

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

AktG 1965 §§ 92, 93, 116; VerglO §§ 7, 82;
BGB §§ 823 Be, 826 Ge

- a) Ein gerichtlich bestätigter Liquidationsvergleich über das Vermögen einer Kapitalgesellschaft kann sich mit Wirkung für und gegen alle Vergleichsgläubiger auch auf solche Ersatzansprüche der Schuldnerin gegen Gesellschaftsorgane erstrecken, die ein Gläubiger nach § 93 Abs. 5 AktG im eigenen Namen geltend machen kann.
- b) Zur Deliktshaftung von Aufsichtsratsmitgliedern wegen Verletzung der Konkursantragspflicht.
- c) Die Pflicht, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber nach drei Wochen, das Konkurs- oder Vergleichsverfahren zu beantragen, beginnt im Falle der Überschuldung mit der Kenntnis des geschäftsführenden Organs vom Konkursgrund (wie BGHSt 15, 306, 310).
- d) Das geschäftsführende Gesellschaftsorgan muß bei einer erkannten Überschuldung nach pflichtmäßigem Ermessen die Aussichten und Vorteile eines Sanierungsversuchs gegen die Nachteile abwägen, die nicht eingeweihten Kunden bei einem Scheitern des Versuchs durch zwischenzeitliche Vermögensbewegungen entstehen können. Entscheidet es sich nach sorgfältiger und gewissenhafter Prüfung für einen solchen Versuch und darf es ihn den Umständen nach als sinnvoll ansehen, so verstößt es nicht schon deshalb gegen die guten Sitten oder das Betrugsverbot, weil eine für das Gelingen des Versuchs unerläßliche Fortführung des Betriebs unter Geheimhaltung seiner bedrängten Lage die Möglichkeit einschließt, daß hierdurch Getäuschte bei einem Zusammenbruch des Unternehmens einen Schaden erleiden, der ihnen bei sofortiger Einleitung eines Insolvenzverfahrens erspart geblieben wäre.

BGH, Urt. v. 9. Juli 1979 - II ZR 118/77 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 118/77

URTEIL

Verkündet am
9. Juli 1979
Kaufmann
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der B[REITENBURGER] K[REITENBURGER] L[REITENBURGER]bank-Giro-Zentrale,
Körperschaft des öffentlichen Rechts, vertreten
durch den Vorstand, Generaldirektor Dr. August H[REITENBURGER]
und Direktor Ernst W[REITENBURGER], A[REITENBURGER]-Anlage [REITENBURGER],
M[REITENBURGER],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REITENBURGER] -

gegen

1. den Versicherungsunternehmer Dr. Hans G[REITENBURGER],
von Wei[REITENBURGER]-Straße [REITENBURGER], K[REITENBURGER],
2. den Direktor Anton Wei[REITENBURGER], Wal[REITENBURGER]straße [REITENBURGER],
K[REITENBURGER],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter
zu 1:

Rechtsanwalt Dr. [REITENBURGER] -

- Prozeßbevollmächtigter
zu 2:

Rechtsanwalt Dr. [REITENBURGER] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 1979
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes
Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer
und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Köln vom 5. Mai 1977 wird auf Kosten
der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Landesbank und Girozentrale,
macht die Beklagten für Verluste verantwortlich, die
sie durch den Zusammenbruch des Bankhauses I. D. He[REDACTED]
Kommanditgesellschaft auf Aktien (im folgenden: He[REDACTED]-
bank) im Juni 1974 erlitten hat.

Persönlich haftender Gesellschafter der He[REDACTED]-
bank war Iwan D. He[REDACTED]. Der Beklagte zu 1 war zu
der maßgeblichen Zeit Vorsitzender des sechsköpfigen
Verwaltungsrats und des neunköpfigen Aufsichtsrats.
Er war auch Mehrheitsaktionär der zum G[REDACTED]-Konzern
gehörigen Gesellschaften, die als Kommanditaktionäre
mit insgesamt 84,0273 % am Grundkapital beteiligt waren.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Beklagte zu 2, der das Finanzwesen des G██████-Konzerns leitete, war ebenfalls Mitglied des Aufsichtsrats und seit dem 29. April 1974 stellvertretender Vorsitzender des Verwaltungsrats der He██████bank. Nach der Satzung der Bank (§ 27) konnte der Verwaltungsrat "allgemeine und besondere Weisungen für die Geschäftsführung erteilen" und aufgrund dieser Befugnis über das Erfordernis seiner Zustimmung in besonders genannten Einzelfällen hinaus "allgemeine und besondere Anordnungen für die Geschäftsführung" erlassen, insbesondere für "Maßnahmen, die der Gestaltung des Kreditgeschäfts" dienten.

Der Zusammenbruch der He██████bank beruhte auf hohen Verlusten im Devisenhandel, der im Jahre 1973 einen Umsatz von 63,8 Mrd. DM erreichte. Diese Verluste überstiegen bei starken Ergebnisschwankungen seit Mitte 1973 wiederholt das haftende Eigenkapital. Mit Schreiben vom 25. Februar 1974 bat das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen die mit der Abschlußprüfung der He██████bank zum 31. Dezember 1973 befaßte K██████-Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Prüfung und Bericht besonders auch auf den Devisenhandel - Risiken, Umsätze, Organisation und Kontrolleinrichtungen - zu erstrecken. Der daraufhin erstattete Prüfungsbericht vom 11. März 1974 kam unter anderem zu dem Ergebnis, daß zum Ende des Jahres 1973 im Devisentermingeschäft eine offene Plusposition von 711,3 Mio. US-Dollar zu verzeichnen sei und am 8. Februar 1974 eine Plusposition von 679,3 Mio. Dollar einer Gesamtminusposition von 599 Mio. Dollar gegenübergestanden habe, so daß noch ein Plussaldo von 80,3 Mio. Dollar verblieben sei. Nach Kompensation aller

schwebenden Gewinne mit allen schwebenden Verlusten in den Einzelwährungen habe sich zum Jahresende ein erheblicher Gewinnsaldo ergeben, so daß Rückstellungen für drohende Verluste nicht erforderlich seien; auch aus den Abwicklungen im Januar und Februar 1974 seien keine Anhaltspunkte für eine "Schieflage" der Bank zu entnehmen gewesen. Die sehr hohen Gewinne aus dem Devisen- und Edelmetallhandel glichen als dominante Ertragsquellen die starken Ertragseinbußen im zinsabhängigen Geschäft (fast 60 %) aus; ohne diese Sondergewinne hätte die Bank im betrieblichen Bereich mit einem beträchtlichen Verlust abgeschlossen. Am Jahresende sei die Vermögens- und Liquiditätslage der Bank intakt gewesen. Auch später seien keine negativen Veränderungen festgestellt worden. Das haftende Eigenkapital wurde zum 31. Dezember 1973 gemäß § 10 KreditwesenG mit 72.250.000,-- DM beziffert. Der Bericht schließt mit dem Bestätigungsvermerk gemäß § 167 Abs. 1 AktG.

Am 11. Juni 1974 teilte He [REDACTED] dem Beklagten zu 2 mit, daß sich bei einer bankinternen Prüfung zum 31. Mai 1974 in den Devisentermingeschäften ein Verlust in Höhe von etwa 64 Mio. DM ergeben habe. Der Beklagte zu 2 verständigte hierüber den Beklagten zu 1. Am 16. Juni 1974 unterrichteten He [REDACTED] und der Generalbevollmächtigte Gr [REDACTED] von der Go [REDACTED] die Beklagten davon, daß der Verlust sich zwischen 450 und 520 Mio. DM bewege. Am 23. Juni 1974 erörterten der Beklagte zu 2, der Präsident der Deutschen Bundesbank und der Vorsitzende des Präsidiums des Aufsichtsrats des G [REDACTED]-Konzerns, Otto Wo [REDACTED] von A [REDACTED], die Frage einer Rettung der He [REDACTED]bank. Weitere Gespräche über dasselbe Thema fanden

am 24. Juni 1974 zwischen den beiden Beklagten, dem Präsidenten des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen und dem Präsidenten der Landeszentralbank in D[REDACTED] sowie am 25. und 26. Juni 1974 unter Mitwirkung zunächst des Sprechers der De[REDACTED] Bank und sodann auch von Vertretern der Dr[REDACTED] Bank und der Co[REDACTED] statt. Sie endeten erfolglos, nachdem der Beklagte zu 1 zwar angeboten hatte, sich zur Abdeckung der Bankverluste zu verpflichten, die vorgenannten drei Großbanken es aber abgelehnt hatten, die vom Präsidenten des Bundesaufsichtsamts geforderte Absicherung dieser Garantie durch eine Bürgschaft zu übernehmen. Noch am 26. Juni 1974 nahm das Bundesaufsichtsamt die der He[REDACTED]bank erteilte Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften zurück; es ordnete die Abwicklung der Gesellschaft an und gab ihr auf, sofort bis auf weiteres ihre Schalter zu schließen und ihre Zahlungen einzustellen.

