zahlung macht der Kläger mit der Klage hilfsweise geltend.

Mit Vertrag 30.12.2005 kam es schließlich auch zum Verkauf der G-Einzelhandelsfilialen der Insolvenzschriftnerin samt der Warenvorräte und des Betriebs- und der Geschäftseinrichtung, sowie des österreichischen Tochterunternehmens G GmbH. Käuferin war eine H GmbH. In dem Vertrag wurde vereinbart, dass die Übertragung der verkauften Wirtschaftsgüter zum 01.07.2005 erfolgen solle, also rund ein halbes Jahr rückwirkend. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages wird auf diesen Bezug genommen (Bl. 606 ff. d.A.).

4. 28

a) 29

Der Kläger hat in erster Instanz die Auffassung vertreten, die Schriftnerin sei bereits seit der Aufnahme ihrer Geschäfte am 01.07.2002 bilanziell überschuldet und die Eröffnungsbilanz sei unrichtig gewesen. Bereits zu diesem Zeitpunkt, insbesondere aber seit dem 01.01.2005 sei die Fortführungsprognose für die Schriftnerin negativ gewesen. Auch zum 01.01.2005 habe eine Überschuldung vorgelegen. Bereits im März habe eine bilanzielle Überschuldung in Höhe von 690.376,18 € bei der Schriftnerin bestanden. Spätestens seit April 2005 sei die Schriftnerin aber in jedem Fall überschuldet und zahlungsunfähig gewesen. Seit Januar 2005 hätten bei der Schriftnerin regelmäßig Liquiditätsbesprechungen stattgefunden. Seit diesem Zeitpunkt sei der Beklagte täglich über die finanzielle Situation der Schriftner informiert worden.

Am 17.05.2005 hätten offene und nicht finanzierbare Forderungen zulasten der Schriftnerin in Höhe von min. 2.405.575,45 € und am 31.05.2005 in Höhe von immerhin 1.862.655,25 €, die teilweise mehr als zehn Wochen fällig gewesen seien, bestanden. Zum 30. Juni 2005 habe eine Überschuldung in Höhe von € 660.000 € bestanden. Stille Reserven hätten bei der Schriftnerin nicht existiert.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, aufgrund der Insolvenzreife der Insolvenzschriftnerin habe es sich bei den streitgegenständlichen Zahlungen der Insolvenzschriftnerin im Zeitraum vom 01.04.2005 bis zum 10.10.2005 um masseschädliche Zahlungen im Sinne von § 64 Abs. 2 GmbHG gehandelt, welche der Beklagte zu ersetzen habe.

b) 33

Der Kläger hat ferner erstinstanzlich die Auffassung vertreten, die Abfindungszahlung an den Kläger in Höhe von 100.000,00 € Anfang 2016 habe die Gläubiger der Insolvenzschriftnerin benachteiligt, da der Beklagte keinen Anspruch auf eine Abfindung gehabt habe. Da der

Beklagte für die eingetretene Insolvenz der Schuldnerin verantwortlich bzw. mitverantwortlich gewesen sei, hätten auch eine fristlose Kündigung und eine Abberufung als Geschäftsführer angemessene Reaktionen dargestellt.

c) 35

Schließlich hat der Kläger die Auffassung vertreten, das Darlehen der D in Höhe von 10.650.000,00 € sowie die Nutzungsüberlassung der Immobilien an die Schuldnerin durch die D seien eigenkapitalersetzend gewesen mit der Folge, dass die zur Auszahlung gelangten Darlehens- und Tilgungsleistungen der Gesellschaft an die Insolvenzschuldnerin zurück zu gewähren seien. Eine bilanzielle Überschuldung der Insolvenzschuldnerin habe zur Zeit der Zahlungen mithin vorgelegen. 36

5. 37

a) 38

Der Beklagte hat in erster Instanz die Unzulässigkeit der Klage gerügt, weil die mit dem Klageantrag zu 1) angegriffenen Zahlungen nicht hinreichend bestimmt seien. 39

Der Beklagte hat erstinstanzlich ferner die Auffassung vertreten, dass die Fortführungsprognose der Insolvenzschuldnerin jedenfalls bis Mitte Oktober 2005 positiv gewesen sei. Zum 31.03.2005 habe bei der Schuldnerin eine Überdeckung in Höhe von 300 Prozent vorgelegen. Zwischen dem 01.04.2005 und dem 10.10.2005 sei die Schuldnerin überlebensfähig gewesen und habe einen Fortführungswillen besessen. Zum 30.06.2005 habe die Schuldnerin noch über freie Mittel in Höhe von 565.641,12 € verfügt. 40

Der Kläger hat erstinstanzlich zudem behauptet, ab Juli 2004 habe die F die Geschäfte der Gesellschaft faktisch alleine geführt. Ab Februar 2005 seien alle Geschäftsentscheidungen in der Zentrale der F in Rotterdam getroffen worden. Der Beklagte habe danach keine Einsicht mehr in die Liquiditäts- und Ertragsplanung der Schuldnerin gehabt. Im März 2005 sei Herr Dr. I als Geschäftsführer der Schuldnerin bestellt worden. Dieser sei für die Finanzen und Liquiditätsplanung der Gesellschaft zuständig gewesen und habe u.a. die Planrechnung für den Sanierungsvorschlag vom 27.05.2005 erstellt sowie die Prüfungsrechnungen externer Berater begleitet. Der Beklagte habe zum 11.07.2005 faktisch seine Tätigkeit als Geschäftsführer eingestellt. Lediglich formell sei die Geschäftsführerstellung beibehalten bis zur Abberufung im Oktober 2005 worden. In dieser Zeit habe der Beklagte keine umfassenden Darstellungen über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft mehr erhalten. 41

Von der Gesellschafterversammlung der Schuldnerin sei ihm verboten worden, einen Insolvenzantrag zu stellen. 42

Der Beklagte hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, seine Haftung sei durch die im Oktober 2005 erteilte Entlastung und den Forderungsverzicht durch die Schuldnerin ausgeschlossen. Alle veranlassten Zahlungen seien mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar gewesen. Soweit eine Überschuldung vorgelegen habe, sei diese für den Beklagten nicht erkennbar gewesen. 43

Der Beklagte hat erstinstanzlich zudem behauptet, in der Bilanz der Insolvenzschuldnerin habe im Hinblick auf den Firmenwert eine stille Reserve bestanden. Bilanziert sei dieser nur mit 100.000,00 €. Dieser habe jedoch – so habe es der Kläger als vorläufiger Insolvenzverwalter angenommen – im Hinblick auf die Kooperationsverträge mit SB- 44

Warenhäusern jedenfalls 500.000,00 € betragen.

