
Datum: 11.08.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 7/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0811.2U7.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 15 O 106/08

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 18. Dezember 2008 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 15 O 106/08 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, 155.481,96 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. Mai 2003 zur Insolvenzmasse im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kaufmanns Dr. N, N2 (Amtsgericht Köln, 73 IN 478/02) zurückzugewähren.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz haben der Kläger zu 10%, die Beklagten als Gesamtschuldner zu 90% zu tragen.

Da Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen sich durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die die Vollstreckung betreibende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

- I. 2
- Der Kläger ist durch Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 23. Mai 2003 - 73 IN 478/02 – zum Insolvenzverwalter über das Vermögen des Kaufmanns Dr. N (im Folgenden: Schuldner) bestellt worden. Der Kläger macht gegen die Beklagte zu 1) einen insolvenzrechtlichen Anfechtungsanspruch geltend; gegen den Beklagten zu 2) geht er wegen dessen Stellung als persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1) vor. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: 3
- Der Schuldner war in den letzten Jahrzehnten vor der Insolvenzeröffnung vorwiegend im Bereich der Projektentwicklung von Immobilien tätig. Er war unter anderem Mehrheitsaktionär der J AG i.L., der D AG und der A AG. Ende der 1990iger Jahre verlagerte er seine unternehmerische Tätigkeit in den Telekommunikationsmarkt und erwarb im Jahr 1999 die Süßwarenkette N3 AG, um sie in ein Telekommunikationsdienstleistungsunternehmen umzustrukturieren. Schon vor Anfang 1999 hatte der Schuldner zahlreiche Anträge verschiedener Gläubiger gegen ihn auf Eröffnung des Konkursverfahrens durch Zahlung abgewehrt. Insgesamt beziffert der Kläger die auf diese „Druckanträge“ geleisteten Zahlungen auf etwa 2,6 Mio. DM. In einem solchen Verfahren erstattete der Kläger am 19. September 1998 ein Gutachten zur Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Der Kläger kam zu dem Ergebnis, dass fälligen Verbindlichkeiten in Höhe von ca. 51,4 Mio. DM kurzfristig verfügbare liquide Mittel von ca. 27 Mio. DM gegenüberstanden. Wegen der Einzelheiten des Gutachtens, das eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 102 KO konstatierte, wird auf die Anlage HWHN 32 (Bl. 56 ff. des Anlagenheftes, im Folgenden: AH) verwiesen. 4
- Zwischen dem Schuldner und der Beklagten zu 1) war ein Pensionsgeschäft über Aktien der L AG zustande gekommen. Als der Schuldner bei Fälligkeit nicht leistete, stellte die Beklagte zu 1) am 29. Oktober 1998 bei dem Amtsgericht Köln einen Konkursantrag, in welchem sie behauptete, der Schuldner sei zahlungsunfähig. Nach einer Beanstandung durch das Konkursgericht führte die Beklagte zu 1) mit einer erneuten Stellungnahme vom 25. November 1998 genauer aus, woraus sie ihre Annahme der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herleite. Wegen der Einzelheiten des Schriftverkehrs und der Darlegungen der Beklagten zu 1) wird auf die Anlagen HWHN 3, 4 und 5 (Bl. 5 ff. AH) verwiesen. Das Konkursgericht bearbeitete sodann den Antrag mit Verfügung vom 11. Dezember 1998 und gab dem Schuldner Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Schuldner zahlte zunächst aus eigenen Mitteln 31.500,00 DM an die Beklagte zu 1), die nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits sind. Am 7. Januar 1999 wurden die restlichen aus dem Pensionsgeschäft geschuldeten 304.096,30 DM vom Konto Nr. 767xxxxx bei der Stadtparkasse L2 der „H GmbH & Co. KG“ an die Beklagte zu 1) überwiesen, die daraufhin mit Schreiben vom 12. Januar 1999 den Konkursantrag zurücknahm. Im Gegenzug zur Zahlung übereignete die Beklagte zu 1) dem Schuldner 9.500 Aktien der L AG aus dem Pensionsgeschäft. 5
- Das Guthaben auf dem Konto der H GmbH & Co. KG, aus dem die Zahlung erfolgte, war am 30. Dezember 1998 aus den Erlösen von insgesamt 14 vom Schuldner getätigten Aktienverkäufen entstanden. Die verkauften Aktien hatte der Schuldner nicht einem auf seinen Namen angelegten Depot entnommen, sondern einem auf den Namen der H GmbH & Co. KG lautenden Depot. 6
- Der Kläger focht die Zahlung von 304.096,30 DM = 155.481,96 Euro mit Schreiben vom 21.4.2005 der Beklagten zu 1) gegenüber gemäß § 133 Abs. 1 InsO an. Mit der Klage verlangt er Rückerstattung dieses Betrages zur Insolvenzmasse. 7

Der Kläger hat behauptet, der Schuldner habe über längere Zeit hinweg Erlöse aus dem Verkauf eigener Aktien auf das genannte Bankkonto der H GmbH & Co. KG geleitet und das Konto von dieser für ihn privat im Rahmen einer Treuhandabrede führen lassen, um bei Bedarf – besonders zur Abwendung von Konkursanträgen – liquide Mittel abrufen zu können. Der Schuldner, der alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der H GmbH & Co. KG gewesen sei, habe über diese bei der Gesellschaft „geparkten“ Mittel wie über ein Bankguthaben verfügen können. Auch die Erlöse aus den Ende 1998 getätigten 14 Aktienverkäufen stammten letztlich aus dem Vermögen des Schuldners. Daher sei die am 7. Januar 1999 an die Beklagte zu 1) erfolgte Zahlung aus dem Vermögen des Schuldners erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt sei der Schuldner bereits zahlungsunfähig gewesen. Diese Zahlungsunfähigkeit habe sich bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortgesetzt, da die den Gläubigern im Jahr 1998 zustehenden Forderungen im Wesentlichen identisch seien mit den im jetzigen Insolvenzverfahren angemeldeten.

