
Datum: 12.05.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 99/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:0512.18U99.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 17 O 51/09

Tenor:

1. Auf die Berufung des Klägers und der Beklagten zu 1) wird das am 16.04.2010 verkündete Urteil des Einzelrichters der 17. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 17 O 51/09 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
- a) Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an den Kläger 30.188,73 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2006 zu zahlen.
- b) Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an den Kläger weitere 17.522,96 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2006 zu zahlen.
- b) Die Beklagten zu 1) und 2) werden darüber hinaus als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 25.442,38 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2006 zu zahlen.
- d) Der Beklagten zu 1) wird vorbehalten, nach Erstattung von 70.654,07 Euro an die Masse betreffend folgende Zahlungen der Schuldnerin

Datum (Empfänger)	Betrag

15.07.2005 (Gutschrift auf Konto der Schuldnerin)	368,30 Euro
21.07.2005 (Gutschrift debitorisches Schuldnerkonto)	993,30 Euro
05.08.2005 (Gutschrift debitorisches Schuldnerkonto)	1.710,77 Euro
20.09.2005 (Firma „D“)	8.000,00 Euro
16.11.2005 (Gutschrift debitorisches Schuldnerkonto)	6.366,40 Euro
06.01.2006 (C & Partner)	1.975,48 Euro
11.01.2006 (U)	523,32 Euro
20.03.2006 (U)	1.679,39 Euro
24.05.2006 (Beklagte zu 1)	465,17 Euro
05.12.2005 (Barkassenentnahme)	100,00 Euro
16.12.2005 (Barkassenentnahme)	487,50 Euro
16.12.2005 (Barkassenentnahme)	700,00 Euro
15.02.2006 (Barkassenentnahme)	80,00 Euro
06.04.2006 (Barkassenentnahme)	1.142,60 Euro
13.04.2006 (Barkassenentnahme)	1.000,00 Euro
02.05.2006 (Barkassenentnahme)	1.142,60 Euro

17.05.2006 (Barkassenentnahme)	500,00 Euro
24.05.2006 (Barkassenentnahme)	250,00 Euro
21.06.2006 (Barkassenentnahme)	203,90 Euro
05.12.2005 (Beklagter zu 2)	4.640,00 Euro
15.02.2006 (Beklagter zu 2)	4.640,00 Euro
10.05.2006 (Beklagter zu 2)	4.640,00 Euro
28.06.2006 (Beklagter zu 2)	2.320,00 Euro
28.06.2006 (Beklagter zu 2)	910,60 Euro
07.07.2006 (Beklagter zu 2)	2.056,03 Euro
07.07.2006 (Beklagter zu 2)	1.659,15 Euro
07.07.2006 (Beklagter zu 2)	1.142,60 Euro
19.07.2006 (Beklagter zu 2)	1.252,85 Euro
19.07.2006 (Beklagter zu 2)	2.181,15 Euro
26.04.2006 (Barabhebung von Schuldnerkonto)	1.000,00 Euro
26.04.2006 (Barabhebung von Schuldnerkonto)	500,00 Euro
20.06.2006 (Barabhebung von Schuldnerkonto)	1.000,00 Euro

21.06.2006 (Barabhebung von Schuldnerkonto)	1.500,00 Euro
07.07.2006 (Barabhebung von Schuldnerkonto)	1.000,00 Euro
28.06.2006 (C2 GmbH)	8.700,00 Euro
01.02.2006 (D2)	302,96 Euro
05.10.2005 (Beklagte zu 1)	3.000,00 Euro
31.10.2005 (B AG)	520,00 Euro

ihre Rechte gegen den Kläger zu verfolgen, wobei sich der ihr zustehende Anspruch nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den die begünstigten Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätten.

d) Im Übrigen werden die Klage abgewiesen und die Rechtsmittel des Klägers und der Beklagten zu 1) zurückgewiesen.

2. Von den im Berufungsrechtszug entstandenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner 35 % und die Beklagte zu 1) allein weitere 65 %. Die im ersten Rechtszug entstandenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Klägers werden den Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldnern zu 35 %, der Beklagten zu 1) allein zu weiteren 45 % und dem Kläger zu 20 % auferlegt. Die dem Beklagten zu 2) im ersten Rechtszug entstandenen außergerichtlichen Kosten trägt der Kläger zu 54 %. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt vorbehalten, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Der Kläger ist Verwalter in dem auf den am 11.01.2006 bei Gericht eingegangenen (und erfolglosen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nachfolgenden) Antrag des Finanzamtes C3 über das Vermögen der N GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 11.08.2006 eröffneten Insolvenzverfahren. Alleingesellschafterin der Schuldnerin ist die B AG. Die Beklagte zu 1) ist Alleingeschäftsführerin der Schuldnerin sowie Vorstand und alleinige Anteilseignerin der B AG. Der zu 2) beklagte Rechtsanwalt war in den Jahren 2005 und 2006 anwaltlich für die Schuldnerin tätig und bestellte sich unter dem 24.01.2006 gegenüber dem Insolvenzgericht als Verfahrensbevollmächtigter für die Schuldnerin und die Beklagte zu 1).

Im Geschäftsjahr 2002 erwirtschaftete die Schuldnerin ein negatives Betriebsergebnis, das in der Bilanz per 31.12.2002 zum Ausweis eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages von 364.279,34 Euro führte. Per 30.06.2003 wurde der Fehlbetrag zunächst nur geringfügig auf 352.345,89 Euro reduziert. Erst nach dem Verkauf von Gegenständen des Anlagevermögens konnte die Schuldnerin für das folgende Geschäftsjahr (01.07.2003 bis 30.06.2004) einen Bilanzgewinn von 359.516,14 Euro ausweisen. Abermalige Verluste führten im Jahresabschluss per 30.06.2005 zum Ausweis eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags von 277.396,92 Euro. 4

Die Schuldnerin verfügte über Geschäftskonten bei der I, der W, der S, der D3 und der E. Nach dem bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz unbestritten gebliebenen Vortrag des Klägers kündigte die I die Geschäftsbeziehung mit Schreiben vom 04.07.2005 und forderte die Schuldnerin zur Rückzahlung der fällig gestellten Kreditforderungen in Höhe von 98.339,61 Euro auf. Nachdem sie mit Schreiben vom 10.10.2005 vergeblich weitere Sicherheiten gefordert hatte, kündigte auch die W ihr Kreditengagement mit Schreiben vom 11.11.2005 und gab der Schuldnerin auf, die fällig gestellten Forderungen in Höhe von 121.324,04 Euro bis zum 16.11.2005 zurückzuzahlen. 5

Ausweislich eines Auszugs vom 29.07.2005 wurden dem debitorisch geführten Konto der Schuldnerin bei der I folgende Beträge gutgeschrieben: 6

Datum	Betrag
08.07.2005	1.064,92 Euro
15.07.2005	368,30 Euro
21.07.2005	993,30 Euro
05.08.2005	1.710,77 Euro
	<u>4.137,29 Euro</u>

 7

Ausweislich einer Zusammenstellung der W wurde dem gleichfalls debitorisch geführten Konto der Schuldnerin am 16.11.2005 der nachfolgende Betrag gutgeschrieben: 8

Datum	Betrag

 9

16.11.2005	<u>6.366,40 Euro</u>
------------	----------------------

Von dem kreditorisch geführten Geschäftskonto der Schuldnerin bei der E flossen per Überweisung folgende Beträge ab:

10

Datum	Betrag
20.09.2005	8.000,00 Euro
05.10.2005	3.000,00 Euro
31.10.2005	520,00 Euro
	<u>11.520,00 Euro</u>

11

Die Zahlung vom 20.09.2005 wurde unter Angabe des Verwendungszwecks „Darlehensteilrückführung Darlehen vom 02.09.2005“ auf ein Konto des von der Beklagten zu 1) betriebenen einzelkaufmännischen Unternehmens „D“ geleistet. Der Betrag von 3.000,00 Euro wurde unter Angabe des Verwendungszwecks „Darlehensrückführung“ auf ein Privatkonto der Beklagten zu 1) überwiesen. Die Zahlung vom 31.10.2005 wurde unter Angabe des Verwendungszwecks „Teilzahlung zu RE 35“ auf ein Konto der B AG geleistet.

12

Von dem debitorisch geführten Konto der Schuldnerin bei der W flossen per Überweisung folgende Beträge ab:

13

Datum	Betrag
13.10.2005	2.000,00 Euro
31.10.2005	500,00 Euro
	<u>2.500,00 Euro</u>

14

Der Betrag von 2.000,00 Euro wurde unter Angabe des Verwendungszwecks „Darlehensrückzahlung“ auf ein Privatkonto der Beklagten zu 1) angewiesen. Die Zahlung vom 31.10.2005 wurde ohne Angabe eines Verwendungszwecks geleistet.

15

Ausweislich der zur Akte gereichten Kontounterlagen flossen von dem kreditorisch geführten Konto der Schuldnerin bei der D3 folgende Beträge ab:

16

Datum	Betrag
06.01.2006	1.975,48 Euro

17

11.01.2006	523,32 Euro
01.02.2006	302,96 Euro
20.03.2006	1.679,39 Euro
	<u>4.481,15 Euro</u>

Der Betrag von 1.975,48 Euro wurde auf ein Konto der Prof. Dr. C & Partner Treuhand- und Steuerberatungsgesellschaft mbH (nachfolgend: C & Partner) angewiesen. Der Betrag von 302,96 Euro wurde unter Angabe des Verwendungszwecks „J AG“ auf ein Konto der D2 transferiert. Mit den beiden Zahlungen über 523,32 Euro und 1.679,39 Euro wurde auf Verbindlichkeiten der Beklagten zu 1) persönlich bzw. der Firma „D“ gegenüber der U Deutschland GmbH (nachfolgend: U) geleistet. Im Gegenzug unterzeichnete die Beklagte zu 1) für die Schuldnerin als „Darlehensgeberin“ und sich selbst als Darlehensgeberin Vereinbarungen, ausweislich derer ihr die Schuldnerin jeweils ein zinsloses Darlehen über 1.975,48 Euro, 523,32 Euro und 1.679,39 Euro gewährte, welches mit einem der Schuldnerin von der Beklagten zu 1) gewährten Darlehen vom 02.09.2005 verrechnet werden sollte.

