

---

**Datum:** 13.10.2005  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 27. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 27 U 200/04  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2005:1013.27U200.04.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Münster, 2 O 94/04

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 27. September 2004 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

Gründe: 1

A. 2

Die Klägerin macht Rückgewähransprüche aufgrund Insolvenzanfechtung geltend. 3

Die Schuldnerin, über deren Vermögen am 1.1.2003 auf Eigenantrag vom 22.10.2002 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, entstand im Jahre 1998 durch den Zusammenschluss der Firmen Z und I. Kommanditistin war ab Ende 1998 die X GmbH & Co in S. Deren 4

Kommanditanteil von zuletzt 3,531 Mio. DM ging im Jahre 2002 im Wege der Sonderrechtsnachfolge i.H.v. 1,177 Mio. DM auf Dr. X2 und i.H.v. 2,354 Mio. DM auf I über. Diese beiden waren zugleich mit je 3,077586 Mio. DM als Kommanditisten an der X GmbH & Co beteiligt.

Am 11.7.2002 schloss die Schuldnerin, die sich schon seit dem Jahre 2001 in einer angespannten Liquiditätslage befand, mit der kurz zuvor am 8.6.2002 durch ihren Geschäftsführer T als Alleingesellschafter gegründeten Beklagten den schriftlichen Factoring-Vertrag Bl. 39 ff. GA. Dieser enthält in § 5 eine sog. Delkredere-Abrede, wonach die Schuldnerin für die verkauften Forderungen das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Debitors trägt und im Falle der Zahlungsunfähigkeit vom Factor mit dem Ausfall der Forderung in Höhe des Kaufpreises belastet wird. 5

Durch notariellen Vertrag vom 20.7.2002 übernahmen die Herren Dr. X2 und H den zuvor geteilten Geschäftsanteil des Herrn T an der Beklagten. 6

Zwischen dem 15.7. und dem 10.10.2002 zog die weiterhin zum Forderungseinzug ermächtigte Schuldnerin insgesamt 2.591.843,18 € auf die verkauften und abgetretenen Forderungen ein und kehrte diesen Betrag an die Beklagte aus. Die Beklagte wiederum überwies neben zwei Zahlungen von zusammen 1,5 Mio. €, deren Rechtsgrund streitig ist, weitere 2.321.326,08 € als Kaufpreis für die erworbenen Forderungen auf Bankkonten der Schuldnerin. 7

Den Differenzbetrag von 270.517,10 € begehrt die Klägerin mit der vorliegenden Klage erstattet. Sie vertritt die Auffassung, dass es sich bei dem Factoring-Vertrag in Wahrheit um eine Eigenkapital ersetzende Kreditgewährung gehandelt habe. 8

Die Beklagte hat behauptet, per 10.7.2002 habe der Gesamtforderungsbestand der Schuldnerin 2.303.287,55 € betragen; davon hätten sich 187.799,81 € bereits im Inkasso befunden, 701.121,80 € seien auf sog. "Schleppende Zahler" entfallen und 1.414.365,94 € auf "gesicherte" Forderungen mit regulär vereinbartem Zahlungsziel von 3 Monaten. Hiervon seien die bereits im Inkasso befindlichen Forderungen der Schuldnerin belassen und die übrigen Forderungen für zusammen 1,5 Mio. € an die Beklagte verkauft worden. Auf dieser am 11.7.2002 zwischen dem Zeugen C und ihrem Geschäftsführer mündlich getroffenen Vereinbarung beruhten ihre unstreitigen Zahlungen mit dem Verwendungszweck "Abschlag Factoring" i.H.v. 1 Mio. € am 15.7.2002 und i.H.v. 500.000 € am 16.7.2002. Daneben sei am 11.7.2002 der schriftliche Factoring-Vertrag unterzeichnet worden, der sich auf die zukünftigen Forderungen bezogen habe. 9

Insoweit sei in der Folgezeit echtes Factoring in einem revolving System erfolgt und das Factoring-Verhältnis nicht als Forderungseinzug unter zwischenzeitlicher Kreditierung der Erfüllung halber abgetretener Forderungen durchgeführt worden. Eine Rückbelastung gemäß § 5 des Factoring-Vertrags habe es in keinem einzigen Fall gegeben, obwohl auch Forderungen angekauft worden seien, die zum Zeitpunkt des Ankaufs schon über 90 Tage fällig waren. In den Fällen ausbleibender Zahlung habe sie im Auftrag der Schuldnerin das Inkasso- oder Mahnverfahren eingeleitet. 10