Am 27. Juni 1974 beantragte die He[REDACTED]bank die Eröffnung des Vergleichsverfahrens; am 22. Oktober 1974 gab das Amtsgericht dem Antrag statt. In diesem Verfahren kam es am 17. Dezember 1974 zu einem Vergleich, der am 30. Dezember 1974 gerichtlich bestätigt wurde. Danach überließ die He[REDACTED]bank den Gläubigern ihr gesamtes Vermögen zuzüglich der von dritter Seite zur Verfügung gestellten Beträge zur Verwertung. Weiter heißt es zu I 1:

"Eventuelle Ansprüche der Vergleichsschuldnerin gegenüber früheren und derzeitigen satzungsmäßigen Organen, Gesellschaftern und Aktionären der Vergleichsschuldnerin sowie denen der He[REDACTED]-Bank Lu[REDACTED] S. A., Lu[REDACTED], soweit diese Ansprüche im Zusammenhang mit den genannten

Funktionen stehen, eventuelle Ansprüche der Vergleichsschuldnerin gegenüber Dr. Hans G. (Beklagter zu 1) und seiner Familie im Sinne von § 4 Abs. 2 VerglO sowie gegenüber Gesellschaften der G-Gruppe und ihren satzungsmäßigen Organen und ebenso Ansprüche der Vergleichsschuldnerin, die zu Rückgriffs-, Freistellungs- oder sonstigen Ansprüche gegenüber den Zuvorgenannten führen können, gehören nicht zu dem von der Vergleichsschuldnerin aufgrund dieses Vergleiches überlassenen Vermögen.

...

Der durch die Verwertung des den Vergleichsgläubigern hiernach überlassenen Vermögens der Vergleichsschuldnerin nicht gedeckte Teil der Forderungen wird erlassen ... "

Aus der zu verteilenden Masse sollten Gläubiger, die weder Banken noch Kommunen oder kommunale Eigengesellschaften waren, vorrangig 65 %, die Kommunen und deren Eigengesellschaften 55 %, ausländische Banken 55 % und inländische Banken 45 % ihrer Forderungen erhalten. Zu den von dritter Seite zugeschossenen Beträgen gehörte ein Beitrag des Beklagten zu 1 in Höhe von 200 Mio. DM zuzüglich 10 Mio. DM aus dem "Härtefonds G.". Diese Beiträge hatte der Beklagte zu 1 unter der Bedingung versprochen, daß die Gläubiger mit bestimmten Prozentsätzen neben dem gerichtlichen auch einem außergerichtlichen Vergleich zustimmten, wonach sie auf Ansprüche jeder Art gegen die vorerwähnten Organe usw. verzichteten. Ein solcher Vergleich kam ebenfalls am 17. Dezember 1974 zwischen dem Beklagten zu 1 und einer Anzahl von Gläubigern zustande.

Die Klägerin hat sich weder dem gerichtlichen noch dem außergerichtlichen Vergleich angeschlossen. Nach ihrer Behauptung hatte sie gegen die Herstattbank Forderungen in Höhe von 50 Mio. DM, und zwar 30 Mio. DM aus der Hergabe von Termingeldern und 20 Mio. DM aus der Tagesgeldausleihe vom 25. Juni 1974, die am 26. Juni 1974 um einen Tag verlängert worden sei. Aus dem letztgenannten Posten macht sie gegen die Beklagten unter den Gesichtspunkten der Durchgriffshaftung, der Verletzung aktienrechtlicher Vorschriften und der unerlaubten Handlung eine Teilforderung in Höhe von 1 Mio. DM geltend. Sie hat vorgetragen, die Verantwortlichkeit der Beklagten ergebe sich schon aus der Machtstellung, die sie gegenüber der He[REDACTED]bank innegehabt und auch tatsächlich bis in die Einzelheiten der Geschäftspolitik hinein ausgeübt hätten. Wiederholt habe dieser beherrschende Einfluß in Geschäftsabschlüssen zum Nachteil der He[REDACTED]bank und zum Vorteil von G[REDACTED]-Gesellschaften seinen Niederschlag gefunden. Ihre Aufsichtspflicht als Mitglieder des Aufsichtsrats und des Verwaltungsrats der He[REDACTED]bank hätten die Beklagten seit dem Herbst 1973 fortlaufend verletzt. Trotz Kenntnis von dem nicht zu verantwortenden Ausmaß der Devisengeschäfte und ungeachtet der ihnen zuteil gewordenen Warnungen hätten sie nichts unternommen, der deutlich erkennbaren Gefahr hoher Verluste zu begegnen. Als ihnen am 11. Juni 1974 ein Verlust von 64 Mio. DM angegeben worden sei, hätten sie es versäumt, diese Angabe sogleich durch die K[REDACTED]-Wirtschaftsprüfungsgesellschaft überprüfen zu lassen. Nicht einmal auf die Mitteilung vom 16. Juni 1974 über die wirkliche Höhe der Verluste hätten sie alsbald das Nötige veranlaßt.

Pflichtwidrig hätten sie He[REDACTED] von einem alsbaldigen Konkurs- oder Vergleichsantrag, wie er nach Lage der Sache geboten gewesen sei, abgehalten und ihn bei den anschließenden Sanierungsverhandlungen ausgeschaltet. Diese Verhandlungen seien, wie sie hätten erkennen müssen, angesichts der Höhe der Verluste von vornherein sinnlos gewesen und überdies mit unnötigen Verzögerungen geführt worden. Die so gewonnene Zeit hätten sie benutzt, um, vor allem zugunsten von G[REDACTED]-Gesellschaften, noch erhebliche Werte aus der Bank abziehen zu lassen. Dabei hätten sie eine Schädigung von Bankkunden, die, getäuscht durch die Fortführung des Bankbetriebs, noch Geld eingelegt hätten, in Kauf genommen.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 1 Mio. DM mit Zinsen zu verurteilen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen (Abdr. d. Berufungsurteils in AG 1978, 77). Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Aktienrechtliche Haftung

1. Die Klage ist zunächst darauf gestützt, die Beklagten hätten es unter grober Verletzung ihrer Pflichten als Mitglieder des Aufsichtsrats und des Verwaltungsrats der He■■■■bank versäumt, die sachlich nicht zu vertretende Ausweitung der gefährlichen Devisentermingeschäfte rechtzeitig zu unterbinden, bevor der Bank und deren Gläubigern daraus ein nicht wiedergutmachender Schaden habe entstehen können. Damit verfolgt die Klägerin den in § 93 Abs. 2, § 116 AktG geregelten Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen Organmitglieder wegen pflichtwidriger Amtsführung, den unter den besonderen Voraussetzungen des § 93 Abs. 5 AktG auch ein Gläubiger der Gesellschaft geltend machen kann. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die genannten Vorschriften nach § 278 Abs. 3 AktG auch für den Aufsichtsrat einer Kommanditgesellschaft auf Aktien wie der Herstattbank gelten. Es verneint aber schon aus Rechtsgründen eine aktienrechtliche Haftung der Beklagten gegenüber der Klägerin, weil sie durch den Liquidationsvergleich vom 17. Dezember 1974 ausgeschlossen sei. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

Nach § 82 Abs. 1 VerglO wirkt der bestätigte Vergleich auch gegen die Vergleichsgläubiger, die, wie die Klägerin, ihm nicht zugestimmt haben. Das Berufungsgericht meint zunächst, diese Vergleichswirkung "überlagere" allgemein das Recht der Gläubiger aus § 93 Abs. 5 AktG,

Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen deren Organe selbst zu verfolgen. Die Gläubiger könnten daher wegen des im Vergleich erlassenen Teils ihrer Forderungen auch nicht bei einem haftpflichtigen Organmitglied Befriedigung suchen (so Mertens, AG 1977, 66; ebenso im Ergebnis - mit nicht überzeugender Begründung - anscheinend Bley/Mohrbutter, VerglO 3. Aufl. § 108 Anm. 23 b; a. M. wohl Barz in Großkomm. AktG 3. Aufl. § 62 Anm. 11; Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG 6. Aufl. § 64 Anm. 27, 33).