8

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass durch die Zahlung auch eine Gläubigerbenachteiligung eingetreten sei, da auch die Gläubiger des Schuldners auf das von der H GmbH & Co. KG für ihn verwaltete Guthaben im Wege der Zwangsvollstreckung hätten zugreifen können. Schon aufgrund des von der Beklagten zu 1) gestellten Konkursantrages sei davon auszugehen, dass sie Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und von dessen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehabt habe. Die im Gegenzug dem Schuldner übertragenen Aktien der L AG hätten zu diesem Zeitpunkt nur noch einen Wert von 1,70 Euro pro Stück gehabt.

9

Der Kläger hat beantragt,

10

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, 155.481,96 Euro nebst Zinsen in Höhe von 4% vom 7. Januar 1999 bis zum 31.12.2001 und von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2002 zur Insolvenzmasse im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kaufmanns Dr. N, N2 (Amtsgericht Köln, 73 IN 478/02) zurückzugewähren.

11

Die Beklagten haben beantragt,

12

die Klage abzuweisen.

13

Sie haben behauptet, die Beklagte zu 1) habe seinerzeit glaubhaft erfahren, dass der Schuldner nicht zahlungsunfähig, sondern nur zahlungsunwillig gewesen sei. Namentlich der damalige Vermögensverwalter des Schuldners, der Zeuge F, habe erklärt, der Schuldner zahle stets nur auf den Druck eines Konkursantrages hin, habe aber tatsächlich „Kohle ohne Ende“. Der Schuldner sei weder Anfang 1999 noch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen ihn zahlungsunfähig gewesen. In dem vom Kläger am 19. September 1998 erstellten Gutachten seien wesentliche Vermögenspositionen des Schuldners nicht aufgeführt, darunter mehrere Schweizer Bankguthaben, Immobilien und verschiedene Gesellschaftsbeteiligungen. Die vom Kläger als Beleg der fortbestehenden Zahlungsunfähigkeit angeführten Forderungen seien von ihm selbst bestritten worden oder zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung noch nicht fällig gewesen.

14

Nach Auffassung der Beklagten fehlt es zudem an einer Gläubigerbenachteiligung durch die angefochtene Zahlung. Zum einen sei sie nicht aus dem Vermögen des Schuldners erfolgt, zum anderen seien als Kompensation die im Gegenzug übertragenen Aktien bei der Bewertung zu berücksichtigen.

15

Das Landgericht hat mit dem am 18. Dezember 2008 verkündeten Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es fehle schon an einer objektiven Gläubigerbenachteiligung. Es sei nicht ersichtlich und nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, wieso die seitens der H GmbH & Co. KG gezahlten Beträge dem Vermögen des Schuldners zuzuordnen gewesen seien. Jedenfalls aber hätten die von der H GmbH & Co. KG verwalteten Beträge nicht im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners zugunsten dessen Gläubiger verwertet werden können. Allein aus dem von der Beklagten zu 1) gestellten Konkursantrag ergebe sich auch keine hinreichende Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und einem Handeln mit Benachteiligungsvorsatz. Da die Zahlung mehr als 4 Jahre vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt sei, sei die Indizwirkung der Inkongruenz relativ gering und werde durch die geschäftlichen Aktivitäten des Schuldners im Jahre 1999 eher widerlegt.	
Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien und der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 145 ff. d.A.) verwiesen.	17
Gegen das ihm am 23. Dezember 2008 zugestellte Urteil wendet sich der Kläger mit der am 16. Januar 2009 eingelegten und – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist – am 23. März 2009 fristgerecht begründeten Berufung. Im Berufungsrechtszug wiederholen und vertiefen beide Parteien ihren erstinstanzlichen Sachvortrag.	18
Der Kläger beantragt,	19
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, 155.481,96 Euro nebst Zinsen in Höhe von 4% vom 7. Januar 1999 bis zum 31.12.2001 und von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2002 zur Insolvenzmasse im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kaufmanns Dr. N, N2 (Amtsgericht Köln, 73 IN 478/02) zurückzugewähren.	20
Die Beklagten beantragen,	21
die Berufung zurückzuweisen.	22
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen Dr. N und F. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 16. Juni 2010 verwiesen. Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien in beiden Rechtszügen bis zum Verhandlungstermin am 16. Juni 2010 gewechselten Schriftsätze einschließlich der mit diesen Schriftsätzen als Anlagen (in Kopie) vorgelegten Unterlagen und die nachgelassenen Schriftsätze vom 29. Juni 2010 Bezug genommen. Die Akten 15 O 296/05 LG Köln = 2 W 81/05 OLG Köln waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat.	23
II.	24
Die Berufung des Klägers ist zulässig und bis auf einen Teil des geltend gemachten Zinsanspruchs begründet.	25
1.	26
Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch in der Hauptsache aus §§ 143 Abs. 1, 133 Abs. 1 InsO gegen die Beklagte zu 1. zu. Nach § 133 Abs. 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, welche der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung	27

