

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

175

BGB § 166; KO § 30 Nr. 1

Die Kenntnis, die der Kassierer einer Großbankfiliale bei Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben von der Zahlungseinstellung des späteren Gemeinschuldners erlangt hat, ist der Bank auch ohne Unterrichtung ihrer Repräsentanten zuzurechnen. Sie kann sich nicht darauf berufen, daß andere Angestellte der Filiale bei nachfolgenden den Gemeinschuldner betreffenden Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäften nichts von der Zahlungseinstellung gewußt hätten.

BGH, Urt. v. 1. März 1984 - IX ZR 34/83 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

76

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 34/83

URTEIL

Verkündet am
1. März 1984
Pöhl,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der C [REDACTED] AG, Hauptverwaltung D [REDACTED], vertreten durch
ihren Vorstand, die Herren De [REDACTED] und Robert Do [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED],
D [REDACTED],

Beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter
I. Instanz:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Streithelfer:

1. Fritz V [REDACTED], Am St [REDACTED] [REDACTED], M [REDACTED]

2. Dipl.-Ing. Günther Br [REDACTED], F [REDACTED]-E [REDACTED]-Str. [REDACTED], Du [REDACTED]

Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Joachim H [REDACTED], C [REDACTED]str. [REDACTED], D [REDACTED],
als Konkursverwalter über das Vermögen der Firma P [REDACTED] Waren-
haus GmbH & Co. KG, L [REDACTED] Straße [REDACTED], Mö [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1984 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Fuchs und Gärtner für Recht erkannt:

Auf die Revision der Streithelfer wird das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. März 1983 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

Am Donnerstag, dem 25. September 1980 beantragte die Deutsche S [REDACTED] AG & Co OHG (künftig: Großgläubigerin) beim Amtsgericht Mönchengladbach, das Konkursverfahren über das Vermögen der Firma P [REDACTED] GmbH & Co KG (künftig: Gemeinschuldnerin), die einen Supermarkt betrieb, zu eröffnen. Der Beschluß über die Sequestration des Geschäfts und ein allgemeines Veräußerungsverbot wurde noch am selben Tage zugestellt. Darauf ordnete der Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin, V [REDACTED] (Streithelfer zu 1), die dann um 16⁴⁵ Uhr vollzogene Schließung des Geschäfts an. Nach telefonischer Ankündigung brachten gegen 17³⁰ Uhr Angestellte der Gemeinschuldnerin in Plastiktüten ungezählt und ohne Belege die Tageseinnahmen des Supermarkts in Höhe von 55.865 DM zur Filiale der beklagten Großbank in Mö [REDACTED]. Dem Kassierer, der einen Teil des Geldes noch vor Kassenschluß annahm, erklärte einer der Überbringer:



"Wir haben zu. Wir machen Konkurs." Den Rest des Bargeldes nahm nach Kassenschluß ein Kassenbote und Geldzähler in Empfang. Am folgenden Tag schrieb die Beklagte dem Girokonto der Gemeinschaftschuldnerin die Bareinzahlung von 55 865,00 DM, ferner überwiesene 1 321,74 DM und die Beträge zweier Schecks von 7 534,82 DM insgesamt 64 721,56 DM gut, so daß sich der am Vortag ausgewiesene Schuldsaldo von 411 032,56 DM, für den die drei Kommanditisten der Gemeinschaftschuldnerin als Bürgen einzustehen hatten, auf 346 311,00 DM verminderte.

