
Datum: 18.03.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 240/98
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:0318.27U240.98.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 21 O 94/97

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 16. Juli 1998 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hagen wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 180.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht der Kläger seiner-seits Sicherheit in dieser Höhe erbringt.

Die Parteien dürfen die Sicherheit auch durch Bürgschaft eines in der Bundesrepublik Deutschland als Zoll- oder Steuerbürge zugelassenen Kreditinstituts erbringen.

Die Beschwer des Beklagten übersteigt 60.000,00 DM.

Der Kläger, Verwalter in dem auf eigenen Antrag eröffneten Konkurs über das Vermögen der Firma W GmbH (künftig: Gemeinschuldnerin), hat von dem Beklagten als dessen Alleingesellschafter im Wege der Anfechtung Zahlung von zunächst 205.744,30 DM begehrt.

Die Gemeinschuldnerin betrieb in Nordrhein-Westfalen an verschiedenen Orten einen Möbeleinzelhandel, wobei im Jahr 1990 noch 7 Möbelhäuser bestanden. Wegen Verschlechterung der Ertragslage wurden die Geschäfte bis auf eines (W) bis zum Jahre 1993 geschlossen; drei neue Standorte in Stadtrandlagen kamen hinzu (B , D und L). Da sich keine Besserung der Geschäftsentwicklung abzeichnete, wurden am 28. Juli 1995 zwei Betriebe verkauft (B und W); die beiden restlichen Häuser (D und L) sollten geschlossen werden. Den Mitarbeitern der letztgenannten Betriebe wurde mit Schreiben vom 22. September 1995 zum 30. November 1995 gekündigt. In den Monaten Oktober und November 1995 wurde in diesen Geschäften ein Räumungsverkauf durchgeführt. Aus dem Erlös konnte nur ein Teil der bestehenden Verbindlichkeiten getilgt werden. Am 30.11.1995 wurden diese beiden Möbelhäuser geschlossen. Die spätere Gemeinschuldnerin übte seit dieser Zeit keine Geschäftstätigkeit mehr aus.

Im Zusammenhang mit der Gewährung eines Barkredites von 200.000,00 DM an die spätere Gemeinschuldnerin übernahm die Beklagte am 12. Dezember 1995 gegenüber der Kreditgeberin, der D in D , eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft in Höhe von 240.000,00 DM, die jedoch durch Vereinbarung vom 3. Januar 1996 auf 130.000,00 DM herabgesetzt wurde. Ebenfalls am 12. Dezember 1995 übernahm der Beklagte gegenüber der W eine Bürgschaft bis zum Betrag von 100.000,00 DM für Kreditverbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin.

Zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahmen durch den Beklagten befand sich die Gemeinschuldnerin in einer wirtschaftlichen Krisensituation und war nicht kreditwürdig.

Am 22. Dezember 1995 beantragte die spätere Gemeinschuldnerin die Eröffnung des Vergleichsverfahrens; der Antrag wurde am 21. Mai 1996 zurückgenommen.

Am 28. Mai 1996 wurde Konkursantrag gestellt; das Konkursverfahren wurde durch Beschluß vom 17. Juli 1996 eröffnet.

Der bei der D bestehende und durch die Bürgschaft gesicherte Kredit, dessen Höhe am 12. Dezember 1995 135.032,03 DM betrug, wurde in der Folgezeit bis zur Konkurseröffnung voll zurückgeführt. Die Kreditforderung der W verringerte sich vom 14. Dezember 1995 bis zum 17. Juli 1996 von 108.400,85 DM auf 29.287,73 DM. In beiden Fällen waren Zahlungen auf Forderungen gegenüber Kunden der späteren Gemeinschuldnerin erfolgt.

Nachdem der Kläger zunächst mit Antrag vom 12. Juni 1997 die Gewährung von Prozeßkostenhilfe für eine Klage gerichtet auf Rückgewähr von 205.744,30 DM gestellt hatte, hat er sodann unter Berücksichtigung einer Zahlung der D von 63.181,85 DM Prozeßkostenhilfe für eine auf Zahlung von 142.612,45 DM gerichtete Klage beantragt, die das Landgericht durch Beschluß vom 21. Januar 1998 bewilligt hat.

Der Kläger hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Beklagte im Umfang seiner Belastungen aus den Bürgschaftsverpflichtungen zur Rückgewähr gem. § 32 b GmbHG verpflichtet sei, nämlich hinsichtlich der Kreditverbindlichkeit gegenüber der D zur Zahlung von 71.900,18 DM und hinsichtlich derjenigen gegenüber der W zur Zahlung von 70.712,27 DM.

