
Datum: 31.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 5/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0131.18U5.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 22 O 264/11 und 22 O 438/11

Tenor:

Die Urteile des Landgerichts Köln vom 15.12.2011 -22 O 264/11 und 22 O 438/11- werden jeweils abgeändert und insgesamt zusammen wie folgt gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 331.752,30 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.07.2010 zu zahlen.

Die Zwangsvollstreckung aus dem vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Köln vom 07.09.2011 -22 O 263/11- wird für unzulässig erklärt.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen der Kläger zu 20 % und der Beklagte zu 80 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung des Zahlungstitels gegen sich durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des insgesamt hieraus gegen ihn vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Beklagte kann die Vollstreckung des Gestaltungstitels gegen sich durch Sicherheitsleistung in Höhe von 6.000 € abwenden,

wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung hieraus Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger ist nach dem Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 23.02.2007 (75 IN 535/06) Insolvenzverwalter über das Vermögen der M & Söhne GmbH & CO KG (künftig: Schuldnerin), C, zuletzt eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Köln unter HRA 18343. Gegenstand des Unternehmens war der Heizungsbau, die sanitäre Installation und der Einzelhandel aller damit in Zusammenhang stehenden Waren.

Der Beklagte war neben seinem Onkel, M2, einzelvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der Komplementärin der Schuldnerin, der M Handels- und Verwaltungs-GmbH (Amtsgericht Köln, HRB 43440). Diese hatte ein Stammkapital von 50.000 DM. Zugleich war er neben M2 und Frau M3 Kommanditist der Schuldnerin mit einer Einlage von 25.564,60 €. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Komplementärin hat das Insolvenzgericht ausweislich der am 26.03.2007 erfolgten Eintragung im Handelsregister mangels Masse abgelehnt.

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin ging auf den Eigenantrag des Geschäftsführers M2 vom 12.10.2006 zurück. Herr M2 verstarb am 17.08.2009, der Beklagte ist dessen Alleinerbe.

Der Kläger nimmt den Beklagten in dem Verfahren Landgericht Köln 22 O 264/11 auf Erstattung von Zahlungseingängen in Höhe von 331.752,30 € auf dem debitorisch geführten Geschäftskonto der Schuldnerin in Anspruch. Eine vorprozessuale Zahlungsaufforderung durch die Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 01.07.2010 blieb ohne Erfolg.

Auf dem Geschäftskonto der Schuldnerin bei der L, Konto-Nr. 1330xxxxx, gingen zwischen dem 02.06. und dem 17.11.2006 die in Anlage K 4a im Einzelnen aufgeführten Zahlungen in Höhe von insgesamt 331.752,30 € ein. Hierbei handelte es sich in Höhe von 56.382,03 € um Rückbuchungen. Das Konto, für das die L eine Kreditlinie von 797.000 € eingeräumt hatte, befand sich während dieses Zeitraums stets mit über 930.000 € im Soll. Von den von diesem Konto abgegangenen Zahlungen hat der Kläger mit Erfolg jedenfalls Zahlungen in Höhe von 123.976,23 € angefochten.

Ein weiteres Konto der Schuldnerin bei der L wies während dieses Zeitraums ein Guthaben von über 160.000 € auf (22.10.2006: 177.856,40 €). Die Forderungen der L gegen die Schuldnerin waren gesichert durch Grundschulden auf den Grundstücken der Insolvenzschuldnerin L2-Str. und Tstr. in C in Höhe von 1,7 Mio. bzw. 800.000 DM sowie durch bereits im Jahr 2001 bis zu einem Betrag von 2,3 Mio. DM bestellte Bürgschaften ihrer beiden Geschäftsführer. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurden die beiden Grundstücke zugunsten der L verwertet, deren Forderung ist inzwischen weitgehend ausgeglichen.

Die Handelsbilanz der Schuldnerin zum 31.12.2004 endete mit einem Fehlbetrag von 226.277,59 € und enthielt einen nicht durch Vermögenseinlagen gedeckten Verlustanteil gegenüber den Kommanditisten in Höhe von 774.713,94 €.

In dem Verfahren Landgericht Köln 22 O 438/11 wendet der Kläger sich im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung des Beklagten, die dieser aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Köln vom 07.09.2011, Aktenzeichen 22 O 263/11, über 4.305,42 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.08.2011 betreibt. Zudem fordert er Herausgabe des Titels. In dem betreffenden Verfahren 22 O 263/11 hatte das Landgericht Köln einen Antrag des Klägers auf Anordnung eines dinglichen Arrestes durch Urteil vom 21.07.2011 kostenpflichtig und rechtskräftig abgewiesen. 10

Mit Schriftsatz vom 22.09.2011 erklärte der Kläger gegen den im Kostenfestsetzungsbeschluss titulierten Kostenerstattungsanspruch die Aufrechnung mit Ansprüchen aus § 32b GmbHG a.F. und §§ 30, 31 GmbHG a.F. analog wegen der Rückzahlung des eigenkapitalersetzend besicherten Drittdarlehens an die L durch die Verwertung der Grundpfandrechte. Dabei hat der Kläger zunächst mit dem vermeintlichen Anspruch in Höhe von 57.941,34 € aus der Verwertung der Immobilie Tstr. in C, zu Gunsten der L verrechnet am 29.01.2010, und hilfsweise mit dem vermeintlichen Anspruch aus der Verwertung der Immobilie L2-Straße in Höhe von 570.319,82 €, verrechnet zu Gunsten der L am 25.06.2007, aufgerechnet. 11

Der Kläger hat behauptet, die Insolvenzschildnerin sei spätestens zum 01.06.2006 zahlungsunfähig gewesen. Hierzu führt er im wesentlichen folgende, zum Teil streitige Umstände an: 12

- Von den zur Insolvenztabelle angemeldeten, unbestrittenen Forderungen i.H.v. über 2,74 Mio € seien über 10%, nämlich Forderungen i.H.v. 357.996,64 €, bereits am 01.06.2006 fällig gewesen und nicht mehr beglichen worden. 13

Unstreitig bestand die unter lfd. Nr. 107 der Tabelle aufgeführte Forderung der G GmbH & CO KG in Höhe von 162.032,52 € zzgl. Zinsen bereits seit April 2006. Die Forderung war fällig, wurde im August 2006 durch Versäumnisurteil tituliert und blieb bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens unbezahlt. 14

- Zahlreiche Arbeitnehmer der Insolvenzschildnerin, zu denen der Kläger teilweise im Einzelnen vorträgt, seien schon seit April 2006 nicht mehr oder nur noch teilweise bezahlt worden. 15

- Schon Mitte 2005 habe das Finanzamt Forderungen i.H.v. 200.000 € gehabt. Diese seien teilweise durch Kontopfändungen beigetrieben worden, u.a. habe das Finanzamt im März 2006 35.000 € gepfändet. Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens hätten noch Steuerforderungen in Höhe von 156.132,23 € bestanden. 16

- Auch die Sozialkassen hätten Kontopfändungen ausgebracht, ebenso weitere Gläubiger. 17

- Gegenüber einer Hauptlieferantin, der Fa. Dr. L3 GmbH & Co. KG, hätten im Mai 2006 Verbindlichkeiten wegen Warenlieferungen i.H.v. 53.334,25 € bestanden, die sich im Juni 2006 auf 87.941,68 € und im Juli 2006 auf 104.317,48 € erhöht hätten. 18

- Der Steuerberater der Insolvenzschriftnerin sei schon ab Mitte 2005 überwiegend damit befasst gewesen, mit Gläubigern Stundungsvereinbarungen zu treffen.

