

VIII ZR 243/62

Verkündet
am 15. Januar 1964
Wüst,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2198 068

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Regierungsbaumeisters Hans M., Alleininhabers
der Firma Bauunternehmung Hans M. in N., F.
Straße,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Günter B. in N., F.
, als Konkursverwalter über das Vermögen der
Firma E. Treuhandgesellschaft für Wohnungseigentum mit
beschränkter Haftung in N., J.,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 18. Dezember 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Dr. Dorschel, Dr. Messner und Mormann
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 1. Juni
1962 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die im Jahre 1958 gegründete Firma E■■■■, Treuhandgesellschaft für Wohnungseigentum mit beschränkter Haftung, befaßte sich mit der Errichtung von Eigentumswohnungen und Eigenheimen. Durch Vertrag vom 21. März 1959 übertrug die E■■■■ dem Beklagten die Erd-, Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten für das Bauvorhaben N■■■■, K■■■■straße 16, zu einem Betrag von rd. 165 000 DM. Abschlagszahlungen waren entsprechend dem Fortschritt der Bauarbeiten auf Grund von Zwischenrechnungen zu leisten. Bis Ende Oktober 1959 hatte der Beklagte Zwischenrechnungen über insgesamt 113 000 DM, bis zum 4. Dezember 1959 über insgesamt rd. 156 000 DM erteilt. Auf diese Rechnungen zahlte die E■■■■ im September 1959 17 000 DM durch Wechsel und bewilligte am 5. November 1959 auf dem Baugrundstück die Eintragung einer Grundschuld von 50 000 DM für den Beklagten. Am 22. November 1959 waren weitere Wechsel der E■■■■ zum Gesamtbetrage von 45 000 DM beim Beklagten fällig. Diese konnte die E■■■■ nicht einlösen. Am 23. November 1959 verhandelte sie mit dem Beklagten. Dieser erklärte sich bereit, seine Wechsel über 45 000 DM zu prolongieren und der E■■■■ zur Aufrechterhaltung des Betriebes und Bezahlung dringender Schulden einen Kredit zu geben. Durch Vertrag vom 5. Dezember 1959 mit den Gesellschaftern der E■■■■ ließ der Beklagte für sich und seinen Mitarbeiter S■■■■ eine Option auf 73 % der Stammanteile der Gesellschaft (von 100 000 DM) gegen Zahlung der rückständigen Stammeinlagen von 59 000 DM einräumen, ferner wurde auf sein Verlangen S■■■■ zum alleinigen Geschäftsführer der Gesellschaft bestimmt. Der Beklagte gab der E■■■■ nach und nach bis Mitte Januar 1960 Darlehen von insgesamt rd. 85 000 DM. Zugleich ließ er sich auf Grundstücken der E■■■■ weitere Grundschulden eintragen, und zwar auf Grund Eintragungsbewilligung vom 24. November 1959 auf dem Grundstück N■■■■, K■■■■

straße 60 000 DM - die Grundschild wurde am 12.1.1960 eingetragen - und auf Grund Eintragungsbewilligung vom 25. November 1959 auf einem Hotelgrundstück P [REDACTED] der E [REDACTED] 50 000 DM. Ferner wurden auf diesen und anderen Grundstücken der Gesellschaft bis Mitte Januar 1960 weitere Grundschilden in Höhe von insgesamt 135 000 DM von der E [REDACTED] bewilligt und eingetragen. Am 22. Januar 1960 machte S [REDACTED] namens der E [REDACTED] den Gläubigern der Gesellschaft ein außergerichtliches Vergleichsangebot. Daraufhin wurde er in einer Gesellschafterversammlung vom 1. Februar 1960 als Geschäftsführer abberufen. Am 18. März 1960 wurde über das Vermögen der E [REDACTED] der Konkurs eröffnet.