Ob diese von der Revision bekämpfte Ansicht zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Nach dem vorliegenden Liquidationsvergleich entfällt das Verfolgungsrecht der Gläubiger nach § 93 Abs. 5 AktG jedenfalls mit Rücksicht auf die zu I 1 getroffene Regelung, die das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei als Erlaßvereinbarung aufgefaßt hat. Danach sollten etwaige Ansprüche der Hei~~bank~~bank gegen satzungsmäßige Organe, die im Zusammenhang mit deren Funktionen standen, nicht zu dem den Gläubigern überlassenen Vermögen gehören. Diese Abrede in Verbindung mit dem weiterhin vereinbarten Erlaß desjenigen Teils der Vergleichsforderungen, der durch die Verwertung des den Vergleichsgläubigern überlassenen Hei~~bank~~vermögens nicht gedeckt war, kann vernünftigerweise nur bedeuten, daß Ersatzansprüche der Hei~~bank~~bank gegen Organmitglieder und vor allem auch gegen den namentlich benannten Beklagten zu 1 dem Zugriff der Gläubiger entzogen, diese also darauf beschränkt sein sollten, aus den ihnen überlassenen sonstigen Vermögensstücken Befriedigung zu suchen. Das wird noch erhärtet durch die

vom Berufungsgericht herangezogene, auch im Vergleichstext (zu III 1: "Um den vorstehenden Vergleich im Rahmen einer Gesamtbereinigung des He[REDACTED]-Komplexes zu ermöglichen...") anklingende Erklärung des Beklagten zu 1, einen Betrag von 210 Mio. DM unter der Bedingung in die Vergleichsmasse einzubringen, daß die Gläubiger der Bank auf Ansprüche jeder Art gegen ihn und andere Organe, Gesellschafter und Aktionäre der He[REDACTED]bank verzichteten. Die in der mündlichen Verhandlung aufgeworfene Frage der Revision, warum der Beklagte zu 1 die außergerichtliche Abgabe einer solchen Erklärung gefordert haben sollte, wenn sie schon im gerichtlich bestätigten Vergleich enthalten gewesen wäre, läßt sich zwanglos so beantworten, daß der Beklagte zu 1 im Hinblick auf immerhin mögliche Zweifel an der Reichweite und Verbindlichkeit eines solchen Verzichts gemäß § 82 Abs. 1 VerglO sicher gehen wollte.

Solche Zweifel sind jedoch nicht begründet. Vielmehr ist der Verzicht der Gläubiger darauf, sich wegen des durch das überlassene Vermögen nicht gedeckten Teils ihrer Ansprüche gegen die He[REDACTED]bank bei deren Organen schadlos zu halten, auch insoweit, als die Gläubiger die Organe der Bank sonst nach § 93 Abs. 5 AktG unmittelbar hätten in Anspruch nehmen können, vergleichsrechtlich zulässig und durch den Mehrheitszwang des § 82 Abs. 1 VerglO mit erfaßt.

a) Wie § 7 Abs. 4 VerglO zu entnehmen ist, kann ein Liquidationsvergleich wirksam auf einen Teil des Schuldnervermögens mit der Folge beschränkt werden, daß die von der

Verwertung ausgenommenen Vermögensteile für eine Befriedigung der Gläubiger nicht mehr verfügbar sind, soweit die Mindestquote durch das den Gläubigern überlassene Vermögen gedeckt ist. Das Gesetz stellt damit das Schuldnervermögen insofern zur Disposition der Gläubigermehrheit, als diese um der möglichst gleichmäßigen Befriedigung aller willen in einem Vergleich die Verwertung und Verteilung des vom Schuldner hierzu bereitgestellten Vermögens verbindlich regeln, zugleich aber auch den Zugriff auf andere Vermögensgegenstände ausschließen kann, um einen schädlichen Wettlauf der Gläubiger zu vermeiden.

b) Zu den Vermögensstücken, die auf solche Weise in eine Verwertung zugunsten aller Gläubiger einbezogen, aber auch davon ausgenommen werden können, gehören auch Schadenersatzforderungen der Gesellschaft gegen ihre Verwaltungsmitglieder einschließlich der in § 93 Abs. 5 AktG besonders herausgehobenen Ansprüche, die ein Gläubiger selbst zu verfolgen berechtigt ist. Bei diesen Ansprüche mag zum Teil der Schutz der Gläubiger und nicht so sehr das Interesse der Gesellschaft im Vordergrund stehen; so kann namentlich bei einer nach Konkursreife geleisteten Zahlung (§ 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG) zweifelhaft sein, ob durch sie der Gesellschaft überhaupt ein Schaden entstanden ist (vgl. zu § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG: Urt. d. Sen. v. 18. 3. 74 - II ZR 2/72, LM GmbHG § 43 Nr. 4). Gleichwohl rechnet das Gesetz diese Ansprüche, auch soweit es ihre Verfolgung unmittelbar in die Hand der Gläubiger legt, materiell zum Vermögen der Gesellschaft, wie die Fassung des § 93 Abs. 5 AktG ("Ersatzanspruch der Gesellschaft") einwandfrei ergibt.

Wollte man, wie die Revision es will, die von § 93 Abs. 5 AktG erfaßten Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organe von der Möglichkeit einer nach § 82 Abs. 1 VerglO verbindlichen Regelung in einem Vergleich ausnehmen, so würde gerade das eintreten, was durch eine am Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung (§ 8 VerglO) ausgerichtete Einigung verhindert werden soll: Es bestünde dann die Gefahr eines "Wettrennens" mindestens unter den nicht am Vergleich beteiligten Gläubigern um eine bevorzugte Befriedigung aus diesen Ansprüchen (Mertens, AG 1977, 66, 67 f). Hinzu kommt, daß die Möglichkeit, die etwaige Haftung von Gesellschaftsorganen mit Wirkung für und gegen alle Vergleichsgläubiger in den Vergleich einzuschließen, geeignet sein kann, dessen Zustandekommen zu fördern, ein Gedanke, dem das Gesetz durch die ausdrückliche Regelung in § 109 Nr. 3 VerglO zugunsten persönlich haftender Gesellschafter Rechnung trägt (vgl. Urt. d. Sen. v. 25. 5. 70 - II ZR 183/68, LM VerglO § 109 Nr. 1).

c) Nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts läßt sich die Vorschrift des § 82 Abs. 2 VerglO, wonach die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Schuldners sowie für die Forderung bestehende Sicherheiten durch den Vergleich unberührt bleiben, nicht auf Schadenersatzansprüche nach § 93 Abs. 5 AktG übertragen. Denn diese Ansprüche unterscheiden sich wesentlich von den in § 82 Abs. 2 VerglO genannten Dritt- und Sicherungsrechten. Diese stehen dem einzelnen Gläubiger aufgrund eines besonderen, gerade im Hinblick auf seine Forderung begründeten Rechtsverhältnisses aus eigenem,

nicht abgeleiteten Recht zu und können ihm nicht gegen seinen Willen durch Mehrheitsbeschluß gemäß § 74 VerglO entzogen werden, da sich der Mehrheitszwang weder auf eigene Ansprüche des Gläubigers gegen einen Dritten noch auf dingliche Rechte erstreckt (Bley/Mohrbutter aaO § 8 Anm. 12, 21, § 82 Anm. 19); insofern ist auch, wie § 82 Abs. 2 VerglO ausdrücklich klarstellt, die Abhängigkeit der Sicherheit vom Schicksal der Hauptverbindlichkeit durchbrochen. Ganz anders verhält es sich mit den Ersatzansprüchen der Gesellschaft, die nach § 93 Abs. 5 AktG "auch" ein Gesellschaftsgläubiger geltend machen kann: Sie brauchen sich nicht unmittelbar auf diejenige Forderung zu beziehen, deretwegen ein Gesellschaftsgläubiger Befriedigung sucht, sondern stehen als Bestandteil des Gesellschaftsvermögens dem Zugriff aller Gläubiger lediglich mit der Besonderheit offen, daß ein Gläubiger unmittelbar und nicht erst auf dem Weg einer Pfändung und Überweisung des Haftpflichtanspruchs gegen den Schuldner vorgehen kann. Das Recht der Gesellschaft, über diesen Anspruch. z. B. durch Einzug oder Abtretung, selbst zu verfügen, wird hierdurch nicht beeinträchtigt; nur die in § 93 Abs. 5 Satz 3 AktG aufgeführten Rechtshandlungen - Verzicht, Vergleich oder Hauptversammlungsbeschluß - braucht ein Gläubiger nicht gegen sich gelten zu lassen. Mit dieser Einschränkung kann andererseits der Haftpflichtschuldner alle Einwendungen, die ihm gegen die Gesellschaft zustehen, auch einem Gläubiger entgegenhalten. Er kann trotz Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger nach wie vor mit befreiender Wirkung an die Gesellschaft zahlen und braucht

auch dann nur einmal bis zur Höhe des Ersatzanspruchs der Gesellschaft zu leisten, wenn den Gläubigern, zusammengenommen, ein höherer Schaden entstanden ist.