3

4

5

6

7

8

9

10

11

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn, den Kläger, 142.612,45 DM nebst 4% Zinsen seit dem 12. Februar 1997 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung in § 32 b GmbHG finde vorliegend keine Anwendung. Diese Vorschrift setze ein Handeln zum Nachteil der Gläubiger, zumindest eine Risikoverlagerung zu deren Nachteil voraus, indem der "Todeskampf" der Gesellschaft verlängert werde. Davon könne hier keine Rede sein, da die spätere Gemeinschuldnerin zum Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme durch ihn schon nicht mehr werbend tätig gewesen sei. Jedenfalls sei zu berücksichtigen, daß sich die Bürgschaft gegenüber der D auf lediglich 130.000,00 DM belaufen habe und er auch nur insoweit entlastet worden sein könne. Darüber hinaus seien eventuelle Zahlungsansprüche des Klägers erfüllt, da er - der Beklagte - unstreitig bereits im September 1995 4 Mio. DM aus Eigenmitteln der Gesellschaft zur Verfügung gestellt und durch Erklärung vom 18. September 1995 bestimmt habe, daß diese in erster Linie auf etwaige Ansprüche nach den §§ 30, 32 a, 32 b GmbHG anzurechnen seien. Ferner hat der Beklagte gemeint, daß der Streit hinsichtlich eines Anspruchs des Klägers, der aus der Bürgschaftsübernahme gegenüber der W resultiere, auszusetzen sei, da der Kläger in dem Verfahren 41 O 113/97 des Landgerichts Düsseldorf versuche, die der W in der Zeit von Dezember 1995 bis zur Konkurseröffnung zugeflossenen Kundengelder erstattet zu bekommen. Schließlich hat sich der Beklagte auf eine Verfristung nach § 41 KO berufen.

Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im übrigen hinsichtlich eines Betrages von hauptsächlich 137.580,42 DM stattgegeben aus im wesentlichen folgenden Gründen: Die Voraussetzungen der §§ 32 a Abs. 2, 32 b GmbHG seien erfüllt, weil der Gemeinschuldnerin von der D und der W Kredite gegeben worden seien, als der Beklagte als Gesellschafter aufgrund der Krisensituation Eigenkapital hätte zuführen müssen, statt für den Zufluß von durch Bürgschaft abgesicherten Darlehensmitteln zu sorgen. Darauf, daß die Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der Darlehensgewährung und der Bürgschaftsübernahme nicht mehr werbend tätig gewesen sei, komme es nicht an, weil das mit dem Fortbestehen der Gesellschaft verbundene Risiko - auch wenn es nicht auf der Weiterführung des bisherigen Geschäftsbetriebes beruhe - auf Gläubiger der Gesellschaft abgewälzt worden sei. Ausgehend von einer Bürgschaft von 130.000,00 DM und seitens der D inzwischen an den Kläger erfolgter Zahlung von 63.131,85 DM verbleibe eine Entlastung des Beklagten von 66.868,15 DM. Zusammen mit dem Betrag von jedenfalls 70.712,27 DM, in dessen Höhe der Beklagte gegenüber der W entlastet worden sei, ergebe sich ein Rückgewähranspruch des Klägers von 137.580,42 DM. Dieser Anspruch sei nicht durch die zur Verfügungstellung von Eigenkapital von 4 Mio. DM erfüllt worden, weil die Erklärung vom 18. September 1995 nur etwaige Ansprüche aufgrund bereits vorgenommener Handlungen betreffe. Die Ansprüche des Klägers seien nicht verfristet, da die Wirkung der Klagezustellung gem. § 270 Abs. 3 ZPO bereits mit der Einreichung der Klage eingetreten sei. Das von dem Kläger gegen die W betriebene Verfahren fordere keine Aussetzung, da diese und der Beklagte gegenüber dem Kläger wie Gesamtschuldner zu behandeln seien.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Er hält daran fest, daß Ansprüche des Klägers nach § 41 KO verfristet seien, weil der Kläger zum einen nach § 65 Abs. 7 Nr. 4 GKG die umgehende Klagezustellung habe

beantragen können und zum anderen in seinem Prozeßkostenhilfeantrag die subjektiven Bewilligungsvoraussetzungen nicht glaubhaft gemacht habe, so daß seinem Prozeßkostenhilfegesuch nicht hätte entsprochen werden dürfen. Er vertieft ferner seine Auffassung, daß die durch die §§ 32 a, 32 b GmbHG geschützten Gläubigerinteressen durch seine Bürgschaftserklärungen nicht mehr berührt worden seien, weil eine zwingend zukunftsorientierte Gläubigergefährdung schlechterdings unmöglich gewesen sei, weil sich die Gemeinschuldnerin im Stadium der Liquidation befunden habe mit dem Ziel, sämtliche Gläubiger zu 100% zu befriedigen. Überdies habe er innerhalb einer ihm zuzubilligenden 2-Wochen-Frist Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gestellt. Ferner hält er daran fest, daß jedenfalls Erfüllung eingetreten sei und daß der Klage die doppelte Rechtshängigkeit entgegenstehe.