18

Von dem kreditorisch geführten Konto der Schuldnerin bei der S flossen per Überweisung folgende Beträge ab:

19

Datum	Betrag
24.05.2006	465,17 Euro
28.06.2006	8.700,00 Euro
	<u>9.165.17 Euro</u>

20

Der Betrag von 465,17 Euro wurde unter Angabe des Verwendungszwecks „OP west-alarm“ auf ein Privatkonto der Beklagten zu 1) angewiesen, nachdem diese eine gegen die Schuldnerin gerichtete Forderung wegen der Lieferung eines Sicherungssystems erfüllt hatte. Die Zahlung über 8.700,00 Euro wurde auf ein Konto der C2 GmbH geleistet.

21

Von den kreditorisch geführten Geschäftskonten der Schuldnerin bei der E und bei der S wurden folgende Beträge in bar abgehoben:

22

Datum	Betrag
28.10.2005 (E)	1.100,00 Euro
26.04.2006 (S)	1.000,00 Euro
26.04.2006 (S)	500,00 Euro

23

20.06.2006 (S)	1.000,00 Euro
21.06.2006 (S)	1.500,00 Euro
07.07.2006 (S)	1.000,00 Euro
	<u>6.100,00 Euro</u>

Während in dem vom Kläger selbst im Termin vom 14.04.2011 vorgelegten Ausdruck aus dem elektronisch geführten Kassenbuch für Oktober 2005 unter dem 28.10.2005 eine Bareinzahlung über 1.100,00 Euro mit dem Vermerk „Einlage E2“ aufgenommen ist, sind in den Kassenbuchauszügen für April und Juni 2006 den Abhebungen korrespondierende Einlagen nicht verbucht.

24

Ausweislich einer Reihe nicht unterzeichneter Eigenbelege, deren Herkunft zwischen den Parteien streitig ist, hat die Beklagte zu 1) in der Zeit zwischen dem 05.12.2005 und 21.06.2006 unter Angabe der Verwendungszwecke „Rückzahlung Darlehen“ bzw. „Rückzahlung Einlage“ insgesamt 5.606,60 Euro aus Kassenbeständen erhalten, und zwar:

25

Datum	Betrag
05.12.2005	100,00 Euro
16.12.2005	487,50 Euro
16.12.2005	700,00 Euro
15.02.2006	80,00 Euro
06.04.2006	1.142,60 Euro
13.04.2006	1.000,00 Euro
02.05.2006	1.142,60 Euro
17.05.2006	500,00 Euro
24.05.2006	250,00 Euro
21.06.2006	203,90 Euro
	<u>5.606,60 Euro</u>

26

Unter dem 02.12.2005 schlossen die Schuldnerin und der Beklagte zu 2) einen Beratervertrag, demzufolge die Vergütung grundsätzlich aufwandsbezogen nach Maßgabe eines Stundensatzes von 50,00 Euro zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer bemessen

27

war. Hierzu heißt es in dem Beratervertrag auszugsweise:

„II. Vergütung und Aufwendung 28

... 29

2. Der im Rahmen der angeforderten Beratung entstehende Aufwand wird nach Zeitstunden 30
erfasst. Dabei wird der u erwartende Zeitaufwand einer Tätigkeit gemeinsam abgestimmt und
im Voraus vergütet. ...

Für notwendige Einarbeitungen in Sachverhalte rechnen die Parteien mit einem kurzfristig 31
anfallenden Zeitbedarf von 80 Stunden. Mit Unterzeichnung dieses Vertrages wird eine
Vorschusszahlung in Höhe von € 4.000,00 zzgl. Mehrwertsteuer fällig.

Die Vorschusszahlung ist eine Vergütung für die Bereitstellung zeitlicher Reserven durch den 32
Rechtsanwalt. Die Parteien verpflichten sich zeitnah den tatsächlichen Aufwand auszuwerten
und Vorschusszahlungen kurzfristig nach anfallendem Bedarf anzupassen.

3. Ergibt sich bei zunächst aufwandsbezogen vergüteten Tätigkeiten eine von dem 33
Rechtsanwalt gemäß RVG abzurechnende Angelegenheit, werden in der betreffenden Sache
die hierauf bereits gezahlten Vergütungen angerechnet“

In der Zeit von Dezember 2005 bis Juli 2006 erhielt der Beklagte zu 2) von der Schuldnerin 34
folgende Zahlungen:

Datum	Betrag
05.12.2005	4.640,00 Euro
15.02.2006	4.640,00 Euro
10.05.2006	4.640,00 Euro
28.06.2006	2.320,00 Euro
28.06.2006	910,60 Euro
07.07.2006	2.056,03 Euro
07.07.2006	1.659,15 Euro
07.07.2006	1.142,60 Euro
19.07.2006	1.252,85 Euro
19.07.2006	2.181,15 Euro
	<u>25.442,38 Euro</u>

Die Zahlung vom 05.12.2005 wurde auf den gemäß Ziffer II. 2 des Beratervertrages vereinbarten Vorschuss geleistet, ohne dass eine gesonderte Kostennote erstellt wurde. Eine Abrechnung über den erbrachten Aufwand wurde nicht erteilt.				36
Den Zahlungen vom 15.02. und 10.05.2006 lagen Vorschusskostennoten vom 07.02. und 04.05.2006 zugrunde. In der Kostennote vom 07.02.2006 heißt es zu dem geleisteten Aufwand:				37
„- 07.02.2006	- Unterlagen M	19:00-20:00 Uhr	Std. 1,0	38
- 08.02.2006	- Gericht/Besprechungen	09:00-13:30 Uhr	Std. 4,5“	39
In der Vorschusskostennote vom 04.05.2006 heißt es zu dem ab 06.02.2006 geleisteten Aufwand:				40
„- M	- Unterlagen/Besprechung/Gericht	pauschal	Std. 3,0	41
- X	- Unterlagen/Besprechung/Gericht	pauschal	Std. 5,0	42
- C5	- Unterlagen/Besprechung/Gericht	pauschal	Std. 7,0	43
- L	- Unterlagen/Besprechung/Gericht	pauschal	Std. 4,0	44
- W	- Unterlagen/Besprechung/Gericht	pauschal	Std. 9,0	45
- Insolvenz Std. 9,0	- Unterlagen/Besprechung/Gericht	pauschal		46
- Tagesberichte 4,0	- Unterlagen/Besprechung/Gericht	pauschal	Std.	47
- diverse <u>39,0</u>	- Unterlagen/Besprechung/Gericht	pauschal	<u>Std.</u>	48
Gesamt: 80,0“			Std.	49
Der ersten Zahlung vom 28.06.2006 lag eine Kostennote vom 20.06.2006 zugrunde. Darin heißt es zu dem ab 05.05.2006 geleisteten Aufwand:				50
„- Sanierung Std. 80,0	- Unterlagen/Besprechung/Gericht			51
- diverse <u>40,0</u>	- Unterlagen/Besprechung auch telefonisch		<u>Std.</u>	52
Gesamt: 120,0“			Std.	53
Der zweiten Zahlung vom 28.06.2006 lag eine Kostennote vom 20.06.2006 zugrunde, mit welcher der Beklagte zu 2) für seine anwaltliche Tätigkeit in dem zwischen der Schuldnerin und der W geführten Rechtsstreit 3 O 172/06 LG Bonn eine Verfahrens- und Terminsgebühr (Nr. 3100, 3104 VV, §§ 2, 13 RVG) nach Maßgabe eines Streitwerts von 10.000,00 Euro zuzüglich Auslagenpauschale und MwSt. in Höhe von 1.432,60 Euro sowie abzüglich bereits				54

bezahlten Aufwandes von 522,00 Euro in Rechnung stellte.

Der ersten Zahlung vom 07.07.2006 lag eine Kostennote vom 20.06.2006 zugrunde, mit welcher der Beklagte zu 2) für seine anwaltliche Tätigkeit in dem zwischen der Schuldnerin und der I geführten Rechtsstreit 85 O 61/06 LG Köln eine Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV, §§ 2, 13 RVG) nach Maßgabe eines Streitwerts von 105.000,00 Euro zuzüglich Auslagenpauschale und MwSt. in Höhe von 2.056,03 Euro in Rechnung stellte. 55

Der zweiten Zahlung vom 07.07.2006 lag eine Kostennote vom 20.06.2006 zugrunde, mit welcher der Beklagte zu 2) für seine anwaltliche Tätigkeit in dem zwischen der Schuldnerin und der I geführten Rechtsstreit 15 O 84/06 LG Bonn eine Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV, §§ 2, 13 RVG) nach Maßgabe eines Streitwerts von 105.000,00 Euro zuzüglich Auslagenpauschale und MwSt. in Höhe von 2.181,15 Euro abzüglich bereits bezahlten Aufwandes von 522,00 Euro in Rechnung stellte. 56

Der dritten Zahlung vom 07.07.2006 lag eine Kostennote vom 20.06.2006 zugrunde, mit welcher der Beklagte zu 2) für seine anwaltliche Tätigkeit in dem zwischen der Schuldnerin und dem Kläger geführten Rechtsstreit 14 O 249/06 LG Köln eine Verfahrens- und Terminsgebühr (Nr. 3100, 3104 VV, §§ 2, 13 RVG) nach Maßgabe eines Streitwerts von 15.000,00 Euro zuzüglich Auslagenpauschale und MwSt. in Höhe von 1.664,60 Euro abzüglich bereits bezahlten Aufwandes von 522,00 Euro in Rechnung stellte. 57

Der ersten Zahlung vom 19.07.2006 lag eine Kostennote vom 20.06.2006 zugrunde, mit welcher der Beklagte zu 2) für seine anwaltliche Tätigkeit in dem zwischen der Beklagten zu 1) und der Deutschen Leasing geführten Rechtsstreit 3 O 176/06 LG Bonn eine Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV, §§ 2, 13 RVG) nach Maßgabe eines Streitwerts von 75.000,00 Euro zuzüglich Auslagenpauschale und MwSt. in Höhe von 1.832,85 Euro abzüglich bereits bezahlten Aufwandes von 580,00 Euro in Rechnung stellte. 58