Weitere stille Reserven hätten bei der G GmbH (Österreich) in Höhe von 500.000,00 € bestanden, und zwar im Hinblick auf den Warenbestand und den Wert der einzelnen Filialen. Im Jahr 2005 seien zwei Filialen für 156.271,15 € veräußert worden. 45

Schließlich sei auch bei den Filialen eine stille Reserve in Höhe von 2.800.000,00 € (20.000,00 €/Filiale) anzusetzen. Da es sich bei den Filialen um eingeführte Standorte handele, sei von einem „Goodwill-Wert“ in dieser Höhe pro Filiale anzusetzen. Ein solcher Wert sei jedenfalls im Rahmen des Verkaufes der Filialen J und K an L, sowie im Rahmen des Verkaufs der Ladeneinrichtung sowie des Warenbestandes der Filiale M an N im Rahmen der Preisfindung angesetzt worden. 46

6. 47

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Verwertung des Gutachtens des Sachverständigen Dr. O aus dem Verfahren Landgericht Aachen 10 O 193/98 gem. § 411a ZPO. 48

7. 49

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands in erster Instanz, einschließlich der erstinstanzlich gestellten Anträge, wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils (Bl. 1006R ff. d.A.) Bezug genommen. 50

II. 51

1. 52

Mit seinem am 11.03.2014 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage vollumfänglich abgewiesen. 53

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt: 54

a) 55

Der geltend gemachte Hauptanspruch sei unbegründet. Es fehle bereits an der Insolvenzzureife der Schuldnerin im Zeitraum vom 30.09.2005 bis zum 10.10.2005. Der insoweit beweisbelastete Kläger sei beweisfällig geblieben. 56

Hinsichtlich der Frage einer Überschuldung könne dahinstehen, ob eine positive Fortführungsprognose bestanden habe. Selbst bei Ansatz von Liquidationswerten habe die Beweiserhebung durch Verwertung des Gutachtens des Sachverständigen Dr. O nicht ergeben, dass die Schuldnerin überschuldet gewesen sei. Die von dem Sachverständigen festgestellte Überschuldung zu den Stichtagen 31.03. und 31.12.2005 stelle zwar für sich genommen ein entsprechendes Indiz dar. Die Indizwirkung sei indes dadurch aufgehoben, dass der Sachverständige zum Stichtag 30.06.2005 keine Überschuldung habe feststellen können. Ob zum maßgeblichen Zeitraum 10.10.2005 bis 30.09.2005 eine Überschuldung eingetreten sei, stehe nach dem Gutachten nicht fest. 57

Auch eine Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im genannten Zeitraum habe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht festgestellt werden können. Die Schuldnerin sei nach dem verwerteten Sachverständigengutachten jedenfalls zu den Stichtagen 31.03.2005, 58

30.06.2006 und 31.12.2005 zahlungsfähig gewesen. Der Kläger habe keine hinreichenden Umstände vorgetragen, aus denen sich ergeben würde, dass die Insolvenzschuldnerin im Zeitraum vom 30.09.2005 bis zum 10.10.2005 zahlungsunfähig gewesen sei.

b) 59

Soweit der Kläger hilfsweise den Ersatz von Zahlungen der Insolvenzschuldnerin in der Zeit vom 01.04.2005 bis zum 29.09.2005 verlangt habe, sei die Klage bereits unzulässig. Der Kläger habe es versäumt, die hilfsweise zur Entscheidung gestellten Zahlungen im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu konkretisieren. Nachdem der Kläger bereits im Jahr 2011 darauf hingewiesen worden sei, dass die Klage nicht den Anforderungen an eine bestimmte Klageerhebung entspreche, hätte er spätestens nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erkennen müssen, dass er seine Klage auch hinsichtlich der weiteren Zahlungen hätte konkretisieren müssen. 60

c) 61

Der Hilfsantrag, gerichtet auf Zahlung von 100.000,00 € nach Anfechtung der im Januar 2006 von der Schuldnerin an den Beklagten geleisteten Abfindungszahlung, sei unbegründet. Es fehle an einer Gläubigerbenachteiligung, da die Abfindungszahlung in einem Vergleich vereinbart worden sei. Der Beklagte habe die Abfindung für den Verlust seines Arbeitsplatzes erhalten. Die Nachteile für die Schuldnerin seien durch Vorteile in Form der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der ersparten höheren Kosten der Schuldnerin ausgeglichen. 62

d) 63

Der weiter hilfsweise geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von 1,9 Mio. € finde keine Grundlage in §§ 43 Abs. 3, 30, 31 GmbHG, da eine Unterbilanz der Gesellschaft im Zeitpunkt der Zins- und Pachtzahlungen zwischen dem 04.06.2003 und dem 10.10.2005 nicht festgestellt werden könne. 64

2. 65

Der auf Feststellung einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung im Sinne von § 302 Ziffer 1 InsO gerichtete Klageantrag zu 2) sei mangels Begründetheit der Haupt- und Hilfsanträge unbegründet. 66

3. 67

Hinsichtlich der weiteren rechtlichen Würdigung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 1009 ff. d.A.) Bezug genommen. 68

III. 69

1. 70

Gegen das dem Kläger am 12.03.2014 zugestellte Urteil des Landgerichts Aachen hat dieser am 11.04.2014 mit Schriftsatz vom gleichen Tage Berufung eingelegt. Nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 12.06.2014 durch Verfügung des Vorsitzenden vom 23.04.2014 hat der Kläger die Berufung durch Schriftsatz vom 12.06.2016, eingegangen am gleichen Tag, begründet. Mit der Berufung stellt der Kläger die Entscheidung des Landgerichts Aachen in vollem Umfang zur Überprüfung und verfolgt die erstinstanzlich 71

geltend gemachten Ansprüche vollumfänglich weiter.

2. 72

a) 73

Zur Begründung stellt der Kläger zunächst darauf ab, dass das Landgericht seine Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO verletzt habe. Nach dem bisherigen Prozessverlauf habe der Kläger darauf vertrauen können, dass das Gericht die Klage zusprechen werde. Hätte das Gericht den Kläger darauf hingewiesen, dass es beabsichtige die Klage nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme abzuweisen, hätte der Kläger die Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen Dr. O beantragt, seine Stellungnahme zu dem Gutachten aus dem Parallelverfahren Landgericht Aachen 10 O 193/08 (Anl. BB1) und das dort eingeholte Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Dr. O vom 22. 5. 2014 (Anl. BB2) vorgelegt, was nunmehr nachgeholt werde. 74

Ferner habe das Landgericht das eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dr. O missverstanden. Der Sachverständige habe ausgeführt, dass die materielle Überschuldung nur kurzfristig, und zwar durch die Verzichtserklärung des Insolvenzverwalters von D vom 13.9.2005 habe beseitigt werden können. Dies könne jedoch nicht die durch den Sachverständigen ermittelte Überschuldung auch für den Zeitraum vom 30.09.2005 bis zum 10.10.2005 entkräften. Das Landgericht hätte dem Sachverständigen aufgeben müssen, erneut in die Prüfung einzusteigen oder ihn zumindest anhören müssen. 75

b) 76

Der Kläger behauptet ferner, die H GmbH sei überhaupt erst seit dem 17.01.2006 im Handelsregister des Amtsgerichts Aachen eingetragen gewesen. Vorher habe sie nur als Vorratsgesellschaft existiert. Ihren Geschäftsbetrieb habe sie erst im Januar 2006 aufgenommen. Zum Stichtag 30.09.2005 habe es dementsprechend auch noch keine Geschäftstätigkeit der H GmbH gegeben. Die durch Notarvertrag vom 30.12.2005 vereinbarte Übertragung der G-Filialen auf die H GmbH sei im Rahmen der Erstellung des Jahresabschlusses 2005, Ende 2006, rückwirkend auf den 01.07.2005 gebucht worden. Die Forderung gegen die H GmbH sei daher nicht werthaltig gewesen. 77

3. 78

Der Kläger beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 11.03.2014 (12 O 413/07), hilfsweise Zurückverweisung, sinngemäß, 79