des Insolvenzverfahrens mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil bei Vornahme der Rechtshandlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

a) Die angefochtene, am 7. Januar 1999 bewirkte Zahlung in Höhe von 155.481,96 Euro beruhte auf einer Rechtshandlung des Schuldners. Wie der als Zeuge vernommene Schuldner bestätigt hat, hat er die H GmbH & Co. KG angewiesen, die Zahlung aus einem auf ihren Namen lautenden Konto zu bewirken. Grund zu Zweifeln an der Glaubhaftigkeit dieser Aussage sieht der Senat nicht. Der Zeuge war als einzelvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der H GmbH & Co. KG rechtlich und tatsächlich in der Lage, letzterer wirksame Anweisungen zu erteilen. Dass der Schuldner die genannte Gesellschafter- und Geschäftsführerstellung innehatte, steht fest aufgrund der vom Senat eingeholten und als offenkundige Tatsachen in den Prozess eingeführten Auskünfte aus dem Handelsregister, worauf die Parteien im Beschluss vom 11. März 2010, Bl. 234 d.A., hingewiesen worden sind. 28

b) Durch diese Rechtshandlung wurden die Gläubiger des Schuldners benachteiligt. Die für die Zahlung aufgewandten Mittel stammten aus dem Vermögen des Schuldners. Auch dies steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der Aussage des Zeugen Dr. N fest. 29

Demnach hat der Schuldner das Konto der H GmbH & Co. KG, von dem am 7. Januar 1999 die streitgegenständliche Zahlung erfolgte, allein zu dem Zweck unterhalten, dort liquide Mittel aus seinem eigenen Vermögen zeitweilig zu verwalten und bei Belieben wieder für eigene Zwecke zu verwenden. Dementsprechend war die Buchhaltung der H GmbH & Co. KG angewiesen, das betreffende Konto separat zu führen und nicht in die Bilanz der H GmbH & Co. KG aufzunehmen. Nach Aussage des Schuldners stammten auch die Mittel für die hier streitgegenständliche Zahlung ursprünglich aus seinem eigenen Vermögen, nämlich aus zuvor getätigten Aktienverkäufen, wobei auch diese Aktien aus seinem eigenen Vermögen stammten und von der H GmbH & Co. KG nur treuhänderisch für ihn verwahrt wurden. Dem entspricht der vom Kläger vorgelegte Kontoauszug, wonach wenige Tage vor der angefochtenen Zahlung Beträge in Höhe von mehr als 1,2 Mio. DM auf das (bis dahin nur ca. 7.000,- DM Guthaben aufweisende) genannte Konto der Grundrendite KG geflossen sind (Anlage HWHN 10 ff., 27 ff. des Anlagenheftes). 30

Demnach bestand zwischen dem Schuldner und der H GmbH & Co. KG eine Treuhandabrede, aufgrund derer der Schuldner als Treugeber jederzeit Zugriff auf die für ihn verwalteten Mittel auf dem genannten Konto hatte. Die Treuhänderin war verpflichtet, auf Anforderung des Schuldners in seinem Interesse und nach seinem Auftrag über die verwalteten Gelder zu verfügen. Durch die streitgegenständliche Zahlung wurde das Vermögen des Schuldners um den Anspruch auf Auskehrung des treuhänderisch verwahrten Guthabens gegen die H GmbH & Co. KG in gleicher Höhe verringert. Hierin liegt in derselben Höhe eine Gläubigerbenachteiligung, da sich das Aktivvermögen des Schuldners verminderte. Entgegen der Auffassung der Beklagten hätten die Gläubiger des Schuldners auf diesen Vermögensbestandteil Vollstreckungszugriff gehabt. Bei der Forderung des Schuldners gegenüber der H GmbH & Co. KG als Treuhänderin handelte es sich um einen nach § 829 ZPO pfändbare Geldforderung. Auch der Kläger hätte diese Forderung zugunsten der Insolvenzmasse einziehen können. Ein Versuch des Schuldners, dem Insolvenzverwalter das Vorhandensein dieser Vermögensmasse zu verschweigen, um ihm den Zugriff tatsächlich unmöglich zu machen, lässt sich angesichts der freimütigen Zeugenaussage des Schuldners gerade nicht feststellen. 31

An einer Gläubigerbenachteiligung fehlt es auch nicht deshalb, weil zugleich eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners geflossen wäre. Der Eintritt der Gläubigerbenachteiligung wird im Rahmen der Insolvenzanfechtung isoliert mit Bezug auf die konkret angefochtene Minderung des Aktivvermögens oder die Vermehrung der Passiva des Schuldners beurteilt, und eine Vorteilsausgleichung findet nicht statt (st.Rspr., vgl. zuletzt noch BGH NJW-RR 2009, 190; BGH NZI 2010, 414 in Abgrenzung zur Gläubigeranfechtung nach dem AnfG). Dementsprechend ist, wie bereits die Regelung des § 142 InsO zeigt, bei der Frage der Gläubigerbenachteiligung jedenfalls im Rahmen der Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO der Wert der Gegenleistung außer Betracht zu lassen.