Der zweiten Zahlung vom 19.07.2006 lag eine Kostennote vom 20.06.2006 zugrunde, mit welcher der Beklagte zu 2) für seine anwaltliche Tätigkeit in dem zwischen der als Bürgin in Anspruch genommenen Beklagten zu 1) und der W geführten Rechtsstreit 3 O 135/06 LG Bonn eine Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV, §§ 2, 13 RVG) nach Maßgabe eines Streitwerts von 115.000,00 Euro zuzüglich Auslagenpauschale und MwSt. in Höhe von 2.181,15 Euro in Rechnung stellte. 59

Zu Beginn seines Beratungsmandates hatte sich der Beklagte zu 2) eine Übersicht der Verbindlichkeiten der Schuldnerin zum 30.11.2005 erstellen lassen. Darin wurden diese mit insgesamt 1.118.797,12 Euro ausgewiesen, worin Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der L2 GmbH in Höhe von 339.000,00 Euro sowie überwiegend (nämlich in Höhe von 275.000,00 Euro) mit einem Rangrücktritt versehene Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Beklagten zu 1) in Höhe von insgesamt 282.500,00 Euro enthalten waren. Mit anwaltlichem Schreiben vom 20.12.2005 wandte sich der Beklagte zu 2) namens der Schuldnerin und der Beklagten zu 1) an die L2 GmbH und forderte deren Geschäftsführer, den früheren Ehemann der Beklagten zu 1), T zur Zahlung von mindestens 200.000,00 Euro auf. In dem Schreiben heißt es auszugsweise: 60

„Sie haben einen Vorschlag zur Regelung über das von der L2 GmbH an die N GmbH gewährte Darlehen gefordert. 61

... 62

63

Bei der N GmbH haben sie in Ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der L2 GmbH ebenfalls die faktische Geschäftsführung ausgeübt.

In Ausübung dieser weiteren lästigen Pflicht ... haben Sie im Jahr 2005 erhebliche Verluste verursacht, die mit dem eingangs erwähnten Darlehen kaschiert wurden. 64

Die L2 GmbH ist daher meines Erachtens als herrschendes Unternehmen nach den Grundsätzen des qualifizierten faktischen Konzerns aufgetreten. In entsprechender Anwendung der §§ 302 ff AktG ist es daher zum Ausgleich des entstandenen Verlusts verpflichtet.“ 65

Mit anwaltlichem Schreiben vom 23.12.2005 (Bl. 98 GA) wandte sich der Beklagte zu 2) namens der Schuldnerin an deren Vermieterin. Auszugsweise heißt es darin: 66

„Wie bereits telefonisch avisiert, habe ich meiner Mandantin geraten, noch heute die hälftige Dezembermiete anzuweisen. Da die wirtschaftliche Zukunft der N GmbH von mir noch nicht abschließend beurteilt werden kann, machen Zusagen über weitere Mietzahlungen keinen Sinn. 67

Anhand der derzeitigen Ergebnisse scheint jedoch zumindest auch für den Januar 2006 die Zahlung des hälftigen Mietzinses sichergestellt. Das weitere Vorgehen sollten wir Anfang 2006 – auch im Hinblick auf die für die Tätigkeit meiner Mandantin viel zu große Mietfläche – in einem persönlichen Gespräch abstimmen.“ 68

In dem Insolvenzverfahren meldeten Gläubiger der Schuldnerin Forderungen in Gesamthöhe von 1.996,847,22 Euro zur Insolvenztabelle an. Davon wurden Forderungen in Höhe von 1.371.398,56 Euro unbedingt und Forderungen in Höhe von 185.398,79 Euro für den Ausfall festgestellt. 69

Ab Mai 2006 wurden mit der C6 GmbH Gespräche über eine Veräußerung des Unternehmens geführt, in die auch der Beklagte zu 2) eingeschaltet war. Nachdem die C6 GmbH mit Vertrag vom 22.09.2006 den fortgeführten Betrieb der Schuldnerin zum Preis 150.000,00 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer erworben hatte, standen den angemeldeten Forderungen liquide Mittel des Insolvenzverwalters von circa 350.000,00 Euro gegenüber. 70

Der Kläger hat die Beklagten mit am 06.02.2009 eingereichten Klage gesamtschuldnerisch auf Ersatz für Zahlungen in einer Gesamthöhe von 55.135,91 Euro zzgl. Zinsen in Anspruch genommen, die von der Schuldnerin im Zeitraum vom 05.12.2005 bis zum 19.07.2006 an den Beklagten zu 2) (insgesamt 25.442,38 Euro) sowie im Zeitraum vom 05.10.2005 bis zum 07.07.2006 von den Geschäftskonten bei der D3 (insgesamt 4.481,15 Euro), bei der W (insgesamt 2.500,00 Euro), bei der S (insgesamt 14.165,17 Euro) und der E (insgesamt 4.620,00 Euro) sowie aus Kassenbeständen (insgesamt 5.606,60 Euro) an die Beklagte zu 1) und weitere Personen geleistet worden sind (Klageantrag zu 1). Außerdem hat der Kläger von der Beklagten zu 1) Ersatz für eine Zahlung in Höhe von 8.000,00 Euro begehrt, die von der Schuldnerin am 20.09.2005 an das von dieser betriebene einzelkaufmännische Unternehmen „D“ geleistet wurde. Schließlich hat er Erstattung der den debitorisch geführten Kontokorrentkonten der Schuldnerin bei der I (insgesamt 4.137,29 Euro) und der W (insgesamt 6.366,40 Euro) gutgeschriebenen Beträge verlangt (Klageantrag zu 2). 71

Hinsichtlich der mit dem Klageantrag zu 2) verfolgten Ansprüche hat der Kläger die Auffassung vertreten, die Beklagte schulde die Rückzahlung sowohl des dem Konto der W gutgeschriebenen Betrages von 6.366,40 Euro als auch weiterer Beträge von insgesamt 72

4.137,29 Euro und 8.000,00 Euro nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F., und behauptet, die durch die vorgelegten Auszüge belegten Gutschriften auf dem Konto der Schuldnerin bei der I über insgesamt 4.137,49 Euro seien tatsächlich vorgenommen worden. Aus den Abschlüssen für die Geschäftsjahre 2002 bis 2005 ergebe sich, dass die Schuldnerin seit April 2002 durchgängig überschuldet gewesen sei. Mit Kündigung der Geschäftsbeziehung durch die I sei die Schuldnerin auch zahlungsunfähig im insolvenzrechtlichen Sinne gewesen, so dass sie ab diesem Zeitpunkt keine Zahlungen mehr habe leisten und keine Zahlungen ihrer Schuldner auf die debitorisch geführten Konten habe zulassen dürfen. Am 31.12.2005 habe es fällige Verbindlichkeiten der Schuldnerin in Höhe von 390.579,15 Euro gegeben, nämlich

- <u>Sozialversicherungsbeiträge:</u>		73
- B2	20.750,30 Euro,	74
- L3 (fällig bis 15.12.2005)	9.152,39 Euro,	75
- <u>Steuern</u>		76
- Finanzamt C3		77
(Lohnsteuer September bis November 2005)	31.615,54 Euro,	78
- <u>sonstige Verbindlichkeiten:</u>		79
- B3 GmbH (Vermieterin)	94.351,59 Euro,	80
- I	102.490,69 Euro,	81
- E3 AG (per 14.08.2005)	22.303,31 Euro,	82
- W (per 12.01.2005)	74.424,55 Euro,	83
- X2 GmbH (per 16.09.2005)	25.340,78	84
Euro,		
- Verband Organisations- u.		85
Informationssysteme (per 28.08.2005)	10.150,00 Euro,	86

die bis zuletzt nicht bedient worden seien und deshalb zur Tabelle angemeldet worden seien. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass hierdurch die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin indiziert werde. 87

Soweit die Beklagte zu 1) in Anspruch genommen worden ist, hat der Kläger zum Klageantrag zu 1) vorgebracht, die geleisteten Zahlungen seien gemäß §§ 131 bis 133 und 135 InsO anfechtbar. Daneben hatte die Beklagte zu 1) auch nach §§ 31, 30 GmbHG bzw. § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.. Soweit ein vermeintliches Darlehen zurückgeführt worden sei, müsse die Beklagte zu 1) die erhaltenen Gelder auch deshalb zurückerstatten, weil die Zahlungen ohne Rechtsgrund geleistet worden sind. Soweit der Beklagte zu 2) in Anspruch genommen wird, hat der Kläger den Beratervertrag vom 02.12.2005 nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten und die Auffassung vertreten, dessen Abschluss sei inkongruent gewesen. Der Beklagte zu 2) habe keinen Anspruch auf Begründung des Vertragsbeziehung gehabt. Mangels Kostennote habe er für die Zahlung über 4.640,00 Euro vom 05.12.2005 überdies keinen fälligen Zahlungsanspruch gehabt. Soweit Vergütung nach Aufwand erstattet worden 88

sei, müsse der Beklagte zu 2) die erhaltenen Gelder auch deshalb zurückerstatten, weil die Zahlungen ohne Rechtsgrund geleistet worden seien.

Hinsichtlich der weiteren Zahlungen hat der Kläger folgendes vorgetragen: In der am 06.01.2006 veranlassten Zahlung von 1.975,48 Euro an C & Partner liege eine inkongruente Deckung. Mit der Überweisung sei, wie der Kläger behauptet hat, der Beklagten zu 1) das am 06.01.2006 vereinbarte Darlehen zur Verfügung gestellt worden, um eine persönliche Verbindlichkeit gegenüber C & Partner zu tilgen. Für die Zahlungen vom 11.01., 01.02. und 20.03.2006 über 523,32 Euro, 302,32 Euro und 1.670,39 Euro gelte im Wesentlichen dasselbe. Der Anspruch auf Rückzahlung dieses Darlehens sei nicht durch Verrechnung mit Gegenansprüchen der Schuldnerin erloschen. Gegenüber dem Verrechnungseinwand hat sich der Kläger auf Anfechtung berufen. Außerdem hat er die Gegenforderung in Zweifel gezogen. Die Zahlungen vom 13. und 31.10.2005 in Höhe von 2.000 Euro und 500,00 Euro unterlägen der Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Als Alleingesellschafterin der B AG falle die Beklagte zu 1) unter den Gesellschafterbegriff im Sinne dieser Vorschrift. Die Barabhebungen vom 26.04., 20. und 21.06. sowie 07.07.2006 bei der S habe die Beklagte zu 1) selbst vorgenommen und vereinnahmt. Dieses Vorgehen unterliege ebenso wie die Barabhebung vom 28.10.2005 der insolvenzrechtlichen Anfechtung. Überdies seien die Gelder auch nach den §§ 64, 43 GmbHG zu erstatten. Entsprechendes gelte für die dokumentierten Barentnahmen aus Kassenbeständen.