Der Beklagte beantragt, 18

abändernd, 19

die Klage abzuweisen. 20

Der Kläger beantragt, 21

die Berufung zurückzuweisen. 22

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung. 23

Wegen der Einzelheiten der Berufungserwiderung und des Vorbringens der Parteien im übrigen wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 24

Wegen der für den Kläger vor dem Senat abgegebenen Erklärungen wird auf den Berichterstatteervermerk zur Senatssitzung verwiesen. 25

Die Akten 20 N 69/96 des Amtsgerichts Mönchengladbach waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 26

Entscheidungsgründe: 27

Die zulässige Berufung des Klägers hat keinen Erfolg, denn das Landgericht hat ihn zu Recht zur Rückgewähr von hauptsächlich 137.580,42 DM verurteilt. 28

I. 29

Zu Recht hat das Landgericht gegen die Zulässigkeit der Klage keine durchgreifenden Bedenken gehabt. 30

In seiner Berufungsbegründung beschränkt sich der Beklagte hinsichtlich seines Einwands der doppelten Rechtshängigkeit allein auf einen pauschalen Verweis auf seinen erstinstanzlichen Vortrag. Eine nach § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO erforderliche Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung findet deshalb nicht statt. Es fehlt an einer auf den Streitfall bezogenen Begründung, die erkennen läßt, warum die angefochtene Entscheidung an diesem Punkt falsch sein soll. Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsauffassung des Landgerichts kann nicht durch einen pauschalen Hinweis auf das erstinstanzliche Vorbringen ersetzt werden. 31

Im übrigen trifft die erstinstanzlich vertretene Auffassung des Beklagten, der Kläger habe "denselben Anspruch" gegenüber der W vor dem Landgericht Düsseldorf anhängig gemacht, nicht zu. Eine Konkursanfechtung gegenüber einem Gläubiger betrifft nicht "denselben Anspruch" wie eine Rückforderung nach den Regeln über den Eigenkapitalersatz gegenüber dem Gesellschafter der Gemeinschuldnerin. Ohnehin richten sich die Klagen gegen unterschiedliche Prozeßgegner. Überdies ist der Beklagte erstinstanzlich selbst davon ausgegangen, daß § 421 BGB zur Anwendung kommt. Nach dieser Vorschrift ist es dem Gläubiger unbenommen, zwei Gesamtschuldner gleichzeitig vor verschiedenen Gerichten in Anspruch zu nehmen, soweit keine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, was der Beklagte selbst nicht geltend macht. Die Wirkung der Erfüllung nach § 422 Abs. 1 S. 1 BGB schützt die Inanspruchgenommenen davor, daß der Kläger seine Forderung zweimal erfüllt erhalten kann. Letztlich ist dem von dem Beklagten selbst vorgelegten Prozeßkostenhilfebeschuß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. Dezember 1998 zu entnehmen, daß dem Kläger Prozeßkostenhilfe für seine beabsichtigte Klage gegen die W verweigert worden ist. Damit fehlt es ohnehin bereits an einer Rechtshängigkeit von Ansprüchen gegenüber der W .

II. 33

Auch in der Sache zutreffend hat das Landgericht dem Kläger einen Anspruch nach den §§ 32 a KO, 32 a Abs. 2, 32 b GmbHG zuerkannt. 34

1. 35

Denn die seitens der D und der W der Gemeinschuldnerin gewährten Darlehen, für die sich der Beklagte verbürgt hat, sind zurückgezahlt worden, so daß der Beklagte als Gesellschafter der Gemeinschuldnerin die zurückgezahlten Beträge zurückzuerstatten hat, da die Bürgschaftsübernahme "in einem Zeitpunkt erfolgte, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten" (§ 32 a Abs. 2 GmbHG). 36

Sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des gesellschafterbesicherten Drittdarlehens (dazu Lutter-Hommelhoff § 32 a/b GmbHG Rdnr. 87) sind gegeben: 37