- 1. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 2.000.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 801
- 2. festzustellen, dass es sich bei dem Anspruch gemäß Ziffer 1. um einen solchen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung im Sinne von § 302 Ziffer 1 InsO handelt. 823

Der Beklagte beantragt, 84

die Berufung zurückzuweisen. 85

4.	86
a)	87
Der Beklagte verteidigt die angegriffene Entscheidung unter Festhaltung und Vertiefung seines bisherigen Vorbringens.	88
b)	89
Er behauptet nunmehr zudem, er habe bereits am 10.07.2005 sein Amt als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin niedergelegt. Zu diesem Datum sei ein P zum Alleingeschäftsführer bestellt worden. Danach sei der Beklagte nicht mehr als Geschäftsführer tätig gewesen. Lediglich der Anstellungsvertrag habe weiter bestanden.	90
Der Beklagte ist ferner der Ansicht, dass zum 30.09.2005 eine positive Fortführungsprognose bestanden habe. Die Bewertung der Vermögensgegenstände der Insolvenzschuldnerin habe daher zu Fortführungswerten erfolgen müssen.	91
Er behauptet hierzu, im Juli 2005 habe ein Ertrags- und Finanzplan vorgelegen, aus dem sich die Fähigkeit zur Erfüllung anfallender Verbindlichkeiten mindestens für den Zeitraum bis zum 31.12.2007 ergeben habe. In 2005 habe insbesondere vorgelegen:	92
• eine Analyse der Verluste und Krisenursachen	994
• eine Darlegung der Möglichkeiten, diese künftig zu vermeiden,	996
• eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der Rentabilität des Unternehmens in der Zukunft, und auch	998
• eine Darlegung der Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung einer (drohenden) Insolvenzreife.	1000
Das Sanierungskonzept sei in Schritten erstellt und umgesetzt worden.	101
Der Beklagte behauptet weiter, die Forderungen gegen die H GmbH seien im Jahr 2005 in vollem Umfang werthaltig gewesen. Er ist der Ansicht, dies habe der Kläger selbst bestätigt, indem er im Jahresabschluss 2005 der Insolvenzschuldnerin die Forderung gegen die H zum Nennwert bilanziert habe. Diese seien auch nicht erst durch Vertrag vom 30.12.2005 entstanden.	102
5.	103
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Dr. O zur Frage der Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschuldnerin in den Zeiträumen 30.09.2005 bis 10.10.2005 und 01.04.2005 bis 30.09.2005.	104
Wegen der Einzelheiten der Beweiserhebung und des Beweisergebnisses wird auf den Hinweis-, Auflagen- und Beweisbeschluss des Senats vom 02.06.2015 (Bl. 1259 d.A.), das	105

unter dem 29.07.2016 vorgelegte Sachverständigengutachten des Sachverständigen Dr. O und auf die Stellungnahme des Sachverständigen vom 31.01.2017 zu den Einwänden der Parteien zu seinem Gutachten Bezug genommen.

Der Senat hat die Parteien mit Hinweisbeschluss vom 26.09.2017 darauf hingewiesen, dass der Senat nach dem Sach- und Streitstand zu der Annahme neigt, dass die Insolvenzschriftstellerin zum 30.09.2005 überschuldet war. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss Bezug genommen (Bl. 1516 ff. d.A.). 106

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vom 07.12.2017 hat der Beklagte durch nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 03.01.2018 (Bl. 1607 d.A.) seinen Sachvortrag weiter ergänzt. Wegen der Einzelheiten des nicht-nachgelassenen Schriftsatzes wird auf diesen Bezug genommen. 107

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in zweiter Instanz wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 108

Entscheidungsgründe 109

I. 110

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Aachen vom 11.03.2014 ist nach den insoweit maßgeblichen §§ 511 ff. ZPO nicht nur statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist auch zum größten Teil begründet. Das Urteil verletzt den Kläger in seinen Rechten, denn dem Kläger steht der mit der Klage in der Hauptsache im Wege der offenen Teilklage geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von 2.000.000,00 € zu. 111

Hinsichtlich des mit dem Berufungsantrag zu 2) weiter verfolgten Feststellungsantrags bleibt die Berufung hingegen ohne Erfolg. 112

1. 113

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 2.000.000,00 €, denn der Kläger kann von dem Beklagten die streitgegenständlichen Zahlungen der Insolvenzschriftstellerin in der Zeit vom 30.09.2005 bis zum 10.10.2005 gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. ersetzt verlangen. Es handelt sich um so genannte masseschädliche Zahlungen, da die Insolvenzschriftstellerin zum Zeitpunkt der Zahlungen wegen Überschuldung insolvenzreif war. 114

a) 115

Nach dem Sach- und Streitstand war die Insolvenzschriftstellerin zum Stichtag 30.09.2005 und in der Folge im Sinne von § 19 Abs. 2 InsO in der bis zum 17.10.2008 geltenden Fassung überschuldet. 116

aa) 117

Überschuldung liegt nach der im vorliegenden Fall anzuwendenden Rechtslage vor dem 18.10.2008 gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO. a.F. vor, wenn das Vermögen einer juristischen Person die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Anderes als nach der aktuellen Rechtslage vermag eine positive Fortführungsprognose nach der anzuwendenden früheren Rechtslage eine rechnerisch vorliegende Überschuldung nicht aufzuwiegen. 118

Die Frage, ob für das Unternehmen eine positive Fortführungsprognose zu stellen ist, ist gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO a.F. nur für die Bewertung des Vermögens der Schuldnerin von Bedeutung. Dieses ist in der aufzustellenden Überschuldungsbilanz mit Fortführungswerten zu berücksichtigen, wenn die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist. Im vorliegenden Fall kann daher offen bleiben, ob für die Insolvenzsuldnerin zum 30.09.2005 eine positive Fortführungsprognose zu stellen war. Offen bleiben kann insbesondere die Frage, ob zu diesem Zeitpunkt eine Ertrags- und Finanzplanung auf der Grundlage eines schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzepts für einen angemessenen Prognosezeitraum (vgl. BGH, Urteil vom 18.10.2010, Az.: II ZR 151/09, NZG 2010, 1393 (1394)) vorlag. Auch wenn man das Vermögen der Insolvenzsuldnerin im Rahmen der Überschuldungsbilanz mit Fortführungswerten ansetzt, ergibt sich zum 30.09.2005 eine Überschuldung der Insolvenzsuldnerin.

bb) 120

Im Rahmen der Überschuldungsprüfung geht der Senat von den vom Sachverständigen Dr. O im Rahmen der Auswertung der Buchhaltung der Insolvenzsuldnerin zu diesem Stichtag ermittelten Buchwerten aus. 121

Danach verfügte die Insolvenzsuldnerin zum 30.09.2005 über die folgenden **Aktiva**: 122

1	Immaterielle Vermögensgegenstände		95.178,00 €	123
2	Sachanlagen		1.959.014,68 €	
3	Finanzanlagen (Beteiligung G Österreich)		350.000,00 €	
4	Vorräte		8.327.427,25 €	
5	Forderungen		8.680.786,81 €	
5.1	Forderung aus Lieferung und Leistung	3.164.729,93		
5.2	Forderungen H	5.516.056,88 €		
7	Sonstige Vermögensgegenstände		557.927,07 €	
8	Kassenbestand, Guthaben bei Kreditinstituten		598.702,53 €	
9	Rechnungsabgrenzungsposten		153.043,88 €	
10	Verrechnungskonten Altgesellschaft		25.955,71 €	
	Summe Aktiva		20.748.035,93 €	