89

Die Beklagten haben eine Erstattungspflicht in Abrede gestellt. Soweit er nach Maßgabe des Klageantrags zu 1) gesamtschuldnerisch mit der Beklagten zu 1) auf Rückzahlung des Anwaltshonorars in Anspruch genommen worden ist, hat der Beklagte zu 2) die Auffassung vertreten, es liege ein Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO vor. Den Leistungen der Schuldnerin hätten unmittelbar gleichwertige anwaltliche Dienstleistungen gegenüber gestanden. Diese hätten nicht zu einer Gläubigerbenachteiligung, sondern aufgrund des durch seine Tätigkeit ermöglichten Verkaufs des Unternehmens zu einer Mehrung der Masse geführt, was bereits dadurch belegt werde, dass der Kläger nunmehr über eine Vermögensmasse von rund 350.000,00 Euro verfüge. Aus diesem Grunde könne, wie die Beklagte zu 1) geltend gemacht hat, auch sie nicht auf Erstattung des Anwaltshonorars in Anspruch genommen werden. Hinsichtlich der weiteren Zahlungen haben die Beklagten im Wesentlichen folgendes geltend gemacht: In der Tilgung der Verbindlichkeit gegenüber C & Partner habe keine inkongruente Deckung gelegen, weil sich die Forderung, wie die Beklagten unter Zeugenbeweis behauptet haben, auch gegen die Schuldnerin gerichtet habe. Entsprechendes gelte für den Ausgleich der beiden Rechnungen von U. Diese hätten zum Einen die dienstliche Nutzung des privaten Mobilfunkanschlusses der Beklagten zu 1) und zum Anderen die Abrechnung von Mobilfunkgeräten zum Gegenstand gehabt, welche von Mitarbeitern der Schuldnerin genutzt worden und über die Firma „D“ „gelaufen“ seien. Barabhebungen seien, wie die Beklagten unter Zeugenbeweis behauptet haben, grundsätzlich in die Barkasse eingelegt worden. Im Übrigen habe die Beklagte zu 1), wie die Beklagten unter Berufung auf das vom Kläger vorzulegende Kassenbuch sowie von diesem vorzulegende Kontoauszüge für den Zeitraum zwischen Oktober 2005 und Juli 2006 behauptet haben, häufig Geld aus eigenen Mitteln in die Barkasse eingelegt. Bei dem Empfänger der Zahlung vom 07.07.2006 in Höhe von 8.700,00 Euro habe es sich, wie die Beklagten unter Berufung auf Zeugenbeweis behauptet haben, um einen Dienstleister der Schuldnerin gehandelt. Der Kündigung der Geschäftsbeziehung nachfolgende Zahlungseingänge in Höhe von 4.713,72 Euro auf das Konto der Schuldnerin bei der I würden bestritten. Den Zahlungseingang in Höhe von 6.366,40 Euro auf das Konto der Schuldnerin bei der W habe die Beklagte zu 1) angesichts der wenige Tage zuvor erklärten Kündigung der Geschäftsbeziehung nicht mehr verhindern können.

90

Das Landgericht hat der Klage gegen die Beklagte zu 1) teilweise stattgegeben, und zwar nach dem Klageantrag zu 1) gestützt auf §§ 143, 131 InsO in Höhe von 12.749,96 Euro wegen Zahlungen aus Kassenbeständen in Höhe von 5.606,60 Euro und wegen weiterer Zahlungen in Höhe von 7.143,36 Euro gemäß nachfolgender Übersicht,

91

Datum	Betrag
13.10.2005	2.000,00 Euro
31.10.2005	500,00 Euro
06.01.2006	1.975,48 Euro
11.01.2006	523,32 Euro
20.03.2006	1.679,39 Euro
24.05.2006	465,17 Euro
	<u>7.143,36 Euro</u>

92

sowie nach dem Klageantrag zu 2) gestützt auf § 64 GmbHG (= § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.) wegen der Zahlung in Höhe von 8.000,00 Euro, die von der Schuldnerin an das von der der Beklagten zu 1) betriebene einzelkaufmännische Unternehmen „D“ geleistet wurde, sowie wegen der den debitorisch geführten Kontokorrentkonten der Schuldnerin bei der I und der W gutgeschriebenen Beträge in Höhe von insgesamt 3.072,37 Euro und 6.366,40 Euro. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags, der in erster Instanz gestellten Anträge sowie der Begründung wird auf das Urteil vom 16.04.2010 Bezug genommen.

93

Soweit sie durch dieses Urteil beschwert sind, haben der Kläger teilweise und die Beklagte zu 1) in vollem Umfang form- und fristgerecht Berufung eingelegt und diese begründet.

94

Mit seinem Rechtsmittel verfolgt der Kläger nur noch den Klageantrag zu 1) weiter, und zwar, soweit er sich gegen den Beklagten zu 2) richtet allein noch wegen Erstattung des an diesen gezahlten Honorars und soweit er sich gegen die Beklagte zu 1) richtet, in vollem Umfang, wobei der Kläger im Senatstermin vom 14.04.2011 erklärt hat, dass eine Verurteilung – soweit möglich – primär auf § 64 GmbHG gestützt werden soll. In der Sache trägt der Kläger im Wesentlichen wie folgt vor: Soweit es eine Erstattungspflicht der Beklagten zu 1) wegen der beanstandeten Zahlungen verneint habe, habe sich das Landgericht nicht mit § 64 GmbHG (= § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.) befasst, worauf die Klage auch bereits erstinstanzlich gestützt und begründet gewesen sei. Der Beklagte zu 2) hafte nach §§ 143, 129 ff InsO sowie §§ 826, 823, 280 BGB auf Rückzahlung des erhaltenen Honorars. Das Landgericht habe zu Unrecht dessen Kenntnis von dem Vorsatz der Schuldnerin im Sinne von § 133 InsO, ihre Gläubiger zu benachteiligen, als nicht hinreichend belegt angesehen. Die Begleichung von Forderungen des Beklagten zu 2) aus beratender Tätigkeit für die Schuldnerin seien überdies inkongruente Leistungen im Sinne des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Der Anfechtbarkeit könne, wie die Kläger unter Bezugnahme auf zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom

95

06.12.2007 (IX ZR 113/06) sowie 13.04.2006 (IX ZR 158/05) geltend macht, selbst bei Annahme einer kongruenten Deckung nicht entgegen gehalten werden, es habe sich um Bargeschäfte im Sinne von § 142 InsO gehandelt. Die Voraussetzungen eines Bargeschäftes, nämlich die Erbringung einer unmittelbaren gleichwertigen Gegenleistung des Beklagten zu 2), seien schon nicht hinreichend vorgetragen. Da der Schuldnerin ein Gegenwert nicht zugeflossen sei, seien die Honorarzahungen schließlich auch gemäß § 134 Abs. 1 InsO als unentgeltliche Leistung anfechtbar.

Der Kläger beantragt, 96

das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und 97

- 1. die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 25.442,38 Euro ~~989~~ nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2006 zu zahlen;
- 2. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, an ihn weitere 18.622,96 Euro nebst Zinsen in Höhe 100 von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2006 zu zahlen.

Die Beklagte zu 1) beantragt, 101

das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 102

Im Übrigen beantragen die Parteien, 103

das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen. 104

Die Beklagte zu 1) macht im Wesentlichen geltend, das angefochtene Urteil beruhe auf 105 unzutreffenden Tatsachengrundlagen. Das Landgericht habe zu ihrem Nachteil außer Acht gelassen, dass die für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit herangezogenen Verbindlichkeiten ebenso bestritten gewesen seien wie der Zahlungseingang von insgesamt 4.137,29 Euro auf dem Konto der Schuldnerin bei der I. Schließlich habe sich die Vorinstanz, wie die Beklagte zu 1) weiter geltend macht, nicht damit befasst, dass sie den Zahlungseingang von 6.366,40 Euro auf dem Konto der Schuldnerin bei der W, der nunmehr „vorsorglich“ in Zweifel gezogen werde, nicht habe verhindern können. Die Feststellung des Landgerichts, sie habe die per 20.09.2005 vorgenommene Überweisung von 8.000,00 Euro veranlasst, sei schon deshalb unzutreffend, weil, wie die Beklagte zu 1) vorträgt, sie tatsächlich erst Ende November als Geschäftsführerin tätig geworden sei. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz unterlägen schließlich weder die beanstandeten Zahlungen über 7.143,36 Euro noch die beanstandeten Entnahmen aus Kassenbeständen über 5.606,60 Euro der Insolvenzanfechtung. Mit Rücksicht auf Einlagen in einer die Barentnahmen übersteigenden Höhe habe es zum Einen an einer Masseschmälerung gefehlt. Mangels Zahlungsunfähigkeit habe es sich zum Anderen um Rechtshandlungen außerhalb der relevanten Anfechtungszeiträume gehandelt.