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Der geltend gemachte Anspruch sei gemäß §§ 135 Nr. 2, 143 InsO, 32 a Abs. 3 GmbHG begründet. 11

Die Gewährung finanzieller Mittel durch die Beklagte sei aufgrund der personellen und wirtschaftlichen Verflechtung einer Kreditgewährung durch die Gesellschafter Gehring und 12

Dr. X2 gleichzusetzen. Das unechte Factoring sei als Eigenkapital ersetzendes darlehensähnliches Geschäft einzustufen. Unerheblich sei, ob tatsächlich keine Rückbelastung erfolgt sei; es genüge, dass der Schuldner mit der Rückbelastungsmöglichkeit bedroht sei. Maßgebend für die Bewertung des Geschäfts sei die rechtliche Gestaltung, nicht die konkrete Durchführung. Danach habe der Forderungserwerb der Beklagten nur kreditierenden Charakter gehabt; der Gegenwert für die angekauften Forderungen habe der Schuldnerin im Hinblick auf die Rückbelastungsmöglichkeit nicht endgültig zufließen sollen. Ihr sei somit kein "gläubigerhaftendes Eigenkapital", sondern nur Fremdkapital zur zunächst vorübergehenden Nutzung zugeführt worden.

Gegen dieses Urteil, auf das wegen weiterer Einzelheiten seiner Begründung sowie des Parteivorbringens in erster Instanz verwiesen wird, richtet sich die Berufung der Beklagten, die weiterhin Klageabweisung erstrebt. Sie meint das Landgericht habe zu Unrecht den Eigenkapital ersetzenden Charakter des Factoringverhältnisses bejaht. 13

Es habe dabei überhaupt keine Feststellungen zur Kreditwürdigkeit der Schuldnerin oder der Debitoren (der Schuldner der Insolvenzschuldnerin) zum Zeitpunkt des Abschlusses des Factoringvertrages getroffen. Für die Frage, ob ein unechtes Factoring als Eigenkapital ersetzendes Rechtsgeschäft einzustufen sei, komme es primär auf die Kreditwürdigkeit der Debitoren an. Verität und Bonität der verkauften Forderungen seien hier nicht zu beanstanden gewesen. Aus diesem Grunde sei auch die Schuldnerin selbst noch kreditwürdig gewesen. Denn die gesamten von ihr gekauften Forderungen hätten als Sicherheit für ein mögliches weiteres Darlehen zur Verfügung gestanden. Es habe keine Vorausabtretung zukünftiger Forderungen oder eine Kollision mit anderen Sicherungsrechten gegeben. 14

Sodann habe das Landgericht, obwohl § 32 a Abs. 3 GmbHG Ausdruck wirtschaftlicher Betrachtungsweise sei, die Prüfung unterlassen, wie die zwischen ihr und der Schuldnerin getroffene Vereinbarung von beiden verstanden und tatsächlich umgesetzt worden sei. Sie habe auf den Regress bei der Schuldnerin verzichtet und alleine das Risiko der Bonität der gekauften Forderungen getragen. Erfüllung habe jeweils schon mit der Forderungsabtretung und nicht erst mit Befriedigung der abgetretenen Forderung vorgelegen. Die dem unechten Factoring immanente eventuelle Verbindlichkeit gegenüber dem Factor aufgrund der Rückbelastungsmöglichkeit sei gerade nicht umgesetzt worden. Die Beteiligten hätten die getroffene Vereinbarung somit wirtschaftlich wie ein echtes Factoring ausgeführt; § 32 a GmbHG greife damit nach der ratio legis nicht ein. 15

Ihre Befriedigung i.S.v. § 135 InsO sei bereits mit Abtretung der Forderungen eingetreten, weil damit die Ansprüche aus der Factoringvereinbarung erfüllt worden seien. Aber selbst nach dem Vortrag der Klägerin sei die Befriedigung fortlaufend durch die Zahlung der Drittschuldner und damit aus schuldnerfremden Vermögen erfolgt, weil die Schuldnerin fremde Forderungen eingezogen und damit nur als ihe – der Beklagten - Zahlstelle fungiert habe. Die Forderungen seien nicht mehr dem Schuldnervermögen zuzurechnen gewesen, so dass es an einer Gläubigerbenachteiligung fehle. 16