Die Drittdarlehen waren eigenkapitalersetzend, d.h. sie wären dann, wenn sie vom Gesellschafter selbst stammten, als Eigenkapitalersatz zu qualifizieren. Aus der gegenüber der D abgegebenen Bürgschaftserklärung des Beklagten folgt, daß es sich bei der Hauptforderung um den "Barkredit gemäß Kreditbestätigungsschreiben vom 1. Dezember 1995" gehandelt hat. Dieses Schreiben vom 1. Dezember 1995 spricht wiederum von einem "vorgemerkten" Kredit von 200.000,00 DM. Dem entspricht, daß die D in ihrem Schreiben vom 3. Januar 1996 davon spricht, daß sie mit ihrem Schreiben vom 1. Dezember 1995 einen Barkredit zur Inanspruchnahme auf einem dort näher bezeichneten Konto bestätigt habe. Auch im Senatstermin ist für den Beklagten erklärt worden, daß es sich um einen Anfang Dezember 1995 gewährten Neukredit gehandelt hat. Hinsichtlich des Kredites der W hat sich im Senatstermin ergeben, daß der Bürgschaft des Beklagten ein bereits zurückliegend gewährter sogenannter "Euro-Kredit" von 2 Mio. DM zugrunde lag, der kurzfristig konzipiert war und monatlich prolongiert wurde. 38

Angesichts des Umstands, daß die Gemeinschuldnerin zum 30. November 1995 alle Möbelhäuser geschlossen, alle Betriebsräumlichkeiten aufgegeben und das Verkaufspersonal entlassen hatte und es somit ausgeschlossen war, daß weitere Einnahmen würden erzielt werden können, ist spätestens für den 1. Dezember 1995 Kreditunwürdigkeit festzustellen, zumal die Gemeinschuldnerin selbst ausdrücklich von ihrer Überschuldung und 39

Zahlungsunfähigkeit in ihrem Vergleichsantrag vom 22. Dezember 1995 ausgegangen ist. So weist der von der Gemeinschuldnerin vom 21.12.1995 erstellte Status Vermögenswerte von lediglich 250.000,00 DM gegenüber Schulden und Eventualverbindlichkeiten von 7,6 Mio. DM aus; der Verlust im letzten Geschäftsjahr wird mit 11 Mio. DM beziffert. Angesichts der vollständigen Einstellung der werbenden Tätigkeit der Gemeinschuldnerin vom 30. November 1995 kann ausgeschlossen werden, daß die am 22. Dezember 1995 von der Gemeinschuldnerin in ihrem Vergleichsantrag selbst eingeräumte Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit erst im Laufe des Monats Dezember 1995 eingetreten wäre; solches wird von dem Beklagten auch selbst nicht behauptet.

Damit ergibt sich, daß der seitens der D Anfang Dezember 1995 eingeräumte Kredit von 200.000,00 DM bereits seit seiner Einräumung eigenkapitalersetzenden Charakter hatte, während dies hinsichtlich des Kredites der W jedenfalls aus dem Gesichtspunkt des sogenannten Stehenlassens gilt. Auf die Kenntnis des Eigenkapitalersatzes auf Seiten des Dritten kommt es nicht an (Rowedder, § 32 a GmbHG Rdnr. 63). 40

Auch die weiteren Voraussetzungen des gesellschaftsbesicherten Drittdarlehens mit Eigenkapitalcharakter sind gegeben, da die vom Beklagten als Gesellschafter erbrachten Bürgschaften in § 32 a Abs. 2 GmbHG ausdrücklich erfaßt sind und die Bestellung der Bürgschaften im Zeitpunkt der Kreditwürdigkeit der Gemeinschuldnerin erfolgten. 41

Damit sind sämtliche Voraussetzungen für den Erstattungsanspruch, dessen Höhe mit 137.580,42 DM außerhalb des Streits der Parteien ist, nach § 32 b GmbHG gegeben. Der nicht angegriffene Zinsanspruch ergibt sich aus den §§ 286, 284 Abs. 1 BGB. 42

2. 43

Der Auffassung des Beklagten, die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln habe hier nach deren Sinn und Zweck auszuschließen, weil die Übernahme der Bürgschaften durch ihn nicht geeignet gewesen sei, den "Todeskampf" der Gesellschaft unter einseitiger Verlagerung des damit verbundenen Risikos auf die Gesellschaftsgläubiger zu verringern, kann der Senat nicht folgen. Es trifft nicht zu, daß die Gläubigerinteressen durch seine Unterstützungsleistung nicht berührt worden seien, weil er das Ziel verfolgt habe, durch eine stille Liquidation sämtliche Gläubiger zu 100% zu befriedigen und sich die Situation der Gläubiger nicht mehr verschlechtern können, weil die Gemeinschuldnerin nicht mehr aktiv gewesen sei. 44