Der Beklagte zu 2) verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und 106 Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Mit Schriftsätzen vom 02., 09. und 14.03.2011 hat der Beklagte zu 2) seinen Vortrag im Wesentlichen wie folgt ergänzt: Die mit Unterzeichnung des Beratervertrages fällig gewordene Vorschusszahlung sei unbedingt vereinbart und „genau betrachtet“ unabhängig von dem Aufwand zu zahlen gewesen. Tatsächlich habe dieser aber auch mindestens 80 Std. betragen. Vom 05. bis zum

07.12.2005 habe er sich gemeinsam mit der Beklagten zu 1) in alle Bereiche des Unternehmens einschließlich der Geschichte, Betätigung, Liquidität des Unternehmens, seiner steuerlichen Verhältnisse, der bestehenden Leasingverträge sowie der Tätigkeit des faktischen Geschäftsführers eingearbeitet. In der Folge habe er sich an 40 Werktagen bei einem täglichen Aufwand von mindestens einer Stunde mit der Kontrolle und Planung der Liquidität der Schuldnerin befasst. Daneben habe er, wie der Beklagte zu 2) unter Bezugnahme auf zwei von ihm verfasste kurze Schreiben vom 14.12.2005 und 11.01.2006, eine an ihn gerichtete Nachricht vom 20.12.2005 sowie drei nicht weiter erläuterte Übersichten geltend gemacht hat, bei einem täglichen Aufwand von gleichfalls mindestens einer Stunde Gespräche mit der Beklagten zu 1) oder in deren Auftrag mit Kunden, Lieferanten und Mitarbeitern geführt bzw. entsprechende Korrespondenz erledigt. Die in Ansatz gebrachten Stunden seien mit der Beklagten zu 1) besprochen und von dieser akzeptiert worden. Gegenstand und Aufwand seiner weiteren Beratungstätigkeit ergebe sich aus dem Inhalt der Kostennoten. Namentlich vom 04.05. bis zum 30.08.2006 habe es nicht zuletzt im Hinblick auf das laufende Insolvenzeröffnungsverfahren sowie die Bemühungen um einen Verkauf des Unternehmens täglichen Beratungsbedarf von einer Stunde gegeben. Am 04.05., 10.05., 07.06. und 02.06.2006 habe er Besprechungen mit dem Kläger geführt, für die einschließlich Vor- und Nachbereitung ein Aufwand von jeweils 8 Stunden anzusetzen sei. Im Rahmen der Verkaufsbemühungen habe die Beklagte zu 1) am 27.06. und 21.07.2006 in seinem Beisein „umfassende“ Gespräche mit Vertretern eines Interessenten geführt, wofür einschließlich Vor- und Nachbereitung ein Aufwand von jeweils 8 Stunden anzusetzen sei.

Mit Schriftsatz vom 29.04.2011 machen die Beklagten geltend, vom Gang des Senatstermins vom 14.04.2011 überrascht worden zu sein. Nach den zuvor erteilten schriftlichen Hinweisen sei nicht zu erwarten gewesen, dass der Senat von Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bereits ab Juni 2004 und Anfechtbarkeit sämtlicher Honorarzahlungen ausgehen werde. Dadurch sei ihnen weiterer Vortrag abgeschnitten worden, weshalb die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen und die Revision zuzulassen sei. Die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten zu 1) nach § 64 Satz 1 (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F.) und eine Haftung des Beklagten zu 2) nach § 143 InsO i.V.m. § 133 Abs. 1 InsO seien nicht gegeben. Zahlungsunfähigkeit ab Juni 2005 lasse sich nicht aus einem Debetsaldo ableiten. Das zugrunde liegende Kontokorrentverhältnis sei nicht gekündigt; ein Rückzahlungsanspruch deshalb nicht fällig gewesen. Abgesehen von den seitens der Banken verfolgten Zahlungsansprüchen, die schon deshalb fragwürdig gewesen seien, weil der frühere faktische Geschäftsführer T kollusiv zum Nachteil der Schuldnerin mit den Banken zusammengewirkt habe, habe es lediglich offene Mietforderungen gegeben. Diese seien aber, wie die Beklagten unter Antritt von Zeugenbeweis behaupten, im Dezember 2005 gestundet worden. Da sie die Richtigkeit des klägerischen Vorbringens zur Zahlungsunfähigkeit bestritten hätten, habe es dem Kläger oblegen, substantiiert zum Bestehen und zur Fälligkeit derjenigen Forderungen vorzutragen, die eine Feststellung der streitigen Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin trügen. Die Feststellung zur Insolvenztabelle entfalte im Verhältnis der Parteien keine Bindungswirkung. Im Übrigen seien die beanstandeten Zahlungen aber auch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar gewesen, weil ihr Unterbleiben zum sofortigen Zusammenbruch des Geschäftsbetriebs geführt haben würde. Dessen Aufrechterhaltung sei geboten gewesen, um Sanierungsversuche und die Chancen für eine Veräußerung nicht zu schmälern. Außerdem habe sie zu einer Massesteigerung von nahezu Null auf 350.000,00 Euro geführt. Dieses positive Ergebnis sei auch durch die Vergütungszahlungen an den Beklagten zu 2) ermöglicht worden. Dessen Einschaltung sei zur Wahrung der Interessen der Schuldnerin erforderlich gewesen. Die Inanspruchnahme durch einzelne Banken habe die Fortführung des Unternehmens gefährdet. Die unternommenen Sanierungsbemühungen schlossen die

107

Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes aus. Davon, dass mit ihrem Fehlschlagen zu rechnen gewesen sei, könne nicht die Rede sein. Die Bemühungen um die Rettung des Unternehmens seien, wie die Beklagten unter Antritt von Zeugenbeweis behaupten, von der Erwartung eines nach dem Verkauf an die C6 GmbH letztlich auch erteilten Auftrags der Zentrale der Kreiswehrrersatzämter mit einem jährlichen Volumen von über einer Million Euro getragen gewesen. Grundsätzlich habe die C6 GmbH auch Bereitschaft gezeigt, rechtlich geklärte Altschulden zu übernehmen.

Mit einem dem Beklagten zu 2) am 31.01.2011 zugestellten Beschluss vom 24.01.2011 hat der Senat u.a. darauf hingewiesen, dass die Klage aus § 133 Abs. 1 InsO begründet sein kann, soweit der Kläger Rückzahlung des nach Stellung des Insolvenzantrags entrichteten Anwaltshonorars begehrt, und hinsichtlich der Rechnungen über Beraterhonorar auf Stundenbasis vom 07.02., 04.05. und 20.06.2006 überdies auch aus § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO. Mit einem weiteren Beschluss vom selben Tage hat der Senat u.a. den Antrag der Beklagten zu 1) auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die eigene Berufung zurückgewiesen. 108

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin X3. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 14.04.2011 Bezug genommen. 109

II. 110

Die Berufung der Beklagten zu 1) hat im Wesentlichen keinen Erfolg. Der Entscheidungsausspruch ist lediglich um einen Vorbehalt zu ergänzen (dazu unten 1.). Demgegenüber ist das Rechtsmittel des Klägers ganz überwiegend begründet (dazu unten 2.). 111

1. Das Landgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht nach § 64 Satz 1 GmbH (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) stattgegeben, soweit sie auf Ersatz der Zahlung an die Beklagte zu 1) unter der Firma „D“ vom 20.09.2005 – und nicht vom 16.11.2005 wie es im Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie in dem Senatsbeschluss vom 24.01.2011 versehentlich heißt – in Höhe von 8.000,00 Euro und der auf die debitorisch geführten Konten der Schuldnerin bei der I und der W eingezogenen Kundenforderungen in Höhe von 6.366,40 Euro und weiteren 3.072,37 Euro (= 368,30 Euro + 993,30 Euro + 1.710,77 Euro) gerichtet ist. Gleichfalls aus § 64 Satz 1 GmbH (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) von den getroffenen Feststellungen gedeckt ist die Verurteilung der Beklagten zu 1), soweit die Klage auf Erstattung der Zahlungen vom 06.01.2006 in Höhe von 1.975,48 Euro, vom 11.01.2006 in Höhe von 523,32 Euro, vom 20.03.2006 in Höhe von 1.679,39 Euro und vom 24.05.2006 in Höhe von 465,17 Euro sowie der Erstattung der beanstandeten Barentnahmen in Höhe von insgesamt 5.606,60 Euro gerichtet ist. Dagegen hat die Schuldnerin mit den beiden von dem debitorisch geführten Konto der Schuldnerin bei der W veranlassten Überweisungen vom 13. und 31.10.2005 über 2.000,00 und 500,00 Euro keine im Sinne von § 64 Satz GmbHG (= § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.) verbotenen Zahlungen geleistet. Sinn und Zweck des darin zum Ausdruck kommenden Zahlungsverbots ist es, die verteilungsfähige Vermögensmasse der insolvenzreifen Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern. Wenn die Bank über keine Gesellschaftssicherheiten verfügt, berühren Zahlungen von einem debitorischen Konto an einzelne Gesellschaftsgläubiger berühren nach der Rechtsprechung des 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, weder die verteilungsfähige Vermögensmasse noch gehen sie zum Nachteil der Gläubigergesamtheit, weil sie lediglich einen bloßen Gläubigeraustausch zur Folge hat (vgl. etwa Urteil vom 26.03.2007 – II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006-1008, zitiert nach juris, Rn. 8 mit weiteren Nachweisen). Nach der Rechtsprechung des 112

9. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa Urteil vom 06.10.2009 (IX ZR 191/05, BGHZ 182, 317-324, zitiert nach juris, Rn. 7 ff) führen Deckungshandlungen aus Kreditmitteln aber gleichwohl zu einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO. Dementsprechend sind die beanstandeten Zahlungen vom 13.10. und 31.10.2005, wie der Senat bereits aus Anlass der Zurückweisung von Prozesskostenhilfe gemäß Beschluss vom 24.01.2011, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, ausgeführt hat, nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO und § 133 InsO anfechtbar. Weder die Ausführungen der Beklagten im Termin vom 14.04.2004, die keine neuen Gesichtspunkte enthalten haben, noch der Inhalt des am Schriftsatzes vom 29.04.2011 rechtfertigen eine abweichende Beurteilung. Sie geben lediglich zu folgenden Ergänzungen Anlass:

Es ist nicht nachvollziehbar, dass die Beklagten in der mündlichen Verhandlung davon überrascht worden sein wollen, dass der Senat für die Zeit ab Anfang Juli 2005 von Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin ausgeht. Gerade dies wurde auf Seite 3 bis 5 des angeführten Beschlusses ausgeführt. Hieran hält der Senat aus den dort angeführten Gründen auch weiterhin fest. 113

Die Darlegungs- und Beweislast für Zahlungsunfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung gemäß § 64 Satz 1 GmbHG (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F.) liegt zwar beim klagenden Insolvenzverwalter. Trägt dieser indes Indizien vor, die für Zahlungsunfähigkeit sprechen, kommt ihm die Erleichterung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO zugute, mit der Folge, dass den Geschäftsführer eine sekundäre Behauptungslast zu den Liquiditätsverhältnissen trifft (Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage, § 64 Rn. 89 f). Daran gemessen muss der Senat auf der Grundlage des beiderseitigen Parteivortrags von einer Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin ab dem 04.07.2005 ausgehen. 114