Des Weiteren habe das Landgericht zu Unrecht ein Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO verneint. Wirtschaftlich betrachtet bestehe kein Unterschied zwischen dem unechten Factoring, bei dem sich die Delkrederehaftung nicht realisiere, und dem echten Factoring. Vor Insolvenzeröffnung voll abgewickelte Geschäfte würden ähnlich wie Barverkäufe von der Insolvenz nicht berührt; erhalte der Kunde für den Verkauf der Forderung eine echte Gegenleistung, so fehle beim echten wie beim unechten Factoring die Gläubigerbenachteiligung. Hier habe die Schuldnerin den vereinbarten Kaufpreis als 17

gleichwertige Gegenleistung für die abgetretenen Forderungen fortlaufend vereinnahmt und jeweils weiterverwendet, was ihre Verfügungsbefugnis über die erhaltene Gegenleistung verdeutliche. Die Insolvenzmasse sei damit nicht verkürzt worden. Auf das im Vertrag vereinbarte und tatsächlich nicht ausgeübte Pfandrecht, auf das das Landgericht abgestellt habe, komme es deshalb nicht an.

Schließlich habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass am 15. und 16.7.2002 schon der Betrag von 1,5 Mio. € für den gesamten zum Stichtag 10.7.2002 vorhandenen Forderungsbestand mit Ausnahme der schon im Inkasso befindlichen Forderungen geleistet wurde. 18

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. 19

Die Schuldnerin sei im Sommer 2002 kreditunwürdig gewesen. Die Liquiditätslage sei äußerst angespannt gewesen und Aussicht auf weitere Bankkredite habe nicht bestanden. Allein die Kundenforderungen hätten keiner Bank als Grundlage für weitere Kredite ausgereicht. Ergänzend legt die Klägerin in zweiter Instanz zur wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin die GuV und die Bilanz für das Geschäftsjahr 2000/2001 vor. In dieser Lage hätten die Gesellschafter Dr. X2 und Gehring auf dem Umweg über die Beklagte weitere Liquidität zur Verfügung gestellt. 20

Auch die Mitte Juli gezahlten 1,5 Mio. € seien als Darlehen gegeben worden. Die offenen Forderungen per 10.7.2002 seien der Beklagten nicht abgetreten worden. Eine dahingehende mündliche Vereinbarung werde bestritten. Zum Beweis dafür, dass neben dem schriftlichen Vertrag vom 11.7.2002 keine weiteren Vereinbarungen getroffen worden seien, hat sie sich in der mündlichen Verhandlung vom 13.10.2005 auf das Zeugnis des Geschäftsführers C der Schuldnerin bezogen. 21

Die Klägerin meint weiter, bei dem Vertrag vom 11.7.2002 handele es sich um ein unechtes Factoring und damit um ein Kreditgeschäft. Die Forderungen der Schuldnerin gegen ihre Debitoren, die sie weiterhin selbst eingezogen habe, hätten der Beklagten nur als Sicherheit zur Verfügung gestanden. Die Bonität aller Kunden der Schuldnerin werde bestritten. Tatsächlich habe niemand diese Bonität geprüft. Es sei nur ein Teil der Forderungen als werthaltig angesehen worden. 22

Die Beklagte sei damit verpflichtet, sämtliche Zahlungen, die sie von der Schuldnerin erhalten habe, zu erstatten. 23

Nachdem der Senat mit Beschluss vom 10.5.2005 (Bl. 228 ff. GA) u.a. darauf hingewiesen hat, dass es zur Bestimmung des Streitgegenstands der somit vorliegenden Teilklage einer Erklärung der Klägerin bedürfe, welche der Zahlungen der Schuldnerin an die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit erstattet verlangt werde, bezieht sich die Klägerin zuletzt auf die tabellarische Übersicht über den Zahlungsverkehr zwischen der Schuldnerin und der Beklagten (Bl. 259-261 GA) und erklärt, dass sie den Klageantrag auf die Überweisung vom 30.7.2002 in Höhe von 58.025,26 €, auf die Überweisung vom 1.8.2002 in Höhe von 60.161,57 € und wegen eines Teilbetrages von 151.783,17 € auf die Überweisung vom 1.8.2002 in Höhe von 153.452,23 € stütze. Hierzu erklärt sie weiter, sie gehe davon aus, dass diese Zahlungen Rückzahlungen auf die am 15. und 17.7.2002 gezahlten Beträge von 1,5 Mio. € darstellten, bei denen es sich nach ihrer Meinung ebenfalls um Kapital ersetzende Darlehen handelt. 24