Diese gänzlich andere rechtliche Gestaltung verbietet es, die den Gläubigern zur eigenen Wahrnehmung überlassenen Haftpflichtansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organe den ursprünglichen, auf unmittelbaren Rechtsbeziehungen beruhenden individuellen Rechten einzelner Vergleichsgläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen gleichzusetzen, die § 82 Abs. 2 VerglO im Auge hat.

d) Bedenken dagegen, die von § 93 Abs. 5 AktG erfaßten, auf besonders schwerwiegenden Verstößen beruhenden Ersatzansprüche gegen Organmitglieder in die Vergleichswirkung nach § 82 Abs. 1 VerglO einzubeziehen, ergeben sich auch nicht daraus, daß § 93 Abs. 5 Satz 3 AktG die Gläubiger gegen nachteilige Einwirkungen der Gesellschaft auf diese Ansprüche zu schützen sucht. Denn dieser Schutzzweck schließt es nicht aus, daß die Gläubiger selbst in einem gerichtlich bestätigten Vergleich auf eine Inanspruchnahme der Gesellschaftsorgane verzichten und sich mit einem Zugriff auf das übrige, ihnen gemäß § 7 Abs. 4 VerglO zur Verwertung überlassene Gesellschaftsvermögen begnügen.

e) Die Erstreckung eines solchen Vergleichs auf diejenigen Gläubiger, die ihm nicht zugestimmt haben, bedeutet freilich einen Eingriff in die besondere Rechtsstellung, die ihnen § 93 Abs. 5 AktG hinsichtlich der

dort geregelten Haftpflichtansprüche einräumt. Darin liegt jedoch keine unzumutbare Beeinträchtigung dieser Gläubiger, die über das in § 82 Abs. 1 VerglO vorausgesetzte, mit dem Mehrheitszwang notwendig verbundene Maß hinausginge. Indem § 93 Abs. 5 AktG den Gläubigern unter bestimmten Voraussetzungen ein unmittelbares Klagerecht gegenüber haftpflichtigen Verwaltungsmitgliedern gibt, erspart er ihnen den Umweg über eine vorherige Pfändung und Überweisung des Ersatzanspruchs und schützt er sie dagegen, daß Gesellschaft und ersatzpflichtige Organe zu ihrem Schaden zusammenwirken, sei es auch nur dahin, daß die Verwirklichung des Ersatzanspruchs unterbleibt oder verzögert wird. Diese Gesichtspunkte erfordern es nicht, der Regelung solcher Ansprüche in einem Liquidationsvergleich die Wirkungen des § 82 Abs. 1 VerglO zu versagen. Wie gerade der vorliegende Fall zeigt, können die Beteiligung von Gesellschaftsorganen an den Vergleichsverhandlungen und die Einbeziehung etwaiger Ersatzansprüche gegen sie in den Vergleich durchaus zu einer abschließenden und umfassenden Erledigung aller Forderungen im Interesse der Gläubigergesamtheit beitragen und den einzelnen Gläubigern ein zeitraubendes, kostspieliges und mit Risiken behaftetes gesondertes Vorgehen gegen die Organe ersparen. Diese Vorteile wiegen regelmäßig das Interesse einzelner Gläubiger am Fortbestand eines eigenen, auf Kosten der Gläubigergemeinschaft gehenden Verfolgungsrechts auf.

2. Für Schadenersatzansprüche gemäß § 117 AktG, die nach Abs. 5 dieser Vorschrift auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden können, gilt

dasselbe wie für Ansprüche nach § 93 Abs. 5 AktG: Sie scheiden hier nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts schon aufgrund des Vergleichs vom 17. Dezember 1974 aus.

3. Der im Liquidationsvergleich erklärte Verzicht der Gläubiger auf die Verfolgung etwaiger Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen deren Organe ergreift schließlich auch solche Ansprüche, die gegen die Beklagten als Verwaltungsratsmitglieder der He■■■■■■bank erhoben werden können, so daß offenbleiben kann, ob die Möglichkeit, auf diese Ansprüche § 93 Abs. 5 mit § 116 AktG entsprechend anzuwenden, mit dem Berufungsgericht zu verneinen ist.

II. Deliktsansprüche

Scheiden hiernach aktienrechtliche Ansprüche gegen die Beklagten nach dem Liquidationsvergleich aus, so bleiben als mögliche Klagegrundlage noch Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung, die der Klägerin aus eigenem Recht gegen die Beklagten zustehen und als echte Drittansprüche dem Mehrheitszwang nach § 82 Abs. 1 VerglO nicht unterliegen würden (Bley/Mohrbutter aaO § 108 Anm. 23 b). Insoweit geht es im wesentlichen um den Vorwurf, die Beklagten hätten es zu verantworten, daß die He■■■■■■bank zu spät die Eröffnung des Vergleichsverfahrens beantragt und hierdurch die Klägerin geschädigt habe.

1. Als Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger, dessen Verletzung nach § 823 Abs. 2 zum Schadenersatz verpflichtet, kommen auch die Vorschriften über die Konkursanmeldepflicht jedenfalls insoweit in Betracht, als sich durch die Verzögerung der Konkurs-eröffnung die Befriedigungsaussichten der Gläubiger verringert haben (so zur entsprechenden Vorschrift des § 64 GmbHG: BGHZ 29, 100). Die Pflicht, bei Zahlungs-unfähigkeit oder Überschuldung das Konkurs- oder Ver-gleichsverfahren zu beantragen, legt das Gesetz jeweils dem geschäftsführenden Gesellschaftsorgan, also bei der Aktiengesellschaft dem Vorstand und bei einer Kommandit-gesellschaft auf Aktien dem persönlich haftenden Gesell-schafter, auf (§ 92 Abs. 2, § 283 Nr. 14 AktG). Der abschließende Charakter dieser Regelung verbietet es, die Anmeldepflicht auf andere Gesellschaftsorgane wie den Aufsichts- oder einen Verwaltungsrat je nachdem auszudehnen, wie weit deren satzungsmäßige Einfluß-möglichkeiten im Einzelfall reichen, zumal auch § 208 Abs. 1 KO das Konkursantragsrecht auf Vorstandsmitglieder und Liquidatoren beschränkt.

a) Ein unmittelbarer Verstoß der Beklagten gegen § 92 Abs. 2 AktG scheidet hiernach aus. Die Voraus-setzungen, unter denen Personen, die zwar rechtlich nicht dem geschäftsführenden Organ angehört haben, tat-sächlich aber wie ein solches tätig gewesen sind, wegen Verletzung der Konkursantragspflicht haftbar gemacht werden können (vgl. BGHSt 21, 101, 103 ff; BGH, Urt. v. 24. 10. 73 - VIII ZR 82/72, LM BGB § 826 [Ge] Nr. 9, zu III 2), treffen nach den Feststellungen des Berufungs-gerichts auf die Beklagten nicht zu. Danach hatten diese

zwar aufgrund weitgehender satzungsmäßiger Weisungsbefugnisse und der Beklagte zu 1 darüber hinaus auch als Mehrheitsaktionär der mit rund 84 % an der He[REDACTED]bank beteiligten G[REDACTED]-Gesellschaften innerhalb der Bank eine sehr starke Stellung. Sie haben diese aber nicht in der Weise tatsächlich ausgenutzt, daß sie den persönlich haftenden Gesellschafter völlig aus der ihm gesetzlich zugewiesenen Geschäftsführung (§ 278 Abs. 2 AktG, §§ 164, 114 HGB) verdrängt und sich allgemein an seine Stelle gesetzt hätten. Vielmehr führte die ordentliche Geschäftsleitung die Bank bis zu deren Schließung unter voller Eigenverantwortung weiter. Einen Rechtsfehler, der dem Berufungsgericht bei dieser Würdigung unterlaufen sein könnte, vermag die Revision nicht aufzuzeigen.