Der Vortrag des Klägers, aus dem sich ergibt, dass zum Zeitpunkt der beanstandeten Zahlungen offene Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber der I in Höhe 98.339,61 Euro bestanden, die bis zur Insolvenzeröffnung nicht mehr bezahlt und auch zur Tabelle angemeldet worden sind, genügt für die Feststellung einer Zahlungseinstellung im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO, da weder ersichtlich noch von der Beklagten zu 1) dargelegt ist, dass die Zahlungen allgemein wieder aufgenommen worden wären. 115

Dass etwa im Verhältnis zwischen der I und dem klagenden Insolvenzverwalter getroffene Feststellungen keine Bindungswirkung für den vorliegenden Rechtsstreit entfalten, steht dem nicht entgegen. Dem Klagevorbringen, die I habe die Geschäftsbeziehung zur Schuldnerin mit Schreiben vom 04.07.2005 gekündigt und Zahlung von 98.339,61 Euro verlangt, ist die Beklagte zu 1) bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz nicht entgegen getreten. Soweit sie die Kündigung und damit die Fälligkeit der durch Kontoauszug vom 29.07.2005 belegten Verbindlichkeiten nunmehr mit Schriftsatz vom 29.04.2011 (dort Seite 2) bestreitet, handelt es sich um neues streitiges Vorbringen handeln, mit welchem sie in zweiter Instanz gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen ist. 116

Waren danach fällige und eingeforderte Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber der I von annähernd 100.000,00 Euro schlüssig dargelegt, hätte die Beklagte zu 1) substantielle Einwände erheben müssen. Das hat sie, wie der Senat bereits auf Seite 3 des Beschlusses vom 24.01.2011 ausgeführt hat, nicht getan. Soweit sie nunmehr mit Schriftsatz vom 29.04.2011 (dort Seite 4) andeutet, die Banken und der faktische Geschäftsführer T hätten im Streitfall kollusiv zum Nachteil der Schuldnerin zusammengewirkt, ist der Vortrag der Beklagten zu 1) substanzlos und deshalb nach wie vor unbeachtlich. 117

b) Die Beklagte zu 1) kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die beanstandeten Zahlungen der Schuldnerin ab dem 08.07.2005 seien mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers vereinbar gewesen. Zu Lasten eines Geschäftsführers, der nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Zahlungen aus dem Vermögen der Gesellschaft leistet, wird vermutet, dass er dabei nicht mit der von einem Vertretungsorgan der GmbH zu erwartenden Sorgfalt gehandelt hat.

Eine Pflichtwidrigkeit kann zwar zu verneinen sein, soweit Leistungen des Geschäftsführers in der Insolvenzsituation eine Masseverkürzung nicht zur Folge haben oder soweit durch sie im Einzelfall größere Nachteile für die Masse abgewendet werden (BGH, Urteil vom 06.01.2001 – II ZR 88/99, ZIP 2001, 235-240, Zitiert nach juris, Rn. 22). Dementsprechend können auch solche Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers vereinbar sein, die in der Absicht geleistet werden, den Betrieb für die Zwecke des Insolvenzverfahrens oder auch im Interesse einer ernstlich erwarteten Sanierung aufrechtzuerhalten (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom Beschluss vom 29.12.2003 – 11 W 90/03, GmbHR 797-199, zitiert nach juris, Rn. 5.; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage, § 64 Rn. 12; Haas in Baumbach/Hueck, a.a.O., § 64 Rn. 73).

Der Vortrag der Beklagten zu 1) ist indes nicht geeignet, die gegen sie streitende Vermutung des § 64 Satz 2 GmbHG (= § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG) unter diesem Gesichtspunkt zu widerlegen. Weshalb Leistungen in Höhe von 8.000,00 Euro mit dem Verwendungszweck „Darlehensteilrückzahlung Darlehen vom 02.09.2005“, Zahlungen in Höhe von 1.975,48 Euro an C & Partner, Leistungen in Höhe von 532,32 Euro und 1.679,39 Euro zum Zwecke der Tilgung privater Verbindlichkeiten der Beklagten zu 1) bzw. des von ihr betriebenen Unternehmens „D“ gegenüber U, Entnahmen durch die Beklagte zu 1) in Höhe von insgesamt 5.606,60 Euro mit dem Verwendungszweck „Rückzahlung Darlehen“ bzw. „Rückzahlung Einlage“ und der Einzug von Kundenforderungen in Höhe von insgesamt 3.072,37 Euro zur Aufrechterhaltung des Betriebes geboten gewesen sein soll, ist nicht erkennbar. Die Tatsache, dass Zahlungsempfänger ganz überwiegend die Beklagte zu 1) bzw. das von ihr betriebene Unternehmen „D“ selbst waren, legt im Gegenteil nahe, dass die Leistungen in erster Linie der vorrangigen Befriedigung bestimmter Gläubiger und nicht der Abwendung größerer Nachteile für die Masse gedient haben.

c) Die Beklagte zu 1) hat die Zahlungen, die sie entgegen § 64 Satz 1 GmbH (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) geleistet hat, ungekürzt, d.h. auch unter Einschluss eines etwa darin enthaltenen Mehrwertsteueranteils in die Masse zu erstatten, ohne dass es darauf ankäme, ob der Schuldnerin diese Beträge vom Finanzamt erstattet worden sind. Dies folgt daraus, dass es sich § 64 GmbHG nicht um einen Schadenersatzanspruch, sondern um einen Ersatzanspruch eigener Art handelt. Dieser ist auf Erstattung der aus dem Vermögen der Schuldnerin geleisteten Zahlungen, also einschließlich des Mehrwertsteueranteils gerichtet. Zu saldieren sind allein unmittelbare Gegenleistungen, die im Vermögen der Schuldnerin noch vorhanden sind (Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage, § 64 Rn. 70).

d) Soweit die Verurteilung auf § 64 Satz 1 GmbH (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) gestützt ist, war der Beklagten zu 1), worauf der Senat gleichfalls unter dem 24.01.2011 hingewiesen hat, im Hinblick auf den schadensrechtlichen Grundsatz der Vorteilsausgleichung von Amts wegen vorzubehalten, nach Erfüllung der Klageforderung ihre Rechte gegen den Kläger zu verfolgen; wobei sich der ihr zustehende Anspruch nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte.

2. Für das Rechtsmittel des Klägers gilt folgendes:

123

124

a) Soweit die Beklagte zu 1) auf Erstattung der an den Beklagten zu 2) geleisteten Honorarzahungen in Anspruch genommen worden ist, scheidet zwar eine insolvenzrechtliche Anfechtung als Anspruchsgrundlage aus. Nach § 143 InsO muss nämlich, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. Anfechtungsschuldner kann also nur sein, wer etwas aus dem Vermögen des Schuldners erlangt hat (BGH, Urteil vom 24.10.1973 – VIII ZR 82/72, NJW 1974, 57, zitiert nach juris, Rn. 12). Das ist hier nur der Beklagte zu 2). Die von der Schuldnerin an den Beklagten zu 2) erbrachten Zahlungen von 25.442,38 Euro kann der Kläger aber von der Beklagten zu 1) nach § 64 Satz 1 GmbHG (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) erstattet verlangen.

aa) Da davon auszugehen ist, dass die Schuldnerin im Zeitpunkt der Honorarzahungen an den Beklagten zu 2) insolvenzreif war, ist die Beklagte zu 1) für von ihr veranlasste Leistungen grundsätzlich nach dieser Bestimmung haftbar. 125

bb) Für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes im Sinne des § 64 Satz 2 GmbHG (= § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F.) ist der Geschäftsführer beweispflichtig. Die gilt auch für die Frage, ob die Beauftragung des Beklagten zu 2) durch die Beklagte zu 1) in der konkreten Situation zur Abwendung von Nachteilen für die Masse sachdienlich und erforderlich war und dem an ihn gezahlten Honorar eine angemessene, den Interessen der Gesamtgläubigerschaft entsprechende Gegenleistung gegenüberstand. Nicht der Kläger muss eine unzulässige Masseschmälerung infolge der unstreitig geleisteten Zahlungen darlegen und beweisen, sondern die Beklagte zu 1) das Gegenteil (vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2007 – II ZR 51/06, ZIP 2007, 1501-1502, zitiert nach juris, Rn. 4 mit weiteren Nachweisen zu § 130 a Abs. 2 Satz 2 HGB). Dem wird der Vortrag der Beklagten zu 1) nicht gerecht. Mit seiner Berufung macht der Kläger zu Recht geltend, dass die genannten Voraussetzungen für eine ausnahmsweise erlaubte Zahlung weder hinsichtlich der Beratung der Schuldnerin durch den Beklagten zu 2) noch hinsichtlich der Prozessführung die die Schuldnerin und die Beklagte zu 1) ersichtlich sind. 126

Nach ihrem eigenen Vortrag hat die Beklagte zu 1) den Beklagten zu 2) durch den Beratervertrag vom 02.12.2005 mit der Prüfung und Durchführung von Sanierungsmaßnahmen beauftragt, mithin gewusst, dass die Schuldnerin in erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten war. Leistungen im Zusammenhang mit einem solchen Sanierungsversuch können, unabhängig davon, ob er tatsächlich gelingt, im Interesse der Gläubiger liegen und deshalb der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers entsprechen. Sie haben allerdings jedenfalls dann zu unterbleiben, wenn die Erwartung, die spätere Schuldnerin retten zu können, schon im Ansatz unrealistisch ist, der Insolvenzantrag also alternativlos ist (BGH, Beschluss vom 05.02.2007 – II ZR 51/06, GmbHR 2007, 937-938, zitiert nach juris, Rn. 5). Ein aussichtsreiches Sanierungskonzept, mit dem die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin hätte wiederhergestellt werden können, haben die Beklagten nicht dargelegt. Sollte es darin bestanden haben, das Unternehmen zu veräußern, so war es schon deshalb ungeeignet, weil der offenbar erzielbare Kaufpreis die Verbindlichkeiten der Schuldnerin bei weitem nicht deckte. Dass es zu einem – nach § 15 a Abs. 1 InsO unverzüglich zu stellenden Insolvenzantrag keine Alternative gab, hätte die Beklagte zu 1) bereits durch Aufstellung eines Vermögensstatus erkennen können und müssen, bevor sie den Beklagten zu 2) mit aufwändigen Sanierungsbemühungen beauftragte. Für sich genommen unerheblich ist ferner der Einwand der Beklagten zu 1), aufgrund der Tätigkeit des Beklagten zu 2) sei mehr Masse vorhanden, als es ohne dessen Bemühungen der Fall gewesen wäre. Er lässt nämlich die Entwicklung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft unberücksichtigt. Denn trotz Vermehrung der Masse kann sich die 127

Insolvenzquote verschlechtern, wenn die Schulden überproportional zunehmen.