Zudem wäre hier die Gegenleistung auch nicht annähernd gleichwertig gewesen. Die 9.500 Aktien der L AG, die dem Schuldner als Gegenleistung übertragen wurden, hatten nach dem vom Zeugen Dr. N bestätigten Vortrag zu diesem Zeitpunkt nur noch einen weitaus geringeren Wert von ca. 1,70 Euro pro Stück (so der Klägervortrag) bzw. 1,70 DM pro Stück (so die Zeugenaussage). Unabhängig davon, welche Währungsangabe zutrifft, steht damit jedenfalls fest, dass keine gleichwertige Gegenleistung zur Zahlung von 304.096,30 DM in das Vermögen des Schuldners geflossen ist. Selbst bei einem Wert von 1,70 Euro pro Stück ergibt sich nur ein Wert der Gegenleistung von 16.150 Euro. Für den Schuldner bedeutete das Geschäft somit einen Verlust von ca. 140.000,00 €.

c) Der Schuldner handelte bei der Anweisung an die H GmbH & Co. KG mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen. Die Zahlung des Schuldners erfolgte unstreitig nur im Hinblick auf den von der Beklagten zu 1) gestellten Konkursantrag hin. Dies stellt eine inkongruente Deckung dar, die regelmäßig – und auch hier – ein starkes Beweisanzeichen für einen Benachteiligungsvorsatz ist. Der Konkurs- oder Insolvenzantrag dient im Gegensatz zur Einzelzwangsvollstreckung nach seinem gesetzlichen Zweck nicht dazu, dem einzelnen Gläubiger zur vollen Durchsetzung seiner Ansprüche zu verhelfen. Der antragstellende Gläubiger hat daher regelmäßig kein rechtlich geschütztes Interesse daran, mit dem Ziel der Antragsrücknahme erbrachte Zahlungen des Schuldners als Erfüllung anzunehmen. Dem Schuldner, der einem Gläubiger nach gestelltem Konkurs- oder Insolvenzantrag Zahlungen leistet, kommt es nicht in erster Linie auf die Erfüllung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten an, sondern er will diesen Gläubiger zur Rücknahme des Insolvenzantrags bewegen. Zu diesem Zweck bevorzugt er den antragstellenden Gläubiger und nimmt die Benachteiligung derzeit weniger gefährlicher Gläubiger im Allgemeinen in Kauf (st. Rspr., vgl. BGH NZI 2006, 159 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Im vorliegenden Fall kommt erschwerend hinzu, dass die Zahlung auf einen Insolvenzantrag hin quasi zur Geschäftspolitik des Schuldners im fraglichen Zeitraum gehörte: er beglich stets nur diejenigen Verbindlichkeiten, deren Gläubiger einen Konkurs- bzw. ab dem 1. Januar 1999 Insolvenzantrag gestellt hatten. Der Schuldner befriedigte damit gezielt nur die ihm lästigsten Gläubiger und bevorzugte diese vor anderen, duldsameren Gläubigern.

Es ist hier nichts dafür ersichtlich, warum ausnahmsweise nicht von einem Benachteiligungsvorsatz auszugehen wäre, etwa weil der Schuldner damit hätte rechnen dürfen, in absehbarer Zeit alle seine Gläubiger befriedigen zu können. Ein Benachteiligungsvorsatz entfällt auch nicht mit Rücksicht auf die dem Schuldnervermögen zugeflossene Gegenleistung. Wie oben bereits ausgeführt ist, blieb der Wert der Gegenleistung deutlich hinter dem Betrag der an die Beklagte zu 1) geleisteten Zahlung zurück.

d) Die Beklagte hatte Kenntnis von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners. Sie hatte Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit sowie davon, dass die Rechtshandlung des

Schuldners die Gläubiger benachteiligte, so dass entsprechend § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO auch eine Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes zu vermuten ist.

aa) Der Schuldner war zum Zeitpunkt der Rechtshandlung zahlungsunfähig. Dies steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Senats fest. 37

Grundlage dieser Beurteilung ist das vom Kläger im Konkursverfahren 73 N 264/98 Amtsgericht Köln am 19. September 1998, rund 3 ½ Monate vor der angefochtenen Zahlung, erstellte Gutachten zur Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Anlage HWHN 32, Bl. 56 ff. AH). In diesem Gutachten kommt der jetzige Kläger zu einer Unterdeckung im Vermögen des Schuldners von 46 Mio. DM, und bei dem Vergleich zwischen den fälligen und ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten und den flüssigen Mitteln des Schuldners zu einer Liquiditätslücke von 24 Mio. DM (ausgehend von 51 Mio. DM Verbindlichkeiten und 27 Mio. DM verfügbaren Vermögenswerten). Hierbei hatte der Kläger die nicht mit Drittrechten belasteten Aktien, Wertpapiere und Gesellschaftsbeteiligungen hinzugerechnet; über sofort verwertbare liquide Mittel wie Bankguthaben verfügte der Schuldner überhaupt nicht (Seite 11 des Gutachtens, Bl. 66 AH). 38