b) Die Beklagten könnten allerdings als Anstifter oder Gehilfen einer dem persönlich haftenden Gesellschafter zur Last fallenden Verletzung des § 92 Abs. 2 in Verbindung mit § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG über § 823 Abs. 2, § 830 BGB den Gläubigern der He[REDACTED]bank haften. Eine solche Haftung setzt aber die vorsätzliche Unterstützung des zum Handeln Verpflichteten und damit zumindest die Erkenntnis voraus, daß dieser den Konkursantrag pflichtwidrig unterläßt (BGHSt 14, 280). Hierfür bietet der festgestellte Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

c) Nach dem Vortrag der Klägerin sollen die Beklagten freilich angesichts der festgestellten Überschuldung der Bank nicht nur He[REDACTED] zum Stillhalten veranlaßt oder sogar angewiesen, sondern ihn obendrein auch von den

anschließenden Sanierungsverhandlungen ferngehalten und alle damit zusammenhängenden Maßnahmen an sich gezogen haben. Ob dies ausreichen könnte, sie für die Einhaltung der in § 92 Abs. 2 AktG dem geschäftsführenden Organ auferlegten Pflichten selbst verantwortlich zu machen, könnte zweifelhaft sein, wenn man die insoweit ziemlich enge bisherige Rechtsprechung zugrunde legt (vgl. BGH, Urt. v. 24. 10. 73 aaO; aber auch BGHZ 65, 15, 21; dazu K. Schmidt, JZ 1961, 661, 665 f sowie Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Anm. 35 m.w.N.). Die Frage braucht indessen nicht weiter vertieft zu werden. Denn auch wenn man die Möglichkeit einer Haftung der Beklagten wegen Verstoßes gegen § 92 Abs. 2 AktG von dem Zeitpunkt an, in dem sie sich aufgrund ihrer maßgeblichen Stellung in der Herstattbank persönlich in den Gang der Ereignisse eingeschaltet haben, grundsätzlich bejaht, scheidet eine solche Haftung nach dem vorliegenden Sachverhalt aus.

d) Geht man nämlich davon aus, daß die Beklagten, nachdem sie einmal die Dinge in die Hand genommen hatten, die Konkursantragspflicht selber beachten mußten, so können sie sich auch darauf berufen, nach der Vorschrift des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG lediglich verpflichtet gewesen zu sein, das Konkurs- oder Vergleichsverfahren "ohne schuldhaftes Zögern", spätestens aber nach drei Wochen, zu beantragen. Danach braucht das zuständige Gesellschaftsorgan bei Feststellung einer Konkurslage nicht unbedingt sofort einen Konkurs- oder Vergleichsantrag zu stellen. Es muß nur ohne schuldhaftes Zögern handeln. Das schließt die Befugnis und gegebenenfalls sogar die Pflicht ein,

mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG) zu prüfen und zu entscheiden, ob nicht andere, weniger einschneidende Maßnahmen besser als ein Insolvenzverfahren geeignet sind, Schaden von der Gesellschaft, ihren Gläubigern und der Allgemeinheit abzuwenden. Das hierdurch der Unternehmensleitung eingeräumte pflichtmäßige Ermessen wird durch die für seine Ausübung gesetzte Höchstfrist von drei Wochen noch unterstrichen, aber auch begrenzt (Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Anm. 6, 7, 21).

Damit gibt das Gesetz einen, wenn auch zeitlich kurz bemessenen, Spielraum für Sanierungsaktionen. Die Verwaltung hat, je nach Lage des Falles, Gelegenheit zu dem Versuch, mit geeigneten Mitteln, wie Verhandlungen mit den Gläubigern und Beschaffung neuen Kapitals, das Unternehmen zu retten. Solche Versuche dienen vielfach nicht nur dem Interesse der Gesellschaft und ihrer Mitglieder, sondern vor allem auch der Gläubiger, für die eine übereilte Konkurseinleitung ein zweischneidiges Schwert bilden kann (Jaeger/Weber, KO 8. Aufl. § 103 Anm. 11), der Erhaltung von Arbeitsplätzen und allgemeiner wirtschaftlichen Belangen. Diese Gesichtspunkte konnten jedenfalls zu der hier maßgeblichen Zeit gerade auch bei einem Bankhaus dazu nötigen, einem Rettungsversuch zunächst den Vorzug zu geben vor einem alsbaldigen Konkurs- oder Vergleichsantrag, der den Bankbetrieb, in der Regel für dauernd, zum Erliegen bringt und für die Kunden zu einem meist sehr beträchtlichen Einlageverlust führt, darüber hinaus aber auch das allgemeine Vertrauen in die Banken untergräbt und nachteilige Folgewirkungen für die Gesamtwirtschaft haben kann.

Entgegen der Auffassung der Revision war daher nach der Gesetzeslage im Jahre 1974 § 92 Abs. 2 AktG auf Bankunternehmen uneingeschränkt anwendbar, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat (heute schreibt der durch Gesetz vom 24. März 1976 - BGBl I 725, 1121 - neu eingefügte § 46 b KreditwesenG für Banken anstelle des Konkursantrags die unverzügliche Anzeige beim Bundesaufsichtsamt vor). Etwas anderes ergibt sich namentlich nicht aus § 46 KreditwesenG. Diese Vorschrift ermächtigt die Bankaufsichtsbehörde, bei Gefährdung der Bankkunden zur Abwendung der Gefahr einstweilige Maßnahmen zu treffen. Mit der privatrechtlichen Verpflichtung des geschäftsführenden Organs einer Kapitalgesellschaft, selbstverantwortlich über die nach § 92 Abs. 2 AktG bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einzuleitenden Maßnahmen zu entscheiden, und der ihm hierfür gesetzten Frist hat dies nichts zu tun.

e) Der Aufschub von Insolvenzmaßnahmen zugunsten von Sanierungsversuchen kann freilich bewirken, daß Gläubiger, die sich durch die vorläufige Aufrechterhaltung des Betriebs in ihren geschäftlichen Dispositionen beeinflussen lassen, bei einem Fehlschlagen des Versuchs Schaden erleiden. Das trifft vor allem auch bei Banken zu, die in der kritischen Zeit ihre Schalter geöffnet halten und ihren laufenden Geschäftsbetrieb weiterführen. Die Gefahr, daß Kunden sich hierdurch zu Neueinlagen verleiten lassen, die bei einem Zusammenbruch der Bank ganz oder teilweise verloren sind, kann praktisch weder durch eine Warnung dieser Kunden noch durch eine Einlagen-

sperre ausgeschaltet werden, sollen die Bemühungen um eine Stützung der Bank nicht von vornherein zum Scheitern verurteilt sein. Denn jede solche Maßnahme kann, nicht zuletzt auch auf Kosten der schon vorhandenen Kunden, eine allgemeine Panik heraufbeschwören und so doch zu einer Schalterschließung zwingen, deren nachteilige Folgen sich in aller Regel nicht wiedergutmachen lassen; das Schicksal der G■■■■■■ Global Bank bildet nach den rechtlich fehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts insofern eine Ausnahme, als es nur durch besondere, mit der Lage der He■■■■■■bank nicht vergleichbare Umstände zu erklären ist. Hinzu kommt, daß es zur Abwendung möglicher Drittschäden infolge verspäteter Geschäftseinstellung bei der Eigenart eines laufenden Bankbetriebs nicht einmal ausreichen würde, durch persönliche Einwirkung Gläubiger von einer Neueröffnung oder einer Erhöhung von Guthaben abzuhalten. Denn es ist darüber hinaus vor allem an den gewöhnlich sehr großen und unübersehbaren Kreis solcher Kunden zu denken, auf deren Konten noch Zahlungen oder Überweisungen im normalen Abrechnungsverkehr eingehen und die durch Einzelmaßnahmen gar nicht erfaßt werden könnten.