Dass das für die Prozessführung gezahlte Honorar der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns entsprochen hat, ist gleichfalls nicht erkennbar. Es ist weder ersichtlich noch hinreichend dargelegt, dass die Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg hatte oder ohne Rücksicht auf die Erfolgsaussicht in anderer Weise für die Gesellschaft hätte von Vorteil sein können. 128

b) Soweit der Kläger weitere Zahlungen der Schuldnerin in Höhe von insgesamt 18.622,96 Euro beanstandet hat, ist das Erstattungsverlangen gegen die Beklagte zu 2) in Höhe eines Teilbetrages von 17.522,96 Euro berechtigt. 129

aa) Rückzahlung des am 01.02.2006 von dem Konto der Schuldnerin bei der D3 302,96 Euro unter Angabe des Verwendungszwecks „J AG“ auf ein Konto der D2 überwiesenen Betrages von 302,96 Euro sowie Rückzahlung des am 20.06.2006 an die C2 GmbH überwiesenen Betrages von 8.700,00 Euro mag der Kläger zwar nicht unter dem Gesichtspunkt einer insolvenzrechtlichen Anfechtung verlangen können. Insoweit ist die Klage aber aus § 64 Satz 1 GmbHG (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F.) begründet. 130

bb) Auf diese Vorschriften kann der Kläger sein Rückzahlungsbegehren auch hinsichtlich der am 05.10.2005 von dem Geschäftskonto der Schuldnerin bei der E unter Angabe des Verwendungszwecks „Darlehensrückführung“ auf das Privatkonto der Beklagten zu 1) überwiesenen 3.000,00 Euro sowie hinsichtlich der am 31.10.2005 wurden von demselben Konto auf ein Konto der B AG überwiesenen 520,00 Euro stützen. 131

cc) Soweit der Kläger Erstattung der beanstandeten Barabhebungen von insgesamt 6.100,00 Euro verlangt, ist das Klagebegehren in Höhe eines Teilbetrages von 5.000,00 Euro gleichfalls aus § 64 Satz 1 GmbHG (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F.) gerechtfertigt. Anders hätte es sich nur verhalten, wenn das abgehobene Geld in die Barkasse transferiert worden wäre (dazu näher BGH, Urteil vom 05.07.2007 – II ZR 262/06, GmbHR 2008, 242-243, zitiert nach juris, Rn. 5). Davon konnte der Senat aber nur für die Barabhebung vom 28.10.2005 über 1.100,00 Euro ausgehen. Insoweit spricht schon der von dem Kläger selbst im Termin vom 14.04.2011 vorgelegte Ausdruck aus dem in Form einer Excel-Datei geführten Kassenbuch für Oktober 2005 für die Richtigkeit der Darstellung der Beklagten zu 1). Denn dort ist unter dem 28.10.2005 eine Bareinzahlung über 1.100,00 Euro mit dem Vermerk „Einlage E2“ aufgenommen. Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich nicht, ob und wofür dieser Betrag aus der Barkasse wieder entnommen wurde, so dass für das Erstattungsverlangen auch nicht alternativ hierauf abgestellt werden kann. 132

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme konnte der Senat eine positive Überzeugung eines Transfers in die Barkasse für die beanstandeten Abhebungen aus den April, Juni und Juli 2006 über insgesamt 5.000,00 Euro nicht gewinnen. Vielmehr hält er es für möglich, dass die von den Geschäftskonten der Schuldnerin bar erhaltenen Beträge nicht in die Barkasse eingelegt worden sind. In den vorgelegten Auszügen des elektronischen Kassenbuchs sind entsprechende Einlagen nicht verbucht. Die Beklagte zu 1) selbst hat – im Termin vom 14.04.2011 angehört – hierfür keinen plausiblen Grund anzugeben. Auch die Bekundungen der seinerzeit mit der Buchhaltung der Schuldnerin befassten Zeugin X3 haben hierüber keinen Aufschluss zu geben vermocht. An die fraglichen Abbuchungen von den Geschäftskonten der Schuldnerin hatte die Zeugin eigenen Angaben zufolge keine Erinnerung. Denkbar und mit ihrer weiteren Darstellung, nicht erinnern zu können, dass bar abgehobene Beträge jemals nicht in die Kasse geflossen seien, noch vereinbar ist zwar, dass nicht alle Einnahmen ordnungsgemäß erfasst oder vorgenommene Buchungen nachträglich 133

wieder entfernt worden sind. Die hierzu gemachten Angaben der Zeugin waren indes zu vage, als dass sich darauf hinreichend sichere Schlüsse auf eine lediglich im Kassenbuch nicht oder nicht mehr dokumentierte Einlage ziehen ließen.

Das geht zu Lasten der Beklagten zu 1). Durch die Auszüge aus dem elektronischen Kassenbuch ist belegt, dass die abgehobenen Gelder nicht in die Barkasse eingelegt worden sind. Da für eine nachträgliche Manipulation der vorgelegten Geschäftsunterlagen nichts ersichtlich ist, ist zugunsten des Klägers anzunehmen, dass es nicht zu einer Einlage der fraglichen Beträge gekommen ist. Denn im Verhältnis zu dem für die ordnungsgemäße Rechnungslegung zuständigen Geschäftsführer kann die Gesellschaft davon ausgehen, dass er die Bücher so geführt hat oder durch Angestellte hat führen lassen, dass sie ein richtiges und vollständiges Bild von allen Geschäftsvorfällen vermitteln, die im Betrieb angefallen sind. Für die Beweisführung würde im Übrigen selbst dann nichts anderes gelten, wenn feststünde, dass in den Büchern nicht alle Geschäftsvorfälle erfasst sind, die Buchführung also nicht ordnungsgemäß ist. Denn aus einer fehlerhaften Buchungsführung kann der Geschäftsführer, der die unvollständige Rechnungslegung und damit die Minderung ihres Beweiswerts zu verantworten hat, keinen Vorteil ziehen (so jeweils für einen Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG BGH, Urteil vom 26.11.1990 – II ZR 223/89, GmbHR 1991, 101-102, zitiert nach juris, Rn. 7; Urteil vom 08.07.1985 – II ZR 198/84, MDR 1986, 562, zitiert nach juris, Rn. 7).

134

Im Verhältnis zur Beklagten zu 1) ist deshalb auch bei unzulänglicher Buchführung davon auszugehen, dass nicht verbuchte Einlagen nicht erfolgt sind. Für die damit verbundenen Schmälerungen des Gesellschaftsvermögens ist diese auch dann verantwortlich, wenn sie die fraglichen Gelder nicht selbst abgehoben hat. Denn jedenfalls in der Krise hätte die Beklagte zu 1) wirksame Maßnahmen ergreifen müssen, um unkontrollierte Geldabflüsse von den Gesellschaftskonten zu verhindern.

135

b) Soweit sich die Klage gegen den Beklagten zu 2) richtet, steht dem klagenden Insolvenzverwalter ein Anspruch auf Erstattung der auf die Kostennoten vom 15.02., 10.05., 28.06., 07.07. und 19.07.2006 gezahlten 20.802,38 Euro aus § 143 Abs. 1 InsO i.V.m. § 133 Abs. 1 InsO sowie des am 05.12.2005 geleisteten Beraterhonorar von 4.640,00 Euro aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.

136

aa) Die Auffassung des Landgerichts, die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO seien nicht gegeben, teilt der Senat nicht.

137

(1) Entgegen der Auffassung des Beklagten zu 2) scheitert eine Anfechtung zunächst nicht an dem Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 InsO. Diese liegt vor, wenn die Befriedigung der Insolvenzgläubiger verkürzt, vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird (BGH, Urteil vom 09.10.2008 – IX ZR 59/07, NJW 2008, 3780-2782, zitiert nach juris, Rn. 26 mit weiteren Nachweisen). Hier sind dem Vermögen der Schuldnerin durch Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber dem Beklagten zu 2) 25.422,38 Euro als Haftungsbasis entzogen worden. Ohne diese Vermögensverschiebung hätte der Betrag zur Befriedigung der Gläubiger der Schuldnerin zur Verfügung gestanden.

138

(2) Die Anfechtung der Zahlungen scheidet auch nicht deswegen aus, weil der Schuldnerin der erforderliche Benachteiligungsvorsatz gefehlt hat. Dabei hat der Senat nicht übersehen, dass an die dem Insolvenzverwalter obliegende Darlegung und den Beweis des Benachteiligungsvorsatzes erhöhte Anforderungen zu stellen sind, wenn dem Gläubiger nur das gewährt wird, worauf dieser Anspruch hatte (BGH, Urteil vom 17.07.2003 – IX ZR 272/02, ZIP 2003, 1799-1801, zitiert nach juris, Rn. 10 und 13 mit weiteren Nachweisen). Hier folgt der Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin daraus, dass sie gezielt die wenigen

139

verbliebenen Geldmittel eingesetzt hat, um einige Gläubiger, darunter den Beklagten, bevorzugt zu befriedigen.