Der als Zeuge vernommene Schuldner hat bestätigt, dass die vom Kläger in diesem Gutachten vorgenommene Zusammenstellung des Aktivvermögens, insbesondere in den Anlagen 1 bis 3 (Bl. 74 – 76 AH) vollständig ist und er im übrigen über keine nennenswerten Vermögenswerte mehr verfügte. Nach seinen Angaben hatte der Schuldner gerade in den Jahren 1996 bis 1998 verschiedene Bankkonten aufgelöst und Gesellschaftsbeteiligungen verkauft oder verringert, so dass nur noch die im Gutachten aufgelisteten Vermögenswerte verblieben waren. Die Aussage des Zeugen Dr. N ist glaubhaft. Zwar ist nicht zu verkennen, dass der Zeuge ein erhebliches Eigeninteresse daran hätte, dem Insolvenzverwalter ebenso wie dem Gericht noch vorhandene, bisher unbekannte Vermögenswerte zu verheimlichen. Es gibt aber keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass dieser abstrakt bestehende Verdachtsgrund hier die Aussage des Zeugen Dr. N tatsächlich beeinflusst hat. Die Aussage des Zeugen F war demgegenüber unergiebig. Der Zeuge konnte zwar angeben, dass der Schuldner im Jahr 1995 über ein Netto-Vermögen von 200 Mio. DM verfügte. Nach seinen eigenen Angaben hatte er später jedoch im Wesentlichen nur noch Einblick in die Wertpapiergeschäfte des Schuldners, während er seine Kenntnis über die weitere Entwicklung des sonstigen Vermögens aus zufälligen Gesprächsbemerkungen bezog. Dass hieraus kein vollständiger Überblick resultieren kann, liegt auf der Hand. Immerhin konnte der Zeuge bestätigen, dass aus den Bank- und Depotguthaben des Schuldners etliche Verbindlichkeiten aus Pensionsgeschäften abgedeckt worden waren, dass die in den Niederlanden ansässige Immobilien- Holding-Gesellschaft, an welcher der Schuldner beteiligt war, in die Insolvenz der L AG hineingezogen worden war und der Schuldner im Jahr 1998 einen Liquiditätsengpass hatte. Dies alles stützt eher die Aussage des Schuldners und den Vortrag des Klägers zum Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit Ende 1998. Dagegen konnte der Zeuge F bei keinem einzigen nicht im Gutachten des Klägers aufgeführten Vermögensgegenstand sicher bestätigen, dass dieser im September 1998 noch vorhanden und in nennenswertem Umfang werthaltig war. So hat er zwar angegeben, dass „im Jahre 1998“ der Schuldner noch ein Depot bei der E, bei der T, bei der D2 sowie einer nicht näher genannten Bank in H2 geführt habe. Hieraus folgt jedoch zum einen nicht, dass diese Depots auch noch am 19. September 1998 bestanden, zum anderen fehlen jegliche konkrete Angaben zum Depotbestand. Auch zu den Immobilien in Florida konnte der Zeuge nur ganz pauschal angeben, dass er „Gespräche mitbekommen“ habe, wonach dort noch „erhebliche Werte“ vorhanden gewesen sein sollen. Diese sehr unspezifischen Angaben des Zeugen F sind nicht geeignet, die Angaben des Zeugen Dr. N zu widerlegen oder deren Glaubhaftigkeit 39

herabzusetzen. Konkretere Angaben konnte der Zeugen F nur zu einem Konto der T2 machen, welches Anfang 1998 einen Depotbestand mit einem Kurswert von ca. 6 Mio. DM gehabt haben sollte, wovon nur 1 Million durch einen Lombardkredit belastet gewesen sein sollte. Ein solches Konto ist aber auch in dem Gutachten des Klägers vom 19. September 1998 mit einem Wertpapierbestand von ca. 6 Mio. DM aufgeführt. Lediglich die darin angegebene Belastung war höher, was aber durch den Zeitablauf zwischen der Zeitangabe des Zeugen und der Erstellung des Gutachtens erklärt werden kann.

Nachdem somit die tatsächlichen Angaben im Gutachten des Klägers in der Beweisaufnahme bestätigt wurden, so reicht dieses angesichts der Höhe der Liquiditätslücke zum 19. September 1998 auch aus, um eine fortbestehende Zahlungsunfähigkeit zum 7. Januar 1999 annehmen zu können. Es ist nicht ersichtlich, woher der Schuldner in der Zwischenzeit hinreichende Mittel zum Ausgleich der Unterdeckung von 24 Mio. DM hätte nehmen sollen. 40

Entgegen der Auffassung des Landgerichts und der Beklagten wird die fortdauernde Zahlungsunfähigkeit auch nicht dadurch widerlegt, dass der Schuldner Ende 1998/ Anfang 1999 noch Geschäftsaktivitäten größeren Umfangs unternommen hat. Zutreffend ist zwar, dass er größere Beteiligungen an der A AG sowie an dem Süßwarenhersteller N3 AG erworben hatte, und beide Unternehmen in Telekommunikationsunternehmen umwandeln wollte. Dies allein muss aber nicht für das Vorhandensein von Liquidität sprechen. Es ist durchaus möglich, Unternehmen etwa im Wege des „Leveraged Buy-Out“ ganz überwiegend fremdfinanziert zu erwerben, so dass allein der Umstand des Unternehmenskaufes nicht für eine noch hinreichend vorhandene Liquidität spricht. Aus dem Insolvenzgutachten vom 12. Mai 2003 des Klägers geht im Übrigen hervor, dass die gerade erst erworbene N3 AG bereits im Jahr 1999 insolvent war (Bl. 89 d.A.). Aus dem von den Beklagten selbst vorgelegten Artikel aus dem Handelsblatt vom 22. April 1999 (Bl. 72 ff.) geht hervor, dass in Wirtschaftskreisen die Liquiditätsprobleme des Schuldners bereits seit 1997 bekannt waren. 41