Der Kläger hat darüber hinaus behauptet, die Insolvenzschriftnerin sei, wie sich aus seinem Insolvenzgutachten ergebe, massiv überschuldet gewesen. Dies ergebe sich auch schon aus der Bilanz 2004. Soweit der Beklagte auf bestehende Großaufträge verweise, habe es an Personal und Liquidität gefehlt, diese auszuführen. 20

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Beklagte hafte für die Einzahlungen auf dem Geschäftskonto aus § 64 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 172a HGB, jeweils in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung (künftig: alte Fassung oder a.F.). Darüber hinaus ergebe sich die Haftung aus §§ 32a, 32b GmbHG a.F. i.V.m. § 172 HGB a.F., weil der Beklagte als Sicherungsgeber, der seine Bürgschaft in der Krise eigenkapitalersetzend stehen gelassen habe, von der Reduzierung des Soll-Saldos profitiert habe. Weiterhin stützt der Kläger seine Ansprüche darauf, dass die Forderung der L am 25.06.2007 in Höhe von 570.319,82 € und am 29.01.2010 in Höhe von weiteren 57.941,34 € durch die Verwertung der Immobilien getilgt worden sei, was dem Beklagten als Bürgen zugute gekommen sei, so dass er gemäß § 32b GmbHG sowie aus §§ 30, 31 GmbHG hafte. Schließlich hafte der Beklagte als Erbe des verstorbenen Mitgeschäftsführers. 21

Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Kläger habe die Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschriftnerin schon nicht hinreichend dargetan. Es reiche nicht aus, bloße Indizien vorzutragen. Den vom Kläger vorgetragenen Indizien ist er im wesentlichen wie folgt entgegengetreten: 22

- Ziehe man von den vom Kläger angeführten Forderungen zum 01.06.2006 diejenigen ab, die vom Kläger selbst bestritten und die gestundet oder nicht ernsthaft eingefordert worden seien –hierzu führt der Beklagte im Einzelnen aus–, verblieben lediglich Forderungen in Höhe von 178.947,04 €. Diese hätten zu 90% mit dem Guthaben des zweiten Kontos der Insolvenzschriftnerin erfüllt werden können. Allein in den drei Wochen nach dem 01.06.2006 habe sich –was unstreitig geblieben ist– der Soll-Saldo auf dem Geschäftskonto im Übrigen um fast 50.000 € verbessert, so dass der Insolvenzschriftnerin eine Liquidität von über 200.000 € zur Verfügung gestanden habe. 23

- Die Arbeitnehmerforderungen seien überwiegend nicht beglichen worden, weil Mitarbeiter längerfristig erkrankt gewesen seien, die Arbeit verweigert hätten oder bereits gekündigt gewesen seien, was der Beklagte im Einzelnen ausführt. Auch der Kläger habe die Arbeitnehmerforderungen überwiegend bestritten. 24

- Eine Forderung des Finanzamtes habe ausweislich der Forderungsaufstellung des Klägers vom 28.02.2007 nicht bestanden. Die Pfändungen –auch seitens der Sozialkassen– beträfen zum großen Teil Drittschriftnerzahlungen, also nicht Verbindlichkeiten der Insolvenzschriftnerin. 25

- Die Forderung der Dr. L3 GmbH & Co. KG sei –was in erster Instanz unstreitig geblieben ist– nach Bestellung einer Sicherheit gestundet worden. 26

Der Beklagte hat weiter behauptet, den Verbindlichkeiten der Insolvenzschriftnerin habe ein guter Auftragsbestand gegenüber gestanden. So habe es bei Stellung des Insolvenzantrags noch zwei Großaufträge mit einem Volumen von gut 2,7 Mio € für die Mercatorhalle in Duisburg gegeben. Im April 2006 habe der Auftragsbestand etwa 1,83 Mio € betragen. Da die L Verfügungen auf dem Geschäftskonto ohne Weiteres zugelassen habe, hätten alle 27

Verbindlichkeiten bedient werden können. Mit einem einen Tag nach Ablauf der ihm gesetzten Schriftsatzfrist bei Gericht eingegangenen Schriftsatz hat der Beklagte zudem behauptet, dass sich aus dem Rechnungsausgangsbuch, das er aufgefunden habe, für den Zeitraum März bis September 2006 ein Forderungsbestand von 1.043.630,60 € ergebe.

Der Beklagte hat ferner die Auffassung vertreten, er könne schon deshalb nicht in Anspruch genommen werden, weil er ab April 2006 aufgrund einer schweren Herzkrankheit, zu der Einzelheiten zwischen den Parteien streitig sind, nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Geschäftsführertätigkeit wahrzunehmen. Anfang Oktober 2006 sei der Beklagte –was unstreitig ist– wegen dieser Erkrankung im Rahmen einer Noteinlieferung stationär behandelt worden. Im streitgegenständlichen Zeitraum habe Herr M2 die Geschäfte alleine geführt. 28

Seine Inanspruchnahme sei zudem rechtsmissbräuchlich. Da Herr M2 –unstreitig– Mandant der Kanzlei des Klägers gewesen sei, habe der Kläger erst nach dessen Tod ihn, den Beklagten, in Anspruch genommen. Im Übrigen seien dem Kläger ebenfalls verschiedene Pflichtverletzungen vorzuwerfen. So betreffe ein Teil der Forderungen den Zeitraum, in dem er schon im Insolvenzverfahren tätig gewesen sei. Zudem habe er die Immobilien der Beklagten unter Wert veräußert. 29

Soweit in der Klageforderung auch Rückbuchungen enthalten seien, könnten diese zudem den Tatbestand des § 64 GmbHG nicht ausfüllen. 30

Auch hätten solche Eingänge, die Abbuchungen von dem Konto erst ermöglicht hätten, unberücksichtigt zu bleiben, wenn die betreffenden Abflüsse später vom Kläger erfolgreich angefochten wurden. 31

Soweit der Kläger seine Klage auf Eigenkapitalersatzrecht stützt, hat der Beklagte sich schließlich auf Verjährung berufen. 32

Der Zahlungsklage ging ein Mahnverfahren voraus. Dort wurde der Mahnbescheid vom 19.07.2010 dem Beklagten am 21.07.2010 zugestellt. Die Abgabe an das Streitgericht erfolgte nach Eingang der zweiten Gerichtskostenhälfte am 24.09.2010. Die Anspruchsbegründung ging am 20.06.2011 beim Streitgericht ein und wurde dem Beklagten am 27.06.2011 zugestellt. 33

Das Landgericht hat der Zahlungsklage im Verfahren 22 O 264/11 mit dem angefochtenen Urteil mit Ausnahme der geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten stattgegeben und den Beklagten zur Zahlung von 331.752,30 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.07.2010 verurteilt. Es seien ausreichende Indizien vorgetragen, welche die Annahme der Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschuldnerin ab dem 01.06.2006 rechtfertigten. In Höhe von 275.370,27 € ergebe sich der Anspruch daher aus §§ 177a, 130a Abs. 2 HGB a.F. Die Rückbuchungen seien zwar masseneutral, die verbleibenden 56.382,03 € könne der Kläger aber wegen der Verwertung des Grundstückes L2-Straße in 2007 aus Eigenkapitalersatzrecht verlangen, weil der Beklagte seine Bürgschaft in der Krise stehen gelassen habe. 34

Auf die Vollstreckungsgegenklage im Verfahren 22 O 438/11 hat das Landgericht mit dem angefochtenen Urteil die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss für unzulässig erklärt und den Beklagten verurteilt, die ihm erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses an den Kläger herauszugeben. Dem Kläger stehe die wirksam aufgerechnete Gegenforderung nach den Vorschriften über das Eigenkapitalersatzrecht aus der Verwertung der Immobilie Tstraße zu. 35