Das bedeutet jedoch nicht, daß eine Bank nach früherem Recht angesichts einer festgestellten Konkurslage mit Rücksicht auf etwaige Neueinleger oder Zahlungsempfänger gehalten gewesen wäre, stets auf Sanierungsgespräche zu verzichten, sogleich ihren Betrieb zu schließen und einen Vergleichs- oder Konkursantrag zu stellen. Indem das Gesetz die Wahl zwischen sofortigen Insolvenzmaßnahmen mit der unvermeidlichen Folge der Schalterschließung oder

einem vorherigen Stützungsversuch innerhalb der Frist des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG der verantwortlichen Entscheidung der zuständigen Gesellschaftsorgane überläßt, eröffnet es auch die Möglichkeit, bei Ausnutzung der Frist für Sanierungsverhandlungen in den Grenzen kaufmännischer Sorgfalt und geschäftlichen Anstands Vermögensbewegungen während dieser Zeit zuzulassen, die sich für die Geschäftspartner bei einem Mißlingen des Versuchs als nachteilig erweisen können. Auf diese Weise trägt es den, wie erwähnt, vielfach sehr einschneidenden, über den Kreis der unmittelbar Betroffenen weit hinausreichenden Folgen Rechnung, die mit einer plötzlichen Einstellung des Geschäftsbetriebs verbunden sein können.

Damit steht das geschäftsführende Gesellschaftsorgan vor einer Entscheidung, die eine sehr sorgfältige Abwägung aller für und gegen einen sofortigen Konkurs- oder Vergleichsantrag sprechenden Gesichtspunkte erfordert. Je größer das Risiko einer Schädigung gutgläubiger Geschäftspartner ist, um so gewissenhafter ist zu überlegen, ob dieses Risiko um der Aussichten und Vorzüge einer Sanierung willen in Kauf genommen werden kann und muß. Bei einer Bank war gegenüber einer Verlustgefahr für Neugläubiger vor allem die Chance auf die Waagschale zu werfen, das Unternehmen zum Nutzen aller Gläubiger zu retten und so die kaum weniger schutzwürdigen zahlreichen ungesicherten Altkunden, aber auch Nichtkunden, denen bei Schließung der Bank eine ihnen zustehende Leistung ohne genügende anderweitige Deckung vorenthalten bleibt, vor einem sonst mit Sicherheit eintretenden und insgesamt meist viel höheren Schaden zu bewahren.

f) Die auf längstens drei Wochen bemessene Frist für sorgfältige Überlegungen, Verhandlungen und Entscheidungen kann in dem hier gegebenen Fall der Überschuldung - nur über ihn ist zu befinden - entgegen der mißverständlichen Fassung des § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG (vgl. auch § 64 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 GmbHG) erst mit dem Zeitpunkt beginnen, in dem das zum Handeln verpflichtete Organ von der Überschuldung positive Kenntnis hat (Hefermehl in Geßler/Hefermehl/Eckardt/ Kropff, AktG § 92 Anm. 20; Mertens in Kölner Komm. z. AktG, § 92 Anm. 20 m.w.N.; ebenso zu §§ 64, 84 GmbHG: BGHSt 15, 306, 310). Denn nur so kann sie ihren Zweck erfüllen, Sanierungsversuche zu ermöglichen, zumal sich der objektive Eintritt des Konkursgrundes kaum jemals zeitlich genau festlegen läßt und die Geschäftsleitung in einer Krisenlage besseres zu tun hat, als über diese Frage Untersuchungen anzustellen (so zutreffend Mertens, wie vorstehend). Das geschäftsführende Organ darf daher die Frist gegebenenfalls auch dann nach pflichtmäßigem Ermessen für Sanierungsbemühungen in Anspruch nehmen, wenn es die Konkurslage fahrlässig zu spät entdeckt und sich insoweit schadenersatzpflichtig gemacht hat (Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Anm. 7, 8). Die gegenteilige Meinung (vgl. Kühn, Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH, Diss. 1969, S. 81 ff.) erkennt, daß die Sanierungsfrist nicht nur eine Vergünstigung für die Gesellschaft und ihr geschäftsführendes Organ bedeutet, sondern auch allgemeineren Interessen und dem Vorteil der Gläubiger selbst dienen kann.

Der hiernach für die Beklagten maßgebende Anfangszeitpunkt war der 16. Juni 1974 als der Tag, an dem Herstatt und der Generalbevollmächtigte Graf von der Goltz sie davon unterrichteten, daß sich der Verlust aus den Devisentermingeschäften zwischen 450 und 520 Mio. DM bewege. Daß die Beklagten schon früher Kenntnis von einem das haftende Eigenkapital übersteigenden Verlust erlangt hätten, wie etwa durch Äußerungen des leitenden Devisenhändlers Dattel im April 1974, durch einen Vermerk des Leiters der Revisionsabteilung der Bank, Laatz, vom 22. April 1974 oder durch ein Gespräch mit dem Wirtschaftsprüfer Dr. Ch. [REDACTED] Mitte Mai 1974, hat die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weder substantiiert vorgetragen noch ausreichend unter Beweis gestellt. Was die Revision dagegen vorbringt, räumt diese tatrichterliche Beurteilung jedenfalls insoweit nicht aus, als es um das hier allein erhebliche konkrete Wissen der Beklagten von der wirklichen Höhe der Verluste geht.

g) Aus dem Charakter der Dreiwochenfrist des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG als zeitliche Höchstgrenze ("spätestens") hat das Berufungsgericht zutreffend gefolgert, daß die Frist nicht ohne triftige Gründe ausgeschöpft werden darf und deshalb das Gebot, das Konkurs- oder Vergleichsverfahren "ohne schuldhaftes Zögern" zu beantragen, schon früher zu erfüllen ist, wenn von Anfang an feststeht oder sich vor Ablauf von drei Wochen herausstellt, daß eine rechtzeitige Sanierung nicht ernstlich zu erwarten ist; das gilt umsomehr, je größer die Gefahr einer Schädigung neuer Gläubiger ist.

Welchen Grad von Erfolgsaussicht hiernach ein Sanierungsversuch aufweisen muß, um einen Aufschub von Insolvenzmaßnahmen rechtfertigen zu können, läßt sich nicht allgemein, sondern nur von Fall zu Fall beantworten. Hierbei sind einmal die Folgen in Betracht zu ziehen, die ein Zusammenbruch des Unternehmens für dieses selbst, seine Betriebsangehörigen, seine Kundschaft und die Allgemeinheit haben würde; sie wiegen, wie bereits aufgezeigt wurde, bei einem Bankhaus außerordentlich schwer und konnten es daher dort besonders nahelegen, vor Einleitung eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens jede nicht allzu entfernt liegende Rettungschance zu ergreifen oder jedenfalls mit Sorgfalt und ohne übertriebene Hast zu prüfen. Zum anderen lassen sich gerade bei einem größeren Bankunternehmen wie der Heilbrunnbank mit ihren vielfältigen Geschäftsbeziehungen und internen Verflechtungen die Sanierungsaussichten vielfach gar nicht auf den ersten Blick übersehen. Um beurteilen zu können, ob solche Aussichten überhaupt bestehen, bedarf es vorweg genauerer Feststellungen nicht nur über die eigene Vermögens- und Liquiditätslage, sondern auch über die verbundener Unternehmen sowie über die Ursachen der eingetretenen Krise. Auf dieser Grundlage ist dann, wenigstens im groben, ein Sanierungsplan zu entwerfen, dessen Risiken und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die vorhandenen oder zu erwartenden finanziellen Hilfsquellen zunächst überschlägig zu bewerten sind (vgl. Mertens, ZHR 1979, 174, 189). Dazu ist die Bereitschaft der Gläubiger, der Großbanken und gegebenenfalls auch der öffentlichen Hand zu Hilfeleistungen oder Verzichten einzuschätzen, wozu Gespräche

mit kompetenten Persönlichkeiten erforderlich sein können, wie die Beklagten sie hier geführt haben. Erst so läßt sich vielfach ein klareres Bild gewinnen, ob Bemühungen um eine Überwindung der Krise ohne Insolvenzverfahren so lohnend sind, daß es zu verantworten ist, das an sich beachtliche Interesse des Publikums an einer wahrheitsgemäßen Unterrichtung über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens noch kurze Zeit zurückzustellen.

Unter diesen Gesichtspunkten ist es bei dem vorliegenden Sachverhalt rechtlich nicht zu beanstanden, daß es das Berufungsgericht darauf abgestellt hat, ob die Erwartung der Beklagten, die Bank retten zu können, schon im Ansatz unrealistisch gewesen ist. Seine Feststellung, dies sei nicht der Fall, vielmehr seien die Sanierungsverhandlungen nicht von vornherein aussichtslos gewesen, hält den Angriffen der Revision stand.