Für eine fortbestehende Zahlungsunfähigkeit spricht des Weiteren, dass Forderungen erheblichen Ausmaßes, die bereits im Gutachten vom 19. September 1998 aufgeführt sind, im nunmehr eröffneten Insolvenzverfahren immer noch bestehen und zur Tabelle angemeldet sind. Insgesamt hat der Kläger in der Klageschrift Forderungen in Höhe von ca. 53 Mio. Euro aufgeführt, deren Fälligkeit noch aus der Zeit vor der angefochtenen Handlung oder aus dem Jahr 1999 resultieren soll. Nicht zu Unrecht wenden zwar die Beklagten dagegen ein, dass der Kläger selbst hiervon ca. 24 Mio. Euro bestritten hat und andere Forderungen nur für den Ausfall festgestellt sind. 42

Nimmt man aber allein die unstreitig festgestellten Forderungen der Banken, die bereits ausweislich der Anlage 3 zum Gutachten vom 19. September 1998 Forderungen hatten und ausweislich der Forderungstabelle HWHN 33 (Bl. 77 ff. AH) auch im jetzigen Insolvenzverfahren wiederum Forderungen angemeldet haben, und zieht die in der Aufstellung HWHN 32 genannten Sicherheiten ab, so verbleiben ungesicherte Forderungen in Höhe von mindestens 21.131.737,95 DM, somit 10.804.485,- €, die der Schuldner seit Ende 1998 bis zur Insolvenzeröffnung nicht hat ausgleichen können, wie sich aus der nachstehenden Aufstellung ergibt: 43

Gläubiger	Forderungshöhe	Sicherheiten	Ungesicherte Forderung
C. Landesbank	10.886.578,15 DM	1.202.789,85 DM	9.683.788,30 DM

 44

C2 Landesbank	6.509.838,29 DM	5.760.830,00 DM	749.008,29 DM
E2 AG	698.894,95 DM	0,00 DM	698.894,95 DM
G	3.021.019,94 DM	1.305.870,30 DM	1.715.149,64 DM
X AG	10.407.135,32 DM	2.122.238,45 DM	8.284.896,87 DM
Gesamt	31.523.466,45 DM	10.391.728,50 DM	21.131.737,95 DM

Die bereits im September 1998 bestehende Liquiditätslücke von ca. 24 Mio. DM ist daher schon hinsichtlich der damals bereits fälligen ungesicherten Forderungen ganz überwiegend bis zur Insolvenzeröffnung bestehen geblieben, zugleich sind weitere, später fällig gewordene Forderungen hinzugetreten. 45

Entgegen der Ansicht der Beklagten kann auch nicht aufgrund des Kreditengagements der O entsprechend dem als Anlage HWHN 43 vorgelegten Vertrag (Bl. 117ff. AH) von einer Zahlungsfähigkeit des Schuldners ausgegangen werden. Dieser Vertrag stammt vom 20.12.1999/ 26.5.2000. Aus der Einleitung auf Seite 1 und Seite 2 des Vertrages geht jedoch hervor, dass vor Abschluss dieses Kreditvertrages der Schuldner nicht in der Lage gewesen war, Kredite bei der O in Höhe von insgesamt 56.981.312,00 DM bei Ende der Kreditfrist am 15.10.1998 bzw. 31.12.1998 zu begleichen, weshalb die Kreditinanspruchnahmen von der O unter dem 16.8.1999 gekündigt und die Verwertung der Kreditsicherheiten angedroht worden war. Schon dies spricht eher für als gegen eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im hier maßgeblichen Zeitpunkt, nämlich am 7. Januar 1999. Zwar war es danach dem Schuldner wohl gemeinsam mit seinem Mitgesellschafter M gelungen, durch den Beitritt weiterer Gesellschafter und durch Kreditaufnahmen bei anderen Banken eine teilweise Rückführung des Kredits zu ermöglichen, so dass lediglich noch 6.008.000,- DM offen standen, und die O in dieser Höhe das Kreditengagement verlängerte. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass durch den darin enthaltenen anteiligen Barkredit von ca. 2,5 Mio. DM die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wieder hergestellt worden wäre. Angesichts der im Gutachten des Klägers vom 19. September 1998 festgestellten Liquiditätslücke in annähernd 10-facher Höhe war dieser Kreditbetrag bei weitem nicht ausreichend. 46

bb) Die Beklagte zu 1) hatte Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Eine solche Kenntnis ist bereits dann gegeben, wenn der Anfechtungsgegner Kenntnis von Umständen hatte, die zwingend auf die (drohende) Zahlungsunfähigkeit schließen lassen. Ein starkes Indiz für die Kenntnis der zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit ist hier wiederum der Umstand, dass der Schuldner nur aufgrund eines von der Beklagten zu 1) gestellten Insolvenzantrages gezahlt hatte. 47

Den mit einem frühzeitigen Insolvenz- oder Konkursantrag verfolgten Zielen läuft es zuwider, den Antrag zur Durchsetzung von Ansprüchen eines einzelnen Gläubigers zu benutzen. Wer den Konkurs- oder Insolvenzantrag dazu missbraucht, erhält eine Leistung, die ihm nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung auf diesem Wege nicht zukommen soll. Die so erlangte Deckung ist deshalb inkongruent. Der Gläubiger, der den Konkurs- oder Insolvenzantrag gestellt hat, hat in der Regel kein rechtlich geschütztes Interesse, Zahlungen des Schuldners als Erfüllung anzunehmen. Derartige Zahlungen führen typischerweise – und hier - dazu, dass in einem später doch noch eröffneten Insolvenzverfahren der 48

Gläubigergesamtheit eine deutlich verringerte Masse zur Verfügung steht.