Der Kläger als Konkursverwalter ficht im vorliegenden Prozeß die Bestellung der Grundschild von 60 000 DM auf dem Grundstück N [REDACTED], K [REDACTED]straße gemäß §§ 30, 31 KO an. Die Vorinstanzen haben antragsgemäß festgestellt, die Grundschild sei den Konkursgläubigern der E [REDACTED] gegenüber unwirksam, und haben den Beklagten verurteilt, die Verwertung (der Grundschild) zur Masse zu dulden. Die Revision des Beklagten erstrebt Klagabweisung; der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht bejaht die Voraussetzungen des § 30 Nr. 1 Fall 2 KO: Die Grundschild sei erst mit der Eintragung am 12. Januar 1960 entstanden. Es komme deshalb darauf an, ob zu diesem Zeitpunkt die E [REDACTED] die Zahlungen eingestellt habe und die Zahlungseinstellung dem Beklagten bekannt gewesen sei; beides sei zu bejahen.

1. Die Revision bittet um Nachprüfung, ob in der Tat erst durch die Eintragung (12. Januar 1960) die angefochtene Bestellung der Grundschild für die Anfechtungsvor-

aussetzungen zeitlich festgelegt werde, oder im Hinblick auf §§ 878 BGB, 15 Satz 2 KO nicht schon durch den Eingang des Eintragungsantrages beim Grundbuchamt (Ende November 1959 ?). Der Ausgangspunkt des Berufungsurteils ist jedoch nicht zu beanstanden. Es ist allgemeine Meinung (vgl. Jäger, KO 8. Aufl. § 30 Nr. 23, § 29 Nr. 17, Mentzel/Kuhn, Konkursordnung 7. Aufl. § 29 Nr. 10, BGH Urt. vom 11. November 1954 IV ZR 64/54 = LM KO § 37 Nr. 3), daß bei einem aus mehreren Rechtsakten zusammengesetzten Rechtsgeschäft der das Rechtsgeschäft vollendende Akt, bei der rechtsgeschäftlichen Bestellung eines Rechts an einem Grundstück also die Eintragung im Grundbuch, den Zeitpunkt bestimmt, in dem das Rechtsgeschäft im Sinne des Anfechtungsrechts als vorgenommen gilt, in dem also die Voraussetzungen einer Anfechtung vorliegen müssen. Der Hinweis der Revision auf §§ 878 BGB, 15 Satz 2 KO gibt keine Veranlassung, von dieser Meinung abzugehen oder sie einzuschränken. Die angezogenen Bestimmungen besagen in diesem Zusammenhang nur, daß eine vor Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner bindend bewilligte Rechtsänderung den Konkursgläubigern gegenüber auch dann wirksam ist, wenn sie erst nach Konkurseröffnung im Grundbuch eingetragen wird, falls nur vorher der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt war. Für die Frage, ob eine Verfügung über Grundstücksrechte den Konkursgläubigern gegenüber wirksam ist oder nicht, hebt demnach das Gesetz in der Tat nicht auf den (nach Konkurseröffnung liegenden) Zeitpunkt der Grundbucheintragung, sondern auf den des Eingangs des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt ab (§ 15 Satz 2 KO). Daraus ist jedoch für die davon verschiedene Frage, ob der Gemeinschuldner über ein Grundstücksrecht vor oder ob er nach dem Offenbarwerden der Krise (Zahlungseinstellung oder Konkursantrag) anfechtbar verfügt hat, nichts herzuleiten. Jene Regelung (§ 15 Satz 2 KO) ist mit Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs getroffen; wenn zum Rechtserwerb nur noch die der Parteitätigkeit entrückte amtliche Vollziehung des Parteiwillens fehlt, soll