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die in erster Instanz gewechselten Schriftsätze und auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidungen Bezug genommen.	36
Mit der Berufung verfolgt der Beklagte seine Klageabweisungsanträge unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens weiter. Er ist weiter der Auffassung, die Schuldnerin sei am 01.06.2006 nicht insolvenzreif gewesen. Soweit das Landgericht seinen Vortrag als unsubstantiiert angesehen habe, habe es seine Hinweispflichten verletzt. Die Forderung des Finanzamtes aus dem Jahr 2005 sei ohne Belang. Sie stehe jedenfalls nicht im Zusammenhang mit den Forderungen des Finanzamtes bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die vielmehr darauf beruhten, dass das Finanzamt die Steuerschuld mangels Abgabe von Steuererklärungen geschätzt habe. Die vom Landgericht herangezogenen Vollstreckungsbescheide und Versäumnisurteile über Kleinbeträge seien zum Teil erst nach Juni 2006 ergangen. Wie sich aus den Kontoauszügen ergebe, seien zahlreiche Kleingläubiger zudem bedient worden. Warum es zu den Vollstreckungsbescheiden und Versäumnisurteilen gekommen sei, sei unklar; an der mangelnden Liquidität habe es jedenfalls nicht gelegen. Stundungsverhandlungen habe der Steuerberater nur im Jahr 2005 geführt. Die Forderung L3 sei gestundet gewesen. Offene Forderungen von Arbeitnehmern habe der Kläger im Insolvenzverfahren selbst bestritten. Soweit der Kläger Erlöse aus Anfechtungen erzielt habe, sei der Vortrag zu deren Höhe widersprüchlich. In Höhe der Anfechtungserlöse müsse zur Vermeidung einer „Doppelbegünstigung der Masse“ eine Saldierung stattfinden. Hierzu legt er im einzelnen dar, durch welche der streitgegenständlichen Einzahlungen unter Berücksichtigung des eingeräumten Kreditrahmens die später erfolgreich angefochtenen Zahlungen erst ermöglicht wurden.	37
Wegen seiner Haftung aus dem Nachlass der verstorbenen Mitgeschäftsführers M2 beruft er sich „auf die Haftungsbeschränkung nach § 1975 ff. BGB“ und auf §§ 1990 ff. BGB.	38
Der Beklagte beantragt,	39
die Klagen unter Abänderung der angefochtenen Urteile des Landgerichts Köln vom 15.12.2011 (22 O 264/11 und 22 O 438/11) abzuweisen.	40
Der Kläger beantragt,	41
die Rechtsmittel zurückzuweisen.	42
Auf Hinweis des Senats hat der Kläger klar gestellt, dass er den Zahlungsanspruch in erster Linie auf die Zahlungseingänge auf dem debitorisch geführten Konto ab dem 01.06.2006 und hilfsweise auf Ansprüche wegen der Rückzahlung eines Teils der Verbindlichkeiten aus dem Erlös der Verwertung des Grundstückes L2-Straße sowie äußerst hilfsweise auf die Ansprüche wegen der Zahlung aus dem Erlös der Verwertung des Grundstückes Tstraße 17 in C stützt.	43
Er verteidigt die angefochtenen Urteile und wiederholt ebenfalls seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er trägt unter konkreter Bezugnahme auf die Forderungsanmeldungen und Gerichtsverfahren erstmals näher zu den Arbeitnehmerforderungen vor. Zu den Forderungen und Pfändungen des Finanzamtes führt er ebenfalls näher aus. Die Stundung durch die Fa. L3 „bleibe bestritten“. Die Erstellung der im Rechnungsausgangsbuch aufgeführten Rechnungen bestreitet er mit Nichtwissen. Der Kläger hat ergänzend zu den erzielten Anfechtungserlösen vorgetragen und seine Auffassung, dass diese nicht zu berücksichtigen	44

sind, bekräftigt.

Der Senat hat die Verfahren 18 U 5/12 (LG Köln 264/11) und 18 U 4/12 (LG Köln 22 O 438/11) unter Führung des erstgenannten Verfahrens zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. 45

II. 46

Die Berufungen des Beklagten sind in beiden verbundenen Verfahren statthaft und form- und fristgerecht eingelegt sowie mit einer Begründung versehen. 47

Im Verfahren 22 O 264/11 hat das Rechtsmittel im Ergebnis nur insoweit Erfolg, als dass die Klage, soweit der Kläger nicht bereits mit seinem Hauptantrag und seinem ersten Hilfsantrag obsiegte, der Abweisung unterlag. Im Verfahren 22 O 438/11 hat die Berufung nur bezüglich des Herausgabeanspruches Erfolg. 48

A. Zahlungsantrag 49

1. Der Kläger hat auf Seite 2 des Schriftsatzes vom 10.09.2012 klargestellt, in welchem Verhältnis die verschiedenen in den Rechtsstreit eingebrachten Streitgegenstände, auf die er seine Forderung gestützt hat, zueinander stehen. 50

Damit ist die Klage nun hinreichend bestimmt und zulässig, §§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 260 ZPO. 51

2. Zum Hauptantrag stützt der Kläger sein Begehren auf die Einzahlungen auf das Geschäftskonto der Schuldnerin bei der L mit der Nummer 1330xxxxx im Zeitraum 02.06.2006 bis 17.11.2006 in einer Gesamtsumme von 331.752,30 €. 52

Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht dem Kläger aus diesem Streitgegenstand nur einen Betrag von 275.370,27 € zugesprochen. Der weitergehende Hauptantrag war abzuweisen. 53

Der Anspruch ergibt sich sowohl aus §§ 130a Abs. 3 Satz 1, 177a HGB in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung (künftig: alte Fassung oder a.F.), als auch aus §§ 172a S. 1 HGB a.F. i.V.m. 32b GmbHG a.F. Das HGB und das GmbHG sind in dieser Fassung anzuwenden, denn das Insolvenzverfahren wurde am 23.02.2007 und somit vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderungen durch das MoMiG am 01.11.2008 eröffnet, Art. 103d S. 1 EGIInsO. 54

a) Der Beklagte war bis zuletzt einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Komplementärin der Schuldnerin, also organschaftlicher Vertreter der zur Vertretung der Schuldnerin ermächtigten Gesellschafterin. Damit war er nach § 130a Abs. 1 HGB a.F. verpflichtet, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Insolvenzsreife der Schuldnerin Insolvenzantrag zu stellen. Dieser Pflicht ist er nicht nachgekommen. Er ist der Masse daher zum Ersatz der Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Insolvenzsreife für die Gesellschaft noch geleistet wurden, **§ 130a Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 HGB a.F.** 55

aa) Die Schuldnerin war am 01.06.2006 zahlungsunfähig und damit insolvenzreif, §§ 16 f InsO. Hiervon ist das Landgericht im Ergebnis zu Recht ausgegangen. An den hierzu erteilten Hinweisen Ziffer 3. und 4. im Beschluss vom 26.07.2012 hält der Senat nicht fest. Darauf hat er die Parteien im Termin vom 22.11.2012 ausdrücklich hingewiesen, es bestand Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu. 56

Zahlungsunfähigkeit liegt nach § 17 Abs. 2 S. 1 InsO vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die Zahlungsunfähigkeit zum 01.06.2006 ergibt sich bereits aus dem unstreitigen Sachverhalt.

(1) Die Frage, ob noch von einer vorübergehenden Zahlungsstockung oder schon von einer (endgültigen) Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist, muss allein aufgrund der objektiven Umstände beantwortet werden (BGHZ 163, 134, 140; MünchKomm-InsO/Eilenberger, § 17 Rz. 6). 58

Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO kann, wie im Hinweisbeschluss aufgezeigt, eine Liquiditätsbilanz aufzustellen sein. Darin wären die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten (vgl. BGHZ 163, 134, 138; MünchKomm-InsO/Eilenberger, § 17 Rz. 10; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 17, Rz. 24, 38 ff.). 59

Eine solche Liquiditätsbilanz ist jedoch nicht erforderlich, wenn anderweitig festgestellt werden kann, dass der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte (BGH, Urteil vom 12.10.2006 -IX ZR 228/03, Rz. 28). Die im Hinweisbeschluss dargestellte Liquiditätsrechnung ist nötig, wenn eine Prognose erforderlich ist, also etwa im Rahmen der Frage, ob Insolvenzantrag zu stellen oder ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist (vgl. BGHZ 163, 134, 140). 60

Steht wie im vorliegenden Fall die Zahlungsunfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt dagegen fest, ist also lediglich die retrograde Ermittlung eines bereits vor dem Eröffnungsdatum liegenden Eintritts der Zahlungsunfähigkeit erforderlich, so lässt sich auch auf andere Weise feststellen, ob und was der Schuldner zahlen konnte (Uhlenbruck, a.a.O., Rz. 37 m.w.N.). 61

Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, ist regelmäßig von der Zahlungsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt auszugehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn auf Grund konkreter Umstände, die sich nachträglich geändert haben, damals angenommen werden konnte, der Schuldner werde rechtzeitig in der Lage sein, die Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dass nicht lediglich eine Zahlungsstockung vorlag, ist im Nachhinein ohne weiteres feststellbar. Es bedarf insoweit keiner Prognose (so BGH, Urteil vom 12.10.2006 -IX ZR 228/03, Rz. 28). 62

Der Kläger hat verschiedene am 01.06.2006 fällige Forderungen vorgetragen. Soweit diese bei Abfassung des Hinweisbeschlusses am 26.07.2012 unstreitig waren, sind sie in der Tabelle auf Seite 4 dieses Beschlusses enthalten. Es kann dahinstehen, dass einige dieser Forderungen danach noch bestritten wurden und ob dieses späte Bestreiten nach § 531 Abs. 2 ZPO beachtlich ist. Denn bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung war jedenfalls die titulierte Forderung der Engelbert Fußel KG von mehr als 162.000 € unstreitig. Diese war bereits am 01.06.2006 fällig und wurde bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch nicht mehr ausgeglichen. Bereits dieser Umstand belegt nach den vom BGH im Urteil vom 12.10.2006 aufgestellten Kriterien hinreichend, dass auch am 01.06.2006 nicht lediglich eine Zahlungsstockung, sondern bereits Zahlungsunfähigkeit eingetreten war. Es sind auch keinerlei später weggefallene Umstände vorgetragen oder erkennbar, aus denen die Schuldnerin am 01.06.2006 den Schluss ziehen durfte, sie werde innerhalb von drei Wochen in der Lage sein, diese titulierte Forderung zu erfüllen. 63

(2) Daneben ergibt sich bei der gebotenen Gesamtschau, dass die Schuldnerin am 01.06.2006 auch bereits ihre Zahlungen eingestellt hatte, § 17 Abs. 2 S. 2 InsO.

Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Es muss sich mindestens für die beteiligten Verkehrskreise der berechnete Eindruck aufdrängen, dass der Schuldner außerstande ist, seinen fälligen Zahlungsverpflichtungen zu genügen (BGH, Urteil vom 29.03.2012 -IX ZR 40/10, Rz. 10). Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus (BGH, Urteil 20.12.2007 -IX ZR 93/06). Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten erheblichen Umfangs bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, ist regelmäßig von Zahlungseinstellung auszugehen (vgl. BGH, Urteil vom 12.10.2006 , IX ZR 228/03, Rz. 22, 28).

Eine Zahlungseinstellung kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in der Rechtsprechung entwickelter Beweisanzeichen gefolgert werden. Sind derartige Indizien vorhanden, bedarf es einer darüber hinaus gehenden Darlegung und Feststellung der genauen Höhe der gegen den Schuldner bestehenden Verbindlichkeiten oder gar einer Unterdeckung von mindestens 10 vom Hundert nicht (so BGH, Urteil vom 29.03.2012 -IX ZR 40/12, Rz. 11).

Es kann deshalb dahinstehen, ob dem Beklagten darin zu folgen ist, dass der auf dem weiteren Konto bestehende positive Saldo von mehr als 160.000 € der Schuldnerin tatsächlich als freie Liquidität zur Verfügung stand. Dagegen spricht immerhin, dass die kontoführende L dieses Guthaben bei der Ermittlung der geduldeten Überziehung offensichtlich bereits berücksichtigt hat. Über den eingeräumten Dispositionskredit von 797.000 € hinaus hat sie im streitgegenständlichen Zeitraum ja tatsächlich Überziehungen bis weit über 930.000 € hinaus zugelassen, gleichwohl aber ab einer nicht genau bestimmbar Inanspruchnahme jenseits dieser Grenze Abbuchungen storniert.

In der anzustellenden Gesamtschau kommt diesen für den maßgeblichen Zeitraum unstrittigen Rückbuchungen in Höhe von insgesamt mehr als 50.000 € erhebliches Gewicht zu. Sie markieren, dass der Schuldnerin am jeweiligen Rückbuchungstag bei der kontoführenden Hausbank keine freie Liquidität mehr zur Verfügung stand, so dass sogar Schecks platzten.

Neben der unstrittig fälligen Forderung der G KG von mehr als 162.000 € wurde auch die Forderung der L3 GmbH & CO KG von am Stichtag mehr als 53.000 € nicht bezahlt. Auch wenn diese Gläubigerin, wie der Beklagte vorträgt, nach Bestellung von Sicherheiten eine Stundung gewährt haben sollte, kann dieser Umstand in der gebotenen Gesamtwürdigung berücksichtigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 30.06.2011 -IX ZR 134/10, Rz. 17). Er belegt, dass der Schuldnerin die Befriedigung ihrer Lieferanten ohne Stellung weiterer Sicherheiten nicht mehr möglich war.

Unabhängig von der -zwischen den Parteien streitigen- Höhe rückständiger Arbeitnehmerforderungen per 01.06.2006 ergibt sich aus dem als Anlage K 16 im Verfahren 22 O 438/11 vorgelegten Protokoll der Besprechung der beiden Geschäftsführer der Schuldnerin mit dem Steuerberater am 12.10.2005, dass auch bereits zu diesem Zeitpunkt Gehälter nicht fristgerecht gezahlt wurden. Der weitere Geschäftsführer M2 sah nach dem Protokoll bereits zu diesem Zeitpunkt die Notwendigkeit, „Konkurs der Firma anzumelden“, und begründete dies mit Zahlungsunfähigkeit. Der Steuerberater bestätigte, „dass die Firma

vor dem Kollaps steht“. Auch wenn im Herbst 2005 eventuell noch keine Insolvenzreife bestand, so belegen die protokollierten Äußerungen doch, dass die Schuldnerin nicht nur einen im Sommer 2006 aufgetretenen vorübergehenden Liquiditätsengpass zu überstehen hatte. Vielmehr war die Liquiditätslage bereits seit Herbst 2005 erheblich angespannt.

Ebenfalls bestanden am 01.06.2006 unabhängig von der im einzelnen streitigen Höhe Steuerschulden. 71

An die nach der Gesamtwürdigung feststehende Zahlungseinstellung per 01.06.2006 knüpft das Gesetz die Annahme, dass zu diesem Zeitpunkt auch bereits Zahlungsunfähigkeit vorlag, § 17 Abs. 2 S. 2 InsO. 72

(3) Dem Beweisangebot des Beklagten, ein Sachverständigen-Gutachten dazu einzuholen, dass gleichwohl am 01.06.2006 keine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin vorlag, brauchte der Senat nicht nachzugehen. Der Beklagte hat, nachdem gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO von der Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist, zunächst Umstände vorzutragen, aus denen sich ergibt, dass gleichwohl keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt (Uhlenbruck, a.a.O., § 17, Rz. 28; BGH, Urteil vom 25.10.2001 - IX ZR 17/01). Daran fehlt es. 73

Aus den vom Beklagten angesprochenen Umständen ergibt sich auch dann, wenn sie feststünden oder bewiesen wären, nicht, dass die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit innerhalb von drei Wochen wieder hätte herstellen können: 74

Etwa unterbliebene Sanierungsbemühungen des Klägers sind für diese Frage schon deshalb ohne Bedeutung, weil der Kläger im Juni 2006 noch nicht bestellt war. 75

Eine zeitweise Reduzierung des Sollsaldos in der Zeit ab dem 01.06.2006 setzte entgegen der Auffassung des Beklagten zusätzliche Liquidität nicht frei. Die Rückbuchungen belegen, dass im Juni und Juli 2006 keine für die Bedienung der Verbindlichkeiten freie Liquidität zur Verfügung stand. 76

Ob Großaufträge akquiriert waren, ist für die Frage eines Liquiditätszuwachses nur dann von Bedeutung, wenn daraus auch kurzfristig zufließende Erträge zu erwarten gewesen wären. Hierzu fehlt jeder Vortrag. 77

Auch das nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz vorgelegte Rechnungsausgangbuch lässt -seine prozessuale Beachtlichkeit und seine Richtigkeit unterstellt- keinen Rückschluss darauf zu, wenn aus solchen Ausgangsrechnungen tatsächlich Zahlungseingänge und mithin ein Liquiditätszuwachs zu erwarten war. 78

Nennenswerte Guthaben auf anderen Konten bei weiteren Kreditinstituten sind nicht dargetan. 79

bb) Darauf, ob die Schuldnerin am 01.06.2006 zugleich auch überschuldet war, kommt es für die Haftung des Beklagten daneben nicht entscheidend an. 80

cc) Der Insolvenzantrag wurde erst am 12.10.2006 und damit lange nach Ablauf der Dreiwochenfrist gestellt. Der Beklagte kann sich insoweit nicht entlastend darauf berufen, er sei ab April 2006 krankheitsbedingt nicht in der Lage gewesen, seine Pflichten als Geschäftsführer wahrzunehmen. 81

Unstreitig hat er sein Amt nicht niedergelegt. Das Ausmaß und die Auswirkungen der vorgetragenen Erkrankung des Beklagten sind bis auf einen stationären Aufenthalt im 82

Oktober 2006 zwischen den Parteien streitig. Der Kläger hat in den Schriftsätzen vom 07.09.2011 (S. 2) und vom 20.11.2012 (S. 3 f) vorgetragen, dass der Beklagte auch nach Anfang Juni 2006 noch für die Schuldnerin tätig war.