Am 31. Oktober 1980 wurde das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt. Er verlangt mit der am 30. Oktober 1981 eingereichten und (wegen der Abgabe an eine andere Kammer erst) am 3. Dezember 1981 zugestellten Klage die Rückgewähr der 64 721,56 DM nebst Prozeßzinsen zur Masse. Die Beklagte verkündete den Bürgen den Streit. Das Landgericht gab der Klage statt. Die Berufung der beiden Streithelfer blieb ohne Erfolg. Mit ihrer Revision erstreben sie die Abweisung der Klage. Der Kläger bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht bejaht den Anspruch des Klägers auf Rückgewähr der 64 721,56 DM (§ 37 KO); denn der Beklagten sei dieser Betrag durch Überweisung von Dritten, durch Scheckgutschriften und durch die Bareinzahlung zu einer Zeit zugeflossen, als ihrem bevollmächtigten Kassierer und damit entsprechend § 166 BGB ihr selbst bereits die Zahlungseinstellung der späteren Gemeinschaftschuldnerin bekannt gewesen sei (§ 30 Nr. 1 2. Alter-

native KO). Dabei läßt es dahingestellt, ob die Beklagte zu diesem Zeitpunkt einen Anspruch auf Befriedigung (oder Sicherung) im Sinne des § 30 Nr. 2 KO gehabt habe.

1. Zahlungseinstellung ist dann anzunehmen, wenn sich aus dem Verhalten des Schuldners das andauernde Unvermögen ergibt, einen wesentlichen Teil der fälligen und eingeforderten Schulden zu bezahlen. Dieser Zustand muß nach außen in Erscheinung treten, jedenfalls den beteiligten Verkehrskreisen erkennbar werden (BGH Urteile vom 30. April 1959 - VIII ZR 179/58 = LM KO § 30 Nr. 6; vom 3. April 1974 - VIII ZR 235/72 = WM 1974, 451; vom 27. November 1974 - VIII ZR 21/73 = WM 1975, 6). Davon geht das Berufungsgericht zutreffend aus.

Daß diese Voraussetzungen bei der Gemeinschuldnerin am 25. September 1980 nach Schließung des Geschäftsbetriebs eingetreten waren, nimmt der Tatrichter auf Grund folgenden unstreitigen Sachverhalts an: Nach dem Konkursantrag der Großgläubigerin und der Zustellung des Beschlusses über die Sequestration hat der Geschäftsführer und Streithelfer V [REDACTED] den Supermarkt geschlossen, alle Kassen geleert und das ungezählte Bargeld in Plastiktüten ohne Belege zur Filiale der Beklagten bringen lassen. Seither wurden keine Zahlungen mehr geleistet. Die Gemeinschuldnerin hatte keinen Kredit mehr. Die Ver [REDACTED] e.G. Du [REDACTED] hatte ihre Zusage über einen Kredit von 1 Million DM am 15. September 1980 widerrufen. Einen von der Großgläubigerin am 19. September 1980 vorgelegten fälligen Wechsel über 182 147,25 DM hatte die Gemeinschuldnerin, die ihn als Bezogene angenommen hatte, nicht eingelöst. Am Morgen des 25. September 1980 hatte die Beklagte selbst das Wechselgeld für die Kassen des Supermarkts verweigert.

Die Feststellung der Voraussetzungen der Zahlungseinstellung liegt im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet. Die Erwägungen des Berufungsgerichts sind daher der Revision nur in beschränktem Umfang zugänglich (BGH Urteile vom 11. Oktober 1961 - VIII ZR 113/60 = LM KO § 30 Nr. 11; vom 29. April 1974 - VIII ZR 200/72 = WM 1974, 570, 571). Sie lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Das Berufungsgericht konnte aus den angeführten Tatsachen, insbesondere aus dem Verhalten des Geschäftsführers V [REDACTED], die Zahlungseinstellung nach Schließung des Supermarkts (spätestens gegen 17.30 Uhr) folgern. Entgegen der Meinung der Revision hat es seine Überzeugung nicht allein auf den Konkursantrag der Großgläubigerin und die Anordnung der Sequestration gestützt. Auch war der Tatrichter nicht gehalten, die Gründe zu ermitteln, die die Großgläubigerin zur Stellung des Konkursantrags veranlaßt hatten.