der Erwerber unbekümmert um die Fortdauer der Verfügungsmacht des Verfügenden den Gegenwert entrichten dürfen (Jäger aaO § 15 Nr. 37). Ein entsprechender Gesichtspunkt gilt für die Frage, wann eine Verfügung über Grundstücksrechte im Sinne des Anfechtungsrechts vorgenommen ist, jedoch nicht. Vielmehr ergibt sich schon aus dem Zweck der Anfechtung, unter bestimmten Voraussetzungen eine rechtswirksam eingetretene Schmälerung der Masse im Interesse der Konkursgläubiger wieder rückgängig zu machen, daß bei einer mehraktigen Rechtshandlung des Gemeinschuldners der Akt maßgebend sein muß, durch den die Masse endgültig geschmälert wird. Das ist bei der rechtsgeschäftlichen Bestellung eines Rechts an einem Grundstück die Eintragung, weil erst mit ihr das die Masse verkürzende Recht entsteht. Auch im Zeitpunkt der Eintragung wird die Verkürzung der Masse noch vom Willen der Beteiligten getragen. Zu Recht hat demnach das Berufungsgericht darauf abgestellt, ob die Voraussetzungen der Anfechtung - Zahlungseinstellung und Kenntnis des Beklagten - gegeben waren, als die Grundschuld am 12. Januar 1960 im Grundbuch eingetragen wurde.

2. Als spätesten Zeitpunkt der Zahlungseinstellung der E. hatte das Landgericht in Anlehnung an die Aussage und ein für den Gläubigerausschuß erstattetes Gutachten des Bücherrevisors K. den 31. Oktober 1959 angenommen. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung nicht gebilligt, sondern seinerseits auf Grund eigener Beweisaufnahme und unter Verwertung eines im Ermittlungsverfahren gegen die Gesellschafter und Geschäftsführer der E. erstatteten Gutachtens Gabriel festgestellt, die E. habe ihre Zahlungen spätestens Anfang Januar 1960 eingestellt. Es hat dazu ausgeführt:

Im Dezember 1959 habe zwar die E. bereits einen Teil ihrer fälligen Verbindlichkeiten trotz Anforderung seitens

der Gläubiger nicht mehr bezahlt. Sie habe aber insgesamt noch rd. 108 000 DM Zahlungen geleistet. Davon sei zwar ein großer Teil mit den vom Beklagten zur Verfügung gestellten Mitteln (im Dezember 1959 rd. 53 000 DM) bestritten worden; sie habe aber auch noch gewisse Einnahmen von anderer Seite gehabt. Von einer nach außen erkennbaren, allgemeinen und dauernden Zahlungseinstellung habe zu dieser Zeit noch nicht die Rede sein können. Das habe sich aber geändert, als Ende Dezember 1959 die vom Beklagten bis dahin zur Verfügung gestellten rd. 74 000 DM aufgebraucht gewesen seien. Zwar habe der Beklagte auch im Januar noch in einzelnen dringenden Fällen kleinere Beträge als Darlehen gegeben. Die E. habe aber in diesem Monat auf das Vielfache überfälliger Schulden nur noch rd. 12 000 DM bezahlt. Ihre Lage sei hoffnungslos gewesen. Hypothekengelder seien nicht eingegangen, sonstige nennenswerte Einkünfte nicht zu erwarten gewesen. Löhne und Gehälter seien nicht mehr gezahlt worden. Ende Dezember 1959 hätten auch bereits in erheblichem Umfang Zwangsvollstreckungen eingesetzt. In den ersten Januartagen 1960 seien wegen mehr als 25 000 DM Forderungen Vollstreckungsmaßnahmen betrieben worden. Die Gläubiger seien vertröstet oder mit Wechseln abgespeist worden. Schon bis zum 26. April 1960 seien Konkursforderungen von mehr als zweieinhalb Millionen DM angemeldet worden.