Es kommt deshalb nicht darauf an, welche Absicht der Gläubiger im Einzelfall mit der Antragstellung verbindet. Alle dadurch bewirkten Leistungen sind inkongruent, weil sie weder dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechen noch mit Zwangsmitteln erlangt worden sind, die - wie die Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung - dem einzelnen Gläubiger zur Durchsetzung seiner Ansprüche vom Gesetz zur Verfügung gestellt werden. Die Rechtsfolge der Inkongruenz trifft daher Gläubiger, die auf solche Weise Befriedigung erlangen, grundsätzlich unabhängig davon, ob sie wiederholt und gezielt so vorgehen oder zum ersten Mal einen Konkurs- oder Insolvenzantrag gestellt haben. (vgl. zu den vorstehenden Grundsätzen BGH ZIP 2009, 1434; BGH NZI 2004, 201, 202). Der Umstand, dass die Beklagte zu 1) vom Schuldner Leistungen entgegennahm, obwohl sie zur Begründung ihres eigenen Insolvenzantrages erklärt hat, er sei zahlungsunfähig, deutet in ganz besonderem Maße darauf hin, dass sie sich bewusst eine bevorzugte Befriedigung vor anderen Gläubigern verschaffen wollte. Zudem wusste die Beklagte zu 1), dass der Schuldner stets nur auf einen Konkursantrag hin zahlte. Ihr musste sich daher aufdrängen, dass der Schuldner offenbar nicht mehr in der Lage war, seine fälligen Verbindlichkeiten zeitnah zu erfüllen, sondern nur noch bei Entfaltung besonders starken Drucks seitens einzelner Gläubiger einzelne Forderungen ausglich (vgl. zur Indizwirkung bei stets nur unter dem Druck eines Insolvenzantrages erfolgenden Zahlung auch BGH ZIP 2009, 1434).

49

Zwar beruft sich hier die Beklagte zu 1) darauf, dass die Indizwirkung der Inkongruenz entkräftet sei, da ihr Umstände bekannt geworden seien, welche den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners ernsthaft in Frage gestellt und auf einen anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen des Schuldners hingewiesen hätten: sie macht geltend, der Zeuge F habe ihr glaubhaft versichert, der Schuldner sei lediglich zahlungsunwillig, keineswegs aber zahlungsunfähig. Die Beweisaufnahme hat jedoch nicht bestätigt, dass die Angaben des Zeugen F so detailliert und glaubhaft waren, dass die Beklagte zu 1) hieraus den Schluss auf eine bloße Zahlungsunwilligkeit hätte ziehen können. Der Zeuge F hat lediglich allgemein darauf hingewiesen, der Schuldner habe „Kohle ohne Ende“, wobei diese Einschätzung seinerseits jedoch auf dem Vermögensstatus zum 1.7.1995 beruhte und er in der Folgezeit nur noch unvollständigen Einblick in die Fortentwicklung der Vermögensverhältnisse des Schuldners hatte. Der Zeuge hat auch nicht bekundet, dass er der Beklagten zu 1) detaillierte Angaben zur Zusammensetzung des schuldnerischen Vermögens gegeben habe, aus denen sie auf eine fehlende Zahlungsunfähigkeit hätte schließen können. Vielmehr beschränkten sich die Angaben des Zeugen F auf die vage Erklärung, der Schuldner habe genügend Geld, sei lediglich zahlungsunwillig und man möge einen Konkursantrag stellen. Dass die Beklagte zu 1) als Bankhaus hieraus allein nicht den Schluss auf eine ausreichende Liquidität des Schuldners ziehen konnte, liegt auf der Hand. Ebenso wie nach eigenem Bekunden des Beklagten zu 2) sich die Beklagte zu 1) – zu Recht - bereits bei der Kreditvergabe nicht nur auf „die Anpreisung des Herrn F“ verlassen hatte, war auch bei Nichtzahlung der Forderung bei Fälligkeit die erneute „Anpreisung des Herrn F“ kein hinreichender Umstand, um das aus der Inkongruenz sich ergebende Beweisanzeichen für eine zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit zu widerlegen. Hinzu kommt noch, dass nach Aussage des Zeugen F es „unter Börsianern einen Ehrenkodex“ geben solle, wonach derjenige, der ein Pensionsgeschäft nicht bediene, für zukünftige Geschäfte „out“ sei. Demnach hätte der Schuldner mit der Nichtzahlung der Verbindlichkeit aus dem Pensionsgeschäft gegenüber der Beklagten zu 1) jegliche Kreditwürdigkeit verloren. In der Nichtzahlung läge damit umso mehr Grund, von einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen.

50

51

Die Beklagte zu 1) beruft sich hier weiter darauf, die Indizwirkung der Inkongruenz sei wegen des zwischen Zahlung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens verstrichenen Zeitraums gemindert; der Rückschluss sei nicht mehr zulässig. Diese Ansicht wird vom Senat nicht geteilt; die Indizwirkung ist nicht durch den Zeitablauf geschmälert. Zahlt ein Schuldner stets nur auf einen Druckantrag hin, liegt es auf der Hand, dass die tatsächliche Eröffnung eines Konkurs- oder Insolvenzverfahrens sich noch etliche Zeit verzögern kann.