Ein Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt in aller Regel mit Benachteiligungsvorsatz. Wie sich mittelbar aus § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ergibt, ist ein solcher aber auch schon dann zu vermuten, wenn der Schuldner seine drohende Zahlungsunfähigkeit kennt (BGH, Urt. vom 13.04.2006 – IX ZR 158/05, ZIP 2006, 1261-1266, zitiert nach juris, Rn. 14). Bei den von ihr im Jahr 2006 bewirkten Zahlungen an den Beklagten zu 2) kannte die Beklagte zu 1) Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin. Zumindest wusste sie, dass Zahlungsunfähigkeit drohte. Auch wenn sie der Schuldnerin mit Rangrücktritt versehene Darlehen über insgesamt 275.000,00 Euro gewährt hatte, wusste die Beklagte zu 1), dass das Vermögen der Schuldnerin nicht ausreichte, um über Teilzahlungen an einzelne Gläubiger hinaus alle Gläubiger befriedigen zu können. Bereits die dem Insolvenzantrag vorangegangene fruchtlose Zwangsvollstreckung durch das Finanzamt stellt ein erhebliches Beweisanzeichen für eine drohende Zahlungsunfähigkeit dar. Darüber hinaus wird eine solche auch durch das anwaltliche Schreiben der Schuldnerin vom 23.12.2005 indiziert. Dessen Inhalt legt nahe, dass die Schuldnerin nicht in der Lage war, ihre fälligen Mietverbindlichkeiten vollständig zu befriedigen. Die Erklärung, nur die Hälfte der im Dezember 2005 und Januar 2006 fälligen Miete zahlen zu wollen, kann angesichts der durch die Beklagten nicht erheblich bestrittenen Mietrückstände in Höhe von insgesamt 94.351,59 Euro nur dahin verstanden werden, dass die Schuldnerin selbst der Auffassung war, zahlungsunfähig zu sein. Auch wenn, wie die Beklagten mit Schriftsatz vom 29.04.2011 nunmehr erstmals behaupten, die Vermieterin einer Stundungsbitte entsprochen haben sollte, ist nicht ersichtlich, wie die Schuldnerin die gekündigten Kreditverbindlichkeiten gegenüber der I und der W hätte tilgen wollen. Soweit die Beklagten diese und andere Verbindlichkeiten der Schuldnerin (dem Grunde und der Höhe nach) in Zweifel ziehen, haben sie nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 1) die Inanspruchnahme der Schuldnerin für unberechtigt halten durfte, nicht aufgezeigt. Die Andeutung, die Banken und der faktische Geschäftsführer T hätten im Streitfall kollusiv zum Nachteil der Schuldnerin zusammengewirkt, ist substanzlos und deshalb unbeachtlich. Angesichts des Ausmaßes der finanziellen Bedrängnis steht schließlich auch die bloße Hoffnung der Beklagten zu 1), die Schuldnerin werde von der L2 GmbH in erheblichem Umfang von mindestens 200.000,00 Euro Zahlungen erhalten, dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht entgegen.

Umstände, die den Benachteiligungswillen in Frage stellen, weil die angefochtenen Rechtshandlungen von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet waren und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger in den Hintergrund getreten ist, was etwa bei Deckungshandlungen der Fall sein könnte, die Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs sind (BGH, Urteil vom 01.04.2004 – IX ZR 305/00, GmbHR 2004, 799-802, zitiert nach juris, Rn. 24 mit weiteren Nachweisen), hat der Beklagte zu 2) nicht hinreichend dargetan. Ein aussichtsreiches Sanierungskonzept ist weder ersichtlich noch vorgetragen. Schließlich ist – wie ausgeführt – auch nicht erkennbar, dass die Prozessführung durch den Beklagten zu 2) von Vorteil für die Schuldnerin war.

(3) Da der Beklagte zu 2) denselben Kenntnisstand wie die Beklagte zu 1) hatte, ist schließlich auch davon auszugehen, dass er deren Gläubigerbenachteiligungsabsicht gekannt hat.

(4) Danach hat der Beklagte zu 2) gemäß § 143 InsO das ihm gezahlte Honorar einschließlich der darin enthaltenen Mehrwertsteuer an den Kläger zurück zu gewähren, ohne dass es darauf ankäme, ob diese der Schuldnerin erstattet worden ist. Die Berücksichtigung

von Vorteilen, die der Anfechtungsgläubiger erhalten hat, wäre zwar nicht ausgeschlossen, da es insoweit schon an einer Gläubigerbenachteiligung fehlen würde (vgl. BGH, Urteil vom 14.05.2004 – IX ZR 128/01, ZIP 2004, 1370-1374, zitiert nach juris, Rn. 38). Indes hat die Schuldnerin mit den anfechtbaren Rechtshandlungen solche Vorteile nicht erlangt. Denn aufgrund der wirksamen Anfechtung ist sie verpflichtet, etwa erstattete Mehrwertsteuer zurückzugewähren.

bb) Ob hinsichtlich der am 05.12.2005 geleisteten Zahlung eine insolvenzrechtliche Anfechtung als Anspruchsgrundlage nicht hinreichend dargelegt ist, bedarf keiner Entscheidung. Insoweit folgt ein Erstattungsanspruch jedenfalls aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Davon, dass der Beklagte zu 2) die empfangene Leistung behalten darf, kann der Senat nicht ausgehen. 144

Für einen aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB hergeleiteten Anspruch ist zwar an sich der Kläger darlegungs- und beweispflichtig. Dem als Bereicherungsschuldner in Anspruch Genommenen obliegt indes schon nach allgemeinen Grundsätzen eine sekundäre Behauptungslast, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht und keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Gegner über ein derartiges Wissen verfügt und ihm nähere Angaben zumutbar sind. Wenn überdies eine Zahlung lediglich als Abschlag oder Vorauszahlung in Erwartung einer noch festzustellenden Schuld erfolgt ist, so hat bei einer Rückforderung der Empfänger das Bestehen der Forderung darzulegen und zu beweisen (BGH, Urt. vom 04.02.2010 – IX ZR 18/09, NSW BGB § 675 (BGH-intern), zitiert nach juris, Rn. 81 mit weiteren Nachweisen). So verhält es sich auch hier. Die mit Unterzeichnung des Beratervertrages fällig werdende Leistung ist ausdrücklich als Vorschusszahlung bezeichnet. Mithin obliegt dem Beklagten zu 2) als Leistungsempfänger der Nachweis für den Bestand seiner Forderung. 145

Eine schlüssige Darlegung der geltend gemachten Stunden setzt voraus, dass über pauschale Angaben hinaus die während des abgerechneten Zeitintervalls getroffenen Maßnahmen konkret und in nachprüfbarer Weise dargelegt werden. Dementsprechend muss der Beklagte zu 2) in einer im Nachhinein verständlichen Weise niederlegen, welche konkrete Tätigkeit er innerhalb eines bestimmten Zeitraums verrichtet hat. Insoweit ist etwa anzugeben, welche Akten und Schriftstücke einer Durchsicht unterzogen, welcher Schriftsatz vorbereitet oder verfasst wurde, zu welcher Frage welche Recherchen angestellt oder zu welchem Thema mit welchem Gesprächspartner wann eine fernmündliche Unterredung geführt wurde. Nicht genügend sind hingegen allgemeine Hinweise über Recherchen, Telefongespräche oder das Studium von Akten und die Durchsicht von Geschäftsunterlagen. Denn bei wiederholter Verwendung sind diese inhaltsleer und können ohne die Möglichkeit einer wirklichen Kontrolle geradezu beliebig ausgeweitet werden (vgl. BGH, Urt. vom 04.02.2010 – IX ZR 18/09, NSW BGB § 675 (BGH-intern), zitiert nach juris, Rn. 77 mit weiteren Nachweisen). 146

Diesen Anforderungen ist der Beklagte zu 2) nicht gerecht geworden. Die Darstellung, er habe sich vom 05. bis 07.12.2005 täglich 8 Stunden in die Unternehmensinterna eingearbeitet, ist letztlich ohne Substanz. Worauf sich die Einarbeitung im Einzelnen bezogen hat, wird derart pauschal vorgetragen, dass die Darstellung des Beklagten zu 2) einer Erwiderung und Widerlegung nicht zugänglich ist. Entsprechendes gilt, soweit er mit einem Aufwand von täglich zwei Stunden an 40 Tagen mit der Kontrolle der Liquidität, der Führung von Gesprächen mit der Beklagten zu 1) oder in deren Auftrag mit Kunden, Lieferanten und Mitarbeitern sowie der Erledigung entsprechender Korrespondenz befasst gewesen sein will. Auch die vorgelegten Unterlagen bieten keinen hinreichend greifbaren Anhalt für den 147

behaupteten Beratungsaufwand.

Das geht zu Lasten des Beklagten zu 2). Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn in dem Verhalten der Beklagten zu 1) ein Schuldanerkennntnis oder Schuldbekenntnis zu sehen wäre. Hierfür bietet der Vortrag des Beklagten zu 2) indes keine geeignete Grundlage. Die nicht näher konkretisierte Behauptung, die Beklagte zu 1) habe den zeitnah erläuterten Aufwand akzeptiert, lässt die Möglichkeit offen, dass sie den Erläuterungen des Beklagten zu 2) lediglich nicht entgegen getreten ist, und füllt die Anforderungen an ein Schuldanerkennntnis nicht aus. 148

3. Für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 156 ZPO) besteht kein Anlass. Zu Unrecht rügen die Beklagten eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG. Zunächst ist ihre Darstellung, der Senat habe erst in der mündlichen Verhandlung vom 14.04.2011 darauf hingewiesen, dass die Klage auf der Grundlage des bisherigen Parteivortrags aus § 133 Abs. 1 InsO begründet sein kann, soweit der Kläger von dem Beklagten zu 2) Rückzahlung des nach Stellung des Insolvenzantrags entrichteten Anwaltshonorars begehrt, bereits unzutreffend. Auf seine Rechtsauffassung hatte der Senat bereits mit Beschluss vom 24.01.2011 (dort Ziffer 2 Satz 1, 1. Halbsatz) hingewiesen. Nachdem der Senat aus Anlass der Zurückweisung des Prozesskostenhilfegesuchs der Beklagten zu 1) ausgeführt hatte, dass er die Feststellung einer Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin ab dem 04.07.2005 für bedenkenfrei hält, war auch dieser rechtliche Gesichtspunkt nicht neu. Gleichwohl hat der Senat den Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme und Ergänzung ihres tatsächlichen Vorbringens gegeben, wovon sie, wenngleich erst nach Ablauf der ihnen eingeräumten Frist, auch Gebrauch gemacht haben. Selbst unter Berücksichtigung der Ausführungen im Schriftsatz vom 29.04.2011 rechtfertigt das Vorbringen der Beklagten – wie ausgeführt – schließlich keine abweichende Beurteilung. 149

4. Der von der Berufung unangegriffen gebliebene Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 BGB. 150

5. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 151

6. Die Voraussetzungen, unter denen gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen ist, liegen nicht vor. Die für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgeblichen Fragen sind höchstrichterlich geklärt. 152

7. Der Streitwert für die Berufungsverfahren wird auf bis 80.000,00 Euro festgesetzt. 153