Diese Feststellungen greift die Revision vergeblich mit Verfahrensrügen an.

a) Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision meint, den Begriff der Zahlungseinstellung mit dem der Überschuldung gleichgesetzt. Es erläutert (UA S. 33) den Begriff der Zahlungseinstellung ausdrücklich dahin, daß der Schuldner wegen eines voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln nicht mehr in der Lage sei, die

fälligen Geldschulden im allgemeinen zu erfüllen. Diese nicht zu beanstandende Begriffsbestimmung hat das Berufungsgericht auch bei seinen Einzelfeststellungen nicht aus den Augen verloren. Wenn es hervorhebt, daß schon innerhalb etwa eines Monats nach Konkurseröffnung mehr als zweieinhalb Millionen DM Forderungen angemeldet worden seien, so findet es darin ersichtlich nur einen Anhaltspunkt dafür, daß in der kritischen Zeit um die Jahreswende 1959/1960 die geringen der E. zur Verfügung stehenden Mittel in keinem Verhältnis mehr zu ihren fälligen Verbindlichkeiten standen.

b) Zu Unrecht bemängelt ferner die Revision, daß das Berufungsurteil nicht einen genauen Zeitpunkt der Zahlungseinstellung festgestellt, sondern sich mit der Zeitbestimmung "spätestens anfangs Januar 1960" begnügt hat. Die Revision übersieht, daß die Zahlungseinstellung datenmäßig in der Regel genau nur in den Fällen angegeben werden kann; in denen der Schuldner sie, etwa durch Rundschreiben an die Gläubiger, selbst bekannt gibt. In den anderen weitaus häufigeren Fällen ist die Tatsache der Zahlungseinstellung nur aus einer zusammenfassenden Bewertung zahlreicher Beweisanzeichen zu erschließen, und läßt sich dann meist nicht auf einen genauen Zeitpunkt, sondern nur innerhalb einer Zeitspanne festlegen. Gegen dieses Verfahren ist nichts einzuwenden, wenn das Berufungsgericht, wie hier, von dem Ende der Zeitspanne ausgeht.

c) Das Berufungsgericht hat auch keinen Rechtsfehler begangen, wenn es nicht auf den Antrag des Beklagten das Gutachten eines Sachverständigen darüber eingeholt hat, wann die E. die Zahlungen eingestellt habe. Es hat - ohne daß dies von der Revision gerügt wäre, demnach zulässigerweise - das im Strafverfahren erstattete Gutachten Gabriel verwertet. Die Revision hat nicht dargelegt, warum es selbst noch

einen zweiten Gutachter hätte heranziehen sollen, was zu tun oder zu unterlassen in seinem Ermessen stand (§ 412 ZPO).

d) Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe außer Acht gelassen, daß die E. aus mehreren, zum Teil weit fortgeschrittenen Bauvorhaben in Weiden, Regensburg und Nürnberg erhebliche Mittel, teils aus Hypothekenauszahlungen, teils aus der Verwertung von Wohnungen und Geschäftsräumen schon im Dezember 1959 zu erwarten gehabt habe; es habe den dafür angebotenen Zeugenbeweis erheben müssen (§ 286 ZPO). Auch diese Rüge ist nicht begründet.

Daß das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten nicht übersehen hat, ergibt sich schon daraus, daß es ihn im Tatbestand des Urteils (UA S. 24) ausführlich gebracht hat. Es zieht aber aus der Tatsache, daß die E. unter dem Druck unverhältnismäßig hoher dringlicher Verbindlichkeiten stand, den Schluß, daß die vom Beklagten ab November 1959 zur Behebung der damals vorliegenden Zahlungsstockung zur Verfügung gestellten Beträge die E. nur sanieren konnten, wenn die von ihr erwarteten Gelder binnen kurzer Zeit eingingen. Das ist nicht rechtsfehlerhaft. Tatsächlich wies eine von der E. dem Beklagten bei den Verhandlungen im November 1959 vorgelegte "Wechselliste" allein für Dezember 1959 fällige Wechselverbindlichkeiten in Höhe von 247 000 DM auf, und tatsächlich begannen Ende Dezember 1959 in größerem Umfang Zwangsvollstreckungen. Das Berufungsgericht konnte die Lage der E. zum Jahreswechsel 1959/60, nachdem die erwarteten Beträge im Dezember 1959 nicht eingegangen waren - sie sind auch im Januar 1960 nicht eingegangen - ohne Rechtsverstoß als hoffnungslos und nicht mehr reparabel ansehen. Es brauchte sich deshalb auch nicht damit auseinanderzusetzen, welche Eingänge im einzelnen aus dem Bauvorhaben der E. zu erwarten waren, nachdem sie jedenfalls bis Ende des Jahres 1959 ausgeblieben waren, sondern konnte ohne Rechtsfehler als Zeitpunkt der Zahlungseinstellung Anfang Januar 1960 annehmen.