Richtig ist zwar, daß bei einer Überschuldung die Hoffnung, ein Insolvenzverfahren vermeiden zu können, einen Aufschub des Antrags auf Verfahrenseröffnung nur dann rechtfertigen kann, wenn hinreichende Aussicht besteht, unabhängig von der Inanspruchnahme von Krediten, die an der Schuldenlast nichts ändern, durch Verstärkung der Eigenmittel oder Herabsetzung der Verbindlichkeiten die Vermögensbilanz (bei Ansatz der wirklichen Werte) mindestens voll ausgleichen zu können. Das hat das Berufungsgericht jedoch nicht verkannt. Es stellt fest, der Beklagte zu 1 habe aus damaliger Sicht berechtigterweise davon ausgehen können, daß der Wert seiner Beteiligungen an den G[]-Gesellschaften, die er zur Abdeckung

der Bankschulden verwenden wollte, hierzu "nicht außer Verhältnis stand". Die Zweifel der Revision, ob damit eine volle Verlustdeckung gemeint sei, lösen sich, wenn man diese für sich allein genommen vielleicht mißverständliche Wendung im richtigen Zusammenhang mit den weiteren Darlegungen des Berufungsgerichts betrachtet. Danach fußte das Sanierungskonzept des Beklagten zu 1 auf Wertangaben des Vorstandsmitglieds Dr. Ko[REDACTED], der die Beteiligungen des Beklagten zu 1 am G[REDACTED]-Konzern auf etwa 530 Mio. DM geschätzt hatte, eine Bewertung, die auch der Wirtschaftsprüfer Dr. K[REDACTED] für durchaus realistisch hielt und mit der ein Gutachten der Vereinigten Deutschen Treuhandgesellschaft von 1974 im großen und ganzen übereinstimmte. Sie erreichte die dem Beklagten damals genannten Verlustzahlen und konnte daher eine Sanierung der Bank als möglich erscheinen lassen, zumal hierbei noch deren offene und stille Reserven und vielleicht auch ein teilweiser Forderungsverzicht der Großgläubiger in Betracht zu ziehen waren. Dafür, daß die Hoffnung auf eine gemeinsame Aktion zur Rettung der Hei[REDACTED]bank, um das Vertrauen der Kunden in das Bankgewerbe zu erhalten, nicht unrealistisch gewesen sei, verweist das Berufungsgericht ferner auf die Tatsache, daß die Teilnehmer an dem Gespräch vom 23. Juni 1974 (darunter der Bundesbankpräsident) einen weiteren Besprechungstermin vereinbart hätten, sowie auf den Ausgang des Vergleichsverfahrens, dessen Erfolg durch Beiträge von insgesamt 325 Mio. DM, darunter den des Beklagten zu 1 in Höhe von 210 Mio. DM, ermöglicht worden sei.

Demnach konnten die Beklagten nach dem damaligen Sach- und Informationsstand ohne Verletzung der Gebote kaufmännischer Sorgfalt und Vorsicht ihre Bemühungen um eine Sanierung der He[REDACTED]bank als sinnvoll betrachten. Ob sich ihre Einschätzung der wirtschaftlichen Gegebenheiten bei rückblickender Betrachtung in allen Punkten als objektiv richtig erweist und ob später, nach dem Zusammenbruch der Bank, erstattete Gutachten den Wert der Konzernbeteiligungen des Beklagten zu 1 geringer angesetzt haben, durfte das Berufungsgericht für die Frage eines schuldhaften Verstoßes gegen § 92 Abs. 2 AktG als unerheblich ansehen.

h) Die Beklagten haben, nachdem sie am 16. Juni 1974 von der Überschuldung der Bank erfahren hatten, insgesamt knapp zehn Tage geplant und verhandelt, bevor die Rücknahme der Geschäftserlaubnis ihren Bemühungen um eine Stützung der Bank zwangsläufig ein Ende setzte. Diesen Zeitraum durfte das Berufungsgericht angesichts der Bedeutung dieser Bemühungen und der Schwierigkeiten der dazu notwendigen Klärungen als nicht übersetzt ansehen. Das gilt vor allem auch für seine Feststellung, die Beklagten hätten in der bedrohlichen Lage, vor die sie sich überraschend gestellt sahen, notwendige Maßnahmen nicht pflichtwidrig zum Schaden der Gläubiger hinausgezögert.

Dazu hält das Berufungsgericht den Beklagten zugute, angesichts der ständig neuen, anfänglich sogar nach unten korrigierten Verlustzahlen, die man ihnen seit dem 10. Juni 1974 genannt habe, seien die Verhältnisse

so verworren gewesen, daß zuerst einmal Klarheit über die wirklichen Verluste habe geschaffen werden müssen; eine Einschaltung der K■■■■-Wirtschaftsprüfungsgesellschaft schon am 16. und nicht erst am 19. Juni 1974 hätte zwar möglicherweise schon eher zur eindeutigen Bestätigung der Verluste geführt, woraus aber nicht zu folgern sei, daß die Sanierungsbemühungen um denselben Zeitraum früher gescheitert wären. Zunächst sei es notwendig gewesen, unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden rechtlichen, wirtschaftlichen und steuerlichen Umstände ein Konzept zur Rettung der Bank auszuarbeiten, bevor die eigentlichen Außenverhandlungen mit maßgeblichen Persönlichkeiten des Bank- und Wirtschaftslebens hätten beginnen können. Die Zeit vom 23. Juni bis zur Schließung der Bank am 26. Juni 1974 sei ebenfalls nicht pflichtwidrig lang bemessen gewesen; in ihr sei ständig verhandelt worden.

Gegen diese tatrichterlichen Erwägungen läßt sich rechtlich nichts einwenden.

i) Rechtlich fehlerfrei ist schließlich die Überlegung des Berufungsgerichts, die Ausschaltung des persönlich haftenden Gesellschafters aus den Sanierungsverhandlungen sei deshalb gerechtfertigt gewesen, weil Herstatt im Gegensatz zu den wirtschaftlich stärkeren und einflußreicheren Beklagten für eine erfolgreiche Sanierung bei dem Ausmaß der hierfür notwendigen Geldmittel nicht der richtige Mann gewesen sei. Es sei nicht zu erkennen, was sich bei Zuziehung Herstatts zu den Verhandlungen zugunsten der Klägerin geändert haben

würde. Inwiefern hierin, wie die Revision meint, ein Verstoß gegen die Denkgesetze liegen soll, ist nicht ersichtlich.

2. Eine Haftung der Beklagten wegen einer gegen die guten Sitten verstoßenden vorsätzlichen Schädigung der Klägerin (§ 826 BGB) scheidet nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ebenfalls aus.

a) Nach der im Ergebnis zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts ist ein solcher Verstoß nicht darin zu sehen, daß die Beklagten während der Sanierungsversuche die Bank auf die Gefahr hin weiterführen ließen, daß Neueinleger bei einem Scheitern dieser Versuche Schaden erleiden konnten. Nach dem festgestellten Sachverhalt haben die Beklagten nicht sittenwidrig gehandelt, so daß offenbleiben kann, ob es, wie das Berufungsgericht meint, schon an einem, wenigstens bedingten, Schädigungsvorsatz fehlt, weil es den Beklagten ausschließlich um die Rettung der Bank gegangen sei. Denn ein Verhalten, das nach § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG für einen ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter erlaubt oder sogar geboten ist, kann nicht gleichzeitig gegen die guten Sitten verstoßen.

Damit gelten für Sanierungsversuche innerhalb der Frist des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG ähnliche Grundsätze, wie sie die Rechtsprechung für Stützungsaktionen einer Bank als Großgläubigerin aufgestellt hat: Wer ein notleidendes Unternehmen zu retten versucht, verstößt, sofern er die Krise den Umständen nach als überwindbar

und darum Bemühungen um ihre Behebung als lohnend ansehen darf, nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil ein solcher Versuch die Möglichkeit des Mißlingens und damit einer Schädigung nicht informierter Geschäftspartner einschließt. Erst wenn ernste Zweifel an dem Gelingen eines Sanierungsversuchs bestehen und deshalb damit zu rechnen ist, daß er den Zusammenbruch des Unternehmens allenfalls verzögern, aber nicht auf die Dauer verhindern wird, kann der Vorwurf sittenwidrigen Handelns zum Schaden der Gläubiger vor allem dann berechtigt sein, wenn dieses Handeln auf eigensüchtigen Beweggründen beruht (vgl. BGHZ 10, 228, 233 f; BGH, Urt. v. 14. 4. 64 - VI ZR 219/62, WM 1964, 671; v. 9. 2. 65 - VI ZR 153/63, WM 1965, 475; v. 9. 12. 69 - VI ZR 50/68, LM BGB § 826 [Ge] Nr. 8). Daß solche Beweggründe hier eine ausschlaggebende Rolle gespielt hätten, scheidet nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ebenso aus wie der Vorwurf, die Beklagten hätten ihren Sanierungsversuch leichtfertig ohne genügende wirtschaftliche Grundlage eingeleitet (vgl. BGH, Urt. v. 5. 3. 75 - VIII ZR 230/73, WM 1975, 559 zu III 2).