Ausmaß und Dauer der Erkrankung des Beklagten bedürfen jedoch keiner Aufklärung, denn selbst wenn der Beklagte krankheitsbedingten Einschränkungen unterlag, änderte dies, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, an seinen Pflichten nichts. 83

Auf sein eigenes Unvermögen, seinen Aufgaben als Geschäftsführer nachzukommen, kann sich niemand berufen (vgl. BFH, Beschluss vom 18.08.1999 -VII B 106/99, Rz. 10 mit Hinweis auf die weiteren Entscheidungen des BFH vom 11.11.1986 -VII R 201/83, BFH/NV 1987, 212; und vom 7.05.1985 -VII R 111/78, BFH/NV 1987, 210). Wer den Anforderungen, die an einen gewissenhaften Geschäftsführer gestellt sind, nicht oder nicht mehr entsprechen kann, muss vielmehr von der Übernahme des Geschäftsführeramts absehen bzw. es niederlegen (vgl. BFH, vom 5.03.1985 -VII B 69/84, BFH/NV 1987, 422). Wer hingegen die Stellung eines Geschäftsführers übernommen hat, haftet grundsätzlich auch dann, wenn er nicht befähigt oder aus irgendwelchen Gründen nicht in der Lage ist, seinen Pflichten nachzukommen. 84

Darauf, dass ein weiterer Geschäftsführer bestellt war, kommt es insoweit ebensowenig an wie auf die Frage, ob der Beklagte als dessen Erbe für von diesem zu verantwortende Pflichtverletzungen haftet. Die Haftung des Beklagten wegen eigener Pflichtverletzungen besteht unabhängig von der intern verabredeten oder gelebten Aufgabenverteilung zwischen den Geschäftsführern und umfasst, insbesondere in einer Krise des Unternehmens, auch die wechselseitige Überwachung und Kontrolle (Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 64, Rz. 62). 85

dd) Die streitgegenständlichen Eingänge auf dem durchgängig debitorisch geführten Geschäftskonto der Schuldnerin stehen, wie das Landgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26. 3. 2007 -II ZR 310/05) richtig ausführt, Zahlungen i.S. des § 130a Abs. 2 HGB a.F. gleich. Im Zeitraum vom 02.06.2006 bis zum 17.11.2006 gingen, ohne Berücksichtigung von Rückbuchungen, 275.370,27 € auf dem Konto bei der L ein. Der Beklagte haftet der Masse nach § 130a Abs. 3 S. 1 HGB a.F. auf Rückzahlung dieses Betrages. 86

Soweit der Kläger mit dem Hauptantrag allerdings weitere 56.382,03 € geltend gemacht hat, hatte dies keinen Erfolg und musste zur anteiligen Klageabweisung führen. Es war zuletzt unstreitig, dass die in der Klageschrift vorgetragene Gesamtsumme der Eingänge von 331.752,30 € Rückbuchungen in Höhe von 56.382,03 € enthält. Zu diesen kam es, weil zuvor erfolgte Abbuchungen mangels Deckung storniert wurden. Dies konnte eine Ersatzpflicht des Beklagten nach § 130a Abs. 3 S. 1 HGB a.F. nicht auslösen, denn diese Rückbuchungen sind in der gebotenen Gesamtschau mit den zuvor in identischer Höhe erfolgten Abbuchungen masseneutral. Der Kläger hat weder im Schriftsatz vom 13.09.2011, in dem er die Rückbuchungen näher dargelegt hat, noch im Schriftsatz vom 10.09.2012, mit welchem er das Verhältnis der eingebrachten Streitgegenstände zueinander klar gestellt hat, erklärt, dass er seine auf die Eingänge gestützte Forderung etwa um die Höhe der Rückbuchungen reduziert, so dass eine streitige Entscheidung hierüber nicht entbehrlich war. 87

Seinen in erster Instanz vorgetragenen Einwand, es seien weitere Rückbuchungen abziehen, hat der Beklagte nicht aufrecht erhalten, nachdem der Kläger im Schriftsatz vom 13.09.2011 die von ihm berücksichtigten Rückbuchungen und die Abweichungen zum Vorbringen des Beklagten näher erläutert hatte. 88

ee) Der Beklagte kann sich zum Ausschluss seiner Haftung zwar grundsätzlich darauf berufen, dass die betreffenden Zahlungen auch nach Eintritt der Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar waren, § 130a Abs. 2 S. 2 HGB a.F. Hierzu trägt er jedoch, obwohl insoweit darlegungs- und beweispflichtig, § 130a Abs. 3 S. 2 HGB a.F., nichts vor.	89
ff) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Anspruch aus § 130a Abs. 3 S. 1 HGB a.F. auch nicht um solche Beträge zu kürzen, die zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund von Anfechtungen des Klägers zur Masse zurück gelangt sind.	90
An seiner im Hinweisbeschluss vom 26.07.2012 unter Ziffer 5.a) geäußerten Auffassung, erfolgreiche Anfechtungen könnten den Erstattungsanspruch mindern, wenn die angefochtenen Auszahlungen wirtschaftlich mit den streitgegenständlichen Einzahlungen in Zusammenhang stehen, hält der Senat für die vorliegende Konstellation, bei der das Konto durchweg im Debet geführt wurde, nicht fest. Auch hierauf hat er in der mündlichen Verhandlung vom 22.11.2012 hingewiesen und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.	91
Es kommt daher weder darauf an, ob der Kläger -wie vom Beklagten unterstellt- über die mitgeteilten Anfechtungserlöse in Höhe von 123.976,23 € hinaus weitere von dem betreffenden Konto vorgenommene Auszahlungen erfolgreich angefochten hat, noch darauf, welche der später angefochtenen Abbuchungen gerade durch die streitgegenständlichen Einzahlungen erst ermöglicht wurden.	92
(1) Die Frage, in welchem Umfang Auszahlungen, die mit haftungsbegründenden Einzahlungen i.S. der §§ 64 GmbHG, 130a HGB in Zusammenhang stehen, bei der Berechnung des Erstattungsanspruches zu berücksichtigen sind, wird in der Kommentarliteratur unterschiedlich beantwortet. Weitgehende Übereinstimmung besteht darin, dass die Haftung jedenfalls entfallen muss, wenn der Geschäftsführer den gutgeschriebenen Betrag für eine erlaubte Zahlung nutzte (Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Auflage 2012, § 64, Rz. 10; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage 2012, § 64, Rz. 8). Teilweise wird weitergehend vertreten, dass eine Einzahlung schon dann nicht zu berücksichtigen sei, wenn der gutgeschriebene Betrag vom debitorischen Konto zeitnah wieder abgezogen werde (Altmeyen a.a.O.; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 64, Rz. 69) oder auf eine Verringerung des Gesamtsaldos des Kontos abgestellt (K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 10. Auflage 2010, § 64, Rz. 29, 32).	93
(2) Der für das Gesellschaftsrecht zuständige Senat des BGH hat sich zu dieser Frage bislang nicht geäußert.	94
(3) Das in den oben genannten Kommentartexten vielfach herangezogene Kriterium, ob die betreffende Auszahlung erlaubt war, führt hier nicht weiter. Eine Privilegierung nach § 130a Abs. 2 S. 2 HGB a.F. scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil die Auszahlungen ja erfolgreich angefochten wurden.	95
Die vorliegende Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass das betreffende Konto während des gesamten streitgegenständlichen Zeitraumes debitorisch geführt wurde und des weiteren der eingeräumte Überziehungskredit von 797.000 € täglich um mindestens 130.000 € überzogen war. Keine der Einzahlungen war geeignet, auch nur die Überziehung des eingeräumten Kreditrahmens zurück zu führen.	96
Es bedurfte daher keiner Entscheidung, wie etwa die Kombination von Einzahlungen und anfechtbaren Auszahlungen auf einem „über und unter Null oszillierenden Konto“ (dazu	97

Schmidt, a.a.O., Rz. 28) im Lichte der §§ 130a HGB bzw. 64 GmbHG zu bewerten wäre.