b) Die Revision rügt ohne Erfolg, entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts habe die Gemeinschuldnerin am 25. September 1980 ihre fälligen Geldschulden noch erfüllen können, weil die fälligen Forderungen der Großgläubigerin von 610.790,15 DM durch gutzubringende Warenrückgaben hinreichend gesichert gewesen seien und weil die Gemeinschuldnerin, wenn die Kommanditisten sich zur erneuten Übernahme von Sicherheiten bereit erklärt hätten, bei der Ve [REDACTED] eG Du [REDACTED] über genügend Kredit hätte verfügen können.

aa) Die Gemeinschuldnerin konnte am 25. September 1980 ihre fälligen Geldschulden gegenüber der Großgläubigerin von über 600 000 DM nicht erfüllen. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn sie aufgrund von Warenrückgaben Ansprüche auf Gutschriften von ca 650 000 DM gehabt hätte und damit die Forderung der

Großgläubigerin abgesichert gewesen wäre.

bb) Unerheblich ist auch, daß die Gemeinschuldnerin über Kredit dann verfügt hätte, wenn die Kommanditisten sich erneut verbürgt hätten. Zu Recht stellt der Tatrichter darauf ab, daß die Ver[REDACTED] eG Du[REDACTED] schon am 15. September 1980 den der Gemeinschuldnerin eingeräumten Kredit gekündigt und weder am 25. September 1980 noch später erneuert hat.

c) Unter den hier gegebenen Umständen kommt es auch nicht auf die Behauptung der Streithelfer an, daß der Wechsel am 19. September 1980 nicht wegen Zahlungsunfähigkeit, sondern wegen eines Zurückbehaltungsrechts, das im vertragswidrigen Verhalten der Großgläubigerin seinen Grund gehabt habe, nicht eingelöst worden sei. Denn die Revision räumt fällige Forderungen der Großgläubigerin von über 600 000 DM ein, zu denen nach dem Vortrag der Streithelfer auch die Wechselsumme gehörte. Diese hätten selbst nach der Darlegung der Streithelfer nur befriedigt werden können, wenn die Vereinsbank wieder einen Kredit gewährt hätte. Im übrigen haben die Streithelfer für die Behauptung eines vertragswidrigen Verhaltens der Großgläubigerin, das sie in der Einstellung weiterer Lieferungen sehen, keinen Beweis angetreten.

d) Mit Recht hebt das Berufungsgericht schließlich hervor, daß die Zahlungseinstellung nach außen durch die vorzeitige Schließung des Geschäfts sowie die unkontrollierte und überstürzte Ablieferung des ungezählten Bestandes der Tageskassen kundgegeben worden ist. Ob die Kunden im Supermarkt und Angestellte der Beklagten die Zahlungseinstellung tatsächlich erkannt haben, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Sie ist

jedenfalls nach der unangreifbaren Würdigung des Tatrichters durch schlüssiges Verhalten des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin und ihrer Angestellten der späteren Anfechtungsgegnerin am Abend des 25. September 1980 kundgemacht worden. Das reicht aus. Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 29. April 1974 aaO) hat entschieden, daß es zur Annahme einer Zahlungseinstellung genügen kann, wenn sie allein dem Gläubiger gegenüber erkennbar wurde, der nunmehr Anfechtungsgegner ist.