3. Das Berufungsgericht stellt fest, schon zu diesem Zeitpunkt sei auch dem Beklagten die Zahlungseinstellung bekannt gewesen. Es führt dazu aus: Der Beklagte habe aus seinen Verhandlungen mit der E. im November 1959 ersehen, daß deren Lage angespannt gewesen sei. Er möge zunächst gehofft haben, durch eine verhältnismäßig geringe "Kreditspritze" die Zahlungsstockung bei der E. zu beseitigen. Diese Hoffnung habe sich aber alsbald als trügerisch erwiesen. Als die vom Beklagten zur Verfügung gestellten Mittel im Dezember 1959 im wesentlichen aufgebraucht gewesen seien, sei die E. am Ende gewesen. Dies habe auch der Beklagte erkannt. Er sei, wie als selbstverständlich anzunehmen sei, durch seinen Vertrauensmann in der Geschäftsleitung der E., S., über die Entwicklung der Firma auf dem laufenden gehalten worden. S. habe alle Einzelheiten der Entwicklung gekannt. Er habe alsbald Bedenken geäußert, ob die E. noch zu retten sei. So habe er in der zweiten Dezemberhälfte 1959, als die vom Beklagten zur Verfügung gestellten Mittel im wesentlichen aufgebraucht und Mittel von anderer Seite nicht eingegangen seien, selbst erklärt, die E. sei nicht mehr zu halten, wenn noch weitere Wechsel auftauchten, und dann bleibe nur noch ein Vergleich oder Konkurs übrig. Ferner habe er gegenüber Bauhandwerkern, die ihre Forderung zu stunden bereit gewesen seien, wenn der Beklagte sich für sie verbürge, eine solche Bürgschaft abgelehnt. Die Gesellschafter der E. habe er am 22. Dezember 1959 aufgefordert, die rückständigen Stammeinlagen zu zahlen, mit der Begründung, das Darlehen des Beklagten sei längst aufgebraucht und die E. könne nur vor dem Konkurs gerettet werden, wenn die Gesellschafter ihre rückständigen Stammeinlagen einzahlten; zwei Gesellschafter hätten daraufhin Wechsel über 10 000 DM und 6 000 DM gegeben.

Die Revision greift diese Feststellungen mit Verfahrensrügen an.

a) In erster Linie macht sie geltend, das Berufungsgericht habe nicht ohne weiteres etwaige Kenntnisse des Geschäftsführers S. dem Beklagten zurechnen dürfen. Es habe die unter Beweis gestellte Behauptung des Beklagten unberücksichtigt gelassen, daß dieser von Weihnachten 1959 bis zum 17. Januar 1960 in Tegernsee in Urlaub gewesen sei und erst nach seiner Rückkehr von S. über die Lage der E. unterrichtet worden sei. (§ 286 ZPO). Die Verfahrensrüge greift nicht durch.