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist den Beklagten auch in sonstiger Hinsicht keine vorsätzliche, sittlich verwerfliche Mitwirkung bei einem Tun oder Unterlassen zum Schaden der Bank zur Last zu legen, so daß es nicht erst darauf ankommt, inwieweit hieraus zugleich auf eine bewußte und gewollte Schädigung von Bankkunden wie der Klägerin zu schließen wäre. So stellt das Berufungsgericht unter anderem fest, es sei nicht einmal wahrscheinlich, daß die Beklagten von Gewinnverschiebungen zugunsten von G[]-Gesellschaften,

wie die Klägerin sie vor allem im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften im Dezember 1973 (Air Lloyd) sowie Goldkäufen und -verkäufen im März 1974 behauptet hat, gewußt oder gar diese Geschäfte veranlaßt und gesteuert hätten. Das Vorbringen der Revision, es sei nach der Lebenserfahrung unvorstellbar, daß Geschäfte von solcher Größenordnung ohne Wissen und Willen der Beklagten hätten durchgeführt werden können, läuft auf den revisionsrechtlich unzulässigen Versuch hinaus, eigene tatsächliche Folgerungen an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung zu setzen. Ebenso verhält es sich mit den Angriffen der Revision gegen die Feststellung, es sei eine bloße Mutmaßung der Klägerin, die Beklagten hätten es veranlaßt oder doch gebilligt, daß Gerlinggesellschaften in der kritischen Zeit vom 10. bis zum 26. Juni 1974 ihre Guthaben bei der He~~XXXXXX~~bank erheblich vermindert hätten und Wertpapiere vorzeitig bei ihnen untergebracht worden seien. Von einer Verletzung der Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins kann hierbei keine Rede sein, da es sich um Geschäftsvorgänge handelt, die durch eine Reihe einmaliger Umstände geprägt und daher einem Anscheinsbeweis namentlich in subjektiver Hinsicht nicht zugänglich sind. Die konkrete Behauptung, die Beklagten seien von den beanstandeten Vermögensverschiebungen unterrichtet gewesen, war dem Beweiserbieten der Klägerin in der Berufungsbegründung (S. 21 a) nicht zu entnehmen, wie die Revision einräumen muß.

3. Rechtlich fehlerfrei sind auch die Erwägungen, aus denen das Berufungsgericht ein betrügerisches Verhalten der Beklagten zum Nachteil der Klägerin (§ 823 Abs. 2 BGB mit § 263 StGB) verneint hat. In der

schwierigen , nur mit einem hohen Maß an Weitblick, persönlichem Einsatz, aber auch Diskretion möglicherweise zu bewältigenden Lage, vor die sich die Beklagten durch die Überschuldung der Bank gestellt sahen, waren sie nicht verpflichtet, während des kurzfristigen Sanierungsversuchs Kunden ungefragt auf die bedrohliche Lage der Bank hinzuweisen oder durch das Bankpersonal hinweisen zu lassen. Die ihnen vom Gesetz ermöglichte oder sogar von ihnen geforderte gewissenhafte Abwägung zwischen den Vorteilen und Aussichten eines auf den Nutzen aller gerichteten, freilich auch mit einem Risiko für Neueinleger behafteten Stützungsversuchs und den Folgen einer Schalterschließung oder eines Insolvenzverfahrens, das nahezu mit Sicherheit für alle vorhandenen, nicht besonders gesicherten Gläubiger zu Verlusten führen mußte, schloß die Notwendigkeit ein, bei Wahl der ersten Alternative den Bankbetrieb vorläufig ungestört weiterlaufen zu lassen und die Kenntnis von der Konkurslage auf einen möglichst engen Kreis Eingeweihter zu begrenzen, deren Zuziehung zu den Sanierungsverhandlungen unumgänglich war. Wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, kann in solcher Lage eine Pflicht, die wahren Verhältnisse zu offenbaren, nur unter besonderen Umständen bestehen, an denen es hier fehlt. Insofern sind die Tatbestände einer Reihe von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, in denen eine Offenbarungspflicht angenommen wurde, mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar (vgl. z.B. BGH, Urt. v. 25. 3. 75 - VI ZR 75/73, WM 1975, 517; v. 22. 11. 63 - VI ZR 280/62, WM 1963, 1343).

Es kommt hiernach nicht mehr auf die Feststellung des Berufungsgerichts an, den Beklagten habe überdies die für § 263 StGB notwendige Absicht rechtswidriger Bereicherung gefehlt (vgl. hierzu BGHSt 16, 1).

III. Durchgriffshaftung

Vergeblich wendet sich die Revision schließlich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin könne wegen ihrer Forderung gegen die He[REDACTED]bank nicht auf das Vermögen der Beklagten als derjenigen durchgreifen, die nach dem Klagevortrag das Bankunternehmen rechtlich und tatsächlich beherrscht hätten. Dabei kann offenbleiben, ob nicht eine Durchgriffshaftung der Beklagten, wie das Berufungsgericht meint, wiederum schon an dem Liquidationsvergleich vom 17. Dezember 1974 scheitern müßte. Denn jedenfalls fehlt es nach dem vorgetragenen Sachverhalt an den tatsächlichen Voraussetzungen für eine solche Haftung.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beherrschung einer rechtlich selbständigen Gesellschaft durch "Hintermänner" oder ein anderes Unternehmen regelmäßig nicht genügt, sondern weitere Umstände hinzukommen müssen, um einen Haftungsdurchgriff zu begründen (BGHZ 22, 226, 234; BGH, Urt. v. 4. 7. 61 - VI ZR 84/60, WM 1961, 1103; v. 3. 11. 77 - I ZR 156/74, WM 1977, 73 zu II; w. Nachw. bei Schulte, WM 1979 Sonderbeil. Nr. 1, insbes. S. 6 ff.). Der vorliegende Fall nötigt nicht zu einer Entscheidung, ob die in der Rechtsprechung hierzu aufgestellten Grundsätze in der

einen oder anderen Richtung einer Erweiterung bedürfen, wie dies im Schrifttum zum Teil befürwortet wird. Selbst bei großzügigster Anwendung dieser Grundsätze kann hier von einem Tatbestand, der einen Haftungsdurchgriff auf die Beklagten rechtfertigen könnte, keine Rede sein. Weder haben die Beklagten die für die Herstattbank gewählte Rechtsform der Rechtsordnung zuwider ausgenutzt und hierdurch die Gläubiger gefährdet, noch haben sie ihr Vermögen auf irreführende oder sonst unzulässige Weise mit dem der He[REDACTED]bank vermischt. Ebensowenig ist ersichtlich, daß die Beklagten den Anschein erweckt hätten, für Schulden der Herstattbank persönlich zu haften. Auch sonst sind keine über die vorgetragene Abhängigkeit der He[REDACTED]bank hinausgehenden Umstände erkennbar, aufgrund deren es den Beklagten redlicherweise verwehrt sein könnte, sich auf die rechtliche Selbständigkeit nicht nur der He[REDACTED]bank, sondern überdies auch der hinter ihr stehenden Gesellschaften zu berufen. Was die Revision hierzu vorbringt, läuft auf nichts weiter als den, wie festgestellt, unbegründeten Vorwurf hinaus, die Beklagten hätten die Klägerin durch eine unerlaubte Handlung geschädigt.

IV. Verfahrensrrügen

Die Revision hat zahlreiche weitere Verfahrensrrügen erhoben, die im vorstehenden nicht ausdrücklich behandelt worden sind. Der Senat hat diese Rügen ebenfalls geprüft und, auch soweit sie sich auf einen rechtserheblichen Gesichtspunkt beziehen, für unbegründet befunden, wie nach § 565 a ZPO nicht weiter ausgeführt zu werden braucht.

Mit dem laufend wiederholten Hinweis auf § 551 Nr. 7 ZPO verkennt die Revision, daß eine Urteilsbegründung nicht schon dann fehlt, wenn das Gericht einzelne Feststellungen oder Rechtsansichten vermeintlich lückenhaft begründet hat (BGHZ 39, 333, 338).

Stimpel Dr. Schulze Fleck Dr. Bauer Dr. Kellermann