Entscheidend ist folgendes: Wenn der Beklagte nicht eine Bürgschaft übernommen, sondern Darlehen im Bürgschaftsumfang selbst gegeben hätte, um damit Gesellschaftsverbindlichkeiten zu erfüllen, so hätte dieses Darlehen eine sonst unumgängliche Einlage ersetzt, deren eigenkapitalersetzender Charakter auf der Hand gelegen hätte. Der Umstand, daß der Beklagte nicht den Weg eigener Darlehenshingabe, sondern der Bürgschaftsübernahme gewählt hat, kann keinen Unterschied machen. In jedem Fall ist unter Vermeidung einer sonst gebotenen Einlagenerhöhung der Gesellschaft eine Stützung zugeführt worden (vgl. BGHZ 76, 171, 181 f.). 45

Überdies hatte sich jede tatsächliche Grundlage für die von ihm in seiner Berufungsbegründung vorgetragene Hoffnung des Beklagten, er könne seine Gläubiger zu 100% befriedigen, bereits spätestens mit Abschluß des Räumungsverkaufs zerschlagen. Denn wie für den Beklagten im Senatstermin erklärt worden ist, hatte sich die Erwartung, der Räumungsverkauf würde einen Umsatzerlös von 14 Mio. DM erbringen, als nicht begründet erwiesen. Damit war ein von dem Beklagten selbst so bezeichneter Eckpfeiler seines 46

Liquidationskonzeptes weggebrochen. Im übrigen ist der Senat davon überzeugt, daß die von dem Beklagten in seiner Berufungsbegründung für sich in Anspruch genommene Hoffnung, seine Gläubiger zu 100% zu befriedigen, tatsächlich im Dezember 1995 nicht gegeben war. Denn in ihrem Konkursantrag hat die Gemeinschuldnerin selbst vorgetragen, daß die Auswirkungen des Räumungsverkaufs buchhalterisch bereits Anfang Dezember 1995 erfolgt waren. Im übrigen zeigt schon der Vergleichsantrag vom 22. Dezember 1995, daß allein die von der Gemeinschuldnerin beauftragten Wirtschaftsprüfungs-/Steuerberatungsgesell-	
schaften zu 100% ihrer Forderungen bezahlt werden sollten, während die übrigen Gläubiger auf 35% beschränkt werden sollten.	47
Wegen des nicht erwartungsgemäß erzielten Umsatzerlöses durch den Räumungsverkauf hatte sich objektiv eine Konkursantragstellung bereits im Dezember 1995 als unumgänglich erwiesen. Diese Verlängerung des "Todeskampfes" der Gemeinschuldnerin war Folge der Besicherung des Beklagten, weil dieser die beteiligten Banken zu einem weiteren "Stillhalten" veranlaßt hat. Damit ist es gerade bis zum tatsächlichen Konkursantrag im Juni 1996 zur Fortführung der an sich sofort zu liquidierenden Gesellschaft gekommen.	48
Es besteht deshalb keine Veranlassung, die Bürgschaften des Beklagten aus den Eigenkapitalersatzregeln herauszunehmen.	49
Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Gemeinschuldnerin im Dezember 1995 "in die Liquidation entlassen" zu haben. Soweit er dazu auf die Entscheidung BGH ZIP 1995, 280, 281 Bezug nimmt, so übersieht er, daß es dort um die Umqualifizierung durch Stehenlassen ging, die hier nicht in Rede steht, weil seine Bürgschaften originär Eigenkapitalersatzcharakter hatten. Da bereits bei Eingehung der Bürgschaftsverbindlichkeiten der Eigenkapitalersatzcharakter seiner Sicherheitenbestellung feststand, kommt eine Überlegungsfrist von vornherein nicht zum Tragen. Im übrigen ist zu beachten, daß der Gesellschafter auch im Falle eines Stehenlassens vor der <u>Alternative</u> der weiteren Unterstützung (mit der Folge der Umqualifikation) oder der Liquidation steht. Hier aber hat sich der Beklagte jedoch gar nicht für die 2. Alternative entschieden; vielmehr hat er zunächst in der Krise der Gesellschaft eine Unterstützung gewährt (1. Alternative) <u>und</u> sodann die Liquidation (2. Alternative) eingeleitet. Das Denkmodell des Beklagten hätte nur dann Aussagekraft, wenn bei Begründung der Bürgschaftsverbindlichkeiten am 12. Dezember 1995 noch keine Konkursreife vorgelegen hätte, eine solche im weiteren Verlauf des Monats Dezember 1995 eingetreten wäre und der Beklagte sich sodann zur Liquidation entschlossen hätte. So liegt der Fall aber nicht.	50
Auch der Umstand, daß die Gesellschaft im Dezember 1995 nicht <u>vor</u> dem Zusammenbruch stand, sondern - weitergehend - bereits vollends konkursreif war, schließt eine Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln nicht aus. Diese greifen zwar frühzeitig bereits im Vorfeld der Konkursreife ein; diese bedeutet jedoch nicht, daß sie bei Konkursreife nicht zur Anwendung kommen.	51
Nach der Rechtsprechung (BGH ZIP 1995, 280, 281) ist entscheidend, daß ein Gesellschafter, der eine vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch stehende Gesellschaft anstatt durch Zuführung neuen Eigenkapitals auf andere Weise zu stützen versucht, das damit verbundene <u>Risiko</u> auf die außenstehenden Gläubiger abwälzt. Bereits das Landgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, daß es hier zu einer Gefährdung der Interessen von Gläubigern gekommen ist, auch ohne daß die Gemeinschuldnerin noch nach dem 1. Dezember 1995 eine werbende Tätigkeit entwickelt hat. Denn für alle Gläubiger haben sich die Befriedigungschancen dadurch vermindert, daß der Kreis der Verbindlichkeiten größer	52