S. war seit vielen Jahren geschäftlicher Mitarbeiter des Beklagten in dessen Firma. Er wurde auf Veranlassung des Beklagten am 5. Dezember 1959 Geschäftsführer der E., weil der Beklagte bei der Durchführung der Stützungsaktion in ihm einen Vertrauensmann in der Geschäftsleitung der E. zu haben wünschte. S. hatte demnach eine Doppelstellung: Als Geschäftsführer der E. hatte er deren Interessen wahrzunehmen und war ihr verantwortlich (§ 43 Abs. 2 GmbHG), als Vertrauensmann des Beklagten hatte er darauf zu achten, daß dieser bei seiner Stützungsaktion möglichst nicht zu Schaden kam. Da S. alleiniger Geschäftsführer der E. war, kontrollierte der Beklagte durch ihn als seinen Angestellten und Vertrauensmann die gesamte Geschäftsleitung der E. Diese Kontrolle war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts so umfassend, daß die E. von den hinausgehenden Schreiben Abschriften an die Firma des Beklagten übersenden oder wenigstens die Genehmigung S. oder des Beklagten selbst einholen mußte. Diese besondere Gestaltung der Verhältnisse kann für die Frage, ob und inwieweit der Beklagte das, was S. über die Lage der E. wußte, sich als eigene Kenntnis zurechnen lassen muß, nicht unberücksichtigt bleiben.

Das Gesetz regelt in § 166 BGB (im Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem) einen Fall, in dem die Kenntnis (oder das Kennenmüssen) eines anderen dem zugerechnet wird,

auf dessen Kenntnis es an sich für bestimmte Rechtsfolgen an-
käme. Die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Beklagten bei der
Grundsuldbestellung war mit der Einigung (§ 873 BGB) zwi-
schen der E. und dem Beklagten beendet; bei ihr war Schick nicht
als Vertreter in Erscheinung getreten. Maßgeblicher Zeitpunkt
für eine Kenntnis des Beklagten war jedoch - siehe oben zu 1 -
nicht der Zeitpunkt der Einigung (November 1959), sondern der
Eintragung der Grundsuld (12. Januar 1960). In der Zwischen-
zeit stand eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Beklagten
zur Vollendung des Rechtsgeschäfts, und deshalb auch eine Ver-
tretung durch S., nicht mehr in Frage. Ein Fall des § 166
BGB liegt demnach nicht vor: Erlangte während dieses Zeitab-
schnitts S. Kenntnis von der Zahlungseinstellung, was die
Grundsuldbestellung anfechtbar machte, so tat er das nicht
als Vertreter des Beklagten bei der Grundsuldbestellung,
sondern als dessen beauftragter Vertrauensmann in der Ge-
schäftsleitung der E.

§ 166 BGB ist jedoch nicht der einzige Fall, in dem je-
mandem das rechtserhebliche Wissen eines anderen zuzurech-
nen ist. Der erkennende Senat hat in BGHZ 32, 53 ff eine solche
Zurechnung unter bestimmten Voraussetzungen - in Anknüpfung
an § 166 BGB - für den Fall gebilligt, daß jemand durch die
Erlangung der tatsächlichen Gewalt, also nicht durch Rechts-
geschäft, für einen anderen als dessen Besitzdiener den un-
mittelbaren Besitz erwirbt. Dann kann unter bestimmten Vor-
aussetzungen im Falle des § 990 BGB die Bösgläubigkeit des
Besitzdieners dem Besitzherrn zugerechnet werden. Der Senat
ist dabei von der Erwägung ausgegangen, daß durch die Be-
ziehungen zwischen Besitzherrn und Besitzdiener auch außer-
halb eines Vertretungsverhältnisses eine Sachlage gegeben
sein könne, die so sehr dem Falle eigener Bösgläubigkeit
des Besitzherrn entspreche, daß eine gleiche Beurteilung
zur Vermeidung von Unbilligkeit erforderlich sei. Im damals
entschiedenen Fall wurde das maßgebliche Kriterium darin ge-
sehen, daß der Besitzdiener im Rechtsverkehr die wirtschaft-

liche Funktion des Besitzherrn erfüllt hatte und dabei an dessen Stelle getreten war. Dies ist - bei einem allerdings wesentlich anderen Sachverhalt - auch hier zu bejahen.