Diesen Aktiva standen die folgenden **Passiva** gegenüber: 124

125

11	Rückstellungen	1.759.559,27 €
12	Verbindlichkeiten ggüber Kreditinstituten	2.781.209,40 €
13	Verbindlichkeiten ggüber D	3.150.000,00 €
14	Verbindlichkeiten ggüber F	3.850.000,00 €
15	Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen	4.071.510,57 €
16	Verbindlichkeiten aus der Annahme gezogener Wechsel	57.705,91 €
17	Sonstige Verbindlichkeiten	823.108,95 €
18	Rechnungsabgrenzungsposten	290.201,00 €
	Summe Passiva	16.783.295,10 €

Dem entsprechend bestand – ausgehend von den Buchwerten der Insolvenzschuldnerin – zum Stichtag 30.09.2005 eine Überdeckung in Höhe von 3.964.740,83 €. 126

Diese vom Sachverständigen ermittelten Buchwerte zum 30.09.2005 hat sich der Kläger im Anschluss an die Gutachtenerstellung zumindest konkludent zu Eigen gemacht, indem er auf Ausführungen des Gutachters zur Überschuldung der Insolvenzschuldnerin Bezug genommen hat. 127

Soweit der Beklagte die Richtigkeit der dem Sachverständigen zur Verfügung stehenden Buchhaltung bezweifelt, ist sein Vortrag unsubstantiiert und damit unbeachtlich. Für die Richtigkeit der vom Sachverständigen ermittelten Buchwerte spricht zudem, dass sie in weiten Teilen bis auf den Cent genau mit den vom Beklagten in anderem Zusammenhang, zur Frage seines Verschuldens vorgetragenen Buchwerten zum 30.09.2005 (Bl. 709 d.A.) übereinstimmen. 128

Soweit keine Übereinstimmung besteht, namentlich auf Aktivseite bei den offenen Forderungen, den sonstigen Vermögensgegenständen und dem Kassenbestand, obliegt es dem Beklagten vorzutragen, welche Positionen insoweit zusätzlich zu berücksichtigen wären. 129

Hierbei verkennt der Senat nicht, dass es für den Beklagten naturgemäß schwierig ist, substantiiert zu den Buchwerten vorzutragen, da er mit dem Ende seiner Tätigkeit für die Insolvenzschuldnerin den unmittelbaren Zugriff auf die Buchhaltung verloren hat. Ihm steht es aber frei, Einblick in die vorhandenen Unterlagen zu nehmen und konkret darzulegen, welche Forderungen und sonstigen Positionen seiner Ansicht nach zusätzlich zu berücksichtigen sind. Entsprechende Einsicht ist dem Beklagten von dem Kläger nach dem Sach- und Streitstand auch angeboten worden. Diese Möglichkeit hat der Beklagte jedoch nicht wahrgenommen. 130

cc) 131

132

(1) Abweichend von den dargelegten Buchwerten und auch von den vom Sachverständigen in seinem Gutachten angenommenen Werten, bestand zum Stichtag 30.09.2005 keine Forderung gegen die H GmbH. Die in der Buchhaltung als Aktivposten in Höhe von 5.516.056,88 € gebuchte Forderung ist daher auszubuchen, so dass sich alleine deshalb bereits eine Überschuldung der Insolvenzschuldnerin in Höhe von 1.551.306,05 € ergibt. Dies folgt aus Rechtsgründen aus dem Sach- und Streitstand, so dass es der Einholung eines ergänzenden Sachverständigengutachtens nicht bedarf.

Hierbei ist es unbeachtlich, dass der Kläger zunächst nur die Werthaltigkeit der verbuchten Forderung gegen die H GmbH in Zweifel gezogen hat. Aus seinem Tatsachenvortrag zur Unternehmensgeschichte der H GmbH folgt bereits, dass die Forderung gegen die H GmbH zum Stichtag 30.09.2005 nicht bestand. Im Übrigen hat sich der Kläger die im Hinweisbeschluss des Senats vom 26.09.2017 ausgesprochenen Zweifel des Senats an der Existenz der Forderung gegen die H GmbH zum Stichtag mit Schriftsatz vom 20.11.2017 zu eigen gemacht. 133

Wie der Kläger substantiiert dargelegt hat, ist die H GmbH erst im Jahre 2005 aus einer Vorratsgesellschaft entstanden und hat ihren Geschäftsbetrieb, den Betrieb der vormaligen G-Einzelhandelsfilialen der Insolvenzschuldnerin, erst im Januar 2006 aufgenommen. Zum Verkauf des Einzelhandelsgeschäfts ist es jedoch erst durch notariellen Vertrag vom 30.12.2005 (Bl. 606 ff. d. A.) gekommen. 134

Der neue Vortrag zur Geschäftshistorie der H GmbH ist nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen. Nach dem Verfahrensverlauf war es rechtsfehlerhaft, die Klage des Klägers abzuweisen, ohne diesen zuvor darauf hinzuweisen, dass die Kammer den Beweis der Insolvenzreife zum 30.09.2005 auf Grundlage der Verwertung des Sachverständigengutachtens aus dem Verfahren 10 O 193/98 gem. § 411a ZPO als nicht geführt ansah. Insbesondere da die Kammer im Hinweisbeschluss vom 10.03.2011 (Bl. 633 ff. d.A.) dem Kläger lediglich aufgegeben hatte, die Zahlungen bis zu einer Summe von 2.000.000,00 € zu konkretisieren, auf die er den Hauptantrag stützt, durfte der Kläger mit einem weiteren Hinweis rechnen, für den Fall, dass die Kammer zu dem Ergebnis kommt, dass es auf die hilfsweise gestellten Anträge ankommt. Da ein solcher Hinweis durch das Landgericht unterblieben ist, ist der neue Vortrag des Klägers zur Überschuldungssituation der Insolvenzschuldnerin in zweiter Instanz zulässig. 135

Dem neuen Vortrag des Klägers zur Geschäftshistorie der H GmbH ist der Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten. Insbesondere legt der Beklagte bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung keine Geschäftstätigkeit der H GmbH vor der Übernahme der Einzelhandelsfilialen der Insolvenzschuldnerin dar. Das einfache Bestreiten des Klägervortrags zur Entstehungs- und Geschäftshistorie der H GmbH genügt aber nicht, um den substantiierten Klägervortrag wirksam zu bestreiten. 136

Hat die H GmbH jedoch ihren Geschäftsbetrieb erst im Januar 2006 aufgenommen, kann die zum 30.09.2005 bereits in der Buchhaltung der Insolvenzschuldnerin enthaltene Forderung nur auf der im notariellen Vertrag vom 30.12.2005 vereinbarten Rückwirkung beruhen. Eine andere Grundlage für die gebuchte Forderung ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich und nach der als unstreitig zu behandelnden Geschäftshistorie der H GmbH auch ausgeschlossen. 137

Eine erst mit Vertrag vom 30.12.2005 begründete Forderung kann jedoch im Rahmen einer Überschuldungsbilanz zum 30.09.2005 keine Berücksichtigung finden, denn sie war zum Stichtag noch nicht existent. 138