Ansatzpunkt für die Bewertung der hier streitgegenständlichen Einzahlungen ist die allein 98
Frage, worauf der Anspruch des § 130a HGB konkret gerichtet ist.

Dieser regelt für die Fälle verbotswidriger Zahlungen keinen Schadensersatzanspruch. Zwar 99
legt der Wortlaut des § 130a Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 HGB a.F. diesen Schluss nahe. Allerdings
hat der BGH wiederholt klargestellt, dass der Anspruch aus § 130a HGB a.F. den gleichen
Inhalt hat und dem gleichen Ziel dient, wie § 64 Abs. 2 GmbHG a.F., nämlich der Erstattung
der geleisteten Zahlungen an die Masse (vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2007, II ZR 51/06, dort
LS 3 sowie Rz. 6 und 7 unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung und m.w.N.).

§ 130a Abs. 3 S. 1 HGB a.F. ist damit ein Erstattungsanspruch eigener Art (so auch 100
Kleindiek, a.a.O., § 64, Rz. 5). Auf einen Schaden der Schuldnerin kommt es damit nicht
entscheidend an. Aus diesem Grund ist für eine Saldierung kein Raum.

Denkt man die bei § 130a Abs. 3 S. 1 HGB a.F. anspruchsbegründende Pflichtwidrigkeit des 101
Beklagten weg, so stünde der Masse der eingegangene Betrag auf einem kreditorisch zu
führenden Konto bei einem anderen Geldinstitut als Vermögensposten zur Verfügung. Diesen
Zustand hat der Beklagte durch Erstattung an die Masse wieder herzustellen.

Ob das Institut, das das debitorische Konto geführt hat, wegen des haftungsbegründenden 102
Geldeinganges weitere Belastungen dieses Kontos erst ermöglicht hat, kann für die Frage
der Erstattungspflicht keine Rolle spielen. Dies deshalb, weil dann verschiedene
Konstellationen auftreten können, die ohne rechtfertigenden Grund hinsichtlich des
Haftungstatbestandes des § 130a Abs. 3 S. 1 HGB a.F. zu unterschiedlichen Ergebnissen
führen würden:

Während Eingänge bei debitorischem Kontostand ohne korrespondierende Auszahlungen 103
immer haftungsbegründend wären, käme es bei Eingängen bei debitorischem Kontostand,
denen zeitnah Abflüsse vom Konto gegenüber stünden, für die Frage der Erstattungspflicht
zum einen darauf an, ob durch die Auszahlungen Anfechtungstatbestände erfüllt werden,
und/oder darauf an, ob die Auszahlungen ohne die Einzahlungen vom geduldetem
Überziehungsrahmen noch gedeckt waren.

Anders als der Beklagte meint, tritt durch seine Erstattungspflicht auch keine 104
Doppelbegünstigung und keine Bereicherung der Masse ein.

Der Erstattungsanspruch des § 130a Abs. 3 S. 1 HGB a.F. beseitigt die Folgen aus dem 105
Verstoß gegen die Pflicht aus § 130a Abs. 2 S. 1 HGB a.F., während eine Anfechtung auf die
Rückabwicklung verbotswidriger Rechtshandlungen abzielt. Die jeweils zu Grunde liegenden
tatsächlichen Vorgänge sind, wenn es bei § 130a HGB a.F. um Einzahlungen auf ein
debitorisches Konto geht, nicht identisch und bewirken jeder für sich eine eigenständige und
nicht erlaubte Masseverkürzung. Die Masseverkürzungen sind deshalb, jede für sich,
auszugleichen. Eine Saldierung kommt nicht in Betracht.

gg) Der Erstattungsanspruch ist nicht verjährt. Der Anspruch verjährt nach § 130a Abs. 3 S. 6 106
HGB binnen 5 Jahren nach seiner Entstehung (§§ 200 S. 1, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB), also dem
Zeitpunkt der die Masse schmälern den Zahlung oder Maßnahme (Hillmann in
Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Auflage 2008, § 130a, Rz. 27). Diese Frist war, weil
sie durch die Zustellung des Mahnbescheides am 21.07.2010 zunächst gehemmt wurde, bei
Zustellung der Anspruchsbegründung am 27.06.2011 noch nicht abgelaufen.

- b) Zu den persönlich haftenden Gesellschaftern der Schuldnerin gehörte keine natürliche Person. Nach **§ 172a S. 1 HGB a.F.** haftet der Beklagte als Kommanditist der Masse damit auch nach **§ 32b GmbHG a.F.** auf Erstattung der nach Eintritt der Insolvenzreife am 01.06.2006 dem im Debet geführten Geschäftskonto der Schuldnerin gutgeschriebenen Beträge. 107
- aa) Die Bürgschaft des Beklagten vom 25.07.2001 (Anlage K 16) über bis 2,3 Mio. DM bzw. 1.175.971,30 € besicherte auch den auf dem Geschäftskonto gewährten Dispositionskredit. Da die Kreissparkasse diesen durch Gesellschafterbürgschaft besicherten Kredit nach Eintritt der Insolvenzreife, also der Krise i.S. des § 32a Abs. 2 GmbHG a.F., am 01.06.2006 nicht gekündigt sondern stehen gelassen hat, unterfiel dieser Kredit ab diesem Zeitpunkt den Regelungen über eigenkapitalersetzende Darlehen Dritter in §§ 32a Abs. 2, 32b S. 1 GmbHG a.F. (vgl. hierzu Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage 2006, § 32a Rz. 40 f m.w.N.). Auch hat der Beklagte seine Sicherheit nach Eintritt der Insolvenzreife stehen lassen und damit deren eigenkapitalersetzende Wirkung begründet (vgl. OLG München, Urteil vom 22.03.2006 -7 U 5152/05, LS 2 und Rz. 32). Von seinem in Ziffer 7. der Bürgschaftsvereinbarung geregelten Kündigungsrecht hat er nach Eintritt der Krise keinen Gebrauch gemacht. 108
- Die auf das debitorisch geführte Konto geflossenen Zahlungen führten den Dispositionskredit jeweils zurück und sind daher nach § 32b S. 1 GmbHG a.F. vom Beklagten als Bürgen zu erstatten. 109
- bb) Die Anfechtungserlöse sind auch im Rahmen des § 32b GmbHG a.F. nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Die nach dieser Vorschrift haftungsbegründende Rückführung eines eigenkapitalersetzend besicherten Drittkredites, hier dem Dispositionskredit auf dem Geschäftskonto, steht mit anfechtbaren Auszahlungen von diesem Konto in keinem rechtlichen oder tatsächlichen Zusammenhang. 110
- cc) Auch nach § 32b GmbHG ist die Haftung des Beklagten für die Zahlungseingänge jedoch auf den nach Abzug der Rückbuchungen verbleibenden Betrag von 275.370,27 € beschränkt, denn durch die Rückbuchungen wurde kein Kredit zurückgezahlt. 111
- dd) Der Anspruch aus §§ 172a HGB a.F., 32b GmbHG a.F. ist ebenfalls nicht verjährt. Nach § 32b S. 1, 2. Halbs. GmbHG a.F. i.V.m. § 146 Abs. 1 InsO gilt insoweit die regelmäßige Verjährungsfrist des BGB. Nach § 195 BGB beträgt diese drei Jahre. Ihr Lauf begann nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB frühestens mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Der Anspruch entstand mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, weil die Ansprüche entweder erst zu diesem Zeitpunkt entstanden oder jedenfalls bis zur Verfahrenseröffnung aufschiebend bedingt sind (dazu Hirte in Uhlenbrock, Insolvenzordnung, 13. Auflage 2010, § 146, Rz. 2, 2a). Das Insolvenzverfahren wurde vorliegend am 23.02.2007 eröffnet, die regelmäßige Verjährungsfrist lief daher zunächst bis zum 31.12.2010. 112
- Der Lauf der Verjährungsfrist wurde durch den Eingang des Mahnantrages am 15.07.2010 gehemmt, § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB, § 167 ZPO. Unerheblich ist insoweit, dass im Mahnbescheid nur Ansprüche aus §§ 64 Abs. 2 GmbHG, 130a Abs. 2 HGB genannt sind, weil es sich um den gleichen Streitgegenstand handelt. Die Hemmung endete gemäß § 204 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB sechs Monate nach der letzten Verfahrenshandlung, hier der Entgegennahme der Aufforderung des Streitgerichts, den Anspruch zu begründen, durch den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 11.10.2010, mithin am 11.04.2011. Da die Zeit der Hemmung (272 Tage) in die Verjährung nicht einzurechnen ist, § 209 BGB, endete die Verjährungsfrist am 29.09.2011, 24.00 Uhr. Die Anspruchsbegründung ging am 20.07.2011 113

rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist ein. Unerheblich ist, dass der Kläger die zweite Gerichtskostenhälfte erst rund zwei Monate nach Aufforderung durch das Mahngericht einzahlte und sich die Abgabe an das Streitgericht damit entsprechend verzögerte, denn diese Verzögerung führte, da sie weniger als 6 Monate betrug, zu keinem früheren Ende der Hemmung.

c) Dem Beklagten war im Urteil nicht vorzubehalten, seine Gegenansprüche, die sich nach Rang und Höhe mit dem Betrag decken, den die L als begünstigte Gesellschaftsgläubigerin im Insolvenzverfahren erhalten hätte, nach Erstattung an die Masse gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 08.01.2001 -II ZR 88/99, LS 3 zu § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.). 114

Ein solcher Vorbehalt kommt nur hinsichtlich des Anspruches aus § 130a Abs. 3 S. 1 HGB a.F. in Betracht. Besteht daneben, wie vorliegend, für die gleichen tatsächlichen Vorgänge eine konkurrierende Haftung aus § 32b GmbHG a.F., ist ein solcher Vorbehalt nicht geboten (BGH, Urteil vom 26.03.2007 -II ZR 310/05, Rz. 14). 115

3. Mit dem ersten Hilfsantrag verfolgt der Kläger den verbleibenden Betrag von 56.382,03 € und beruft sich dazu auf Ansprüche aus der Rückzahlung eines Teils der Verbindlichkeiten der Schuldnerin bei der L aus dem Erlös der Verwertung des Grundstückes L2-Straße am 25.06.2007 in Höhe von 570.319,82 €. Dieser Antrag hat nur in Höhe von 25.564,59 € Erfolg und unterliegt im übrigen ebenfalls der Abweisung. 116

a) Ansprüche aus §§ 172a S. 1 HGB a.F., 32b GmbHG a.F. sind insoweit jedoch nicht mehr durchsetzbar, nachdem der Beklagte sich auf Verjährung berufen hat. 117

Die Regelverjährung lief auch hier bis zum 31.12.2010, denn der Anspruch entstand unmittelbar mit der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgten Teilrückzahlung der Forderung der L aus dem Verwertungserlös am 25.06.2007, § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Zugleich musste der zu diesem Zeitpunkt bereits bestellte Kläger als Insolvenzverwalter ohne grobe Fahrlässigkeit von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangen, § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. 118

Der Mahnantrag aus Juli 2010 hemmte den Lauf der Verjährungsfrist hier, anders als das Landgericht meint, nicht, denn er betraf nur die mit dem Hauptantrag verfolgten Ansprüche wegen der Eingänge auf dem Geschäftskonto in 2006. Das ergibt sich eindeutig aus der Bezugnahme auf das Aufforderungsschreiben vom 01.07.2010 (Bl. 71 ff. AH) im Mahnbescheid. Diese Einzahlungen aus 2006 betreffen jedoch einen anderen Streitgegenstand. Der hierauf gestützte Mahnbescheid hatte auf den Lauf der Verjährung von Ansprüchen wegen der Verrechnung des Verwertungserlöses keinen Einfluss (vgl. BGH, Urteil vom 23.09.2008 -XI ZR 253/07, Rz. 18f). 119

Als dieser Streitgegenstand dann in das streitige Verfahren eingeführt wurde, war bereits Verjährung eingetreten. 120

b) Der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Anspruch ergibt sich jedoch aus den **von der Rechtsprechung in Ergänzung zu §§ 30, 31 GmbHG a.F. entwickelten Regeln** zur Haftung bei stammkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen (im Folgenden: Rechtsprechungsregeln). 121

aa) Diese Rechtsprechungsregeln gelten über § 172a HGB a.F. auch für die Kommanditisten einer KG (BGH, Urteil vom 26.03.2007 -II ZR 310/05, Rz. 13; Strohn in 122

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Auflage 2008, § 172a, Rz. 5, 8, 17) und sind vorliegend, da das Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des neuen § 30 Abs. 1 S. 3. GmbHG am 01.11.2008 eröffnet wurde, noch anwendbar (vgl. Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage 2012, Anh. zu § 64, Rz. 147).

bb) Dieser Anspruch unterliegt der zehnjährigen Verjährungsfrist § 31 Abs. 5 GmbHG, die bei Zustellung der Anspruchsbegründung noch nicht abgelaufen war. 123

cc) Der Anwendungsbereich der Rechtsprechungsregeln zu §§ 30, 31 GmbHG a.F. analog ist entgegen der Auffassung des Beklagten auch eröffnet, wenn wie vorliegend ein Gesellschafter, der für ein Darlehen an die Gesellschaft eine Bürgschaft übernommen hat, durch die Darlehenstilgung im Zuge der Verwertung von Sicherheiten von seiner Bürgschaftsschuld befreit wurde (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.09.1994 - 17 U 210/93, nach juris, LS 3). Unerheblich ist, ob die Befreiung vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte (Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Auflage 2006, § 32a, Rz. 94). 124

dd) In welchem Rang die verwertete Sicherheit (hier die Grundschuld) und die als eigenkapitalersetzend zu qualifizierende Sicherheit des Gesellschafters (hier die Bürgschaft) zueinander standen, ist für die Ersatzpflicht ebenfalls ohne Belang (Lutter/Hommelhoff in dies., GmbHG, 16. Auflage 2004, §§ 32a/b, Rz. 113, 126, 136; BGH, Urteil vom 28.09.1987 - II ZR 28/87). 125

ee) Da die Rechtsprechungsregeln auf §§ 30 f. GmbHG a.F. beruhen, ist danach die Rückgewähr eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen nur verboten, wenn und soweit und solange dadurch das Vermögen der Komplementär-GmbH unter die Stammkapitalziffer sinkt bzw. eine schon bestehende Unterbilanz oder Überschuldung noch verstärkt wird (Strohn, a.a.O., Rz. 18). Die Haftung des Beklagten aus dieser Anspruchsgrundlage ist daher zunächst beschränkt auf den Betrag des Stammkapitals der Komplementär-GmbH der Schuldnerin, der M Handels- und Verwaltungs-GmbH. Dieses betrug 50.000 DM oder 25.564,59 €. 126

ff) Die vorliegend haftungsbegründende Befreiung des Beklagten von seiner eigenkapitalersetzenden Bürgschaftsverpflichtung durch anteilige Rückführung des Kredites erfolgte am 25.06.2007. Zu diesem Zeitpunkt war das Stammkapital der Komplementärin bereits verbraucht, denn über das Vermögen der Schuldnerin war bereits der Insolvenzverfahren eröffnet und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Komplementär-GmbH war bereits mangels Masse abgelehnt. Zum exakten Umfang einer weitergehenden Überschuldung fehlt dagegen konkreter Vortrag. 127