geworden ist, weil Vermieter und Energielieferanten in der Zeit von Dezember 1995 bis zum tatsächlich gestellten Konkursantrag zusätzliche Ansprüche erworben haben. Die Berufungserwiderung weist ergänzend und unwidersprochen darauf hin, daß auch zusätzliche Geschäftsführergehaltsansprüche, Gehaltsansprüche des Prokuristen, Zinsen auf Verbindlichkeiten und Steueransprüche entstanden sind. Zwar waren die zugrundeliegenden Vertragsverhältnisse bereits vor der Abgabe der Bürgschaftserklärungen begründet - hierauf stellt der Beklagte, der die Kausalität der Gläubigergefährdung in Abrede stellen will, ab -; dies ist jedoch nicht entscheidend, weil durch die fortschreitende Zeit die Passiva erhöht wurden. Ohnehin setzt die Anwendung der Kapitalersatzregeln nicht voraus, daß es zu einer weiteren tatsächlichen Verringerung des Gesellschaftsvermögens gekommen ist; entscheidende Normzweckerwägung ist, daß die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters zum Inhalt hat, eigenständige nicht lebensfähige Unternehmen unter Aspekten des Gläubigerschutzes nicht künstlich überleben zu lassen (vgl. Rowedder § 32 a GmbHG Rdnr. 6).

Letztlich kommt folgender Gesichtspunkt (vgl. dazu BGH NJW 1990, 516) hinzu: Die Regeln über den Eigenkapitalersatz sollen auch verhindern, daß sich der Gesellschafter im Falle des wirtschaftlichen Zusammenbruchs vorrangig vor und konkurrierend mit Gläubigern aus dem vorhandenen Gesellschaftsvermögen befriedigt. Genau diese vorrangige Befriedigung des Beklagten als Gesellschafter ist erfolgt: Hätte der Beklagte selbst das Darlehen gewährt und eine Einlage geleistet, wären diese Beträge für ihn "verloren" gewesen. Durch den Weg einer Absicherung eines Fremddarlehens erreichte der Beklagte dadurch, daß diese Darlehen mit eingehenden Kundengeldern getilgt wurden, daß er zugleich von seinen Bürgschaftsverbindlichkeiten frei wurde. Damit kamen die eingehenden Kundengelder auch schließlich ihm sowie der D und der W und nicht den anderen Gläubigern der Gesellschaft zugute. Im Falle eines eigenen Darlehens oder einer Einlage hätte die Gläubigergemeinschaft anteilmäßig von den Kundengeldern partizipiert, während der Beklagte leer ausgegangen wäre. Eine Umgehung dieses Ergebnisses zu verhindern, ist ebenfalls Sinn der Eigenkapitalersatzregeln. 53

Die Bürgschaften des Beklagten wären nur anfechtungsfest gewesen, wenn es sich bei den gesicherten Darlehen um solche nach § 106 VglO gehandelt hätte (vgl. Kilger/K. Schmidt, § 106 VglO Anm. 3). Die diesbezüglichen Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor. 54

3. 55

Zu Recht hat das Landgericht ferner den Erfüllungseinwand des Beklagten zurückgewiesen. 56