e) Aus welchen Gründen der Geschäftsführer V. die Schließung des Supermarkts anordnete und das Bargeld aus den Kassen überstürzt zur Filiale der Beklagten bringen ließ, etwa weil die Großgläubigerin am Morgen des 25. September 1980 die Überlassung der Tageseinnahmen verlangt hatte, wie die Streithelfer nunmehr behaupten, oder weil die Großgläubigerin eine weitere Lieferung mit Waren verweigerte, wie der Geschäftsführer V. den Angestellten erklärt haben will, oder weil er der Sequestration im Interesse der Bürgen zuvorkommen wollte, ist entgegen der Ansicht der Revision unerheblich. Auf das Verhalten des späteren Gemeinschuldners, nicht auf seine Vorstellungen und Motive, kommt es an (vgl. Jaeger-Lent KO 8. Aufl. § 30 Rdnr. 3 S. 443 m.N.; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck KO 9. Aufl. § 30 Rdnr. 3). Entscheidend ist, daß die Handlungsweise des Geschäftsführers und der weisungsgebundenen Angestellten unabhängig von seinen Beweggründen und seinem Wollen auf die Zahlungseinstellung hindeutete und vom Tatrichter als ein objektives Anzeichen dafür gewertet worden ist. Danach ist von der Zahlungseinstellung am 25. September 1980 gegen 17³⁰ Uhr auszugehen.

2. Der Berufungsrichter nimmt an, daß die Beklagte durch Rechtshandlungen der Gemeinschuldnerin und Dritter eine die Konkursgläubiger benachteiligende Befriedigung erlangt habe, die mit den Gutschriften der Bareinzahlung sowie des Gegenwerts der beiden Schecks und der Überweisungsbeträge auf dem Debetkonto am 26. September 1980 eingetreten sei. Dementsprechend stellt der Tatrichter für die Frage der Kenntnis von der Zahlungseinstellung (§ 30 Nr. 1 2. Alternative KO) auf den Zeitpunkt der Gutschriften ab.

a) Das ist jedoch nur richtig, soweit die Beklagte am 26. September 1980 die Überweisungsbeträge von 1.321,74 DM und den Gegenwert der Forderungen aus den beiden eingereichten Schecks von 7.534,82 DM dem Debetkonto am 26. September 1980 gutgebracht hat. Damit wurde um diese 8.856,56 DM die Schuld der Gemeinschuldnerin nach der am 25. September 1980 erfolgten Zahlungseinstellung verringert und die spätere Konkursmasse zum Nachteil der Konkursgläubiger verkürzt (vgl. BGHZ 58, 108).

b) Das Bargeld, das Angestellte der Gemeinschuldnerin auf Weisung ihres Geschäftsführers V. am 25. September 1980 gegen 17³⁰ Uhr dem Kassierer Me. und etwas später dem Geldzähler Oe. in der Filiale der Beklagten überbrachten, ging sofort in das Eigentum der Beklagten über (§ 929 Satz 1 BGB). Die Angestellten der Gemeinschuldnerin übermittelten als Boten die Willenserklärung des Geschäftsführers, das Geld der Bank zu übereignen, und übergaben es dem Kassierer und dem Geldzähler. Beide waren unstreitig ermächtigt, für die Bank die eingezahlten Barbeträge in Empfang zu nehmen und die

zum Eigentumserwerb erforderlichen Erklärungen abzugeben. Das haben sie auch getan. Ihre Erklärungen sind den Angestellten der Gemeinschuldnerin als Empfangsboten oder Vertretern im Sinne des § 164 Abs. 3 BGB zugegangen und damit wirksam geworden. Eine Anweisung, daß das Bargeld anders als zur Deckung der Schulden der Gemeinschuldnerin verwendet werden sollte, war der Bank nicht gegeben worden. Ob der Erwerb des Eigentums an dem Bargeld bereits die Schulden gegenüber der Beklagten um 55 865 DM gemindert oder nur eine Möglichkeit der Verrechnung der in dieser Höhe entstandenen Forderung der Gemeinschuldnerin mit ihrem Schuldsaldo auf dem Girokonto geschaffen hat, kann offen bleiben. Die Übertragung des Eigentums an dem Bargeld auf die Beklagte, also ein Rechtsgeschäft der Gemeinschuldnerin, hat bereits die Konkursgläubiger unmittelbar benachteiligt. Zudem hat die Beklagte als Konkursgläubigerin durch den Erwerb des Bargelds von der späteren Gemeinschuldnerin entweder eine Teilbefriedigung ihrer Forderung aus dem Girokonto oder mit der Verrechnungsmöglichkeit eine Teilsicherung dieser Forderung erlangt. Die Gutschriftsbuchung am folgenden Tag hatte nur noch deklaratorische Bedeutung (vgl. BGHZ 74, 129, 132 ff). Andererseits waren der schuldtilgende oder forderungsbegründende Erwerb des Eigentums an dem Bargeld erst nach dessen Zahlung und Feststellung des gutzubringenden Betrags vollendet. Danach kommt auch eine Anfechtung dieses Rechtsgeschäfts gemäß § 30 Nr. 1 1. oder 2. Alternative KO in Betracht.

3. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß eine Kenntnis, die der Kassierer bei der Entgegennahme des Bargelds am 25. September 1980 von der Zahlungseinstellung erlangt habe,

der Beklagten nach § 166 BGB zuzurechnen sei, auch soweit die Gutschrift der Überweisungsbeträge und des Gegenwerts der beiden Schecks am nächsten Tage eine Schuld der Gemeinschaftschuldnerin getilgt habe. Sonst käme es allein auf die Kenntnis des Vorstands an. Dem Vorstand einer bundesweit tätigen Bank sei es von vornherein unmöglich, von Einzelheiten der Geschäftsbeziehungen des Unternehmens im Zeitpunkt des Geschehens Kenntnis zu nehmen. Ein umfangreicher Geschäftsbetrieb könne nur mit Hilfskräften mit unterschiedlich weitreichenden Befugnissen aufrecht erhalten werden. Dem sei bei der Auslegung des § 166 BGB insofern Rechnung zu tragen, als dem Geschäftsherrn die Kenntnis der Bevollmächtigten nach Maßgabe seiner Befugnisse zugerechnet werden müsse. Der Kassierer sei befugt gewesen, Bargelder endgültig für die beklagte Bank in Empfang zu nehmen. Dies habe zum Kernbereich seiner Aufgaben gehört. Kenntnisse des Kassierers, die den Zahlungsvorgang nach § 30 Nr. 1 2. Alternative KO anfechtbar machen könnten, seien unmittelbar der Beklagten zuzurechnen.

Diese Auffassung hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Es entspricht allgemeiner Meinung, daß die Kenntnis eines Mitglieds des Organs einer juristischen Person von der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung genügt, auch wenn es das angefochtene Geschäft nicht abgeschlossen hat (Jaeger/Lent KO 8. Aufl. § 30 Rdnr. 18; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck KO 9. Aufl. § 30 Rdnr. 30 m.Nachw.) Ist die benachteiligende Rechtshandlung von einem Vertreter des Erwerbers vorgenommen worden, so kommt es für die Kenntnis der Zahlungseinstellung

auf die Person des Vertreters an. Das ergibt sich unmittelbar aus § 166 Abs. 1 BGB, soweit der Vertreter rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abgegeben hat, die zum Abschluß des angefochtenen Rechtsgeschäfts notwendig waren (Jaeger/Lent aaO). Als Vertreter der beklagten Aktiengesellschaft waren für die in der Filiale Mö[REDACTED] abzuwickelnden Bankgeschäfte der Filialdirektor Dr. La[REDACTED] und der Prokurist Ha[REDACTED] bestellt. Ihre Unkenntnis bis zum 30. September 1980 bezweifelt der Tatrichter offenbar nicht. Seinen Erwägungen und dem unstreitigen Sachverhalt ist aber zu entnehmen, daß sie den Kassierer Me[REDACTED] unterbevollmächtigt hatten, an ihrer Statt für die Beklagte Bargeld als Besitzdiener an sich zu nehmen (vgl. dazu BGH Urteil vom 10. Dezember 1973 - II ZR 138/72 = NJW 1974, 458, 459) und die zum Eigentumserwerb erforderlichen Willenserklärungen abzugeben. Danach muß sich die Beklagte die positive Kenntnis ihres insoweit vertretungsberechtigten Kassierers nach § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, wenn dieser Angestellte bei dem angefochtenen Erwerb des Geldes für die Beklagte von der Zahlungseinstellung durch die Angestellten der Gemeinschuldnerin erfahren hatte.