Hieran ändert auch die zwischen der Insolvenzschildnerin und der H GmbH im Vertrag vom 30.12.2005 vereinbarte Rückwirkung nichts. Hierbei kann offen bleiben, welche rechtliche Wirkung einer solchen Vereinbarung überhaupt zukommen kann. Sie ist jedenfalls nicht geeignet, eine zum 30.09.2005 bestehende Überschuldung rückwirkend zu beseitigen bzw. die Rechtsfolgen einer solchen Überschuldung zu beseitigen. Im Rahmen der Überschuldungsprüfung kommt es auf die Vermögenssituation der Insolvenzschildnerin zum jeweiligen Stichtag an. Diese kann durch, zum Stichtag noch ungewisse zukünftige Ereignisse nicht mehr geändert werden. 139

(2) An Stelle der nicht bestehenden Forderung von 5.516.056,88 € gegen die H GmbH sind zum Stichtag im Rahmen der Überschuldungsbilanz keine Vermögenswerte zu Gunsten des Beklagens einzubuchen. 140

Soweit die Möglichkeit besteht, dass in der Buchhaltung der Insolvenzschildnerin zum 30.09.2005 Vermögenswerte der Insolvenzschildnerin nicht zutreffend abgebildet wurden und somit stille Reserven vorhanden sind, ist der Beklagte hierfür darlegungs- und beweisbelastet. Vermögenswerte, die im Gegenzug für die zum 30.09.2005 tatsächlich noch nicht existente Forderung gegen die H GmbH in der Buchhaltung der Insolvenzschildnerin ausgebucht worden wären, trägt der Beklagte nicht substantiiert vor. 141

Soweit der Kläger mit dem Schriftsatz vom 10.11.2017 geltend macht, das Anlagevermögen sei zum 30.09.2005 um 639.336,00 € höher zu bewerten als vom Sachverständigen angenommen, da ein Teil des Anlagevermögens mit dem Vertrag vom 30.12.2005 zu diesem Preis an die H GmbH verkauft wurde, genügt dies nicht, um zum Stichtag 30.09.2005 eine entsprechende stille Reserve der Insolvenzschildnerin im Anlagevermögen substantiiert vorzutragen. Derartiges würde voraussetzen, dass mit Beginn der „Rückwirkung“ des Vertrages vom 30.12.2005 zum 01.07.2005 Anlagevermögen der Insolvenzschildnerin in entsprechender Höhe ausgebucht wurde. Dies kann der Senat jedoch ausschließen. 142

Wie sich aus dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Dr. O vom 31.01.2017 ergibt, gab es im Anlagevermögen zwischen Juni und Juli 2005 keinen nennenswerten Abfall (vgl. Bl. 24/25 des Ergänzungsgutachtens). Danach betrug der Buchwert der Sachanlagen zum 30.06.2005 2.005.892,36 € und zum 31.07.2005 1.952.467,76 €. Eine zwischenzeitlich Ausbuchung von Anlagevermögen im Umfang von fast 640.000,00 € (? 30 %) kann vor diesem Hintergrund ausgeschlossen werden. 143

Entsprechendes gilt für das Vorratsvermögen. Soweit der Beklagte mit Schriftsatz vom 10.11.2017 geltend macht, das Vorratsvermögen sei zum 30.09.2005 zur Berücksichtigung des an die H GmbH verkauften Vorratsvermögens um 4.876.720,88 € höher zu bewerten, genügt auch dies nicht zur Darlegung einer entsprechenden stillen Reserve zum 30.09.2005. Es ist schon nicht ersichtlich, wie der Beklagte auf die Summe von 4.876.720,88 € kommt. Für Warenvorräte sollten gemäß § 9 Abs. 2 des Vertrages vom 30.12.2005 45 % des von der H GmbH in der Zukunft tatsächlich erzielten Netto-Einzelhandels-Verkaufspreises gezahlt werden, mindestens jedoch 3,5 Mio. € und höchstens 4,3 Mio. €. Wie der Beklagte vor diesem Hintergrund auf 4.876.720,88 € kommt, ist daher nicht erklärlich. 144

Ohnehin trägt der Beklagte nicht nachvollziehbar vor, dass in der Buchhaltung der Insolvenzschildnerin zum 30.09.2005 Vorratsvermögen, das später an die H GmbH verkauft wurde, bereits ausgebucht war. Auch dies würde wiederum voraussetzen, dass entsprechendes Vorratsvermögen zu Beginn der „Rückwirkung“ des Vertrages vom 30.12.2005, also zum 01.07.2005, ausgebucht wurde. Dies kann der Senat ausschließen. Wie sich wiederum aus dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Dr. O vom 145

31.01.2017 ergibt, betrug der Buchwert der Vorräte zum 30.06.2005 9.517.322,68 € und zum 31.07.2005 9.099.795,82 €. Diese geringe Differenz schließt eine Ausbuchung des kompletten Vorratsbestandes der Einzelhandelsfilialen zum 01.07.2005 im Umfang von ca. 4 Mio. € aus.

Insgesamt gelingt es dem Beklagten somit nicht, substantiiert darzulegen, die Insolvenzschuldnerin habe – quasi spiegelbildlich – für die in der Buchhaltung zum 30.09.2005 fälschlicherweise berücksichtigte Forderung gegen die H GmbH zu diesem Datum über stille Reserven im Anlage- und Vorratsvermögen verfügt. Der entsprechende Vortrag geht über unsubstantiierte Behauptungen nicht hinaus, für die es zudem an einem Beweisantritt fehlt. 146

Letztendlich hat der Beklagte dann auch – nach Schluss der mündlichen Verhandlung – seinen entsprechenden Vortrag im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 03.01.2018 aufgegeben. 147

dd) 148

Stille Reserven der Insolvenzschuldnerin anderer Art sind ebenfalls nicht im Rahmen der Überschuldungsprüfung zum 30.09.2005 zu berücksichtigen. Insbesondere hat der Beklagte die behaupteten weiteren stillen Reserven nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt. 149

(1) Eine stille Reserve in Form eines zu niedrig verbuchten Firmenwertes bestand nicht. Die Annahme einer solchen stillen Reserve würde voraussetzen, dass bereits zum 30.09.2005 die konkrete Aussicht bestand, das Unternehmen oder nur das Kooperationsgeschäft für 500.000,00 € zu verwerten. Derartiges wird nicht vorgetragen. Dass hierüber im Rahmen der vorläufigen Insolvenzverwaltung Jahre später gesprochen wurde, indiziert nicht, dass eine entsprechende, konkrete Aussicht schon Ende September 2005 bestand. 150

(2) Stille Reserven bei der österreichischen Tochter G GmbH sind ebenfalls nicht anzusetzen. Solche wären ohnehin in der Bilanz der G GmbH (Österreich) zu berücksichtigen, nicht in der Überschuldungsbilanz der Insolvenzschuldnerin. Die behaupteten stillen Reserven sind zudem nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. Aus dem erfolgten Verkauf einzelner Filialen lässt sich insbesondere nicht schließen, dass die weiteren Filialen in gleicher Weise verwertbar waren. 151