S ■■■ handelte, wie das Berufungsgericht feststellt (UA S. 45), als Geschäftsführer der E ■■■ jeweils im Auftrag und im Interesse des Beklagten. Er war demnach das andere Ich des Beklagten in der Geschäftsleitung der E ■■■. Dabei nahm er für den Beklagten gerade auch die Aufgabe wahr, die kritische Lage der E ■■■ zu beobachten und im Notfall Alarm zu schlagen. In dieser Kontrollfunktion trat er an die Stelle des Beklagten. Der Sachverhalt kann deshalb nicht anders beurteilt werden, als wenn der Beklagte sich selbst zum alleinigen Geschäftsführer der E ■■■ hätte bestellen lassen und S ■■■ ihn dann während seines Urlaubs vertreten hätte. Wenn S ■■■ an Stelle des Beklagten die Geschäftsleitung der E ■■■ übernahm, so tat er dies zwar nicht im Rechtssinne als sein Vertreter, aber er übte an seiner Stelle und allein in seinem Interesse eine Funktion aus, die im Rahmen der risikobelasteten Stützungsaktion dem Beklagten den Vorteil einbrachte, durch seinen Vertrauensmann über die Entwicklung der E ■■■ ständig auf dem laufenden gehalten zu werden. Nahm der Beklagte diesen Vorteil für sich wahr, so ist es nicht unbillig, daß ihm im Anfechtungsprozeß die Kenntnis des von ihm eingesetzten Beobachters zum Nachteil gereicht. In entsprechender Anwendung des § 166 BGB ist ihm deshalb die Kenntnis des S ■■■ von der Zahlungseinstellung der E ■■■ als eigene zuzurechnen.

b) Die Feststellung des Berufungsgerichts, S ■■■ sei anfangs Januar 1960 die Zahlungseinstellung der E ■■■ bekannt gewesen, greift die Revision ebenfalls mit Verfahrensrügen (§ 286 ZPO) an. Sie bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

Zwar genügt für die Zahlungseinstellung nicht die Kenntnis der sie begründenden Umstände, vielmehr muß die Zahlungseinstellung als solche erkannt sein. Das hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Es hat sich deshalb nicht damit begnügt, daß S. [REDACTED] als einzigem Geschäftsführer der E. [REDACTED] alle maßgeblichen geschäftlichen Vorgänge bekannt waren, sondern hat wiederholte Äußerungen von ihm als Beweisanzeichen dafür gewertet, daß er anfangs Januar 1960 die Lage der E. [REDACTED] für hoffnungslos angesehen und damit ihre Schwierigkeiten zutreffend nicht als vorübergehende Zahlungsstockung, sondern als endgültige Zahlungseinstellung gewertet habe. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision bemüht sich demgegenüber, Umstände hervorzuheben, die gegen eine solche Wertung der Verhältnisse durch S. [REDACTED] sprechen könnten. Das könnte in der Revisionsinstanz nur von Bedeutung sein, wenn das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft solche Umstände vernachlässigt hätte und sonst zu einem anderen Beweisergebnis hätte kommen können. Solche Rechtsfehler hat die Revision nicht aufgezeigt.

Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, daß die Gesellschafter der E. [REDACTED] rd. 60 000 DM ihrer Stammeinlagen noch nicht eingezahlt hatten und daß zwei Gesellschafter auf Drängen S. [REDACTED]s im Dezember 1959 10 000 + 16 000 DM in Wechseln zahlten (vgl. UA S. 44, 46). Das konnte S. [REDACTED] jedoch keineswegs zu einer optimistischeren Beurteilung der Lage der E. [REDACTED] veranlassen. Wenn die Gesellschafter selbst um die Jahreswende 1959/60, als sich die Krise zugespitzt hatte, nicht zu größeren Leistungen zu bewegen waren, so sprach das im Gegenteil dafür, daß sie solche nicht erbringen konnten oder wollten.