4. Mit dem weiteren Hilfsantrag verfolgt der Kläger den verbleibenden Betrag von 30.817,44 € und beruft sich dazu auf Ansprüche aus der Rückzahlung eines Teils der Verbindlichkeiten der Schuldnerin bei der L aus dem Erlös der Verwertung des Grundstückes Tstraße am 29.01.2010 in Höhe von 57.941,34 €. Dieser Antrag ist in der geltend gemachten Höhe begründet. 128

Der Anspruch ergibt sich hier sowohl aus **§§ 172a S. 1 HGB a.F., 32b GmbHG a.F.**, als auch aus den **Rechtsprechungsregeln zu §§ 30, 31 GmbHG a.F.** 129

Die weitere anteilige Rückführung des eigenkapitalersetzend besicherten Kredites aus dem Erlös der Verwertung dieses Grundstückes erfüllt die Tatbestände dieser Anspruchsgrundlagen in gleicher Weise, auf die Ausführungen oben 2.b) und 3. wird Bezug 130

genommen. Da der Anspruch hier erst in 2010 entstand, war bei Zustellung der Anspruchsbegründung Verjährung noch nicht eingetreten.

5. Zinsen stehen dem Kläger in der geltend gemachten gesetzlichen Höhe als Verzugschaden zu, §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB. Der Beklagte geriet durch das Aufforderungsschreiben vom 01.07.2010 in Verzug. 131

6. Rechtsmissbräuchliches Verhalten oder einen Verstoß gegen Treu und Glauben kann der Beklagte dem Kläger aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils, auf die Bezug genommen wird, nicht entgegenhalten. Auch etwaige eigene Pflichtverletzungen des Klägers hindern ihn nicht daran, Ansprüche gegen den Beklagten geltend zu machen. 132

B. Vollstreckungsgegenklage 133

1. Die Vollstreckungsgegenklage gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse ist nach §§ 767 Abs. 1, 795, 794 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthaft. Der Kläger trägt, indem er sich auf seine Aufrechnung beruft, eine materiellrechtliche Einwendung gegen den im Kostenfestsetzungsbeschluss titulierten Kostenerstattungsanspruch vor. 134

2. Diese Klage ist auch begründet, denn der in Höhe von 4.305,42 € titulierte Anspruch ist durch die im Schriftsatz vom 22.09.2011 erklärte Aufrechnung erloschen, § 389 BGB. 135

a) Der Kläger hat zwar mehrere Gegenforderung benannt, hierzu aber auch klargestellt, in welcher Reihenfolge diese zur Aufrechnung gestellt wurden. Er hat sich vorrangig auf einen Ersatzanspruch wegen der anteiligen Rückführung des eigenkapitalersetzend besicherten Kredites aus dem Verwertungserlös in Höhe von 57.941,34 € des Grundstückes Tstraße am 29.01.2010 berufen. Die Aufrechnungserklärung ist damit hinreichend bestimmt. 136

b) Die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung stand dem Kläger sowohl aus §§ 172a S. 1 HGB a.F., 32b GmbHG a.F., als auch aus den Rechtsprechungsregeln zu §§ 30, 31 GmbHG a.F. zu. Hierzu wird auf die Ausführungen oben A. Ziffer 4. Bezug genommen. 137

c) Unerheblich ist, dass die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung am 22.09.2011 im Verfahren 22 O 264/11 beim Landgericht Köln bereits rechtshängig war. Eine rechtskräftige Entscheidung, die den materiellen Bestand der Gegenforderung nach § 322 Abs. 2 ZPO beeinflusst hätte, lag noch nicht vor. Auf die Möglichkeit, bis dahin durch Aufrechnung auf den Bestand der Forderung einzuwirken, hat die Rechtshängigkeit keinen Einfluss (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 29. Auflage 2012, § 145, Rz. 18). 138

d) Die Aufrechnungserklärung des Klägers wirkte nach § 389 BGB auf den Zeitpunkt zurück, zu dem sich die beiden Forderungen erstmals als zur Aufrechnung geeignet gegenüberstanden. Dies war der Moment, in dem der im Kostenfestsetzungsbeschluss titulierte prozessuale Kostenerstattungsanspruch aus dem Verfahren LG Köln, 22 O 263/11, auflösend bedingt entstand (vgl. Herget in Zöller, a.a.O. vor § 91, Rz. 10), also der Tag der Verkündung des Urteils dort, der 21.07.2011. Ab diesem Tag bestand ein Anspruch des Klägers wegen der Verrechnung des Verwertungserlöses Schulstraße nur noch in der um den Betrag des Kostenfestsetzungsbeschlusses reduzierten Höhe von (57.941,34 - 4.305,42 =) 53.635,92 €. Dieser Betrag ist höher als der mit dem zweiten Hilfsantrag der Zahlungsklage verfolgte Teil dieses Anspruches (30.817,44 €). 139

e) Die Regelung des § 767 Abs. 2 ZPO steht der Aufrechnung vorliegend ebenfalls nicht entgegen, denn sie gilt bei Aufrechnung mit in Kostenfestsetzungsbeschlüssen titulierten Erstattungsansprüchen nicht (vgl. Herget, a.a.O., § 767, Rz. 20).

C. Herausgabeklage 141

Die auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 07.09.2011 gerichtete Klage ist dagegen unzulässig und daher abzuweisen. 142

Eine auf § 371 BGB analog gestützte Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels ist nach gefestigter Rechtsprechung des BGH nur dann zulässig, wenn über eine Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig zu Gunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist oder die Erfüllung der dem Titel zu Grunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstreitig ist (vgl. BGH, Urteile vom 14.07.2008 - II ZR 132/07, Rz. 9; vom 05.03.2009 -IX ZR 141/07, Rz. 16 m.w.N.). 143

Die im vorliegenden Urteil enthaltene Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage ist noch nicht rechtskräftig. Auch ist die Erfüllungswirkung der erklärten Aufrechnung nicht unstreitig. Das hat das Landgericht übersehen. 144

Nur unter diesen Voraussetzungen wäre aber eine Umgehung der Vorschriften über die Vollstreckungsgegenklage nicht zu befürchten (BGH, Urteil vom 05.03.2009 -IX ZR 141/07, Rz. 16). 145

III. 146

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. ZPO. 147

Die vom Kläger zu tragenden Kosten entsprechen der Summe seiner Verlustanteile im Rahmen des Hauptantrages und des ersten Hilfsantrages der Zahlungsklage sowie des Herausgabeantrages. 148

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 149

IV. 150

Nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist die Revision zuzulassen, soweit es um die Frage geht, ob Anfechtungserlöse in Höhe von 123.976,23 € im Rahmen einer Haftung wegen Zahlungseingängen auf ein debitorisch geführtes Konto anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind. Diese Frage hat grundsätzliche Bedeutung und ist höchstrichterlich noch nicht geklärt. 151

Die Problematik stellt sich unabhängig davon, ob ein Anspruch aus §§ 130a HGB a.F./64 GmbHG a.F. oder aus § 32b GmbHG a.F. verfolgt wird. 152

V. 153

Der Streitwert wird für die erste und die zweite Instanz wie folgt festgesetzt: 154

Zahlungsklage: 155

Hauptantrag: 331.752,30 € 156

Erster Hilfsantrag: 56.382,03 € 157

Zweiter Hilfsantrag:	30.817,44 €	158
Vollstreckungsgegenklage:	4.305,42 €	159
		160
Insgesamt:	423.257,19 €	161

Einer Addition der Werte der beiden Hilfsanträge steht die Regelung des § 45 Abs. 1 S. 3 GKG nicht entgegen, denn die hiermit jeweils verfolgten Streitgegenstände sind wirtschaftlich nicht identisch. Dagegen war der Herausgabeantrag nicht gesondert zu berücksichtigen, weil er das gleiche Interesse betrifft wie die Vollstreckungsgegenklage.