(3) Auch bei den G-Filialen in Deutschland ist die behauptete stille Reserve in Höhe von 2.800.000,00 € im Rahmen der Überschuldungsbilanz zum 30.09.2005 nicht anzusetzen. Der Beklagtenvortrag hierzu ist bereits unsubstantiiert. Ein „Goodwill-Wert“ der einzelnen Filialen in Höhe von jeweils 20.000,00 € folgt insbesondere nicht daraus, dass bei der Preisfindung für einzelne Filialen, deren Verkauf zuvor gelungen war, ein solcher „Goodwill-Wert“ berücksichtigt worden sein soll. Dies lässt allenfalls auf den „Goodwill-Wert“ der verkauften Filialen schließen, nicht auf den der verbliebenen. Dementsprechend enthält auch der Vertrag mit der H GmbH vom 30.12.2005, mit dem die verbliebenen Einzelhandelsfilialen verkauft wurden, keine entsprechende Klausel. Der Vertrag enthält vielmehr die Klausel, dass die für den „Goodwill“ der Filialen ebenso bedeutsame Marke „G“ für einen Preis von 1,00 € mitverkauft wird. Vor diesem Hintergrund kann von einer stillen Reserve im Hinblick auf die Einzelhandelsfilialen nicht ausgegangen werden. 152

ee) 153

154

Die in der Buchhaltung der Insolvenzschildnerin zum 30.09.2005 berücksichtigten Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der F in Höhe von 3.850.000,00 € und gegenüber dem Insolvenzverwalter der D in Höhe von 3.150.000,00 € sind im Rahmen der Prüfung der Überschuldung zu diesem Stichtag voll auf Passivseite zu berücksichtigen.

Insbesondere hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht dargelegt, dass zum 30.09.2005 bezüglich dieser Verbindlichkeiten ein qualifizierter Rangrücktritt vorlag. Nur ein solcher qualifizierter Rangrücktritt würde es rechtfertigen, die genannten Darlehen im Rahmen der Überschuldungsprüfung unberücksichtigt zu lassen. 155

Die Annahme eines solchen qualifizierten Rangrücktritts setzte nach der hier anzuwendenden Rechtslage vor dem 18.10.2008 voraus, dass der Gläubiger erklärt, erst nach Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen befriedigt werden zu wollen (vgl. BGH, Urteil vom 08.01.2001, Az.: II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 ff.). 156

Dem genügen die beklagtenseits vorgetragenen Rangrücktrittserklärungen der F und des Insolvenzverwalters der D nicht. 157

(1) Die F hat zwar in § 6 der Sanierungsvereinbarung vom 13.09.2005, einen Rangrücktritt erklärt. Dieser Rangrücktritt wurde jedoch nicht allgemein erklärt. Der Rangrücktritt erfolgte vielmehr ausdrücklich nur hinter den Anspruch des Insolvenzverwalters der D auf Darlehensrückforderung in Höhe von 3.150.000,00 €. Dies genügt den dargelegten Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt nicht. 158

Ein Rangrücktritt der F folgt auch nicht daraus, dass der Kläger die Darlehensforderung im Insolvenzverfahren bestreitet, da er von einem Nachrang dieser Verbindlichkeiten ausgeht. Dies setzt keinen qualifizierten Rangrücktritt voraus sondern beruht vielmehr auf der rechtlichen Qualifizierung der Darlehensforderung der F als eigenkapitalersetzend. Eigenkapitalersetzende Leistungen sind jedoch, soweit keine Rangrücktrittserklärungen abgegeben worden sind, in der Überschuldungsbilanz zu passivieren (vgl. BGH, Urteil vom 08.01.2001, Az.: II ZR 88/99, BGHZ 146, 264). 159

Die mündliche Vereinbarung eines gesonderten, qualifizierten Rangrücktritts zwischen der F und der Insolvenzschildnerin trägt der Beklagte hingegen nicht substantiiert vor. Ein qualifizierter Rangrücktritt bedarf einer Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und der Insolvenzschildnerin. (vgl. BGH, Urteil vom 20.02.2014, Az. IX ZR 137/13, NZI 2014, 503; Haas in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, Vorb. § 64 Rn. 60). Eine einseitige über den Rangrücktritt vom 13.02.2009 hinausgehende Erklärung – wie der Beklagte sie erstmals mit Schriftsatz vom 09.11.2017 konkret vorträgt – genügt nicht. 160

Zudem trägt der Beklagte auch nicht vor, wann eine solche zweite, mündliche Rangrücktrittsvereinbarung geschlossen worden sein soll. Jedenfalls im Hinblick auf den in der Sanierungsvereinbarung vom 13.09.2005 ausdrücklich nur eingeschränkt erklärten Rangrücktritt hätte es näherer Darlegung bedurft, dass ein solcher zweiter, qualifizierter Rangrücktritt vor dem Ende der streitgegenständlichen Zahlungen am 10.10.2005 mündlich vereinbart wurde. Daran fehlt es. 161

(2) 162

Der Insolvenzverwalter der D hat gemäß § 2 Ziff. 4 der Sanierungsvereinbarung vom 13.09.2005 bezüglich der Restdarlehensforderung in Höhe von 3.150.000,00 € zwar einen 163

Rangrücktritt erklärt. Die Erklärung erfolgte jedoch unter der aufschiebenden Bedingung eines ausdrücklichen schriftlichen Verlangens einer Bank oder eines Kreditinstituts, welche den Einkauf von Waren der B kreditiert. Nur bei Eintritt dieser Bedingung sollte der Rangrücktritt gelten. Dass diese Bedingung bis zum 30.09.2005 oder bis zum 10.10.2005 eingetreten wäre, trägt der Beklagte nicht vor, so dass offen bleiben kann, ob der erklärte Rangrücktritt im Übrigen die an einen qualifizierten Rangrücktritt zu stellenden Anforderungen erfüllt.

ff) 164

Im Hinblick auf die Überschuldung der Insolvenzschriftnerin zum 30.09.2005 in Höhe von 1.551.306,05 €, die sich allein schon aus der Nicht-Existenz der verbuchten Forderung gegen die H GmbH ergibt, kann offen bleiben, wie die vielfältigen weiteren Streitpunkte der Parteien mit Bezug zum Überschuldungsstatus der Insolvenzschriftnerin zum 30.09.2005 zu bewerten sind. 165

Offen bleiben kann insbesondere, 166

- ob bezüglich der verbuchten immateriellen Vermögensgegenstände und des verbuchten Anlagevermögens der Insolvenzschriftnerin im Hinblick auf die Krise des Unternehmens ein Abschlag vorzunehmen war, 167
- ob die Beteiligung an der österreichischen Tochter G GmbH und die Forderungen gegen diese zum 30.09.2005 noch werthaltig waren, 169
- ob hinsichtlich des Vorratsvermögens ein Abschlag auf den Buchwert vorzunehmen war, 172
- ob die als „sonstige Vermögensgegenstände“ verbuchten sogenannten „Asset Purchase Credits“ des Unternehmens „Argent Trading“ zum 30.09.2005 noch werthaltig waren, 174
- ob die Insolvenzschriftnerin zum 30.09.2005 hinreichende Rückstellungen für Retouren aus dem Kooperationsgeschäft gebildet hatte und 176
- ob im Rahmen der Überschuldungsbilanz zum 30.09.2005 Rückstellungen für die Abwicklung von Dauerschuldverhältnissen wie Mietverträgen und von Arbeitsverhältnissen (Sozialplankosten) zu berücksichtigen sind. 178

b) 179

Die Insolvenzschriftnerin hat in der streitgegenständlichen Zeit vom 30.09.2005 bis zum 10.10.2005 Zahlungen in Höhe von insgesamt 2.058.926,45 € vorgenommen. Dem entsprechenden Vortrag des Klägers ist der Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten. 180