Wegen der übrigen Einzelheiten des Parteivorbringens in zweiter Instanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

B. Die zulässige Berufung ist begründet. 26

I. Der Senat legt seiner Entscheidung zugrunde, dass der Streitgegenstand der Klage erst durch die Erklärungen der Klägerin in zweiter Instanz hinreichend konkretisiert worden ist, die Klage also in erster Instanz mangels hinreichender Individualisierung des Streitgegenstands unzulässig war. Da dieser Mangel durch die entsprechende Erklärung rückwirkend geheilt werden konnte (vgl. Zöller/Greger, § 253 ZPO Rn 15) und ein entsprechender Hinweis bereits durch das Landgericht geboten war (§ 139 ZPO), durfte die Klägerin die notwendige Erklärung in zweiter Instanz nachholen. 27

Allerdings hat die Klägerin eine erste Erklärung bereits im Senatstermin vom 14.4.2005 abgegeben: Danach sollte Gegenstand der mit der Klage verfolgten Rückforderung der Teilbetrag einer Überweisung vom 20.7.2002 in Höhe von 299.401,51 € sein. Diese Angabe kann aber nicht als streitgegenstandsbestimmend zugrunde gelegt werden, nachdem im Hinblick auf die Übersicht Bl. 259 ff. GA feststeht, dass es eine solche Überweisung nicht gibt. Maßgeblich ist vielmehr die Erklärung der Klägerin aus ihrem Schriftsatz vom 5.7.2005. Selbst wenn man hierin wegen ihrer früheren Erklärung eine Klageänderung erblicken wollte, so wäre diese jedenfalls sachdienlich im Sinne von § 263 ZPO und auch gemäß § 533 ZPO zuzulassen, weil der Rechtsstreit auf der Grundlage des ohnehin vom Senat zu berücksichtigenden Tatsachenstoffs entscheidungsreif ist. 28

Schließlich steht der Verfolgung eines Klageanspruchs auf Grundlage des so bestimmten Streitgegenstands auch nicht eine anderweitige Rechtshängigkeit im Verfahren 2 O 789/04 LG Münster entgegen. Denn Gegenstand des dortigen Verfahrens ist ausweislich der Klageschrift (in Kopie Bl. 273 ff. GA) gerade nur die Rückzahlung der anderweitig geleisteten 2.321.326,08 €, während die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit Teilrückzahlungen auf die getrennt hiervon vorab geleisteten 1,5 Mio. € erstattet verlangt. 29

II. Die Klage ist unbegründet, weil der Klägerin ein Anspruch auf Erstattung dieser Zahlungen weder gemäß §§ 129 ff. InsO noch gemäß § 812 BGB zusteht. 30

1.a) Die streitgegenständlichen Überweisungen sind nicht nach § 135 InsO anfechtbar. 31

Hierfür kann es dahin stehen, ob der schriftliche Vertrag zwischen der Schuldnerin und der Beklagten vom 11.7.2002 und seine anschließende Durchführung als sog. unechtes Factoring zu qualifizieren sind und ob und unter welchen Voraussetzungen Leistungen im Rahmen eines derartigen Vertragsverhältnisses als eine der Darlehensgewährung entsprechende Leistung im Sinne der Eigenkapitalersatzregeln anzusehen sind. 32

Denn die Klägerin, die im Rahmen des § 135 InsO für das Vorliegen eines Kapital ersetzenden Darlehens oder einer gleichgestellten Forderung darlegungs- und beweisbelastet ist, hat bereits nicht zu beweisen vermocht, dass die Zahlung der 1,5 Mio. €, auf die auch nach ihrer zuletzt gegebenen Darstellung die streitigen rd. 270.000 € zurückgewährt worden sind (dies erscheint dem Senat zudem zwingend, weil gemäß der Aufstellung Bl. 259 GA nach den 1,5 Mio. € von der Beklagten an die Schuldnerin erstmals wieder am 1.8.2002 ein Geldbetrag geflossen ist, und zwar lediglich 19.207,50 €), als Teil des am 11.7.2002 schriftlich vereinbarten Factoringvertrages – und nicht, wie die Beklagte behauptet, im Rahmen eines zusätzlich mündlich vereinbarten echten Factoring, mit dem der Forderungsbestand per 10.7.2002 erworben wurde – geflossen sind. 33