Auch hier beschränkt sich der Beklagte in seiner Berufungsbegründung allein auf einen pauschalen Verweis auf seinen erstinstanzlichen Vortrag, so daß es an einer nach § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO erforderlichen Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung fehlt. 57

Im übrigen ist das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, daß der Anspruch des Klägers nicht durch Erfüllung nach § 362 BGB erloschen ist. Zwar ist eine Erfüllung vor Begründung des zu tilgenden Anspruchs im Grundsatz möglich (vgl. Palandt/ Heinrichs, § 362 BGB Rdnr. 10). Eine solche "Vorauszahlung" setzt jedoch eine diesbezügliche Einigung zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses voraus (vgl. BGH NJW 1983, 563, 564; BGH NJW 1986, 284). Hieran fehlt es hier in jeder Hinsicht: Der Vorbehalt des Beklagten vom 18. September 1995, daß die von ihm gezahlten 4 Mio. DM vorrangig auf Ansprüche nach den §§ 30, 32 a, 32 b GmbHG gezahlt werden, ist im Rahmen eines Gesellschafterbeschlusses erfolgt, den der Beklagte als Alleingesellschafter gefaßt hat. Schon dieser einseitige Willensakt des Beklagten schließt eine Abrede mit wem auch immer über eine Erfüllungswirkung aus. 58

Allenfalls könnte der Zusatz "zur Kenntnis genommen" mit der Unterschrift des damaligen Alleingeschäftsführers B auf eine rechtsgeschäftliche Abrede deuten. Allerdings enthält die Wendung "zur Kenntnis genommen" für sich allein keinen rechtsgeschäftlichen Einigungswillen der Gemeinschuldnerin, sondern bedeutet dem Wortsinn nach nur den Empfang der Erklärung des Beklagten. Auch der Beklagte selbst hat darin keine rechtsgeschäftliche Erklärung gesehen, da er erstinstanzlich vorgetragen hat, daß die Gemeinschuldnerin lediglich "nicht widersprochen" habe. Hinzu kommt, daß es nicht nachvollziehbar ist, daß ein gesellschaftlicher Nachschuß zur Tilgung von Konkursanfechtungsansprüchen bestimmt werden könnte. Denn ein Nachschuß ist nach § 26 Abs. 1 GmbHG ein Betrag, mit dem ein Gesellschafter über das feste Stammkapital hinaus Eigenkapital bildet. Mit einem solchen Nachschuß kann von vornherein nicht ein erst im Augenblick der Konkurseröffnung entstehender Anfechtungsanspruch - zudem auf rechtsgeschäftlicher Grundlage - getilgt werden.

Denn ohnehin gilt, daß die anfechtungsrechtliche Rückgewährschuld erst nach Konkurseröffnung entsteht (vgl. Kuhn/Uhlenbruck, § 37 KO Rdnr. 24), so daß nach § 7 KO, wonach die Verfügungsbefugnis mit Konkurseröffnung auf den Konkursverwalter übergeht, eine Einigung über eine Erfüllungswirkung nicht mit der Gemeinschuldnerin, sondern mit dem Kläger zu treffen war. Eine Genehmigung nach § 362 Abs. 2 BGB hat der Kläger nicht erteilt. 59

Letztlich trifft auch das vom Landgericht herangezogene Argument, der Gesellschaftersbeschuß beziehe sich nur auf Ansprüche aufgrund bereits vorgenommener Handlungen ("sollten Ansprüche ... bestehen, ... auf diese Ansprüche gezahlt"), zu, so daß der Beklagte selbst schon keinen Erfüllungswillen bezogen auf den hier in Rede stehenden Anspruch hatte. 60

4. 61

Ebenfalls zutreffend hat das Landgericht die Anfechtungsfrist des § 41 Abs. 1 S. 1 KO als gewahrt angesehen. Zwar findet die einjährige Ausschußfrist des § 41 Abs. 1 KO nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH NJW 1993, 3265; BGH ZIP 1994, 31) auf den Anspruch auf Erstattung des Wertes der eigenkapitalersetzenden Sicherheit i.S.d. § 32 b GmbHG entsprechende Anwendung. Der Beklagte weist im Ausgangspunkt auch zutreffend darauf hin, daß die Klageschrift ihm erst am 27. Januar 1998 zugestellt worden ist, während die Eröffnung des Konkursverfahrens bereits am 17. Juli 1996 erfolgt ist, so daß danach die Jahresfrist überschritten ist. 62