Soweit die geltend gemachten Forderungen den geforderten Teilbetrag von 2.000.000,00 € übersteigen ist dies unschädlich. Aus dem Klägervorbringen ergibt sich unzweifelhaft, dass der Kläger den Ersatz der letzten aufgelistete Zahlung vom 30.09.2005 an die Edeka Hamburg in Höhe von 201.522,14 € nur teilweise begehrt, so dass sich zusammen mit den 181

übrigen Forderungen die Klagesumme in Höhe von 2.000.000,00 € ergibt.

c)	182
Der Beklagte war im fraglichen Zeitraum vom 30.09.2005 bis zum 10.10.2005 auch Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin.	183
Soweit der Beklagte im Berufungsverfahren, mit Schriftsatz vom 10.11.2017, erstmalig vorgetragen hat, er sei bereits am 10.07.2005 als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin zurückgetreten, ist dies unbeachtlich.	184
Mit diesem neuen Vortrag setzt sich der Beklagte in Widerspruch zu seinem bisherigen Vortrag. In der Klageerwiderung hatte der Beklagte noch geschrieben: „Es ist unstreitig, dass der Beklagte bis zum 10.10.2005 Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin war.“ (Bl. 31 d.A.). Dementsprechend heißt es im angegriffenen Urteil des Landgerichts Aachen auch im unstreitigen Tatbestand: „Der Beklagte war ab Gründung der B neu bis zum 10. Oktober jedenfalls förmlich bestellter Geschäftsführer der B neu.“ Dem ist der Beklagte nicht mittels Tatbestandsberichtigungsantrag entgegen getreten. Für die Zwecke des Berufungsverfahrens ist daher gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO davon auszugehen, dass der Beklagte bis zum 10.10.2005 Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin war.	185
Der neue Vortrag ist auch nicht geeignet, Zweifel an den Feststellungen des Landgerichts zu wecken, denn er ist gemäß § 530 Abs. 2 ZPO als neues Verteidigungsmittel nicht zuzulassen. Sollte der Beklagte tatsächlich die Geschäftsführung bereits zum 10.07.2015 niedergelegt haben, hätte er dies erstinstanzlich vorbringen können und müssen.	186
Die Zahlungen der Insolvenzschuldnerin in der Zeit vom 30.09.2005 bis zum 10.10.2005 sind dem Beklagten daher im Sinne von § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. zuzurechnen. Hierzu genügt es, dass die Zahlung durch den Geschäftsführer veranlasst worden ist, bzw. mit seinem Wissen und Willen geschehen ist oder durch diesen hätte verhindert werden können (vgl. BGH, Urteil vom 16.03.2009, Az. II ZR 32/08, NZG 2009, 582 (582)). Zumindest letzteres war hier der Fall, denn der Beklagte war im fraglichen Zeitraum Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin und hätte als solcher die Zahlungen der Insolvenzschuldnerin im Hinblick auf deren Insolvenzreife einstellen können und müssen.	187
Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass der Beklagte im streitgegenständlichen Zeitraum nicht der einzige Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin war. Offen bleiben kann in diesem Zusammenhang insbesondere, ob der Mitgeschäftsführer I ab März 2005 für die Finanzen und die Liquiditätsplanung zuständig war und der Beklagte keine umfassenden Darstellungen über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft mehr erhielt, wie er bereits erstinstanzlich behauptet hat.	188
Eine solche interne Geschäftsverteilung entbindet den Beklagten nicht von seinen Geschäftsführerpflichten. Dem Beklagten war unstreitig bekannt, dass sich die Insolvenzschuldnerin in der Krise befand, denn er war am Zustandekommen der Sanierungsvereinbarung vom 13.09.2005 beteiligt. In der Krise muss jedoch auch der nicht für das Ressort Finanzen zuständige Geschäftsführer alle nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Maßnahmen treffen, um bis zur Klärung der Situation zu verhindern, dass das Gesellschaftsvermögen durch Abflüsse gemindert wird (vgl. BGH, Urteil vom 01.03.1993, Az.: II ZR 81/94, NJW 1994, 2149). Dementsprechend hätte es hier dem Beklagten auch bei der behaupteten Aufgabeverteilung oblegen, die Finanzlage der Gesellschaft zu überwachen und den Masseabfluss durch die streitgegenständlichen Zahlungen zu verhindern.	189

d)	190
Die Zahlungen der Insolvenzschuldnerin sind auch nicht nach § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F. als Zahlungen gerechtfertigt, die trotz Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind.	191
Auf diese Weise nach § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F. privilegiert sind nur solche Zahlungen, die im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger liegen. Der hierfür anzulegende Maßstab bestimmt sich nicht nach den allgemeinen Verhaltenspflichten eines Geschäftsführers, der bei seiner Amtsführung Recht und Gesetz zu wahren hat; er ist vielmehr an dem besonderen Zweck des § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. auszurichten, die verteilungsfähige Vermögensmasse einer insolvenzreifen GmbH im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern (vgl. BGH, Urteil vom 08.01.2001, Az.: II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 (274/275) m.w.N.).	192
Dass die streitgegenständlichen Zahlungen der Insolvenzschuldnerin im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger der Insolvenzschuldnerin waren, hat der auch insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht substantiiert dargelegt.	193
e)	194
Die Ersatzpflicht des Klägers ist auch nicht durch die dreiwöchige Insolvenzantragsfrist des § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. ausgeschlossen. Nach dem Sach- und Streitstand ist ohnehin nicht davon auszugehen, dass die Überschuldung der Insolvenzschuldnerin erstmals am 30.09.2005 eingetreten ist. Auf den genauen Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung kommt es jedoch nicht an, denn der Ersatzanspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. besteht für alle Zahlungen der Insolvenzschuldnerin nach Eintritt der Überschuldung. Eines Ablaufs der dreiwöchigen Antragsfrist nach § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. bedarf es nicht. Das Zahlungsverbot beginnt mit Insolvenzreife (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 12.01.2016, Az.: 6 U 123/13, ZIP 2016, 923; Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 60 m.w.N.).	195
f)	196
Der Ersatzanspruch des Klägers aus § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F. ist schließlich auch nicht durch dem Vertrag vom 11.10.2005 ausgeschlossen. Gemäß §§ 64 Abs. 2 Satz 3, 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG kann die Insolvenzschuldnerin auf ihren Ersatzanspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG nicht verzichten, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. Dies ist hier der Fall, denn die im Insolvenzverfahren der Insolvenzschuldnerin angemeldeten Forderungen übersteigen die Klageforderung deutlich.	197
g)	198
Soweit die Verurteilung auf § 64 Satz 1 GmbH (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) gestützt ist, war dem Beklagten im Hinblick auf den schadensrechtlichen Grundsatz der Vorteilsausgleichung von Amts wegen vorzubehalten, nach Erfüllung der Klageforderung seine Rechte gegen den Kläger zu verfolgen; wobei sich der ihm zustehende Anspruch nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 2005, Az.: II ZR 235/03, DStR 2005, 1704).	199
2.	200
	201