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Eine Widerlegung der Darstellung der Beklagten wäre aber erforderlich gewesen, weil das echte Factoring nach allgemeiner Auffassung rechtlich als Kauf einzuordnen und nur das unechte Factoring den Kreditgeschäften zuzuordnen ist (vgl. Palandt/Heinrichs, § 398 BGB Rn 36 f.; BGH NJW 1987, 1878, 1879 m.w.N.).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 34 |
| Das bloße Bestreiten der Darstellung der Beklagten reicht zur Widerlegung nicht aus. Soweit die Beklagte sich erstmalig im letzten Verhandlungstermin auf den Zeugen C berufen hat, ist dessen Benennung verspätet und gemäß § 296 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Schriftsätzlich war der Zeuge zuvor nicht benannt worden. Insbesondere kann ein solcher Beweisantritt nicht in dem Vortrag im vorletzten Absatz des Schriftsatzes vom 5.7.2005 (Bl. 258 GA) gesehen werden, wo es lediglich heißt, der Zeuge habe der Klägerin mitgeteilt nicht zu wissen, wofür die 1,5 Mio. gezahlt worden seien.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 35 |
| Dass die Klägerin den Zeugen nicht früher benannt hat, ist auch als grob nachlässig zu bewerten, nachdem sie im Senatsbeschluss vom 10.5.2005 zu Ziff. I. 2. b) cc) a.E. ausdrücklich auf ihre Obliegenheit, die entsprechende Darstellung der Beklagten zu widerlegen, hingewiesen worden ist. Wäre der Zeuge daraufhin zum Beweis für die Behauptung, es sei kein weiterer Forderungsankauf über den schriftlichen Vertrag vom 11.7.2002 hinaus erfolgt, benannt worden, so hätte er zum Senatstermin am 13.10.2005 geladen werden können. Müsste er dagegen jetzt zu einem neuen Termin geladen werden, so würde dies die Entscheidung des Rechtsstreits verzögern.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 36 |
| Davon abgesehen ist der Vortrag der Klägerin auch widersprüchlich. Wenn, wie sie im letzten Senatstermin geltend gemacht hat, die 1,5 Mio. € ohne jegliche Vereinbarung an die Schuldnerin überwiesen worden sind, kann auch von einer Darlehensgewährung nicht ausgegangen werden, so dass es an jedem Rechtsgrund fehlt und die Schuldnerin ihrerseits die Rückzahlung an die Beklagte gemäß § 812 BGB schuldete. Zumindest aber würde der Leistung an die Schuldnerin der Charakter einer Kapitalhilfe mit Eigenkapital ersetzendem Charakter fehlen, so dass eine Anfechtung gemäß § 135 InsO aus diesem Grunde scheitert.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 37 |
| b) Für Anfechtbarkeit nach anderen Vorschriften (§§ 130, 132 InsO) sind Tatsachen nicht vorgetragen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 38 |
| 2. Schließlich scheidet deshalb auch ein Anspruch der Klägerin gemäß § 812 BGB aus. Denn die streitgegenständlichen Zahlungen der Beklagten an die Schuldnerin sind in jedem Falle mit Rechtsgrund erfolgt, nämlich entweder (so deren Darstellung) im Rahmen eines echten Factorings aufgrund des erworbenen Forderungsbestands per 10.7.2002 oder aber als Rückzahlung eines Darlehens (so die Darstellung der Klägerin) bzw. wenn auch ein solches nicht vereinbart war selbst als Bereicherungsschuld gemäß § 812 BGB geleistet. Das frühere Vorbringen der Klägerin aus der Klageerwiderung (S. 5 = Bl. 14 GA), es handele sich zumindest teilweise um Überzahlungen im Rahmen des Factoringvertrags vom 11.7.2002, weil sich die Factoringgebühr für die eingezogenen Zahlungen auf lediglich 64.796,08 € belaufen habe, ist überholt, nachdem die Klägerin ihre Rückforderung jetzt nicht mehr auf die Auskehrung von eingezogenen Forderungen stützt, die die Beklagte mit dem Kaufpreis von 2.321.326,08 € erworben hatte, sondern ausschließlich auf Rückzahlungen auf die bereits zuvor überwiesenen 1,5 Mio. €. | 39 |
| C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO sind nicht gegeben.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 40 |