Der Bundesgerichtshof hat hierzu in der auch von den Parteien zitierten Entscheidung BGHZ 157, 242, Rdnr. 37 ausgeführt: 52

„Sollte das Berufungsgericht einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin feststellen, wird bei der Prüfung einer Kenntnis der Beklagten von diesem Vorsatz zu berücksichtigen sein, daß die Indizwirkung einer inkongruenten Deckung um so weniger ins Gewicht fällt, je länger die Handlung vor der Verfahrenseröffnung liegt. Sie kann sogar ganz entfallen, wenn die Handlung bereits zu einer Zeit vorgenommen wird, in welcher noch keine ernsthaften Zweifel an der Liquidität des Schuldners bestehen oder aus Sicht des Zahlungsempfängers zu bestehen scheinen (vgl. unter II 2 b bb sowie MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rn. 30; HK-InsO/Kreft, aaO § 133 Rn. 20, 23 f). Insoweit hat die Beklagte vorgetragen und unter Zeugenbeweis gestellt, der frühere Geschäftsführer der Schuldnerin habe ihr gegenüber wiederholt glaubhaft erklärt, seine fortgesetzten Zahlungsprobleme seien ausschließlich durch außerordentlich hohe Außenstände und die sehr schleppende Zahlungsweise seiner Kunden begründet. Daß die Beklagte daraus nur auf eine vorübergehende Zahlungsstockung schließen durfte und nicht von dauerhaft beengten finanziellen Verhältnissen der Schuldnerin ausgehen mußte, erscheint zweifelhaft.“ 53

Nach Ansicht des Senats reicht der Zeitablauf alleine aber dann nicht aus, die Indizwirkung für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners zu beseitigen, wenn die Inkongruenz gerade daraus hergeleitet wird, dass der Schuldner auf einen Insolvenz- oder Konkursantrag gezahlt hat. Leistet ein Schuldner – wie hier - planmäßig stets nur auf den Druck eines Insolvenzantrages hin, so spricht die dadurch verursachte verzögerte Eröffnung eines Verfahrens nur für den vorübergehenden Erfolg dieser Taktik, nicht aber gegen einen Benachteiligungsvorsatz. Letzterer liegt vielmehr in ganz besonderem Maße vor. 54

cc) Die Beklagte zu 1) hatte auch nach eigenem Vortrag Kenntnis davon, dass die Zahlung des Schuldners die übrigen Gläubiger benachteiligte, da sie wusste, dass der Schuldner nur die Forderungen ausglich, für welche bereits ein Konkursantrag gestellt war. Ihr war daher bekannt, dass der Schuldner systematisch die Gläubiger benachteiligte, welche weniger druckvoll ihre Forderungen eintraben oder zunächst zeitintensiver ihre Forderung titulieren ließen, um sie sodann im Wege der Zwangsvollstreckung beizutreiben. Dass durch ein solches Verhalten die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger im Konkurs- oder Insolvenzfall gerade gefährdet wird, liegt auf der Hand. 55

2. 56

Der Beklagte zu 2. haftet als persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1. aus §§ 128 Satz 1, 161 Abs. 2 HGB für den vorstehend begründeten Anspruch wie ein Gesamtschuldner auf die Erfüllung neben der Gesellschaft. Zwar besteht zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter keine echte Gesamtschuld; vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, welche Vorschriften aus den Regelungen der §§ 421ff. BGB auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter übertragbar sind. Da aber jedenfalls im Außenverhältnis § 422 BGB betreffend die Wirkung der Erfüllung der Verbindlichkeit gegenüber einem Gläubiger anwendbar ist, kann auch einer gegen Gesellschaft und 57

Gesellschafter gerichteten Leistungsklage in der Weise stattgegeben werden, dass beide „als Gesamtschuldner“ verurteilt werden (vgl. zu den vorstehenden Grundsätzen Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 128 Rn. 39; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann, Handelsgesetzbuch, 2. Auflage 2007, § 128 Rn. 21 und 59).

3. 58

Der zuerkannte Zinsanspruch beruht auf § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, §§ 819 Abs. 1, 291, 288 BGB. Da der Rückgewähranspruch des § 143 Abs. 1 InsO als gesetzliches Schuldverhältnis erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – hier also am 23. Mai 2003 – entsteht und der Anfechtungsanspruch daher erst mit Insolvenzeröffnung fällig wird (vgl. dazu Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. 2010, § 129 Rn. 4 m.w.N.), können Prozesszinsen erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlangt werden (vgl. BGH ZIP 2008, 455; NZI 2007, 230). 59

Für die Zeit bis zum 22. Mai 2003 steht dem Kläger dagegen ein Zinsanspruch nicht zu. Der Kläger hat nicht vorgetragen, dass die Beklagten vor Insolvenzeröffnung aus dem erhaltenen Betrag Nutzungen gezogen oder schuldhaft nicht gezogen haben. Für einen Anspruch aus §§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 987 BGB ist daher nichts vorgetragen; eine andere Anspruchsgrundlage ist nicht ersichtlich. 60

III. 61

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Anwendung des § 92 Abs. 2 ZPO zugunsten des Klägers kam nicht in Betracht. Zwar handelt es sich bei der zurückgewiesenen Zinsforderung nur um eine Nebenforderung, die gesonderte Prozesskosten nicht verursacht hat. Der unbegründet geltend gemachte Betrag, der sich aus der mehr als 4 Jahre zu früh angesetzten Zinsforderung ergibt, kann jedoch nicht mehr als verhältnismäßig geringfügig gegenüber dem zugesprochenen Teil angesehen werden. 62

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 63

Anlass für die Zulassung der Revision besteht nicht. 64

Streitwert für das Berufungsverfahren: 155.481,96 €. 65