b) Eine Kenntnis, die ein zum Erwerb von Bargeld Bevollmächtigter am Abend des 25. September 1980 erlangt hatte, reicht nicht, wie das Berufungsgericht meint, ohne weiteres für die Anfechtbarkeit der Rechtshandlungen aus, die sich erst am 26. September 1980 in der Gutschrift der überwiesenen Beträge und des Gegenwerts der beiden Schecks verwirklicht haben und augenscheinlich nicht von dem Kassierer, sondern anderen Angestellten der Beklagten vorgenommen worden sind. § 166 Abs. 1 BGB ist jedoch über seinen Wortlaut hinaus anzuwenden. Die Kenntnis des Vertreters ist nicht nur maßgebend, soweit sie sich auf die Folgen der Willenserklärung auswirkt, die der

Vertreter für den Vertretenen abgegeben hat. In BGHZ 41, 17, 20 ist der durch Einigung und Eintragung eines Rechts im Grundbuch zu Lasten der übrigen Konkursgläubiger Begünstigte bei Anwendung des § 30 Nr. 1 2. Alternative KO mit dem Wissen seines Vertrauensmanns belastet worden, das dieser bei Ausführung seines Auftrags, aber unabhängig von dem Grundstücksgeschäft noch vor der Eintragung erlangt hatte. In dieser Entscheidung ist dem vor den übrigen Konkursgläubigern Begünstigten das Wissen eines anderen wie das eines Vertreters zugerechnet worden, der nicht an dem die Konkursmasse benachteiligenden Rechtsgeschäft (§ 30 Nr. 1 1. Alternative KO) oder an der Befriedigung gewährenden Rechtshandlung (§ 30 Nr. 1 2. Alternative KO) beteiligt war. Danach kann bei Anwendung des § 30 Nr. 1 KO die Kenntnis, die der Vertreter in Wahrnehmung seiner Befugnisse erlangt hat, dem Vertretenen nicht nur, soweit es sich um Folgen der Willenserklärungen und Rechtshandlungen des Bevollmächtigten handelt, sondern auch dann zugerechnet werden, wenn später der Vertretene selbst oder andere von ihm Ermächtigte Rechtsgeschäfte mit dem Gemeinschuldner abschließen (§ 30 Nr. 1 1. Alternative KO) oder an Rechtshandlungen im Sinne des § 30 Nr. 1 2. Alternative KO teilnehmen. Das hält sich im Rahmen des allgemeinen Rechtsgedankens, daß derjenige, der sich bei der Erledigung bestimmter Angelegenheiten eines Vertreters bedient, die in diesem Rahmen vom Vertreter erlangte Kenntnis als eigene gelten lassen muß, sich also nicht auf eigene Unkenntnis berufen kann (BGHZ 83, 293, 296). Deshalb muß der Filialleiter oder derjenige Repräsentant der Beklagten, der den Kassierer zu seiner Tätigkeit bestellt und ermächtigt hat, sich das Wissen zurechnen lassen, das dieser Vertreter

bei Wahrnehmung seiner wenn auch beschränkten Befugnisse für die Bank gewonnen hat.

c) Nach alledem ist eine etwaige Kenntnis des Kassierers Me[REDACTED] von der Zahlungseinstellung den Repräsentanten, die die Beklagte in Mö[REDACTED] bestellt hatte, und letztlich ihr selbst zuzurechnen. Sie und ihr Filialleiter und Vertreter in Mö[REDACTED] können sich entsprechend § 166 Abs. 2 BGB nicht darauf berufen, daß die Angestellten, die am 26. September 1980 die Scheck- und Überweisungsbeträge dem Debetkonto der Gemeinschuldnerin gutgeschrieben haben, nichts von der Zahlungseinstellung gewußt hätten.