Auch auf die von der E. [REDACTED] bei den Verhandlungen im November 1959 dem Beklagten gemachten Angaben, welche

Kapitalien in nächster Zeit aus Hypothekengeldern und der Verwertung von Wohnungen und Geschäftsräumen zu erwarten seien, kommt es nicht an. Denn das Berufungsgericht stellt ohne Rechtsverstoß fest, in dem maßgeblichen Zeitpunkt Mitte Januar 1960 habe sich bereits herausgestellt, daß diese Erwartungen fehlgeschlagen waren. Nach dem eigenen Vortrag des Beklagten haben ihm seine Verhandlungspartner eine Aufstellung übergeben, nach der bis zum 31. Dezember 1959 rd. 220 000 DM zu erwarten waren. Tatsächlich hat aber die E. im Dezember 1959 nur für 80 000 DM Zahlungen geleistet; mindestens die Hälfte dieser Mittel stammte dazu noch vom Beklagten selbst. Im Januar 1960 blieben Eingänge überhaupt aus. Da dies alles S. bekannt war, kam es darauf, was vorher zu erwarten gewesen war und erwartet worden ist, nicht an. Aus demselben Grunde brauchte das Berufungsgericht sich auch nicht mit der Behauptung des Beklagten auseinanderzusetzen, er habe im November 1959 gute Bankauskünfte über die E. erhalten.

Schließlich brauchte das Berufungsgericht nicht als entscheidendes Beweisanzeichen gegen eine Kenntnis S. bzw. des Beklagten von der Zahlungseinstellung zu werten, daß im Januar 1960 der Beklagte noch Gelder für die E. zur Verfügung gestellt hatte und an dem Bauvorhaben K.straße und P. noch Arbeiten hatte ausführen lassen. Daß das Berufungsgericht diesen Vortrag nicht übersehen hat, ergibt sich aus dem Urteil selbst (UA 5, 11, 16, 27, 38), es brauchte ihn jedoch nicht im Sinne der Revision zu würdigen. Die noch im Januar 1960 vom Beklagten zur Verfügung gestellten rd. 12 000 DM sind nach der Bekundung S. für unaufschiebbare Zahlungen gebraucht worden. Es konnte aber vom Standpunkt S. und des Beklagten aus, auch wenn sie seit Anfang Januar 1960 die Lage der E. negativ beurteilten, durchaus sinnvoll sein, den Zusammenbruch der E. nicht sofort in Erscheinung treten zu lassen, zu-

mal die seit dem Eingreifen des Beklagten von der E be-
willigten Grundschulden noch nicht im Grundbuch eingetragen
waren. Ähnliche Überlegungen konnten für die, im übrigen
sehr eingeschränkte, Fortführung von Bauarbeiten maßgeblich
sein. Das Berufungsgericht hat keinen Verfahrensverstoß be-
gangen, wenn es in seiner eingehenden Beweiswürdigung sich
nicht auch mit diesen Gegenanzeichen auseinandergesetzt hat.

Schließlich ist es auch unerheblich, ob die Buchführung
der E im Dezember 1959 nicht auf dem laufenden war und
S als Geschäftsführer erst Mitte Januar 1960 Aufstel-
lungen vorlagen, aus denen der Stand der einzelnen Bauvor-
haben und die Gesamthöhe der Verbindlichkeiten der E
ersichtlich waren. Um die Tatsache der Zahlungseinstellung
als solche zu erkennen, kam es weniger auf diese Einzel-
heiten als darauf an, daß die Erwartungen der Beteiligten
im November 1959, die E werde mit einer beschränkter Kre-
dithilfe alsbald wieder liquide zu machen sein, fehlgeschla-
gen waren und daß S längere Zeit hindurch - ohne daß
sich eine konkrete Aussicht auf Besserung zeigte - außer-
stande war, die fälligen Schulden der E in ihrer Masse
zu bezahlen. Daß dies S bekannt war, hat das Berufungs-
gericht ohne Rechtsverstoß festgestellt, und es konnte, zu-
mal Äußerungen S in diese Richtung wiesen, annehmen,
daß S diesen Zustand zutreffend als Zahlungseinstellung
der E gewertet hatte.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Messner Mormann