Der Zinsanspruch des Klägers folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Rechtshängigkeit der Klage ist durch Zustellung der Klageschrift am 28.09.2007 eingetreten, so dass der Zinsanspruch ab dem Folgetag besteht.	
3.	202
Der mit dem Berufungsantrag zu 2) verfolgte Feststellungsantrag ist zwar zulässig aber unbegründet.	203
Der Zahlungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. ist kein Anspruch aus unerlaubter Handlung im Sinne von § 302 Nr. 1 InsO.	204
Die Verletzung der Insolvenzantragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. ist zwar eine unerlaubte Handlung. Aus dieser selbst resultiert jedoch allenfalls eine Haftung gegenüber den Gläubigern der Insolvenzschuldnerin nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO.	205
Demgegenüber hat der hier gegebene Anspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. nur mittelbar gläubigerschützende Wirkung. Der Anspruch auf Wiederauffüllung des Gesellschaftskapitals bei Verstoß gegen das Zahlungsverbot dient gerade nicht dem Schutz einzelner Gläubiger im Sinne eines individuellen Schadensersatzanspruchs, sondern primär dem Schutz des Gesellschaftskapitals. Dies führt dazu, dass er nicht als ein Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung i. S. von § 302 Nr. 1 InsO behandelt werden kann (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 26.02.2013, Az.: 6 U 32/11, BeckRS 2013, 05332 m.w.N.).	206
Nichts anderes folgt aus der vom Kläger in Bezug genommenen Urteil des BGH vom 21.06.2007, Az.: IX ZR 29/06, NJW 2007, 2854. In diesem nimmt der Bundesgerichtshof auf einen Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. Bezug und führt aus, dass derjenige, der als Geschäftsführer den Betrieb weiterbetreibt, obwohl er weiß, dass dieser zahlungsunfähig ist, regelmäßig eine Gläubigerbenachteiligung, nämlich die Schmälerung der auf die Gläubiger entfallenden Quote, in Kauf. Deshalb sei es gerechtfertigt, dass die Forderungen der Geschädigten von der Restschuldbefreiung ausgenommen werden. (BGH, a.a.O.). Diese Ausführungen beziehen sich eindeutig auf den nach §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. geltend zu machenden Quotenschaden der Insolvenzgläubiger.	207
Dass auch ein Anspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. unter § 302 Nr. 1 InsO fallen würde, hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung hingegen gerade nicht ausgesprochen. Der insoweit vom Kläger vertretenen Auffassung vermag der Senat aus den genannten Gründen nicht zu folgen.	208
4.	209
Der nicht nachgelassene Schriftsatz des Beklagten vom 03.01.2018 bietet keine Veranlassung dazu, die mündliche Verhandlung gemäß §§ 296a Satz 2, 156 ZPO wieder zu eröffnen. Der neue Vortrag in diesem Schriftsatz muss vielmehr nach § 296a Satz 1 ZPO unberücksichtigt bleiben.	210
a)	211
Soweit der Beklagte in dem Schriftsatz zum Ablauf der Übernahme des Einzelhandelsgeschäfts der Insolvenzschuldnerin durch die H GmbH ergänzend vorträgt, rechtfertigt dies eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 Abs. 2 Nr. 1	212

ZPO oder § 156 Abs. 1 ZPO nicht.

Der neue Vortrag, der Verkauf des Einzelhandels an die H GmbH sei ab Juli 2005 bereits „rein tatsächlich“ umgesetzt worden, indem der Einzelhandel der Insolvenzsuldnerin auf Rechnung der H GmbH geführt worden sei, rechtfertigt – selbst wenn man ihn als richtig unterstellt - keine abweichende Beurteilung der Rechtslage. 213

Damit bestätigt der Beklagte lediglich – unter impliziter Aufgabe seines nur kurz zuvor erfolgten Vortrags – dass es für die zum 30.09.2005 verbuchte Forderung der Insolvenzsuldnerin gegen die H GmbH keine rechtliche Grundlage gab, denn der Vertrag über den Verkauf des Einzelhandelsgeschäfts der Insolvenzsuldnerin an die H GmbH wurde unstreitig erst am 30.12.2005 geschlossen. Eine „rein tatsächliche“, vorzeitige Weiterberechnung von Kosten und Wareneinkauf des Einzelhandels durch die Insolvenzsuldnerin im Vorgriff auf den geplanten Abschluss dieses Vertrages stellt keine geeignete Rechtsgrundlage für die gegen die H GmbH verbuchten Forderungen dar. 214

Den Abschluss eines mündlichen Vertrages über den Verkauf des Einzelhandelsgeschäfts der Insolvenzsuldnerin an die H GmbH oder den Abschluss eines anderen schuldrechtlichen Vertrages, welche die Weiterbelastung der Kosten des Einzelhandels an die H GmbH rechtfertigen würde, trägt der Beklagte in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 03.01.2018 nicht substantiiert vor. Die Annahme eines solchen mündlichen Vertrages scheint im Übrigen im Hinblick auf den tatsächlich erst zum 30.12.2005 geschlossenen Vertrag und die Regelung des § 154 Abs. 2 BGB ohnehin ausgeschlossen. 215

b) 216

Auch im Übrigen gibt der neue Vortrag des Beklagten im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 03.01.2005 keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. 217

Dies gilt insbesondere, soweit der Beklagte in dem Schriftsatz erstmals behauptet, 218

- der Fortführungswert des Anlage- und Vorratsvermögens der Insolvenzsuldnerin habe ~~2120~~ tatsächlich noch über den Buchwerten zum 30.09.2005 gelegen,
- in der zum 30.09.2005 verbuchten Forderung gegen die H GmbH sei Umsatzsteuer in ~~2222~~ Höhe von 760.835,43 € enthalten gewesen, zumindest insoweit habe eine Gutschrift erfolgen müssen und
- in der zum 30.09.2005 verbuchten Forderung gegen die H GmbH seien Warenverkäufe ~~2224~~ im Umfang von 1.328.871,03 € enthalten gewesen, insoweit seien erhöhte Warenvorräte zu verbuchen, erkenne man die Forderung gegen die H GmbH nicht an.

Dieser neue Vortrag ist zwar – seine Richtigkeit unterstellt – für den Rechtsstreit grundsätzlich relevant, gibt jedoch dennoch keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, so dass der entsprechende neue Vortrag nach § 296a Satz 1 ZPO unberücksichtigt bleiben muss. 225

Ein Wiedereröffnungsgrund nach § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegt nicht vor. Einen Verfahrensfehler, eine Verletzung der Hinweis- oder Aufklärungspflicht oder eine Verletzung 226

des Anspruchs auf rechtliches Gehör, welche den Beklagten Veranlassung gegeben hätte, von einem Vortrag zu diesen Punkten abzusehen, trägt der Beklagte weder vor, noch ist derartiges sonst ersichtlich. Der Beklagte hatte vielmehr vor Schluss der mündlichen Verhandlung hinreichend Anlass und Gelegenheit zu diesen Punkten ergänzend vorzutragen, insbesondere im Hinblick auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 26.09.2017.

Vor dem Hintergrund dieses Hinweisbeschlusses und der damit verbundenen Möglichkeit zum ergänzenden Vortrag vor Schluss der mündlichen Verhandlung sieht der Senat auch keine Veranlassung von der Möglichkeit der Wiedereröffnung nach § 156 Abs. 1 ZPO Gebrauch zu machen. 227

II. 228

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 229

Streitwerte: 230

1. Instanz: 2.000.000,00 € 231

2. Instanz: 2.000.000,00 € 232