Allerdings ist es zu einer Hemmung des Fristlaufs nach den §§ 41 Abs. 1 S. 2 KO, 203 Abs. 2 BGB dadurch gekommen, daß der Kläger am 12. Juni 1997 einen Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe gestellt hat. Voraussetzung für den Eintritt der Hemmungswirkung ist grundsätzlich, daß das Prozeßkostenhilfegesuch ordnungsgemäß begründet und vollständig ist (Palandt/Heinrichs § 203 BGB Rdnr. 9). 63

Zwar hat der BGH in seiner Entscheidung ZIP 1998, 1645 klargestellt, daß es seit den Entscheidungen BGH NJW 1991, 40, 41 und BGH NJW 1994, 3170 selbstverständlich ist, daß der Konkursverwalter die Forderungen der Gläubiger nach Art und Höhe vorzutragen hat, um dem Gericht die Beurteilung einer Zumutbarkeit nach § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO zu ermöglichen. Dem Beklagten ist zuzugeben, daß eine solche dezidierte Darlegung im einzelnen im Prozeßkostenhilfeantrag des Klägers nicht vorhanden gewesen, sondern erst mit Schriftsatz vom 9. Dezember 1997 nachgereicht worden ist. Allerdings war eine solche ins einzelne gehende Aufgliederung hier entbehrlich, weil bereits die Angaben in der Antragsschrift eine Prüfung hinreichend sicher ermöglicht haben. Denn der Kläger hatte 64

bereits in seiner Antragsschrift sowohl den Kassenbestand mitgeteilt als auch eine grobe Quotenberechnung vorgenommen, nach der angesichts der vorhandenen freien Masse davon auszugehen war, daß alle Masseschulden und -kosten sowie die nach § 61 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 KO berechtigten Forderungen beglichen werden konnten. Die Gläubiger von Massekosten und -schulden waren deshalb, weil sie auch ohne einen Prozeß volle Befriedigung erwarten konnten, nicht wirtschaftlich Beteiligte (vgl. Kilger/K. Schmidt § 6 KO Anm. 7 c bb). Wirtschaftlich beteiligt waren danach allein die Gläubiger mit nicht bevorrechtigten Forderungen; auf sie entfiel ohne Klage eine Quote von 1,25% und mit Durchführung des beabsichtigten Rechtsstreits (damals gerichtet auf 205.745,30 DM) eine Quote von 5,07%. Aufgrund der mit der Antragsschrift vorgelegten Angaben war es somit möglich, eine gewisse rechnerische Verbesserung ihrer Befriedigungsaussichten festzustellen, so daß die Bewertung, ob eine Zumutbarkeit einer Vorschußleistung zu bejahen war, erfolgen konnte. Damit hatte der Kläger dem Landgericht - wenn auch äußerst knapp - alle Tatsachen unterbreitet, die dieses zur Bescheidung des Prozeßkostenhilfeantrags benötigte.

Nach Auffassung des Senats hat das Landgericht auch zu Recht Prozeßkostenhilfe bewilligt. 65
Denn die marginale Quotenverbesserung von 1,25% auf 5,07% rechtfertigt keine Zumutbarkeit einer Vorschußleistung nach § 116 S. 1 Nr. 1 2. Alternative ZPO.

Selbst wenn man hier anderer Auffassung sein wollte, könnte dies die eingetretene 66
Hemmung des Fristlaufs nicht in Frage stellen. Denn die hemmende Wirkung des Prozeßkostenhilfeantrags tritt auch dann ein, wenn Prozeßkostenhilfe bewilligt wird, ohne daß die subjektiven Voraussetzungen in Wirklichkeit vorgelegen haben (OLG Düsseldorf WM 1998, 1621, 1630; Staudinger/Peters, § 203 BGB Rdnr. 18). Anderes gilt nur für den Fall eines bewußten Mißbrauchs des Antragstellers, der hier nicht geltend gemacht ist und für den hier auch nichts ersichtlich ist.

Die Hemmung dauerte somit fort bis zum Tage des Zugangs des 67
Prozeßkostenhilfebeschlusses beim Kläger am 21. Januar 1998. Da an diesem Tag bereits die Zustellung der Klage erfolgte, ist die Frist des § 41 Abs. 1 S. 1 KO gewahrt. Angesichts der damit gegebenen Wahrung der Frist kommt es auf eine Anwendung der sogenannten Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz, auf die der BGH im Falle der Versäumnungsfrist nach § 41 KO zurückgreift (vgl. BGH NJW 1993 2365, 2366; BGH ZIP 1995, 31), nicht an.

Nach § 97 Abs. 1 ZPO hat der Beklagte die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu 68
tragen. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Festsetzung des Wertes der Beschwer hat seine Grundlage in § 546 Abs. 2 S. 1 ZPO.