4. Erfolg oder Mißerfolg der auf § 30 Nr. 1 KO gestützten Anfechtung hängen demnach davon ab, ob der Kassierer Me[REDACTED] gegen 17.30 Uhr des 25. September 1980 tatsächlich positive Kenntnis von der Zahlungseinstellung erlangt hat. Dazu legt das Berufungsgericht dar: Mit der Überbringung des ungezählten und in Plastiktüten verpackten Kassenbestandes von 55 865 DM habe die Beklagte von der Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin erfahren. Schon diese ungewöhnliche Art der Übergabe habe für eine Zahlungseinstellung gesprochen. Außerdem habe einer der Überbringer dem bevollmächtigten Kassierer der Beklagten die Zahlungseinstellung mit den Worten "wir haben zu, wir machen Konkurs" ausdrücklich mitgeteilt. Dieser Satz sei, was die Frage der Zahlungseinstellung betreffe, eindeutig. Der Kassierer habe nicht nur allgemeine Vermutungen über einen Konkurs der Gemeinschuldnerin aus den ihm bekannten Umständen herleiten

können. Maßgeblich sei, daß jeder realistisch denkende Beobachter der Vorgänge den Zusammenbruch des Zahlungsverkehrs der Gemeinschuldnerin, der auch tatsächlich eingetreten gewesen sei, nicht mehr habe bezweifeln können. Der Angestellte der Gemeinschuldnerin, der das Geld überbracht und die geschäftlichen Schwierigkeiten gekannt, ja den Zusammenbruch seit Wochen befürchtet habe, habe den richtigen Schluß aus den Anordnungen des Streithelfers Vieten gezogen und dies dem Kassierer Me[REDACTED] auch mitgeteilt. Damit habe er diesem die positive Kenntnis von der Zahlungseinstellung vermittelt.

Die Feststellung der positiven Kenntnis des Kassierers Me[REDACTED] von der Zahlungseinstellung hält dem Angriff der Revision nicht stand. Entgegen ihrer Auffassung konnte der Tatrichter allerdings das Verhalten des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin und ihrer Angestellten, insbesondere die Äußerungen gegenüber dem Kassierer bei Übergabe des Geldes, als Anzeichen für eine Kenntnis des Vertreters der Beklagten verwerten. Die Streithelfer hatten aber in der Berufungsbegründung vorgetragen, daß der Kassierer noch nicht einmal eine Vermutung oder einen Verdacht hinsichtlich der Zahlungseinstellung gehabt habe, und gegenbeweislich seine Vernehmung beantragt. Daß der Tatrichter entgegen § 286 ZPO diesem Antrag nicht stattgegeben hat, rügt die Revision und macht weiter geltend, die Vernehmung des Zeugen hätte ergeben, daß dieser mit einer Zahlungseinstellung nicht einmal gerechnet habe.

Diese Rüge hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils. Der Tatrichter hätte den Antrag auf Vernehmung des Zeugen zu der verkürzt schon im ersten Rechtszug von der Beklagten aufgestellten Behauptung nicht ablehnen dürfen, weil die Unkenntnis des Zeugen weder unerheblich noch bereits erwiesen noch als wahr zu unterstellen und das Beweismittel auch nicht unzulässig, unerreichbar, oder völlig ungeeignet ist. Verboten ist es, einen Beweisantrag deshalb abzulehnen, weil das Gericht das Gegenteil der behaupteten Tatsache als erwiesen ansieht (BGHZ 53, 245, 259, 260; BGH Urteil vom 27. September 1979 - IX ZR 80/76 = RzW 1980, 32).

Merz

Zorn

Henkel

Fuchs

Gärtner